# LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL ESPAÑOL A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 570 BIS DEL CÓDIGO PENAL Y SU CONVIVENCIA CON OTRAS FIGURAS AFINES

Programa de Doctorado en Derecho Económico y Derecho de la Empresa

Doctoranda: Aida Garazi Arraibi Larrea

AIDA GARAZI ARRAIBI LARREA - 72318568J

Digitalki sinatuta norengandik: AIDA GARAZI ARRAIBI LARREA - 72318568J
Data: 2023.11.06 06:43:19 +01'00'

Directora de la Tesis: Dra. María Soledad Gil Nobajas

GIL NOBAJAS MARIA SOLEDAD - 16581472J

Firmado digitalmente por GIL NOBAJAS MARIA SOLEDAD - 16581472J
Nombre de reconocimiento (DN): c=ES, serialNumber=IDCES-16581472J, givenName=MARIA SOLEDAD, sn=GIL NOBAJAS, cn=GIL NOBAJAS MARIA SOLEDAD - 16581472J
Fecha: 2023.11.06 13:36:30 +01'00'

Universidad de Deusto

2023

# ÍNDICE

**ABREVIATURAS** ..... 7

**INTRODUCCIÓN** ..... 9

**CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DEL ASOCIACIONISMO DELICTIVO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA** ..... 19

**1. Introducción** ..... 19

**2. La delincuencia asociativa en la legislación penal española con anterioridad al Código Penal de 1995** ..... 20

**2.1. Código Penal de 1822** ..... 20

**2.2. Códigos Penales de 1848 y 1850** ..... 25

**2.3. Código Penal de 1870** ..... 28

**2.4. Código Penal de 1928** ..... 31

**2.5. Código Penal de 1932** ..... 33

**2.6. Código Penal de 1944** ..... 34

**2.7. Código Penal de 1973** ..... 37

**2.8. Recapitulación** ..... 41

**3. La situación en el Código Penal de 1995 y posteriores reformas** ..... 44

**3.1. Delito de asociación ilícita** ..... 44

**3.2. Agravantes específicas por organización criminal** ..... 48

**3.2.1. En el delito de blanqueo de capitales** ..... 49

**3.2.2. En el delito de tráfico de drogas** ..... 52

**3.2.3. Otras agravantes específicas** ..... 54

**4. Valoración final** ..... 55

**CAPÍTULO II. MARCO NORMATIVO DEL DELITO DE PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL (ART. 570 BIS CP)** ..... 59

**1. Introducción** ..... 59

**2. Breves consideraciones criminológicas** ..... 60

**2.1. Cuestiones previas** ..... 60

**2.2. Algunos datos sobre la criminalidad organizada a nivel internacional** ..... 63

**2.3. Algunos datos sobre la criminalidad organizada en España** ..... 67

**2.3.1. Memorias de la Fiscalía General del Estado** ..... 68

**2.3.1.1. Año 2009** ..... 68

**2.3.1.2. Año 2020** ..... 75

**2.3.1.3. Postura de la Fiscalía ante la criminalidad organizada** ..... 78

**2.3.2. Algunos datos de otros organismos oficiales** ..... 79

**2.4. Conclusión** ..... 80

**3. Marco normativo internacional** ..... 82

**3.1. Consideraciones generales** ..... 82

**3.2. Ámbito internacional universal** ..... 83

**3.2.1. Primeros pasos en respuesta a la criminalidad organizada** ..... 83

**3.2.2. Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000** ..... 86

**3.3. Ámbito de la Unión Europea** ..... 90

**3.3.1. Iniciativas previas: hacia la elaboración de una respuesta armonizada** ..... 90

**3.3.2. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada** ..... 93

**4. La introducción del delito de pertenencia a una organización criminal y otras agravantes específicas por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio** ..... 96

**4.1. Consideraciones iniciales** ..... 96

**4.2. Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 2006** ..... 98

**4.2.1. Artículo 385 bis** ..... 98

**4.2.2. Agravantes específicas** ..... 103

**4.3. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 2007** ..... 106

**4.3.1. Artículo 385 bis** ..... 106

**4.3.2. Agravantes específicas** ..... 107

**4.4. Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 2008** ..... 107

**4.4.1. Artículo 385 bis** ..... 107

**4.4.2. Agravantes específicas** ..... 111

**4.5. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 2009** ..... 112

**4.5.1. Delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal: artículos 570 bis, ter y quater** ..... 112

**4.5.2. Agravantes específicas** ..... 117

**4.6. Culminación de la LO 5/2010 y posteriores reformas** ..... 118

**5. Recapitulación y consideraciones finales** ....120

**CAPÍTULO III. ANÁLISIS DEL TIPO (1): BIEN JURÍDICO PROTEGIDO** ....125

**1. Cuestión previa en relación al análisis del tipo** ....125

**2. El bien jurídico protegido** ....125

**2.1. Introducción** ....125

**2.2. La protección de un bien jurídico colectivo como objeto de tutela en el delito de pertenencia a una organización criminal** ....129

**2.2.1. Introducción** ....129

**2.2.2. El orden público** ....131

**2.2.2.1. Referencia al orden público en otros ámbitos del Derecho** ....133

**2.2.2.2. El orden público como objeto de tutela en el ámbito penal** ....139

**2.2.2.2.1 Delito de sedición** ....140

**2.2.2.2.2. Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de resistencia y desobediencia** ....143

**2.2.2.2.3. Delitos de desórdenes públicos** ....145

**2.2.2.2.4. Delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos** ....148

**2.2.2.2.5. Delitos de terrorismo** ....149

**2.2.2.3. El orden público como objeto de protección en el delito de pertenencia a una organización criminal y sus diferentes interpretaciones** ....151

**2.2.2.4. Recapitulación y valoración personal** ....156

**2.2.3. La seguridad colectiva** ....158

**2.2.3.1. La seguridad como objeto de protección en el delito de pertenencia a una organización criminal según la doctrina** ....158

**2.2.3.2. Delimitación legal de la seguridad ciudadana** ....162

**2.2.4. Valoración personal** ....164

**2.3. La protección del bien jurídico del delito fin como objeto de protección en el delito de pertenencia a una organización criminal** ....166

**2.3.1. Introducción** ....166

**2.3.2. La anticipación de la barrera de la tutela penal mediante delitos de peligro** ....166

**2.3.2.1. La técnica de los delitos de peligro abstracto ¿también para bienes jurídicos individuales?** ....169

**2.3.2.2. El problema de delimitación con los actos preparatorios y la tentativa** ....173

**2.3.3. Valoración personal** ....176

**2.4. Toma de postura: adopción de una concepción mixta en el objeto de tutela del artículo 570 bis CP** ..... 179

**CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DEL TIPO (2): CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL, CONDUCTAS TÍPICAS Y AUTORIA Y PARTICIPACIÓN** ..... 183

**1. Introducción** ..... 183

**2. El concepto de organización criminal** ..... 184

**2.1. La organización criminal en el artículo 570 bis CP** ..... 184

**2.2. Pertenencia a una organización o asociación criminal y su significado en el marco de las agravantes específicas** ..... 191

**3. Conductas típicas del artículo 570 bis del Código Penal** ..... 193

**3.1. Comportamientos tipificados en el artículo 570 bis** ..... 193

**3.1.1. Promover y constituir** ..... 194

**3.1.2. Organizar, coordinar y dirigir** ..... 195

**3.1.3. Participación activa, formar parte de la organización y cooperación** ..... 196

**3.2. Correspondencia de las conductas típicas del artículo 570 bis CP con la normativa internacional** ..... 200

**3.2.1. Decisión Marco 2008/841/JAI** ..... 201

**3.2.2. Convención de Palermo de 2000** ..... 203

**3.3. Correspondencia con las conductas típicas de otras figuras del Código Penal** ..... 205

**3.3.1. Distinción con las conductas típicas del delito de pertenencia a grupo criminal** ..... 206

**3.3.2. Distinción con las conductas típicas del delito de asociación ilícita** ..... 207

**3.3.3. Distinción con las conductas de terrorismo** ..... 210

**3.4. Recapitulación y valoración personal** ..... 213

**4. Tipo Subjetivo** ..... 217

**5. Autoría y participación en el delito de pertenencia a una organización criminal** ..... 219

**5.1. Cuestión previa** ..... 219

**5.2. La autoría y su relación con la conducta de pertenencia a una organización criminal** ..... 221

**5.3. La teoría de la "pertenencia" o "intervención" del delito de pertenencia a una organización criminal de Silva Sánchez.** ..... 224

**5.4. ¿Es aplicable la teoría del dominio de organización o del autor detrás del autor al jefe de la organización en el delito fin?** ..... 228

**5.5. Toma de postura** ..... 230

**CAPÍTULO V. RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 570 BIS Y OTRAS FIGURAS AFINES. CUESTIONES CONCURSALES.** ..... 235

**1. Introducción** ..... 235

**2. Convivencia del delito de pertenencia a una organización criminal con el delito de asociación ilícita** ..... 236

**2.1. Consideraciones previas** ..... 236

**2.2. Posibles criterios de distinción entre el delito de pertenencia a una organización criminal y el delito de asociación ilícita** ..... 239

**2.2.1. Bien jurídico protegido** ..... 239

**2.2.2. Origen de la agrupación** ..... 242

**2.2.3. Ideología** ..... 247

**2.2.4. Toma de postura** ..... 248

**3. Convivencia entre las figuras de organización criminal, grupo criminal, codelincuencia y conspiración** ..... 251

**3.1. Distinción entre organización criminal y grupo criminal.** ..... 252

**3.2. El grupo criminal: ¿clara diferencia con la codelincuencia?** ..... 258

**3.3. Conspiración para delinquir** ..... 266

**3.4. Recapitulación y valoración final** ..... 270

**4. Convivencia del delito de pertenencia a una organización criminal con las agravantes específicas** ..... 274

**4.1. Introducción** ..... 274

**4.2. Agravantes en el blanqueo de capitales y en el tráfico de drogas** ..... 276

**4.3. Otras agravantes específicas. Planteamiento de la cuestión** ..... 284

**4.3.1. Técnica legislativa seguida en las agravantes específicas** ..... 285

**4.3.2. Referencia a la organización o al grupo criminal** ..... 287

**4.3.3. Penalidad** ..... 290

**4.3.4. Valoración personal** ..... 295

**4.4. Convivencia entre la organización criminal y las agravantes específicas** ..... 297

**4.5. Recapitulación y toma de postura** ..... 303

**5. Los delitos cometidos a través de la organización criminal: concurso de delitos** ..... 306

**5.1. Introducción** ..... 306

**5.2. Posición doctrinal** ..... 307

**5.3. Posición jurisprudencial** ..... 310

**5.4. Recapitulación y toma de postura** ..... 313

**CONCLUSIONES** ..... 317

**BIBLIOGRAFÍA** ..... 339

**DOCTRINA**.....339
**JURISPRUDENCIA**.....353
**NORMATIVA**.....359
**INFORMES, CIRCULARES Y OTROS DOCUMENTOS**.....363
**ANEXO**.....367

## ABREVIATURAS

| | |
|---|---|
| **Art**. | Artículo |
| **BOE** | Boletín Oficial del Estado |
| **CE** | Constitución Española |
| **CGPJ** | Consejo General del Poder Judicial |
| **Circular 2/2011** | Circular 2/2011 del Ministerio Fiscal, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales |
| **CITCO** | Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado del Ministerio del Interior |
| **Convención de Palermo 2000** | Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transfronteriza de 15 de noviembre de 2000 |
| **Coord./Coords.** | Coordinador/a Coordinadores/as |
| **CP** | Código Penal |
| **Decisión Marco 2008/841/JAI** | Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada |
| **Dir./ Dirs.** | Director/a Directores/as |
| **DM** | Decisión Marco |
| **ECO** | Equipo contra el Crimen Organizado de la Guardia Civil |
| **FGE** | Fiscalía General del Estado |
| **EUROJUST** | Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal |
| **EUROPOL** | Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial |
| **EUROSTAT** | Oficina Europea de Estadística |
| **GAFI** | Grupo de Acción Financiera Internacional |

| | |
|---|---|
| ***Ibidem*** | Misma obra que la cita anterior |
| **LO** | Ley Orgánica |
| **LO 5/2010** | 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 |
| **ONU** | Organización de Naciones Unidas |
| ***Op. cit.*** | Obra anteriormente citada |
| **Pág.** | Página |
| **Págs.** | Páginas |
| ***Passim*** | Por todas partes |
| **PIB** | Producto Interior Bruto |
| **SAN** | Sentencia Audiencia Nacional |
| **SAP** | Sentencia Audiencia Provincial |
| **SEADO** | Servicio Especial Antidroga-Delincuencia Organizada de Cataluña |
| **ss.** | Siguientes |
| **SOCTA** | Serious and Organized Crime Threat Assessment |
| **STJ** | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |
| **STS** | Sentencia del Tribunal Supremo |
| **UDYCO** | Unidad de Droga y Crimen Organizado de la Policía Nacional |
| **UE** | Unión Europea |
| **UNODC** | Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito |
| ***Vid.*** | Véase |

# INTRODUCCIÓN

Objeto de estudio

El ámbito en el que se inscribe esta investigación es el Derecho Penal, concretamente en la respuesta que el ordenamiento jurídico confiere a la criminalidad organizada. La globalización, manifestada en todos los aspectos de la vida política, económica, tecnológica y social, junto al desarrollo de oportunidades para la mejora del bienestar de las personas, ha favorecido igualmente como contrapartida una idéntica expansión y globalización de la criminalidad organizada. Diversos factores vinculados al proceso de globalización, principalmente la liberalización de los mercados y el crecimiento del comercio internacional, beneficiado por el desarrollo tecnológico, ha hecho que estas agrupaciones criminales hayan adoptado muy diversos negocios ilícitos, manifestados en una muy amplia tipología de actividades delictivas (tráfico de drogas, blanqueo, falsificación, trata de seres humanos, fraudes, pornografía infantil…).

Ello ha motivado, desde hace décadas, la creciente preocupación que desde instancias supraestatales se venía manifestando en diversos textos normativos internacionales frente a la amenaza de un fenómeno que, sin ser ni mucho menos novedoso, se ha aprovechado de los cambios producidos en el contexto social, económico y tecnológico, y ha sabido adaptarse, para su propio beneficio, de las oportunidades que ofrece la globalización. La proliferación, internacionalización y peligrosidad que implica para el conjunto de la sociedad de estas formas de criminalidad organizada han determinado la búsqueda de un posicionamiento común de los Estados para abordar este complejo y peligroso fenómeno criminal, en el que se aúnan los esfuerzos preventivos y los mecanismos penales, procesales y de cooperación entre estados en su persecución, enjuiciamiento y castigo.

La introducción de los artículos 570 bis y ter por medio de la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre del mismo año[1], en los que se tipifica el delito de pertenencia a una organización criminal, y de pertenencia a un grupo criminal, respectivamente, vino a dar una vuelta de tuerca más en la respuesta del Derecho Penal español al fenómeno de la criminalidad organizada. Dicha regulación se justificó por parte del legislador español, precisamente, en los compromisos

[1] 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, *BOE*, de 23 de junio de 2010, nº 152.

asumidos por España para combatir esta clase de criminalidad. Ahora bien, como se acaba de señalar, no puede decirse que la necesidad de combatir con las herramientas penales la delincuencia organizada haya encontrado su punto de partida en estas iniciativas internacionales y europeas que culminaron con la tipificación de los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal. En realidad, el ofrecer una respuesta penal más severa a la actividad delictiva llevada a cabo bajo formas grupales o de asociacionismo criminal, ha sido una constante en la legislación penal española desde la aprobación del Código Penal de 1822. Como resultado, a día de hoy, el delito de pertenencia a una organización criminal coexiste junto con otras figuras penales que tienen como objeto el endurecimiento de la pena cuando el delito es cometido por una agrupación criminal, lo que exige analizar, precisamente, la posible convivencia de todas esas figuras, en la medida en que pueda delimitarse un ámbito de aplicación propio, lo que constituye el objeto principal de esta investigación.

Para ello, se parte del análisis del artículo 570 bis CP, delito de pertenencia a una organización criminal, cuya tipificación, junto con el delito de pertenencia a un grupo criminal del artículo 570 ter, es fruto de los compromisos internacionales adquiridos por España. El estudio de este tipo penal, que plantea no pocos aspectos problemáticos a la luz de los principios legitimadores del Derecho Penal y de las categorías penales, pone la base para examinar las relaciones con otras figuras afines.

Conforme a la legislación penal vigente, el delito de pertenencia a una organización criminal convive con otros delitos y previsiones penales que conforman globalmente el escenario normativo para combatir la delincuencia organizada. Así, la introducción del artículo 570 bis por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio, vino acompañada, en paralelo, con la inclusión del delito de pertenencia a un grupo criminal (artículo 570 ter), incriminación que se vino a sumar a la ya existente, particularmente, el delito de asociación ilícita y las agravaciones específicas previstas en determinados delitos cuando se cometen en el marco de una agrupación criminal. Además, no hay que olvidar que nuestro Código Penal castiga en algunos casos los actos preparatorios, como la conspiración para delinquir, y que las reglas generales sobre autoría y participación rigen en supuestos de codelincuencia; situaciones ambas que a veces pueden presentar contornos difusos con supuestos de delincuencia organizada. Ante esta situación surge la inevitable pregunta sobre cuál es el ámbito propio de aplicación respecto de cada una de estas figuras y si, en lo que atañe a la delincuencia organizada y la necesidad de ofrecer

una respuesta penal eficaz, el legislador no habría incurrido en solapamientos que, en realidad, dificultan su aplicación. Por ello, tomando como base el análisis del artículo 570 bis CP, se pretende dar respuesta a esta cuestión, perfilando, si ello es posible, un marco de convivencia congruente entre estas distintas previsiones.

Metodología

Desde un punto de vista metodológico este trabajo parte de una concepción del Derecho penal según la cual para alcanzar su finalidad preventiva deben ser tomadas en consideración las aportaciones político-criminales que nos ponen de relieve hechos concebidos socialmente como lesivos. Esto se concreta en que el Derecho penal no solo debe dar una respuesta, sino que además ha de ser, por un lado, una respuesta útil para la prevención de delitos y, por otro lado, respetuosa con los principios y categorías penales. Esta comprensión del Derecho penal marca el estudio del delito de pertenencia a una organización y su relación con otras figuras afines para combatir la criminalidad organizada. La necesidad de establecer vías de sanción penal a esta clase de criminalidad, según se ha puesto de relieve desde organismos internacionales, está condicionada por las garantías que deben fundamentar la intervención penal, acorde con las premisas básicas del Derecho penal.

En relación con las fuentes utilizadas, y acorde con lo anterior, resulta básico en el desarrollo de esta investigación el estudio de la normativa en esta materia, la doctrina especializada a tal efecto, así como el análisis de la jurisprudencia, fundamental en cuanto a conocer la aplicación práctica de las previsiones que castigan la criminalidad organizada.

En relación con la legislación analizada, como hemos señalado anteriormente, la criminalidad organizada es un fenómeno complejo frente al que el Derecho Penal responde en atención a distintas previsiones. La fuente normativa principal la constituye, como no podía ser de otra manera, el Código Penal, tanto en relación con el Libro II donde se encuentran los delitos y las penas, en concreto, las figuras delictivas que castigan la delincuencia organizada en sus distintas manifestaciones, como las reglas de la Parte General que contempla el Libro I. Hay que tener presente que la tipificación que ha seguido el legislador español en esta materia ha estado directamente influenciada por la normativa internacional y europea en este ámbito, por lo que su análisis resulta fundamental a fin de conocer el contenido y alcanza de la regulación española en atención a los compromisos internacionales asumidos por España. En concreto, y sin perjuicio de

la referencia a otros textos normativos internacionales y europeos, resultan fundamentales la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del año 2000, así como la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

Por su parte, el estudio y exposición de la doctrina especializada en la temática objeto de esta tesis constituye igualmente una fuente de primer orden. En este sentido, la introducción del delito de pertenencia a una organización suscita diversas cuestiones problemáticas que ponen a prueba los principios y categorías penales, ya que el legislador español, como se verá, en una estrategia político criminal de cero tolerancia con la criminalidad organizada, habría generado un tipo penal extensivo u omnicomprensivo, que castiga toda conducta o relación, activa o pasiva, con la organización. La revisión doctrinal de los elementos de este delito, de su relación con otras figuras afines en el marco de la delincuencia organizada, y de los diversos problemas que se plantean resulta fundamental para fundamentar nuestra posición particular al respecto. Las fuentes doctrinales consultadas corresponden esencialmente a literatura científica española, en forma de monografías, capítulos de libro y artículos de revista científicas.

Pero, además, junto a la interpretación doctrinal que de ella se ha realizado, de qué manera nuestros órganos judiciales llevan a cabo la aplicación de las normas objeto de análisis, constituye igualmente un pilar esencial en el abordaje del objeto de investigación. Se han analizado un total de 93 resoluciones en conexión con las principales cuestiones problemáticas que suscita el artículo 570 bis y las relaciones concursales que surgen con otras figuras afines y con el delito fin de la organización, de las cuales el núcleo principal corresponden al Tribunal Supremo, si bien igualmente han resultado de interés resoluciones dictadas por otros órganos (Tribunal Constitucional, tribunales superiores de justicia, Audiencia Nacional y audiencias provinciales).

Si bien el trabajo se centra, fundamentalmente, en un análisis exegético y dogmático del artículo 570 bis y de su relación con otras figuras, según se ha señalado, se ha considerado necesaria una breve aproximación criminológica al fenómeno de la criminalidad organizada, dado que la preocupación manifestada desde instancias internacionales ha sido determinante para la tipificación del delito de pertenencia a una organización criminal y, paralelamente, de grupo criminal. Por ello, se han analizado algunos datos estadísticos de diferentes organismos internacionales y nacionales, al

objeto de conocer la evolución en las últimas décadas de esta clase de agrupaciones delictivas y su incidencia en la comisión de delitos.

Estructura del trabajo

La estructura de este trabajo consta de cinco capítulos, además de esta Introducción, las Conclusiones, las Referencias bibliográficas, normativas y jurisprudenciales, y un Anexo final. A continuación, se presenta una breve síntesis de lo que se analizará en cada uno de los cinco capítulos que conforman la presente tesis.

*Capítulo I. Antecedentes del asociacionismo delictivo en la legislación penal española*

Como se ha señalado al comienzo de esta Introducción, la previsión de mecanismos de respuesta penal a la delincuencia organizada ha sido una constante en la historia de la legislación penal española. Ya el Código Penal de 1822 castigaba, como delito autónomo, la cuadrilla de malhechores, antecedente inmediato en el ámbito de la delincuencia común organizada de lo que posteriormente se castigó bajo la figura de la asociación ilícita y cuya represión penal, con uno u otro contenido, daba cabida a formas de asociacionismo delictivo de diferente naturaleza, se ha mantenido en los códigos penales que se han sucedido desde aquel de 1848 hasta la actualidad. Con la particularidad, además, de que paralelamente a esta regulación en la que el castigo del asociacionismo delictivo vino a adquirir autonomía propia frente a los delitos que cometía la agrupación, también en toda esta legislación penal han coexistido previsiones específicas en los que la pena de determinados delitos se endurecía cuando se cometían por un grupo de personas.

Teniendo presente lo anterior, este primer Capítulo tiene como finalidad analizar los antecedentes históricos y legislativos que han conducido al actual marco normativo penal frente a la delincuencia asociativa u organizada, paso necesario para enmarcar la regulación que ofrece el delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis CP y las razones que han llevado a su introducción en el Código Penal.

El Capítulo se divide en dos partes diferenciadas, tomando como punto de inflexión la aprobación del Código Penal de 1995. En primer lugar, se analizan los antecedentes históricos, concretamente se realiza un estudio de los sucesivos códigos penales, desde el de 1822 hasta el Código Penal de 1973, analizando las previsiones que castigaban la delincuencia asociativa. En segundo lugar, se proyecta la situación actual que recoge el Código de 1995, incidiendo en esta parte en el delito de asociación ilícita, así como en las

agravantes por organización contenidas en los delitos de blanqueo de bienes y tráfico de drogas, las cuales han existido desde el Código Penal de 1973, siendo, además, el tráfico de drogas el delito que mayor número condenas ha recibido en relación al crimen organizado.

*Capítulo II. Marco normativo del delito de pertenencia a una organización criminal (art. 570 bis CP)*

Como se ha indicado al comienzo de esta Introducción, aunque la necesidad de combatir penalmente la criminalidad organizada ha sido una constante en todos los códigos penales españoles, hace décadas que desde instancias internacionales y europeas se ha reforzado el discurso sobre la necesidad de ofrecer una respuesta penal eficaz y armonizada frente a un fenómeno que causa graves perjuicios a la sociedad. En este segundo Capítulo se exponen, en primer lugar, algunos datos internacionales y estatales en torno a este fenómeno del que se extraen algunas conclusiones en sintonía con la preocupación puesta de manifiesto en la esfera internacional.

Dado que la tipificación del delito de pertenencia a una organización criminal habría venido determinada por influencia directa de esta normativa internacional y europea, a continuación, se realiza un estudio detallado de estos textos. Resulta obligado el análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, del año 2000, y de la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Estas normas solicitaban, en esencia, a los Estados el castigo penal de determinados tipos de conducta relacionados con agrupaciones que, cumpliendo con determinadas características referidas a su estructura y funcionamiento, tuvieran como fin la comisión de delitos graves con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, la obtención de un beneficio económico o ventaja material. Las características que se atribuyen por estos textos normativos a estas agrupaciones delictivas y la definición de las conductas punibles nos llevan a una primera aproximación de la vía de punición que finalmente ha seguido el legislador español en esta materia, en la que, como se verá, cuestionablemente ha excedido en algunos aspectos los requerimientos internacionales.

Precisamente, el proceso legislativo que llevó a la aprobación de los artículos 570 bis y ter con la reforma de 2010 estuvo marcado por cambios de calado en los distintos anteproyectos y proyectos previos a la LO 5/2010, lo que pone de manifiesto las dudas

con las que se abordó la cuestión y que finalmente se traducen en los variados aspectos controvertidos de esta regulación. La tercera parte de este Capítulo se refiere a ello, con un análisis pormenorizado de los antecedentes prelegislativos de los actuales artículos 570 bis y ter. Aspectos tan relevantes como el cambio de ubicación que estos delitos han sufrido en los textos prelegislativos, así como a la discusión de los elementos definitorios son prueba de la dificultad para abordar normativamente qué tipologías de agrupaciones criminales se pretenden combatir, frente a qué conductas y qué es lo que con ello se trata de proteger, teniendo en cuenta la existencia de otras previsiones penales para abordar la criminalidad organizada y el riesgo de solapamiento entre ellas. Finalmente, se examinará, a grandes rasgos, la versión definitiva que introdujo Ley Orgánica 5/2010 y las posteriores reformas que se han producido hasta el momento presente en relación con la delincuencia organizada.

*Capítulo III. Análisis del tipo (1): Bien jurídico protegido*

Como se ha dicho anteriormente, el análisis de la delincuencia organizada en el ordenamiento jurídico penal español, en cuanto a la convivencia de las distintas figuras que regulan ese fenómeno, toma como base el delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis. Profundizar en los elementos de este tipo penal para posteriormente analizar su convivencia con otras figuras penales afines es el objetivo principal de esta investigación, labor que se divide en dos Capítulos III y IV, refiriéndose el primer de ellos a la identificación del bien jurídico protegido por el artículo 570 bis.

La necesidad político-criminal de luchar contra la delincuencia organizada no es suficiente para legitimar, por si sola, la introducción del delito de pertenencia a una organización criminal (ni igualmente de pertenencia a grupo criminal, tipificación que ha venido de la mano junto a la organización criminal). Esta incriminación debe adecuarse a los principios y categorías penales, siendo el punto de partida para ello la determinación del bien jurídico protegido. Se está aquí ante una de las cuestiones más controvertidas que presenta el artículo 570 bis que merece, por ello, un Capítulo completo.

En una rápida aproximación, existen tres bloques de interpretación que representan las distintas corrientes en cuanto a la concreción del interés tutelado en el delito de pertenencia a una organización criminal, siendo la primera la lesión de un bien jurídico colectivo, la segunda la protección del bien jurídico del delito fin y en tercer lugar, la concepción mixta que enlaza las dos primeras posturas. La Exposición de Motivos de la

Ley Orgánica 5/2010 se decanta por determinar que el artículo 570 bis vulnera el orden público, en consonancia con su ubicación en el Título XXII del Código Penal, postura que sin mayor profundización adopta igualmente la jurisprudencia. No obstante, la ubicación de este delito en el Código Penal no condiciona, necesariamente, la cuestión sobre el bien jurídico. Ello exige un análisis del concepto de orden público y una revisión crítica del mismo, en el marco de la corriente doctrinal que identifica en la tutela de un bien jurídico colectivo, así como de los planteamientos que identifican el bien jurídico tutelado con el bien jurídico del delito fin, para finalizar con las posturas mixtas sobre la que se tomará postura, paso previo necesario para el posterior análisis de los elementos del tipo del delito de pertenencia a una organización criminal en el siguiente Capítulo.

*Capítulo IV. Análisis del tipo (2): Concepto de organización criminal, conductas típicas y autoría y participación*

Siguiendo con el análisis del tipo del artículo 570 bis, el Capítulo IV se centra en el concepto de organización criminal, las conductas típicas y las cuestiones referidas a la autoría y participación.

El artículo 570 bis conceptualiza qué debe entenderse por organización criminal, especificando qué elementos constituyen esta clase de agrupación. A su vez, recoge qué comportamientos relacionados con la organización serán objeto de castigo, con una visión onmicompresiva, pues el legislador ha pretendido que toda actuación que facilite la comisión delictiva de la organización se castigue, lo que supone tanto rebasar los requerimientos internacionales como plantea problemas a la luz de los principios legitimadores del Derecho Penal. Ambas cuestiones serán analizadas considerando la normativa internacional en la materia, así como la doctrina y la jurisprudencia en torno a esta cuestión. Este análisis se lleva a cabo comparativamente, no solo con la regulación proveniente de la normativa internacional y europea, sino igualmente con relación a otras figuras que castigan la respuesta a la delincuencia cometida por una agrupación de personas, de cara a ir determinando los elementos diferenciadores con cada una de ellas.

Posteriormente, se realiza una breve aproximación al tipo subjetivo para pasar después a examinar las cuestiones relativas a la autoría y participación en este delito. El delito de pertenencia a una organización criminal es un delito plurisubjetivo, en el que es necesario la intervención de más de dos sujetos que, conforme a la descripción típica del artículo 570 bis, serán considerados autores con independencia de la conducta realizada en

conexión con la organización. El Capítulo también tiene por objeto abordar el título de atribución de responsabilidad en relación con el delito fin, en atención a las reglas sobre autoría y participación. En este sentido, se realiza un estudio particularizado de la imputación a título de autoría del jefe de la organización, y las posibilidades que para ello ofrece la teoría sobre el dominio de la organización desarrollada por Roxin, puesto que no siempre es posible probarse su participación directa en la ejecución.

*Capítulo V. Relación entre el artículo 570 bis y otras figuras afines. Cuestiones concursales.*

En este V y último Capítulo se aborda la cuestión central de la investigación, sobre las que ya se han ido avanzando en los capítulos previos: si, partiendo de la tipificación que ofrece el delito de pertenencia a una organización criminal, es posible delimitar una convivencia pacífica con el resto de previsiones penales que castigan el fenómeno de la criminalidad organizada.

Las conclusiones alcanzadas en torno al bien jurídico y elementos del tipo del delito de pertenencia a una organización criminal y los problemas que en torno a ellos se platean, han permitido poner las bases para el tratamiento de esta cuestión. Para ello, se realiza, nuevamente, un estudio comparado con el delito de asociación ilícita, revisando los diferentes criterios de distinción que se han planteado para delimitar un ámbito propio de aplicación de los artículos 515.1º y 570 bis, teniendo presente que, conforme al análisis previo de estas figuras, la asociación ilícita que se crea o, una vez constituida, promueve la comisión de delitos, y la organización criminal definida en el artículo 570 bis comparten las mismas notas características. En este sentido, no siendo determinantes, como se justificará, ninguno de los criterios que se asumen para delimitar la aplicación de ambos delitos, se cuestiona la pervivencia del apartado 1º del artículo 515 en el Código Penal. Mismo análisis diferenciador se lleva a cabo en relación con las organizaciones criminales y grupos criminales, distinción que, a la luz de la incriminación paralela que han tenido los artículos 570 bis y 570 ter con la LO 5/2010 teóricamente se presenta más sencilla, si bien la praxis demuestra que los límites entre ambas figuras son difusos. Posteriormente, procederá el estudio de la coexistencia de agravaciones específicas por cometerse el hecho delictivo en el marco, con carácter general, de una agrupación delictiva, prevista en un total de 28 delitos del Código Penal. Inevitablemente el análisis anterior conduce a establecer las claves que permiten distinguir un supuesto de delincuencia organizada, conforme a las distintas tipologías de agrupaciones criminales

que presenta este fenómeno, con la figura de la conspiración para delinquir y con supuestos de codelincuencia.

Las conclusiones alcanzadas al respecto llevan, en una segunda parte del Capítulo V, al estudio del juego de relaciones concursales que se producen entre las distintas previsiones que regulan la criminalidad organizada y, en particular, a la remisión a la regla de la alternatividad, esto es, la pena más grave, que dispone el artículo 570 quater cuando las conductas castigadas en los artículos 570 bis y ter estuvieran comprendidas en otro precepto del Código Penal. No obstante, la previsión de esta regla en el marco de los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal no resulta pacífica en la doctrina, en la medida en que olvida la prelación de reglas para resolver el concurso de normas del artículo 8 CP.

El Capítulo finaliza, en una tercera parte, con el análisis de concurso de delitos entre el artículo 570 bis y el delito fin de la organización. Esta cuestión también se presenta controvertida, al no existir una posición unánime al respecto. Mientras que la jurisprudencia, generalmente, opta por resolver la relación como un concurso de delitos real, por parte de la doctrina las tres soluciones (real, ideal y medial) se defienden.

Por último, el Anexo que cierra este trabajo recoge de manera esquemática y con ejemplos prácticos el marco penal de las diferentes figuras jurídico-penales que dan respuesta a la delincuencia organizada.

# CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DEL ASOCIACIONISMO DELICTIVO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

## 1. Introducción

La delincuencia organizada no es un fenómeno novedoso para el Derecho Penal, puesto que ha sido objeto de castigo en la legislación penal española desde el Código Penal de 1822, lo que pone de manifiesto que la preocupación por esta criminalidad ha estado presente desde tiempos pretéritos. Como sostiene ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, el asociacionismo criminal para la comisión de delitos encuentra su antecedente en el bandolerismo[2], que, a su vez, encontraría su origen en el Código Napoleónico de 1810[3].

La existencia constante de respuesta a esta clase de criminalidad en las legislaciones penales que se han sucedido desde los tiempos de la codificación, es reflejo de que esta, a juicio de ANARTE BORRALLO, debe entenderse como un fenómeno normal, de manera que, al igual que sucede en la mayoría de las actividades humanas, los delitos también tienden a realizarse con cierto grado de asociación y, frecuentemente, motivación lucrativa. Lo anterior impediría defender la idea de que nos encontramos, por tanto, ante una irregularidad de la evolución del crimen en detrimento de los momentos garantistas y humanitarios[4]. No obstante, como se verá a lo largo de este capítulo, la instrumentalización del Derecho Penal por parte del Estado Policial en los periodos absolutistas ha estado presente, tal y como afirma SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, también como arma de eliminación del adversario político, para lo que la criminalización de asociaciones criminales y de tinte político ha resultado útil[5]. Algo que, en realidad,

---

[2] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Editorial Comares, Granada, 2008, pág.38. Realiza la autora una aproximación histórica de este fenómeno ubicándolo en Cataluña desde finales del reinado de Carlos I hasta 1640 y en el siglo XIX el bandolerismo andaluz, pasando por el bandolerismo castellano bajomedieval. En el siglo XIV el bandolerismo fue considerado hijo del fraccionamiento feudal de la nobleza violenta, ambiciosa y no controlada. El bandolerismo catalán del siglo XVII sí que está más vinculada a la miseria, desarrollándose también el castellano. Esa falta de adecuación entre economía y población es la causa principal de ese bandolerismo que en el siglo XVII se convierte delincuencia endémica.

[3] *Ibidem*, pág.41.

[4] ANARTE BORRALLO, E.: "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ, J.C./ ANARTE BORRALLO, E. (Coords.): *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pág.48.

[5] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: "Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho Penal político hasta la lucha contra el crimen organizado*"*, en ARROYO ZAPATERO, L.A y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coords): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam, Volumen II*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pág.649.

estaría presente en los distintos momentos legislativos en atención a las coordenadas político-sociales del momento.

En consecuencia, no toda respuesta jurídico-penal a las distintas manifestaciones de lo que se ha considerado en el pasado asociacionismo delictivo o criminal parece, en una primera aproximación, tener afinidad con el delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis CP ni, en general, dada la convivencia de figuras delictivas actualmente presentes en el Código Penal para hacer frente a este fenómeno, con el sentido político-criminal que subyace en él. No obstante, la actual confusión en la regulación penal en torno a esta cuestión tiene, en parte, su causa en la evolución legislativa que históricamente ha sufrido, así como en la confusión en determinados momentos entre una delincuencia asociativa u organizada que busca obtener un beneficio o ventaja material, y aquella que puede englobarse en relación con aspiraciones o finalidades ideológicas o políticas.

Por ello, entendemos necesario hacer un breve análisis a los antecedentes legislativos históricos de esta criminalidad al objeto de presentar, en una primera aproximación, cómo se ha llegado a la situación legislativa actual de cara a valorar la introducción por medio de la LO 5/2010 del delito de pertenencia a una organización criminal en el artículo 570 bis, pero también del delito de pertenencia a un grupo criminal en el artículo 570 ter CP y, fundamentalmente, la necesidad político-criminal de su existencia y su convivencia con el delito de asociación ilícita del artículo 515 CP y las denominadas agravantes por organización que prevén un buen número de delitos.

A continuación, se pasa a estudiar la respuesta jurídico-penal a este tipo de criminalidad en la legislación penal española.

## 2. La delincuencia asociativa en la legislación penal española con anterioridad al Código Penal de 1995

### 2.1. Código Penal de 1822

Como señala DÍEZ FUENTES, la lucha entre absolutistas y liberales por el poder durante 1814 y 1820 se basaba en lo excluyentes que eran ambos para una posible convivencia y ello debido a la incompatibilidad de la monarquía absoluta con una Cortes representativas, a que la Iglesia se sintiera amenazada y al perjuicio de la nobleza al cambio[6]. Esa lucha se mantiene a lo largo de los años, si bien con diferentes escenarios

[6] DIEZ FUENTES, J.M.: *El Trienio Liberal (1820-1823) en el reinado de Fernando VII* en https://www.cervantesvirtual.com/portales/trienio_liberal/contexto_historico/

como el denominado "trienio liberal (1820-1823)", época en la que se promulga el primer Código Penal en el que los liberales ocupan la mayoría de las Cortes y tienen que lidiar con una difícil situación económica y el temor a estallidos sociales. Situación que se revierte en 1823, al volver al reinado Fernando VII. Ello motivó la escasa vigencia del Código Penal de 1822, ya que, como señala ANTÓN ONECA, a pesar de no tener constancia de ningún acuerdo sobre la suspensión de la vigencia del Código, el hecho de hundirse el régimen político del momento en que se creó el mismo, supuso que volvieran a imperar la Novísima Recopilación, los Fueros y las Partidas hasta la promulgación en el año 1848 del nuevo q

Contextualizada la época en la que se enmarca esta regulación, el Código Penal de 1822[7] tipificaba en los artículos 338 y 339 la cuadrilla de malhechores, que estaban ubicados en el Título III, "Delitos contra la seguridad de Estado y el orden público", Capítulo VII, "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". En concreto, el artículo 338 tipificaba como cuadrilla:

> *"...toda reunion ó asociacion de cuatro ó mas personas mancomunadas para cometer, juntas ó separadamente, pero de comun acuerdo, algun delito ó delitos contra las personas ó contra las propiedades, sean publicas ó particulares".*

Asimismo, en el artículo 339 se especificaba de qué manera se castigaría a los miembros de dicha cuadrilla:

> *"los autores, gefes, directores ó promotores de algunas de estas cuadrillas, aunque no lleguen á cometer otro delito, serán castigados con la pena de dos á seis años de obras públicas. Los demás que, á sabiencias y voluntariamente tomaren partido en la cuadrilla, sufrirán una reclusión de igual tiempo. Estas penas se impondrán siempre á los malhechores de la cuadrilla, sin perjuicio de que unos y otros sean castigados ademas con las respectivas á cualquier otro delito que cometieren; escepto cuando la ley imponga a este delito un aumento determinado de la pena por razon de la cuadrilla, en cuyo caso no se aplicarán las disposiciones del presente artículo".*

En el Código Penal de 1822 ya especificaba el legislador que el hecho de pertenecer a una cuadrilla que tenía como objetivo la comisión de delitos era en si delictiva, lo que puede considerarse como primer antecedente histórico de la asociación criminal como manifestación de una delincuencia común organizada[8]. Pero con una limitación en cuanto a los delitos fin, ya que aludía exclusivamente a la comisión de delitos contra las personas o las propiedades, de lo que parece inferirse que la finalidad última de la cuadrilla

[7] Código Penal de 1822, *La Imprenta Nacional*, Madrid, 1822.
[8] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Casa Editorial Sa. Barcelona, 1977, pág. 17.

implicaba la obtención de una ganancia o beneficio ilícito, a pesar de no mencionarse esta circunstancia explícitamente en el texto legal.

En ese sentido, resulta necesario traer a colación el trabajo de OLESA MUÑIDO en torno a esta cuestión. Destaca el autor las notas definitorias de la cuadrilla de malhechores, según lo dispuesto en el artículo 338, en concreto, la existencia de un común acuerdo, para la comisión de algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, y que se trate de cuatro o más personas[9]. No eran requisitos exigidos necesariamente, por el contrario, ni la permanencia en el tiempo ni la existencia de un mando o estructura jerárquica[10]. Tampoco exigía esta incriminación que los malhechores llegaran a efectuar los delitos propuestos, puesto que incurrirían en responsabilidad por el mero hecho de "pertenecer" a la cuadrilla o "tomar parte" en esta, lo que englobaría diverso grado de implicación o contribución[11], como actuaciones de simple auxilio o, incluso, vigilancia[12]. Se trataría, así, de castigar como autoría la pertenencia a una colectividad con un fin delincuente, esto es, como unidad delincuente[13].

Además de la pena impuesta por la pertenencia a la cuadrilla, también se condenaba al miembro por el delito cometido, siempre que no hubiera en el delito concreto una previsión específica de agravación de la pena por cometerse en cuadrilla. A este respecto, es de destacarse que el único delito que, por entonces, contenía una agravación específica en este sentido era el delito de robo. Obsérvese que esta situación todavía está presente en el actual Código Penal, como veremos, puesto que algunos delitos recogen, mediante la previsión de una agravante específica, el endurecimiento de la pena por llevarse a cabo la comisión de ese delito por alguna organización o grupo criminal.

Así, con base en el artículo 339 del CP 1822, el legislador optaba por aplicar la agravante específica en caso de que la hubiera, lo que obligaba a aplicarla preceptivamente en el delito de robo, desplazando el delito de cuadrilla de malhechores. Hoy en día, el artículo 570 quater CP, en relación con los delitos de pertenencia a organización y grupo criminal, establece que "e*n todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8*". Como es sabido, el artículo

[9] OLESA MUÑIDO, F.F.: "La cuadrilla como unidad delincuente en el vigente Código penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo* 2, 1957, pág. 300.
[10] *Ibidem*, págs. 319 y 322.
[11] GARCÍA-PABLO DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.,* pág. 18.
[12] OLESA MUÑIDO, F.F. "La cuadrilla como unidad… *op. cit.*, pág. 314.
[13] *Ibidem*, pág. 319.

8 CP establece la prelación de reglas para resolver un concurso de normas y, específicamente, su apartado cuarto recoge la regla de la alternatividad, de manera que de no ser de aplicación ninguna de las anteriores (especialidad, subsidiariedad y consunción), se aplicará el delito que lleve aparejada la pena más grave. Aunque más adelante en esta investigación se analizará en detalle esta cuestión[14], conviene adelantar que resulta cuestionable si para resolver el concurso de normas entre el delito del artículo 570 bis y el delito que contiene una agravante específica por organización debe resolverse aplicando directamente la regla de la alternatividad del apartado cuarto del artículo 8 CP, o solamente habrá que acudir a esta regla una vez descartadas las anteriores. En este último caso, parece, en principio, que no se llegaría a la aplicación del principio de alternatividad, puesto que resulta defendible la idea de que existe una relación de ley especial del delito que contiene la agravante específica por organización frente al art. 570 bis. Obsérvese que esta respuesta sobre la convivencia entre el delito autónomo de pertenencia a una organización criminal y las agravantes específicas iría en la tónica de la que la que se previó en el año 1822, es decir, en base al principio de especialidad sería de aplicación la agravante específica.

Por su parte, dentro del mismo Título III contra la seguridad del Estado y el orden público, también se castigaban otras facetas del fenómeno asociativo, tanto de corte político como de oposición o de desobediencia a la autoridad[15], desmarcándose del objetivo lucrativo que se desprende de la cuadrilla de malhechores. Así, por ejemplo, en su Capítulo II ("De la sedición") el artículo 315 CP 1822 castigaba a quienes se concertaban para lograr determinados objetivos contrarios al orden público[16], con una regulación que puede considerarse el antecedente histórico del delito de sedición que ha perdurado en la legislación penal española hasta la LO 14/2022, de 22 de diciembre[17]. Por su parte, en el Capítulo IV ("De las facciones y parcialidades, y de las confederaciones

[14] *Vid.* Capítulo V, 4.4.
[15] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, pág. 16.
[16] El artículo 315 recogía que: "*Los que por emulacion, rivalidad, odio, ambicion avaricia ó espíritu de venganza ó de partido celebraren entre sí algun concierto para armarse ó hacer que otros se armen contra algunas personas, ó para conseguir por la fuerza que domine alguna faccion, ó para lograr con igual violencia cualquiera otro objeto contra el orden público, serán por este solo hecho obligados á dar fianza de que observaran una conducta pacífica, y los promotores y autores principales del concierto sufrirán ademas un arresto de cuatro días á tres meses. Si del concierto resultara la perpetracion de otro delito, se aplicará ademas la pena de este. Si el concierto fuere para causar alguna rebelión ó sedicion, ó si le siguiere alguna tentativa para cualquiera de estos delitos, se observará lo dispuesto en el artículo 298***."
[17] Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, *BOE*, de 23 de diciembre de 2022, nº 307

y reuniones prohibidas"), el artículo 316 castigaba a quienes formaren hermandades, cofradías u otras corporaciones sin licencia gubernativa[18], y los artículos 317 y 318 tipificaban la misma formación sin licencia gubernativa para el caso de sociedades, juntas o asociaciones, así como igualmente se castigaba los casos en los que, estando alguna de las anteriores lícitamente constituida, se hubieran constituido en confederación para oponerse a alguna disposición del Gobierno o de las autoridades[19].

Según se ha expuesto, ya en la regulación del Código Penal de 1822 se encuentra un claro antecedente del actual delito de pertenencia a una organización criminal y, con mayor claridad, del delito de asociación ilícita como figura delictiva para hacer frente a la delincuencia común organizada, dado que esta última tiene una mayor trayectoria en nuestra legislación penal. En este sentido, si bien se vislumbra una finalidad lucrativa en la cuadrilla de malhechores, en conexión con el hecho de preverse, además, únicamente como agravación específica en el delito de robo, en los demás delitos englobados en el entonces Título III se observa, bajo su comprensión como delitos contra el orden público, el castigo de la disidencia política o el incumplimiento de formalidades legales en la formación o creación de distintas formas asociativas. Con todo, en momentos legislativos posteriores la unificación de todas estas figuras delictivas en atención al bien jurídico tutelado sufrirá modificaciones, aspecto que conviene en este momento adelantar, puesto que la referencia al bien jurídico protegido veremos que se ha esgrimido como uno de los posibles argumentos para justificar hoy en día la convivencia del delito de pertenencia a organización criminal y del delito de asociación ilícita.

---

[18] Artículo 316: "*Los que so color de culto religioso formaren hermandades, cofradías ú otras, corporaciones semejantes sin conocimiento y licencia del Gobierno, serán obligados á disolverlas inmediatamente, y castigados con una multa de uno á treinta duros, ó con un arresto de dos días a dos meses*. "

[19] Artículo 317: "*Fuera de las corporaciones, juntas ó asociaciones establecidas ó autorizadas por las leyes, los individuos que sin licencia del Gobierno formaren alguna junta ó sociedad en clase de corporacion, y como tal corporacion representaren á las autoridades establecidas, ó tuvieren correspondencia con otras juntas ó Sociedades de igual clase, ó ejercieron algun acto público cualquiera, serán tambien obligados á disolverlas inmediatamente, y sufrirán una multa de dos á cuarenta duros, ó un arresto de cuatro dias á tres meses. Pero si como tal corporacion tomaren para algun acto la voz del pueblo, ó se arrogaren alguna autoridad Bíblica, cualquiera que sea, se les aumentará la pena hasta una multa de diez á sesenta duros, y una prision de tres meses á un año*". El artículo 318 por su parte establecía: "*Aun entre las corporaciones, juntas ó asociaciones establecidas ó autorizadas por las leyes, toda confederacion que hicieren unas con otras para oponerse a alguna disposicion del Gobierno ó de las autoridades, ó para impedir, suspender , embarazar ó entorpecer la ejecucion de alguna ley, reglamento, acto de justicia ó servicio legítimo, ó para cualquier otro objeto contrario á las leyes, fuera de los casos en que estas permitan sus pender la ejecucion de las órdenes superiores, será castigada con arreglo al capítulo sesto , título sesto de esta parte*".

### 2.2. Códigos Penales de 1848 y 1850

Ya durante el reinado de Isabel II y estando en vigor la Constitución de 1845 en la conocida como "Década moderada", se promulgó el Código Penal de 1848. Con la Constitución se pretendió realzar la figura de la Corona y consolidar la burguesía moderada, que buscaba su lugar entre el radicalismo revolucionario y el conservadurismo del antiguo régimen.[20] Cabe señalar que con la Constitución de 1845 se facilitó el restablecimiento de las relaciones Iglesia-Estado. En ese contexto, el Código de 1848, al contrario que el de 1822, no contó con informes por parte de Colegios de Abogados y Universidades, así como de examen parlamentario, artículo por artículo[21].

En este momento legislativo se hizo uso por primera vez del término "asociaciones ilícitas" en el Código Penal. Este delito se ubicaba en el Capítulo IV, "De las asociaciones ilícitas", dentro del Título III "Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público"[22], mismo Título en el que el Código Penal de 1822 incluía, como se acaba de exponer en el epígrafe anterior, a la cuadrilla de malhechores y determinadas agrupaciones cuyos fines fueran contrarios al orden público o cuya formación carecía de autorización gubernativa. A excepción de la cuadrilla de malhechores, que desaparece como delito autónomo, el resto de incriminaciones referidas al fenómeno asociativo se reproduce, en esencia, en el Código de 1848.

En relación con la represión de las asociaciones ilícitas, el Capítulo IV se dividía en dos secciones. Por una parte, se tipificaban las sociedades secretas y, por otro lado, las demás asociaciones ilícitas. El artículo 205, referente a las demás asociaciones ilícitas, entendía que "*es también ilícita toda asociación de más de veinte personas que se reúna diariamente, ó en días señalados, para tratar asuntos religiosos, literarios, ó de cualquier otra clase, siempre que no se haya formado con el consentimiento de la Autoridad pública, ó se faltaré a las condiciones que esta te hubiere fijado*"[23].

Por su parte, se comprendía como asociación secreta (art. 202) los que, con juramento o sin él, ocultaban a la Autoridad pública el objeto de sus reuniones o su organización,

[20] Constitución de 1845, *Gaceta de Madrid*, 23 de mayo de 1845, nº 3904.
[21] ANTÓN ONECA, J.: "El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Pacheco", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (1965), Fascículo 3*, pág. 486. Expone ANTÓN ONECA que derribada la regencia de Espartero, el gobierno presidido por Joaquín María López nombró una Comisión de Códigos en 1843, que presidió Manuel Cortina, abogado, y otras diecisiete eminencias de la magistratura, política y abogacía. Debido a las vaivenes de la política la Comisión sufrió algunas alteraciones (pág. 482).
[22] Código Penal de 1848, *La Imprenta Nacional*, Madrid, 1948.
[23] Un ejemplo de la instrumentalización del Derecho Penal para finalidades políticas.

así como los que utilizaban cifras o signos misteriosos en la correspondencia. En estos casos, el hecho de realizar actuaciones sin consentimiento de la Autoridad era castigado con duras penas, como prisión mayor, destierro o inhabilitación absoluta permanente.

Además de ello, el artículo 210, que puede considerarse sucesor de la cuadrilla de malhechores, tipificaba que en caso de que estas asociaciones secretas tuvieran como finalidad la rebelión, sedición o delitos contra lesa majestad, los jefes y asociados serían castigados con la misma pena que la conspiración. Pero cuando el objeto fuese la perpetración de cualquier otro delito se castigaría como autores de tentativa a los afiliados y por delito frustrado a los jefes, disposición que entraría en aplicación para los supuestos de delincuencia común.

El Código Penal de 1848 disponía en su artículo 2 que el Gobierno propusiera a las Cortes en el plazo de tres años, o antes si lo estimara conveniente, reformas o mejoras al Código; incluso el Gobierno podría hacer las reformas en caso de urgencia, dando cuenta. Fue este último quién mediante Decretos y Reales ordenes realizó reformas al Código de 1848, para después el 9 de junio de 1850 recogerse estas modificaciones en una edición, otorgándole fuerza de Ley el 30 de junio y declarándolo oficial[24].

En el caso de las sociedades secretas, el artículo 204 sufrió una modificación mediante el Real Decreto del 7 de junio de 1850, imponiendo para los jefes y asociados penas de conspiración, tentativa y delito frustrado cuando la sociedad tuviera por objeto cometer delitos[25]. En la Ley de 30 de junio, a pesar de no variar en su contenido, el orden de los artículos sufre una alteración, lo que se tipificaba en los artículos 204 y 206 en el Real Decreto del 7 de junio de 1850, pasó a hacerlo en los artículos 209, 210 y 212[26].

Es destacable que, mediante esta reforma, se castigaba la conspiración y la proposición en todos los delitos, además de crearse el delito de desacato contra las autoridades[27]. El hecho de que se sancionara penalmente de esa manera la conspiración y la proposición fue criticado por algunos autores de la época, por ir en contra de los principios del Derecho Penal y la doctrina del Código, además de dificultar la labor de los tribunales[28]. En lo que al objeto de esta tesis interesa, se enturbiaba las relaciones con los delitos de

[24] ANTEQUERA, J.M.: *La codificación moderna en España,* Analecta Editorial, Madrid, 1886, pág.64. Mantiene el autor que, a pesar de varias enmiendas y variaciones, el Código en esencia era el mismo.
[25] SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.D.: *La codificación en España: los códigos de 1848 y 1850,* Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, pág. 404.
[26] *Ibidem*, pág.425. Código Penal de 1850, *La Imprenta Nacional*, Madrid, 1850.
[27] ANTÓN ONECA, J.: "El Código Penal de 1848… *op. cit.*, pág. 486.
[28] SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.D.: *La codificación en España… op. cit*, pág. 320.

asociación ilícita, al no existir un claro cuerpo legal, doctrinal y jurisprudencial sobre los elementos constitutivos de esta, más allá de que se exigiera que los asociados fueran superiores a 20 personas[29].

El Código Penal de 1948 sigue reconduciendo los supuestos de delincuencia asociativa, con diversa finalidad, a un denominador común de afectación a la seguridad del Estado y del orden público, si bien en el caso de la asociación (secreta) con finalidad de delinquir ya no limitaba la punición a los delitos contra las personas o la propiedad, como sucedía con la cuadrilla de malhechores del Código Penal de 1822, sino que amplía su radio de respuesta a la comisión de cualquier delito, concurriendo, por tanto, un concurso de delitos entre el delito-fin y la asociación ilícita. Con todo, la incriminación de las asociaciones ilícitas presentaba una regulación formalista, dado que se consideraba ilícita toda asociación secreta, esto es, por el hecho de escapar del control de los poderes públicos con independencia de la licitud o ilicitud de sus fines ocultos reales[30], de los que la comisión de delitos era una de sus manifestaciones concretas.

Junto a los delitos referidos a asociaciones ilícitas, hay que destacar que, aunque en el Código Penal de 1848 que ahora se analiza desaparece el delito autónomo de cuadrilla de malhechores (sustituido por la sociedad secreta para la comisión de delitos), no ocurre otro tanto con la agravación específica en el delito de robo cuando este se comete en cuadrilla. El artículo 425.4º imponía la agravación preceptiva de la pena, tanto en el robo con violencia o intimidación como por la concurrencia de fuerza en las cosas, cuando los hechos se cometieran en cuadrilla, entendida esta como concurrencia de más de tres malhechores. No obstante, la agravación quedaba condicionada a que, además de la cuadrilla, el robo se cometiera en despoblado.

Por último, la inexistencia de disposición legal para resolver el concurso de normas, situación que perduró hasta el Código Penal de 1944, impedía dar respuesta satisfactoria a la eventual concurrencia entre la asociación secreta para la comisión de delitos y la agravación por cuadrilla en los delitos de robo. No obstante, se observa un ámbito de aplicación diferenciado a tenor de los elementos que caracterizan a la cuadrilla. Por un lado, en cuanto al número de personas que la integran, cuatro o más, frente a los veinte de la asociación ilícita. Además de que para la aplicación de la agravación específica en los delitos de robo era necesario, además, que el hecho se cometiera en despoblado.

[29] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, pág. 222.
[30] *Ibidem,* pág. 26.

### 2.3. Código Penal de 1870

Afirma GARCÍA-PABLOS DE MOLINA que este Código[31] supone el antecedente legislativo por excelencia y el esqueleto del sistema español de las asociaciones ilícitas[32].

Desde 1868 a 1871, tras el exilio de Isabel II por el éxito de la Revolución –la Gloriosa-, España contaba con un Gobierno provisional que, tras la aprobación de la Constitución de 1869, fue presidido por el general Prim. Por primera vez, la Constitución incluye la libertad de asociación, además de reconocerse por primera vez el sufragio universal masculino[33].

Sin embargo, las libertades que se recogían en la Constitución contaban con límites, como la "moral pública", tal y como se tipificaba en el artículo 198 CP[34], al castigar las asociaciones ilícitas que tenían como objeto realizar actividades contra la "moral pública" y las que tuvieran como objeto cometer algún delito que recogiera el Código Penal. Este Código desdoblaba en dos títulos los delitos contra el "orden público" que recogía el Código anterior y entre los que se tipificaba el delito de asociación ilícita. En 1870 el delito de asociación ilícita se ubicaba dentro del Título II del Libro II, "Delitos contra la Constitución", Capítulo II, "De los delitos cometidos con ocasión de los derechos individuales garantizados por la Constitución", Sección 1ª "De los delitos cometidos por los particulares con ocasión de los derechos individuales garantizados por la Constitución". El siguiente Título, Título III, se refería a los "Delitos contra el orden público", integrando, entre otros, los tradicionales delitos de rebelión, sedición y desórdenes públicos. Todo ello supone un cambio sustantivo de valoraciones respecto del fenómeno delictivo referido a la asociación ilícita para la comisión de delitos.

En los Comentarios al Código Penal de 1870, SALDAÑA Y GARCÍA-RUBIO elaboró una tabla sobre las correspondencias legales existentes entre la Constitución de 1876 y el Código Penal, relacionando la libertad de asociación del artículo 13.4 de la Constitución con las asociaciones ilícitas recogidas en el artículo 198[35]. Se deja aquí

[31] Código Penal de 1870, *Gaceta de Madrid*, 31 de agosto de 1870, nº 243.
[32] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.*: Asociaciones ilícitas… op. cit*., pág. 27.
[33] Constitución de 1869, *Gaceta de Madrid,* 7 de junio de 1869, nº 158.
[34] El artículo recogía: "*Se reputan asociaciones ilícitas: 1.º Las que por su objeto ó circunstancias sean contrarias á la moral pública,2.º Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este Código"*. En los siguientes artículos se especificaba cuál era la pena impuesta para cada miembro de la asociación.
[35] SALDAÑA Y GARCÍA-RUBIO, Q.: *Comentarios al Código Penal de 1870,* Editorial Reus, Madrid, 1920, pág. 373.

apuntada esta idea que se retomará cuando se analice la convivencia actual entre el delito del 570 bis y el 515, al ser la distinción del bien jurídico protegido, como previamente también se ha recalcado, uno de los argumentos que podría justificar la existencia del delito de asociación ilícita actualmente. A este respecto, en el Código de 1870 los delitos de asociación ilícita se configuraban como "abusos" de un derecho reconocido constitucionalmente, aunque limitado por un concepto de alcance impreciso como es la "moral pública" [36].

Por otro lado, tras mencionar la reforma sobre los delitos contra la religión, pasando de estar en primer lugar a "rebajarse" a la categoría de delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución, recoge ANTEQUERA la modificación en lo relativo a la conspiración y proposición de cometer el delito[37]. Se ha mencionado que el Código de 1848 introdujo como novedad la punición de la conspiración y la proposición para todos los delitos, situación que se modificó con la aprobación del nuevo Código. En su artículo cuarto se recogía que la conspiración y la proposición únicamente eran punibles en los casos en los que la ley las penara especialmente, siendo sancionadas exclusivamente en los delitos de traición, de lesa majestad y sedición. La reducción del castigo de estos actos preparatorios choca, sin embargo, con la laxitud del concepto de asociación ilícita, del que no se recogía definición legal; tampoco exigía el Código Penal un número mínimo de miembros, como los veinte asociados del Código Penal de 1848, ni otro elemento que la pudiera caracterizar (mínima estabilidad y organización, por ejemplo). Su ilicitud venía determinada por su objeto o los fines para los que la asociación se creaba, rompiendo así con el formalismo del Código anterior, focalizado en la ilicitud de su constitución[38].

En relación con las asociaciones ilícitas de la época, la jurisprudencia se ocupaba principalmente de las asociaciones que tuvieran como finalidad la lucha de la clase obrera. En este ámbito, tal y como se recoge en el manuscrito de los hermanos ÁLVAREZ CID, el concepto de la moral pública significaba la conformidad con las leyes naturales y positivas, de manera que se referenciaría en las acciones que salen de la esfera privada y transcienden a los intereses generales de la sociedad. Por ello, fundamentándose estas asociaciones en la anarquía, el colectivismo y la lucha del trabajo contra el capital y la de

[36] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, pág. 29.
[37] ANTEQUERA, J.M.: *La codificación moderna en España… op. cit.*, pág.112.
[38] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, pág. 223.

los trabajadores contra la burguesía, se entenderían contrarias al principio más fundamental del orden social, la autoridad[39].

En esta etapa, el castigo del asociacionismo delictivo se centra, por tanto, en el delito de asociaciones ilícitas, de diversa naturaleza y motivación. Así, el legislador equiparaba las que tuvieran como fin la comisión de delitos, propio de la delincuencia común organizada, como las que realizaba actividades que, en el contexto de la época, se consideraban contrarias a la moral pública; concepto difuso y de difícil compatibilidad con los principios legitimadores del Derecho Penal.

De nuevo, junto a la incriminación de la asociación ilícita, pervive en el Código Penal de 1870 el castigo agravado preceptivo del delito de robo cuando se cometiera en cuadrilla. No obstante, además de que se exigía cumulativamente el hecho de que se cometiera en despoblado, como sucedía en el Código Penal de 1848, el concepto de cuadrilla sufre una modificación que restringe su ámbito de aplicación. El artículo 518 requería, para su presencia, la concurrencia de tres malhechores armados. En este sentido, se entendía que el concepto de arma incluía no solo las armas blancas o de fuego, sino igualmente el garrote[40].

Ahora bien, mediante Decreto de 1 de enero de 1871 la comisión del delito en cuadrilla y despoblado pasó a constituir una agravante genérica, aplicable a cualquier delito, para cuya definición debía remitirse a la agravación contenida en el delito de robo[41]. Esta doble incriminación de la cuadrilla (siempre que la comisión del delito fuera en despoblado) no generaba, sin embargo, problemas de convivencia, puesto que el artículo 79 regulaba lo que conocemos como regla de la inherencia. De manera que no produce efecto agravatorio la agravante genérica si ya está contemplada expresamente en un determinado delito, como ocurría con el delito de robo.

No ocurría otro tanto sobre un posible conflicto de normas entre la agravación por cuadrilla y la asociación ilícita constituida para la comisión de delitos, derivado tanto de la ausencia de disposición específica para resolver un eventual concurso de normas, como de la ausencia de una clara delimitación del concepto de asociación ilícita, más allá de que el Código Penal de 1870 se basara en la represión por la ilicitud del objeto de esta.

[39] ÁLVAREZ CID, J y T.: *El Código Penal de 1870,* Córdoba, 1908, pág. 497.
[40] OLESA MUÑIDO, F.F.: "La cuadrilla como unidad… *op. cit.*, pág. 316.
[41] *Ibidem*, pág. 304.

Lo que sí quedaba claro era que el delito de asociación ilícita entraba en concurrencia de delitos con el concreto delito o delitos fines cometidos por esta[42].

### 2.4. Código Penal de 1928

En el contexto de la Dictadura de Primo de Rivera, el entonces Ministro de Gracia y Justicia encargó el 12 de marzo de 1926 a la Comisión general de la Codificación el Proyecto de una nueva edición del Código Penal, ya que en aquel entonces "*el Código Penal vigente lleva más de medio siglo de discordancia con la Ley fundamental del Estado, por haber sido sustituida ésta apenas nacido aquél, y ha sido modificado en tantos de sus preceptos, que ante una edición del texto promulgado en 1870, se observa que no son pocos los artículos que o no son ya aplicados o han sido transcendentalmente sustituidos*"[43].

Ello culminó en el Código Penal de 1928[44], si bien el delito de asociación ilícita no encontraba su tipificación en él. A este respecto, el Título II, referido a los "Delitos contra los poderes públicos y contra la Constitución", Capítulo II "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos y deberes reconocidos por la Constitución", Sección Primera, "De los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos y deberes reconocidos por la Constitución", lo integraba un único artículo, el artículo 268, que remitía a una ley especial la regulación de los delitos de asociación ilícita: "*Los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos y deberes reconocidos por la Constitución serán enumerados y penados en la ley o leyes especiales que al efecto le dicten."*

El hecho de derivar la regulación de los delitos de asociación ilícita a una ley especial, que no se llegó a dictar dada la escasa vigencia del Código Penal de 1928, fue, con todo, un aspecto criticado por los autores del momento. Así, a juicio de SAN MARTÍN

[42] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, pág. 35.
[43] SAN MARTÍN LOSADA, L.: *El Código Penal de 1928, su estudio y comparación con el de 1870*, Imprenta clásica española, Madrid, 1928, pág.23. Conviene apuntar que lo que iba a ser una nueva edición pasó a ser un Código Penal totalmente distinto al de 1870 con orientaciones nuevas y extraordinarias innovaciones, no quedándose en la revisión del anterior. El mismo autor en la obra *Algunas observaciones sobre el nuevo Código Penal*, Editorial Reus SA, Madrid, 1929, pág. 9, criticaba la rapidez en la publicación de este Código Penal, ya que se encargó a la Comisión de Códigos la confección de la nueva edición en marzo de 1926 y en julio de 1927 se entregó al Ministro un nuevo Código, muy distinto al anterior. Ello en pocos meses y teniendo la Comisión en sus manos la reforma total del Código de Comercio. En noviembre de 1927, tras la información de la Asamblea Parlamentaria y tres sesiones plenarias (no en exclusiva), se despacha el Proyecto y tras la revisión del Ministro se aprueba el Código agosto y se publica en septiembre, sin informaciones públicas y apenas orientaciones profesionales.
[44] Código Penal de 1928, *Gaceta de Madrid*, 13 de septiembre de 1928, nº 257.

LOSADA, el Código Penal resultaba incompleto al quedar fuera del mismo delitos que habían figurado siempre y estaban tipificados en otros países, y todo por no esperar a la aprobación de la nueva Constitución que se estaba elaborando. Según el autor, la precipitación por promulgar el Código supuso la desaparición en él de los delitos contra la Corte y sus miembros, contra la forma de Gobierno, los cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos y deberes reconocidos por la Constitución (el mencionado artículo 268 en relación con los delitos de asociación ilícita) y los cometidos por los funcionarios contra los ejercicios reconocidos por la Constitución [45]. JARAMILLO GARCÍA, sin embargo, justificaba esa remisión a leyes especiales por considerar que resultaba conveniente aprovechar la facilidad de los trámites legislativos del momento. E, igualmente, debido al hecho de que no podía contar con los mismos preceptos constitucionales del Código de 1870, ya que eso obligaría a una acomodación de los preceptos de la futura Constitución. Recalcaba el autor que en caso de que fuera necesario, y hasta la aprobación de la nueva Constitución, podría remitirse al Código de 1870 en estos aspectos[46].

Por lo demás, el Código de 1928 mantuvo dentro del catálogo de agravantes genéricas la de cometer el delito en cuadrilla (artículo 66.3º), dotándole de una definición propia, a diferencia del momento legislativo anterior, cuya definición se obtenía por remisión al delito de robo. Por un lado, se desvinculaba la aplicación de esta agravante del hecho de que el delito se cometiera, además, en despoblado, que también adquiere autonomía agravatoria propia. Por otro lado, se modificaban los elementos para la concurrencia de cuadrilla. El artículo 66.3º concebía la cuadrilla como "concurrencia de más de dos malhechores con armas, manifiestas u ocultas, o más de tres sin ellas". De manera que existían dos modalidades de cuadrilla en función del número de personas: mínimo de tres personas si todos estuvieran armados, ya exhibieran las armas o las tuvieran ocultas, o mínimo de cuatro personas si no se diera el hecho de que todos estuvieran armados. En todo caso, seguía siendo de aplicación la exigencia, con origen en el delito de cuadrilla de malhechores del Código Penal de 1822, de acuerdo para la comisión del delito o delitos, lo que convertía a todos los que participaran, con independencia de su grado de contribución, en autores[47].

[45] SAN MARTÍN LOSADA, L: *El Código Penal… op. cit*., pág.128.
[46] JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentando y cotejado con el de 1870,* Imprenta de la Gaceta Regional, Salamanca, 1929, pág.29.
[47] OLESA MUÑIDO, F.F.: "La cuadrilla como unidad… *op. cit.*, pág. 305.

La definición de cuadrilla del artículo 66.3º se hace extensible con este Código al delito de robo, que también diferencia las situaciones de que se cometa en cuadrilla o en despoblado, bastando cualquiera de las dos circunstancias para elevar preceptivamente la pena (artículo 689). Para resolver el problema de doble concurrencia en los delitos de robo por la vía de la agravante genérica y la agravación específica, el Código de 1928 recogía en su artículo 149 el principio de inherencia en los mismos términos que su predecesor artículo 79 del Código Penal de 1870.

Por último, seguía sin existir disposición legal para resolver un eventual problema de concurso de normas entre el delito de asociación ilícita y esta tipificación expresa por concurrencia de cuadrilla en el delito de robo, siendo extrapolable las mismas consideraciones que anteriormente se han hecho en torno a esta convivencia respecto del Código Penal de 1870.

### 2.5. Código Penal de 1932

El Gobierno republicano anuló el 15 de abril de 1931 el Código Penal de 1928, volviendo con el Código Penal de 1932 a la regulación, en esencia, que ofrecía el Código de 1870[48]. En la Segunda República, en lo que a las asociaciones ilícitas se refiere, la mayor variación se hace respecto de las penas pecuniarias, puesto que, según se ha dicho, la ausencia de aprobación de una ley especial que ofreciera respuesta al delito de asociación ilícita hizo mantener provisionalmente la regulación de 1870.

En el año 1932 las asociaciones ilícitas se tipificaban en el artículo 185[49] y, al igual que en el Código de 1870, se castigaban las asociaciones que tuvieran como objeto actuaciones contrarias a la moral pública y, en segundo lugar, las que tuvieran como objeto cometer algún delito recogido en el Código Penal.

El delito de asociación ilícita se ubicaba en el Título II, "Delitos contra la Constitución", Capítulo II, "De los delitos cometidos en ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución", Sección Primera, "Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución". Con ello se mantenía la misma consideración de los

[48] Código Penal de 1932, *Gaceta de Madrid*, 5 de noviembre de 1932, nº 310. La Exposición de Motivos del Código de 1932 habla de la parquedad de la reforma.

[49] Art. 185: "*Se reputan Asociaciones ilícitas: 1.º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública. 2.º Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este Código*."

delitos de asociación ilícita como delitos, de diverso contenido, vinculados unitariamente con la libertad de asociación y al abuso de este derecho, en la tónica de los códigos penales de 1870 y 1928.

En relación con la agravante de cuadrilla, el Código Penal de 1932 siguió considerándola como agravante genérica (artículo 10.12), pero modificando, de nuevo, su redacción, de modo que se consideraba como tal la concurrencia en la comisión del delito de más de tres malhechores armados. Se combinaba, así, el número mínimo que en el Código anterior se requería en la modalidad de cuadrilla cuando no estuvieran todos armados, con la necesidad de que ahora sí lo estuvieran (cuando anteriormente se requería en este caso un mínimo de tres personas). Por lo demás, esta previsión continuaba conviviendo con la existencia en el delito de robo de la agravante específica por cuadrilla, según la nueva definición que otorgaba el artículo 10.12, pero que presentaba algunas novedades. En primer lugar, su aplicación pasó de ser obligatoria a ser facultativa. En segundo lugar, vuelve a una regulación en la que la agravación de la pena por cuadrilla dependía de que cumulativamente actuara en la comisión del delito en despoblado. Ello implicaba que, más allá de la regla de la inherencia prevista en este Código en el artículo 64, podían darse dos situaciones: una, la aplicación de la agravación específica de cuadrilla y despoblado, de potestativa aplicación, o la aplicación de la agravante genérica exclusivamente de cuadrilla, para cualquier delito, incluido el delito de robo, según las reglas de determinación de la pena, de entre las que conviene destacar la contenida en el artículo 67.3º. En ella se disponía que la pena podría imponerse en su grado máximo "cuando concurriere solo alguna circunstancia agravante". Por lo que, ya fuera como agravante genérica y específica, su carácter agravatorio era potestativo según arbitrio judicial.

No ofrecía cambios, sin embargo, la posible concurrencia de normas entre estas disposiciones agravatorias y el delito de asociación ilícita, en los mismos términos que se han indicado en otros momentos legislativos anteriores.

### 2.6. Código Penal de 1944

En pleno régimen franquista, el Código Penal de 1944[50] tipificaba las asociaciones ilícitas en el artículo 172, variando la redacción del Código Penal de 1870. Esta nueva regulación comprendía cuatro clases de asociación ilícita, con una marcada influencia

[50] Código Penal de 1944, *BOE*, 13 de enero de 1945, nº 13.

política propia del contexto histórico tras la Guerra Civil española y el surgimiento del "Nuevo Estado" de la Dictadura del General Franco. Se observa, además, una vuelta a la regulación formalista del Código de 1848 y a la represión de las denominadas por aquella legislación sociedades secretas, al incidir esta regulación en la ilicitud de la constitución de la asociación, y no tanto en ilicitud de su "objeto" o finalidad, así como en la confusión entre lo ilícito administrativamente y lo ilícito penalmente[51].

En este contexto, no es de extrañar, por tanto, que el artículo 172 recogiera, primeramente, lo que en el Código Penal de 1932 se reputaba como asociación ilícita, esto es, las asociaciones que por su objeto o circunstancias fueran contrarias a la moral pública, así como a las que tuvieran como objeto cometer algún delito. Y a continuación se incorporaban dos nuevas: las que estuvieran prohibidas por la autoridad competente y las que se hayan constituido sin haber cumplido los requisitos legales[52]. Es de destacar que la punición del asociacionismo constituido incumpliendo las formalidades legales para ello y aquellas prohibidas por la autoridad competente constituye un retroceso frente al avance que el Código Penal de 1932 -heredero del Código Penal de 1870-, puesto que volvía a incriminar lo que, a lo sumo, podría considerarse una infracción administrativa. No obstante, también se mantiene el recurso al Derecho Penal como herramienta para anular la disidencia bajo el cuestionable concepto de "moral pública" en el marco de una dictadura. Y todas ellas equiparadas en cuanto a su castigo penal con la llamada delincuencia común organizada. En esta línea se enmarca igualmente la previsión contenida en el art. 173 CP 1944 por la que se recoge un catálogo "político" de ilicitudes[53], conforme al cuál se consideraban asociaciones ilícitas los grupos que tuvieran como finalidad la destrucción del sentimiento nacional o los que tuvieran por objeto atacar cualquier forma de unidad nacional, entre otros fines.

Teniendo en cuenta esta regulación, el delito de asociación ilícita se ubicaba en el Capítulo II referente a los "Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes", dentro del Título II "Delitos contra la seguridad interior del Estado".

---

[51] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, págs. 47-49.
[52] Art. 172. "*Se reputan asociaciones ilícitas:*
*1.° Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública.*
*2.º Las que tengan por objeto cometer algún delito.*
*3.º Las prohibidas por la autoridad competente*.
*4.º Las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley"*.
[53] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, pág. 49.

Destaca en este Código la desaparición de la punición de los meros individuos que formaban parte de las asociaciones ilícitas que no hubieran llegado a establecerse, castigado en el artículo 187 del anterior Código de 1932. Entiende FERNÁNDEZ BARRUTIA que esta supresión resultaba lógica, ya que al no tratarse de promotores u organizadores, resultaba difícil relacionar al mero individuo con una asociación no creada[54].

Por su parte, el hecho de que el delito se hubiera llevado a cabo en cuadrilla aún suponía una agravante genérica aplicable a cualquier delito, al recogerse en el punto 13º del artículo 10 referido a circunstancias agravantes. El art. 10.13º recogía la ejecución del delito de noche, despoblado o en cuadrilla; especificándose a renglón seguido que por cuadrilla se entendía la concurrencia "de tres o más malhechores armados", es decir, la misma definición que la que ofrecía el Código Penal de 1932. También pervivía la agravación de la pena cuando la ejecución de robo se llevara a cabo en cuadrilla, si bien exclusivamente en su modalidad de robo con violencia o intimidación (artículo 502), debiéndose resolver la relación entre la agravante genérica y específica conforme a la regla de la inherencia (artículo 59).

Debe destacarse que el Código Penal de 1944 recogía, por primera vez, una disposición referida al concurso de normas (artículo 68), de manera cuando un hecho ilícito estuviera comprendido en dos o más preceptos penales, debía sancionarse con la pena mayor. Esto, en lo que a esta investigación se refiere, podía resultar aplicable a los casos en los que concurriera el delito de asociación ilícita, en su modalidad de tener como finalidad la comisión de delitos, y la agravante por cuadrilla, tanto en su versión de agravante genérica, como específica en el caso del delito de robo, si bien con las restricciones que resulta necesario hacer en relación al concepto restringido de cuadrilla en cuanto a su número mínimo y, fundamentalmente, la necesidad de que todos los participantes fueran armados. En cualquier caso, como ya se ha manifestado anteriormente en este Capítulo, la regla que consagraba el artículo 68 del Código Penal de 1944 asumía lo que actualmente dispone el artículo 8.4 como última regla de apreciación para resolver un concurso de leyes o de normas, si bien el artículo 570 quater dispone que en caso de concurrencia del delito de pertenencia a una organización criminal (y también a un grupo criminal), con una agravante específica en un concreto delito fin, se estará a la calificación

[54] FERNÁNDEZ BARRUTIA, J.: *Datos prácticos sobre el Código Penal de 1944. Exposición y breve comentario de las reformas del cuerpo legal no aludidas en su preámbulo. Cuadro de correspondencia de su articulado. Esquema comparativo de penalidad,* Imprenta Viuda de Juan Pueyo, Madrid, 1945, pág.23.

que implique la penalidad más elevada. Con ello se da aplicación prioritaria a una regla que, en puridad, solo puede entrar en juego cuando no haya otro criterio diferenciador en aplicación (especialidad, subsidiariedad o consunción).

Por último, con el Código Penal de 1944 los actos preparatorios de conspiración y proposición vuelven a castigarse con carácter generalizado, lo que en principio podría dificultar su diferenciación con el delito de asociación ilícita. No obstante, con el tiempo se fue dotando de cuerpo doctrinal y jurisprudencial a este último, fundamentalmente en relación con la asociación criminal para la comisión de delitos, si bien por razones sistemáticas esta cuestión se abordará en el epígrafe siguiente.

### 2.7. Código Penal de 1973

El Código Penal de 1973, perviviendo aún la Dictadura franquista, tipificaba en el artículo 173 las asociaciones ilícitas, con nueva redacción. Así, se reputaban como asociaciones ilícitas las que tuvieran como objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promovieran su comisión; las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, emplearan medios violentos para su consecución; las organizaciones clandestinas o de carácter paramilitar y las que promovieran la discriminación racial o incitaran a ella[55]. Su ubicación era idéntica que en el Código Penal de 1944, al tipificarse la asociación ilícita en el Capítulo II, "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las Leyes", Título II, "Delitos contra la seguridad interior del Estado".

En este sentido, VÁZQUEZ IRUZUBIETA ha justificado la incriminación que contemplaba este Código por la peligrosidad social que supone una asociación para el crimen, lo que significa mayor peligro que el concierto con una circunstancia causal o la conspiración, ya que en esos casos el concierto es transitorio, mientras que la asociación ilícita tiene carácter estable y eso lo saben sus miembros[56].

---

[55] Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, *BOE*, de 12 de diciembre de 1973, nº297. Modificado por la Ley Orgánica 8/1983, de 23 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Anteriormente el delito de asociación ilícita se tipificaba en el artículo 172.
"*Son asociaciones ilícitas:*
*1.º Las que tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.*
*2.º Las que, aún teniendo por objeto un fin lícito emplearen medios violentos para su consecución.*
*3.º Las organizaciones clandestinas o de carácter paramilitar.*
*4.º Las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella."*

[56] VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Doctrina y jurisprudencia del Código Penal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988, pág.791. Misma idea comparte TERRADILLOS BASOCO, al mantener que la

El artículo 173 incriminaba tanto la voluntad de asociarse como la de cometer posteriormente el delito aprovechándose de la asociación. Así, ambas acciones podían ser simultáneas, pero jamás podría preceder la voluntad de delinquir a la de asociarse, ya que en ese caso habría que aplicar las reglas generales de la participación criminal[57]. La asociación configura lazos entre los miembros que tienen una misma finalidad y el delito se consuma con la asociación, siempre que el propósito esté debidamente acreditado[58]. Además, todos los apartados que recogía el entonces vigente artículo 173 son delitos pluriactivos, es decir, todos los miembros son considerados autores; únicamente podrían ser cómplices las personas que no formen parte de la asociación. Respecto de la punición de la asociación clandestina, no sancionada penalmente hoy en día, TERRADILLOS BASOCO criticaba entonces su tipificación en el Código Penal por tratarse de un mero ilícito administrativo[59].

Respecto del mínimo número de personas que debía haber para considerarse asociación, MANZANARES SAMANIEGO y ALBÁCAR LÓPEZ mencionan una sentencia del Tribunal Supremo del 10 de octubre de 1956 donde se entendía suficiente la adhesión de dieciséis personas, si bien es verdad que después el número disminuyó, justificando por parte de la doctrina que serían tres o más, en consonancia con la inclusión de la previsión contenida en el artículo 513 del mismo Código. Este precepto tenía origen en el artículo 54 de la Ley de Seguridad del Estado de 1941, tipificándose "*la mera asociación, aun transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo se estimará comprendida en el número 2º del artículo 172*"[60]. Como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, la jurisprudencia sostuvo que esta previsión era únicamente aplicable cuando los asociados no llegaban a ejecutar el delito de robo, porque de comenzar la fase de ejecución (entonces calificada como tentativa o frustración), habría que condenar por robo, y no por el de asociación para robar, ni por asociación y robo, de

asociación tiene una estructura que se proyecta más allá de los delitos llevados a cabo mediante la misma. La finalidad no será un único delito puesto que para sancionar ese comportamiento estarán otras formas de participación criminal o la conspiración. En "Artículo 173", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coords.): *Código Penal comentado*, Ediciones Akal SA, 1990, pág. 404.

[57] *Ibidem*, pág.791.

[58] *Ibidem*, pág. 793.

[59] TERRADILLOS BASOCO, J.: "Artículo 173", *op. cit.*, pág. 404.

[60] MANZANARES SAMANIEGO, J.L./ ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.: *Código Penal (comentarios y jurisprudencia)*, Editorial Comares, Granada, 1990, pág. 585. TERRADILLOS BASOCO menciona en este sentido la STS del 9 de octubre de 1979, donde se establece que el número de asociados no debe ser menor de dos. En "Artículo 173… *op. cit*, pág. 403.

manera que, en realidad, suponía una tipificación expresa de conspiración para robar[61]. De todos modos, como señala este autor, doctrinalmente esta previsión se consideraba perturbadora y solo comprensible por razones históricas (puesto que en el Código Penal de 1932 no se castigaba la conspiración y el origen del artículo 513 está en una ley de 1941)[62].

La incriminación de las asociaciones estrictamente criminales, a pesar de constituir "la pieza clave" de la regulación en materia de asociaciones ilícitas y presentarse como un "instrumento poderoso e indispensable para la lucha contra la delincuencia común organizada"[63], apenas encontró aplicación en los tribunales durante la vigencia del Código Penal de 1973[64]. Esto encuentra su razón en el origen de esta regulación con un marcado carácter político, vinculada el derecho de asociación, como revela la ubicación del art. 173 CP 1973. Pero a pesar de la escasa aplicación práctica del nº 2 del art. 173 la doctrina llevó a cabo una importante labor en la delimitación del objeto de protección y elementos de este delito, que han de ser tenidas en cuenta al objeto de delimitar esta figura con otras que el legislador español ha ido introduciendo en relación con la criminalidad organizada, como es el delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis.

La tesis mayoritaria española ha identificado tradicionalmente el bien jurídico, con carácter general, en el recto ejercicio del derecho de asociación, coherentemente con la ubicación del artículo 173 en el Código Penal. Se castigaba, así, el ejercicio abusivo de este derecho[65], lo que actuaba de denominador común tanto de las asociaciones netamente criminales como de las de índole meramente política. Pero con el tiempo fue cobrando peso entre la doctrina la tesis de distinguir el objeto de protección del art. 173 nº 2 respecto del resto de las asociaciones ilícitas de naturaleza política. Un sector de la doctrina defendía así que en el caso de las asociaciones netamente criminales el bien jurídico tutelado era la "seguridad del estado", su autotutela como institución política y jurídica,

[61] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, pág. 67.
[62] *Ibidem*, págs. 57-58.
[63] *Ibidem*, págs. 121 y 185-186.
[64] Al margen de la aplicación del delito de asociación ilícita a las asociaciones de naturaleza política, así como a los supuestos de bandas armadas y terroristas, el nº 2 del art. 173 se aplicaba, primordialmente, a las organizaciones que tenían como finalidad cometer robos, conforme a lo dispuesto en el art. 513 del CP de 1973, en el que se señalaba que a los efectos del art. 173.2º también se incluían las asociaciones transitorias para la comisión de robos.
[65] QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pág. 521; CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal (Tomo III. Artículos 120-340 bis c)*, Ariel, Barcelona, 1972, pág. 252.

que se ve comprometida por la mera existencia de la asociación criminal que persigue fines contrarios y antitéticos de aquel[66]. El art. 173.2º sería, en consecuencia, un tipo penal autónomo del correspondiente delito fin, y no un acto preparatorio del delito que comete la asociación, caracterizado por adelantarse las barreras de protección del bien jurídico afectado por el objeto ilícito de esta.

La cuestión del bien jurídico enlaza, a su vez, con el concepto de "asociación", ya que el art. 173 CP 1973 no contenía, ni contiene actualmente, una definición legal al respecto. En este sentido, la doctrina interpretaba este término en sentido amplio, desvinculándolo de su noción iusprivatista, como "asociación de hecho" u "organización" [67]. La presencia de una estructura mínimamente organizada en la que se integra el sujeto, marcaría la frontera con la conspiración, donde solo se exigiría un acuerdo de voluntades para la ejecución de un delito entre varios sujetos[68]. No obstante, la mayoría de los autores han completado esta definición con otros elementos que, en realidad, son datos o indicios para verificar la presencia de una organización[69]: existencia de una pluralidad de sujetos, cuyo número mínimo oscila entre dos y tres, así como la presencia de una estructura organizada o formal, incluso jerárquica[70]. Más discutido es el requisito de la permanencia, no exigido por algunos autores e incluyendo, en consecuencia, a las asociaciones transitorias[71]. Por otro lado, el fin delictivo de la asociación también ofrecería un elemento distintivo con la conspiración, puesto que en la asociación ilícita hay que considerar la comisión de delitos en abstracto, con cierto margen de indeterminación, mientras que la conspiración implica la preparación de un único delito determinado que agota el plan delictivo.

Al margen del delito de asociación ilícita, debe señalarse que el Código Penal de 1973 mantiene la misma regulación en cuanto a la circunstancia agravante genérica de comisión del hecho en cuadrilla (artículo 10.12), con la misma definición que la versión del Código Penal de 1944, es decir, más de tres malhechores con la condición de que estuvieran armados, además de constituir, igualmente, una agravación específica del

---

[66] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *Asociaciones ilícitas*…, ob. cit., págs. 143-144.
[67] *Ibidem*, pág. 236; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, pág. 125.
[68] CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código Penal… op. cit.*, pág. 253; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, págs. 236-238.
[69] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, p. 236.
[70] QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Pena… op. cit.*, pág. 522, CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código Penal… op. cit.*, págs. 253-254; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Estudios de la Ley Orgánica 4/1980… op. cit.*, págs. 126 y 129.
[71] Así, CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código Penal… op. cit.*, pág. 260.

delito de robo. No obstante, el artículo 68 recordaba de nuevo que "los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos.". Con ello se optaba por la regla de la alternatividad, en consonancia con lo que ya preveía el Código Penal de 1944.

Una última cuestión en relación con este recorrido histórico de la incriminación de la delincuencia asociativa. Durante la vigencia del Código Penal de 1973 hasta la promulgación del nuevo Código Penal de 1995[72] se incluyeron dos nuevas agravaciones que denotan su importancia y vinculación con una delincuencia organizada. Así, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal[73], introdujo en el párrafo segundo del artículo 344 la imposición de las penas superiores en grado cuando el culpable perteneciera a una organización que tuviera como finalidad distribuir tales sustancias. Ésta fue la primera vez que se introdujo en España la modalidad agravatoria en un delito por organización dedicada a una finalidad delictiva, subtipo que se mantuvo en el año 1995. Por su parte, la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, introdujo el artículo 344 bis, j), que agravaba las penas a los delitos cometidos en el marco de una organización dedicada al tráfico de drogas y, en concreto, al blanqueo de las ganancias que procedían del mismo[74]. Sobre estas agravaciones se dará cuenta a la hora de analizar la situación legislativa en el Código Penal de 1995.

### 2.8. Recapitulación

De los antecedentes histórico-legislativos expuestos se desprende que no todo lo que se ha castigado como asociación ilícita ha tenido, en realidad, como finalidad la comisión de delitos. Tal y como se ha visto en la evolución de la respuesta penal a la delincuencia

[72] Código Penal de 1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, *BOE*, 24 de noviembre de 1995, nº 281.
[73] Ley Orgánica 8/1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, *BOE*, 27 de junio de 1983, nº 152.
[74] Artículo 344 bis j) modificado por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, *BOE*, de 24 de diciembre de 1992, nº 308.
, de 23 de diciembre:
"*En los supuestos previstos en los artículos 344 bis g), 344 bis h) y 344 bis i) se impondrán las penas privativas de libertad en su grado máximo a las personas que pertenecieran 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 o asociaciones.*
*En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial y las demás medidas previstas en el artículo 344 bis b).*"

asociativa u organizada, si bien es verdad que siempre se ha castigado aquella que tiene como objeto la comisión de delitos, ha sido constante igualmente la tipificación de organizaciones que, por ejemplo, simplemente carecían de autorización por autoridad competente, siendo, en esa circunstancia, la elevación a categoría delictiva de meras infracciones administrativas, así como asociaciones que traslucían en realidad una incriminación de índole política.

Concretamente, aunque la tipificación de la delincuencia asociativa comenzó con la denominación de "cuadrilla de malhechores", pasó a incriminarse desde el Código Penal de 1848 como "asociación ilícita", una modalidad de sociedad secreta, considerando como tal la agrupación que tuviera una finalidad delictiva. No obstante, también han tenido cabida en el ámbito penal las asociaciones que iban en contra de la moral pública (códigos penales de 1870 y 1944) o las que no han contado con la autorización competente (códigos penales de 1848 y 1944). Es decir, durante la historia de la respuesta penal a la delincuencia asociativa la tipificación no se ha limitado, como hoy en día, a recoger las asociaciones que tienen una finalidad delictiva, o utilicen medios violentos, o que tengan carácter paramilitar o que promuevan la discriminación.

Misma respuesta han conocido en determinados momentos históricos las asociaciones clandestinas o asociaciones secretas (Códigos Penales de 1948 y 1950), dando por hecho, en su momento, que todas las asociaciones deben ser notorias y las que no lo fueran implicaban una finalidad contraria a la ley, es decir, atendiendo al formalismo de su creación o constitución, cuestión que hoy en día parece haber quedado superada, focalizando el centro de la cuestión en la ilicitud de sus fines. Todas esas incriminaciones políticas o meras infracciones administrativas que han existido en los códigos penales anteriores al Código Penal de 1995 han desaparecido afortunadamente, si bien ello es independiente de la cuestión sobre la necesidad de que siga existiendo hoy en día el delito de asociación ilícita, al menos en relación con aquellas asociaciones que tienen por objeto la comisión de delitos una vez que también existe el delito de pertenencia a una organización criminal y de pertenencia a un grupo criminal, objetivo principal de esta tesis.

Por otro lado, es de destacar que en este análisis histórico sobre la respuesta penal a la delincuencia asociativa, por mucho que haya quedado de manifiesto que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho muchas de las asociaciones que se han considerado delictivas no pueden serlo por atentar a derechos y valores fundamentales,

como el pluralismo ideológico y religioso, o por no superar el canon de lesividad material, no ha cobrado protagonismo un elemento que, como se verá en el Capítulo siguiente, ha sido destacado desde instancias internacionales, como es la finalidad de obtener un beneficio o ganancia que mueve a la organización o agrupación. A pesar de la ausencia de protagonismo explícito de este elemento, debe reconocerse que dicha finalidad lucrativa resulta implícita en el delito fin perseguido por la asociación, como refleja la convivencia, en paralelo, con determinadas agravaciones específicas, algo que históricamente ha sucedido con el delito de robo, así como en relación con el tráfico de drogas y el blanqueo de bienes, incorporadas al Código Penal en 1983 y 1992, respectivamente.

Centrándonos en la delincuencia común organizada, la evolución legislativa analizada ha puesto igualmente de manifiesto que históricamente han convivido simultáneamente la previsión de tipos penales con autonomía propia, como sucede con la cuadrilla de malhechores del Código Penal de 1822 y posteriormente el delito de asociación ilícita, con agravaciones específicas y, desde la reforma del Código Penal de 1870 por Decreto de 1 de enero de 1871, agravaciones genéricas, para dar respuesta al mismo fenómeno. Y ello con independencia de la distinta definición que se ha dado a la circunstancia de cometer el delito en cuadrilla en los distintos códigos, pero que en general ha sido más restrictiva que el concepto que se ha ido perfilando de asociación ilícita, según ha sido desarrollado fundamentalmente por la doctrina. A ello se une el tratamiento jurídico-penal que a lo largo del tiempo se ha dado a los actos preparatorios, en concreto, a la conspiración, puesto que se han sucedido épocas en las que se ha previsto su castigo con carácter general con otras en las que la restricción de su aplicación ha sido de mayor o menor alcance.

En todo caso, a partir del Código Penal de 1944 y, fundamentalmente, de su versión de 1973, comienzan a delimitarse los elementos configuradores del delito de asociación ilícita, sobre la base de la asociación criminal surgida o creada para la comisión de delitos, pero con algunas disparidades en cuanto al número de integrantes, permanencia (estabilidad o inclusión de organizaciones transitorias), estructura mínimamente organizada o necesidad de estructura jerarquizada.

## 3. La situación en el Código Penal de 1995 y posteriores reformas

Con la reforma del Código Penal en el año 2010 por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio, se introdujeron en el ordenamiento jurídico penal español los delitos de pertenencia a una organización criminal (artículo 570 bis CP) y a un grupo criminal (artículo 570 ter CP) para la comisión de delitos. Pero, tal y como se está analizando a lo largo de este Capítulo, la respuesta jurídico-penal a la delincuencia asociativa, de diversa naturaleza y motivación, ya existía en la legislación penal de cada momento histórico. Se ha expuesto la situación legislativa en los códigos penales anteriores a la aprobación del Código Penal de 1995. Corresponde, a continuación, presentar la regulación penal que en él se recogió, en gran medida heredando previsiones ya contenidas en el Código Penal de 1973, por un lado, en relación con el delito de asociación ilícita, que ha sido objeto de varias reformas hasta su regulación actual. Por otro lado, en relación con agravantes específicas por organización o agrupación criminal previstas en algunos delitos; agravaciones específicas que igualmente han sufrido un incremento desde la versión inicial del CP hasta la actualidad. Concretamente, según se ha visto anteriormente, previo al Código Penal de 1995 ya se recogía como agravante la comisión del delito mediante una organización criminal en los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales. Pero se apuntarán, a su vez, los demás delitos que también recogen la agravante específica.

A este respecto, debe tenerse presente que en este momento de la investigación el propósito es perfilar el mosaico legislativo referido a la delincuencia organizada y su evolución, en el que han pasado a integrarse, tras la reforma de 2010, los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal, como base previa para el análisis de su posible convivencia de estas disposiciones, si es que esta es posible. Por otro lado, no se abordará, en este momento, la génesis de los artículos 570 bis y 570 ter, así como las modificaciones de las que ha sido objeto desde su introducción en el CP hasta la actualidad, puesto que será objeto de un análisis específico en el siguiente capítulo de esta investigación.

### 3.1. Delito de asociación ilícita

El Código Penal de 1995 pasó a tipificar en el artículo 515 y siguientes el delito de asociación ilícita[75], con una regulación que, en buena medida, continuaba la que ya

[75] La regulación inicial del delito de asociación ilícita en el CP de 1995 contemplaba lo siguiente:
"*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 bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.*

presentaba el Código Penal de 1973. Lo primero que debe destacarse es que con la promulgación del llamado Código de la Democracia, la incriminación de las asociaciones ilícitas se ubica en el Título XXI, "De los delitos contra la Constitución", siguiendo la estela de los códigos predecesores que igualmente castigaban el delito de asociación ilícita en el marco de los delitos contra la Constitución. El proyecto de Código Penal de 1994 tipificaba estas asociaciones en el artículo 494, dentro del Capítulo IV referente a los "Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria", y de su Sección Primera "De los delitos cometidos en ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución"[76]. Capítulo y Sección que se mantuvo posteriormente con la misma denominación con la aprobación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, si bien tras la desaparición del servicio militar obligatorio y la consiguiente despenalización de la objeción de conciencia, el Capítulo IV pasó a intitularse "De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas".

La única diferencia que se aprecia entre el Proyecto de 1994 y el Código Penal de 1995 es el apartado quinto del artículo 515: el Proyecto únicamente mencionaba como asociación ilícita las que fomentaran o promovieran la discriminación racial o xenófoba, mientras que en la versión de 1995 se sumaba a la discriminación el odio y violencia contra personas, grupos o asociaciones por distintas características, además de la racialidad.

Así, tras las distintas modificaciones del artículo 515[77], el delito de asociación ilícita se tipifica actualmente de la siguiente manera:

---

*3.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.*
*4.º Las organizaciones de carácter paramilitar.*
*5.º Las que promuevan la discriminación, el odio o la 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 minusvalía, o inciten a ello*."

[76] Secretaria General Técnica Centro de Publicaciones. *Estudio comparativo del Código Penal vigente y el Proyecto de Código penal de 1994,* Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, pág. 253.
El artículo 294 recogía lo siguiente:
"*Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:*
*1º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.*
*2º Las que tuvieren por objeto cometer otro delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.*
*3º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, emplearen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.*
*4º Las organizaciones de carácter paramilitar.*
*5º Las que promuevan la discriminación racial o xenófoba o inciten a ella."*

[77] Mediante las Leyes Orgánicas 4/2000 de 11 de enero, 11/2003 de 29 de septiembre, 15/2003 de 25 de septiembre, 5/2010 de 22 de junio y 1/2015 de 30 de marzo se han añadido, modificado y suprimido

*"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 origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad."*

La redacción actualmente vigente de este delito tiene gran similitud con la regulación que ofrecía el Código Penal de 1973, si bien en el Código preconstitucional, además de las organizaciones de carácter paramilitar, se incluían también las de carácter clandestino. Asociaciones estas últimas que, obviamente, desaparecieron una vez que se restauró el orden constitucional tras el Franquismo. Asimismo, en el Código Penal de 1973 únicamente se mencionaba la discriminación racial, mientras que la actual redacción del delito de asociación ilícita amplía su contenido al fomento, promoción o incitación de distintas formas de violencia contra diferentes colectivos.

Conviene, de nuevo, recordar que el primer apartado del artículo 515 parece castigar lo mismo que el artículo 570 bis, es decir, en ambos casos se sanciona penalmente a la organización que tiene por finalidad la comisión de delitos. La valoración de la convivencia entre ambas figuras delictivas, junto a la existencia de agravantes específicas en un buen número de delitos por cometerse por organización, agrupación o grupo, según el contenido y redacción que en cada caso le ha dado el legislador, exigirá, por ello, profundizar a lo largo de esta investigación en la cuestión relativa al bien jurídico protegido en estas figuras delictivas y las conductas típicas, entre otros aspectos. No obstante, al igual que se ha analizado en relación con el Código Penal de 1973, es necesario poner las bases de los elementos configuradores del delito de asociación ilícita tras la aprobación del Código Penal de 1995.

A partir de este momento se produce una evolución en el ámbito de aplicación del delito de asociación ilícita: de la asociación política basada en la disidencia al régimen y la terrorista, empieza a cobrar protagonismo supuestos de delincuencia común organizada

apartados del artículo 515. Concretamente, en el año 2000 se añadió un sexto apartado al artículo 515 "*los que promuevan el tráfico ilegal de las personas*", que fue suprimido mediante la Ley Orgánica 15/2003; en el mismo año, mediante la Ley Orgánica 11/2003 se modificó el apartado primero introduciendo también las faltas de forma organizada, coordinada y reiterada. En el año 2010 se suprimió el apartado segundo (bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas) para finalmente con la reforma del año 2015 transcribirse el artículo 515 como actualmente está.

que, a diferencia de aquellas asociaciones, se guía por criterios de maximización del beneficio económico[78]. Con todo, el origen y ubicación sistemática de esta figura delictiva va a seguir siendo el factor determinante de una aplicación restrictiva en la práctica judicial para las asociaciones netamente criminales. Las escasas resoluciones en las que se plantea la aplicación del art. 515 en su primer número, recogen las contribuciones doctrinales en torno al concepto de asociación y a los elementos que configuran la asociación ilícita dedicada a la comisión de delitos anteriormente expuestos en relación con la regulación del Código Penal de 1973. En ocasiones, los tribunales se han limitado a reproducir el estado de la cuestión doctrinal sin posicionarse al respecto, como sucede en relación con el bien jurídico tutelado[79].

La STS 234/2001, perfila con mayor precisión los requisitos de aplicación del art. 515 que en un primer momento había abordado la STS de 30 de octubre de 1997; jurisprudencia que desde entonces se ha convertido en una constante en pronunciamientos posteriores[80]. Conforme a ella, son cuatro las notas definitorias del delito de asociación ilícita:

a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; pluralidad de personas que ha de ser independiente y autónoma de cada uno de los individuos que la constituyen[81], ya que la esencia de la asociación reside en el acuerdo o concierto de estos para la consecución de un fin delictivo o, en su caso, inicialmente lícito pero que posteriormente promueve la comisión de delitos.

b) Una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, lo que supone una diferencia cualitativa al mero acuerdo de voluntades de la conspiración y la coautoría. En este sentido, el TS alude en ocasiones con carácter indeterminado a una "cierta consistencia" y una "cierta organización jerárquica"[82]; elementos que deben valorarse en el caso concreto en atención a los datos objetivos presentes, entre otros, la infraestructura material y humana que presenta la organización y su estabilidad, distribución y jerarquización de funciones, las relaciones personales existentes y el grado

[78] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 104.
[79] La STS 234/2001, de 3 mayo 2001. Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tovar, dispone que el objeto de protección se traduce en el "derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla".
[80] Entre otras, STS 421/2003, de 10 abril 2003. Ponente: Juan Saavedra Ruíz, reproduciendo los requisitos de la STS 234/2001.
[81] STS de 28 octubre 1997, nº de recurso 880/1991. Ponente: José Augusto de Vega Ruíz.
[82] *Ibidem*

de control o dominio de alguno de sus miembros frente al resto, así como la reiteración del delito fin de la asociación y la repetición de la dinámica comisiva. La importancia de alguno de estos indicadores es tal que el TS los independiza del factor organizativo para constituir elementos autónomos.

c) Consistencia o permanencia, de modo que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio. Este elemento, también indicativo de la presencia de una estructura organizativa, establecería una de las diferencias con la conspiración para delinquir, ya que esta última se caracterizaría por la inestabilidad de su existencia. Por tanto, cuando el acuerdo de voluntades entre varios sujetos se limita a la realización de un único delito posterior, no es posible apreciar el delito de asociación ilícita a juicio del TS[83]. Si el hecho ha entrado en la fase de ejecución, el acto preparatorio quedaría absorbido en la consumación del delito fin o, en su caso, en la tentativa.

d) En el caso del art. 515.1º, el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos, lo que a juicio del TS supone "una cierta determinación de la actividad ilícita, sin que sea necesario llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar". Por el contrario, se trataría de un supuesto de codelincuencia "si el acuerdo o concierto para delinquir se hubiese hecho para la concreta realización de una determinada y singular acción criminal, perfectamente precisada de antemano en todas sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, teniendo entonces el concierto criminal una vocación de transitoriedad". Además, la consumación del delito de asociación ilícita se produce desde el momento en que "se busca una finalidad ya inicialmente delictiva", con independencia de que los concretos delitos lleguen a ejecutarse o no.

Todo el cuerpo doctrinal y jurisprudencial que paulatinamente se ha desarrollado a cabo en relación con el delito de asociación ilícita habrá de ser tenido en cuenta cuando se analice si es posible la coexistencia de esta figura delictiva con el actual delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis CP.

### 3.2. Agravantes específicas por organización criminal

Con carácter previo, conviene destacar el cambio sustancial que tuvo lugar con el Código Penal de 1995, puesto que, por un lado, desapareció del catálogo de agravantes genéricas la comisión del delito en cuadrilla, sustituyéndose por la circunstancia de

[83] Así, la STS 421/2003, anteriormente citada, niega la aplicación del delito de asociación ilícita porque el acuerdo entre los sujetos se limitó a la realización de un único delito posterior.

cometer el delito aprovechando, entre otras circunstancias, el auxilio de otras personas, bajo el fundamento común a todas las circunstancias previstas en el artículo 22.2 de debilitar la defensa por parte del ofendido, o facilitar la impunidad del delincuente. Por otro lado, también desaparece la agravación específica de la pena por cometer el delito en cuadrilla que históricamente se había regulado en etapas legislativas anteriores, con la variedad de definiciones que se han visto. Así, la referencia a la cuadrilla de malhechores va a quedar sustituida por la agravación por organización o agrupación en otros ámbitos delictivos, como han sido específicamente el delito de blanqueo de capitales y tráfico de drogas, como a continuación se aborda.

### 3.2.1. En el delito de blanqueo de capitales

El Código Penal de 1995 prevé una agravación del delito de blanqueo de capitales cuando se comete por las personas que pertenezcan a una organización dedicada a esos fines ilegales en el artículo 302[84], cuyo antecedente inmediato, como se ha visto, es el artículo 344 bis, j) CP 1973, introducido por la LO 8/1992, de 23 de diciembre. Esta disposición agravaba las penas a los delitos cometidos en el marco de una organización dedicada al tráfico de drogas y, en concreto, al blanqueo de las ganancias que procedían del mismo. Como ha sucedido y sucede con muchas disposiciones penales, esta agravación ha tenido su origen en una serie de iniciativas internacionales y europeas[85].

[84] Actualmente el artículo 302 establece lo siguiente:
"*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.*
*2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:*
*a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
*b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.*
*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33*."

[85] En la UE el interés de combatir la criminalidad organizada y el blanqueo de capitales procedente de la misma ha adquirido especial trascendencia por los dos acontecimientos que más han marcado la economía europea: la formación del mercado único europeo y la adopción de la moneda única.
En España la transposición de dos directivas europeas supuso la modificación las normas referentes al blanqueo de capitales: la Directiva 91/308/CE y la Directiva 2001/97/CE relativos a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, fueron la razón por la que se llevaron a cabo la Ley 19/1993, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y la Ley 19/2003 sobre el régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.
Por su parte, la Directiva 2001/97/CE, por la que se modificó la Directiva mencionada, estaba orientada a la posibilidad de incorporar delitos de fraude de los presupuestos comunitarios, la delincuencia organizada y la financiación del terrorismo internacional.

Durante los años ochenta del pasado siglo, más allá de la intención de combatir el narcotráfico y el crimen organizado, existía la idea de prevenir y perseguir el blanqueo de capitales procedentes de la misma[86]. Centrándonos en el caso español, se ratificó el 30 de julio de 1990 la Convención de Viena de 1988, a pesar de que el interés de luchar contra el blanqueo de capitales procedente del narcotráfico tuvo respuesta tiempo antes, cuando se aprobó la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo que introdujo en el CP el artículo 546 bis f) tipificando las conductas que vienen denominándose de "blanqueo" del dinero de ilícita procedencia[87].

La relación entre el narcotráfico y el blanqueo de capitales es, por tanto, inevitable; la intención de combatir el blanqueo es impedir el provecho de los beneficios generados en el desarrollo de la actividad ilícita para hacer poco rentable su comisión. Es una de las razones por las que la tipificación del blanqueo es un instrumento político-criminal de lucha contra el crimen organizado[88].

A pesar de lo anterior, debe tenerse presente que, al margen de la doctrina que se fue elaborando en relación al delito de asociación ilícita, el legislador de 1995 aún no especificaba lo que había de entenderse por organización criminal, ni en el marco del delito de blanqueo de capitales ni en otro precepto del Código, por lo que fue necesaria la labor de la jurisprudencia y de la doctrina a la hora de intentar llegar a una definición común[89]. En este sentido, tal y como argumenta FABIÁN CAPARRÓS, ni el Código

---

Fue la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, la que derogó la Directiva 91/308/CE, ya que por las Recomendaciones del GAFI tenía que ir adaptándose a la demanda internacional. Para un estudio en profundidad *Vid*. FABIÁN CAPARRÓS, E.: "El blanqueo de capitales. Contexto, razones de su penalización, evolución en nuestro entorno de las iniciativas supranacionales", en DIEGO DIAZ-SANTOS, M.R./ FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad,* Colex, Madrid, 2003, págs. 180 y ss.

[86] La Convención de la ONU sobre drogas de 1988, denominada como la Convención de Viena regulaba en su artículo tercero los delitos y sanciones obligando a los Estados parte tipificar las conductas que constituyan el blanqueo de capitales. El enfoque que la Convención le otorgó al blanqueo de capitales fue de gran relevancia para una futura cooperación internacional. A pesar de ello ya en el año 1977 se aprobó en Reglamento Mundial de lucha contra el blanqueo de capitales que llevo a cabo diferentes iniciativas como el Comité de Basilea cuya finalidad era establecer normas de control en las operaciones bancarias de los pagos internacionales. Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena. Instrumento de ratificación de España, *BOE*, de 10 de noviembre de 1990, nº 270.

[87] Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, *BOE*, 26 de marzo de 1988, nº 74.

[88] ARIAS HOLGUÍN, D.: *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, Iustel, Madrid, 2011, pág.40.

[89] La organización criminal será de aplicación cada vez más en diferentes delitos, por lo que fijar una definición es de vital importancia.

Penal ni los Tratados definían qué debía entenderse por "organización" y menos todavía respecto de que debería considerarse "encargados", "jefes" o "administradores", por lo que esa ausencia de concepto legal debía atenderse con los criterios jurisprudenciales expresados para la aplicación de las disposiciones análogas que el Código Penal anterior preveía para el narcotráfico, entre ellas: pluralidad de sujetos, distribución de tareas, jerarquía…[90]

Por su parte, que incluso la agrupación transitoria se entendiese por organización, suponía para QUINTERO OLIVARES una definición excesivamente amplia y vaga[91]; por ello este autor proponía una definición de organización como un grupo mínimamente estable, con un esquema de poder, dirección y planificación que unos diseñan y otros cumplen, ya que de ninguna otra manera podría explicarse la aplicación de los apartados a), b), y c) del artículo 302, no concebibles en los casos de reunión transitoria, en los que establecía la posibilidad de imponer como medidas la disolución de la organización o la clausura definitiva de sus establecimientos (a), suspensión de las actividades o clausura no superior a cinco años (b) y prohibiciones de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya facilitado la comisión del delito por tiempo no superior a cinco años (c). FABIÁN CAPARRÓS, sin embargo, apoyaba ese género de sanciones al entender que complementaba la pena impuesta a la persona física y que su carácter potestativo permitía al juzgador determinar la solución más adecuada en cada caso[92].

Hay que tener presente que, actualmente, el referido artículo ha sido modificado, al haberse introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal mediante la LO 5/2010.

Respecto de la relación de esta agravación en el delito de blanqueo con el delito de asociación ilícita del artículo 515, la mayoría de los autores opinaba que no se generaba un problema de concurrencia de normas, por razón de que el delito de asociación ilícita resulta aplicable antes de producirse el concreto hecho delictivo[93]. Así, la comisión del delito futuro que puede o no cometer la asociación ilícita no condicionaría, según esto,

[90] FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de blanqueo de capitales,* Colex, Madrid, 1998, pág. 371.
[91] QUINTERO OLIVARES, G.: "Artículo 302", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal,* Aranzadi, Pamplona, 2005, 4ª edición, pág.1520.
[92] FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de blanqueo de capitales… op.cit., pág. 375.*
[93] *Ibidem,* pág. 1521.

que se castigara la asociación ilícita como tal, es decir, el tipo recogido en el artículo 515 sería de aplicación sin perjuicio de la ulterior actividad de la asociación.

### 3.2.2. En el delito de tráfico de drogas

El consumo de drogas ilícitas ha aumentado desde finales de 1990. Considerando el informe *World Drug Report* 2020, mientras que en el año 2009 se estimaba que el 4,8% de la población mundial consumía, en el 2018 la cantidad ascendió al 5,3%[94]. Y, además, la comisión del tráfico de drogas suele llevarse a cabo, en la mayoría de los casos, mediante una agrupación delictiva. Es comprensible por ello que, junto con el delito de blanqueo de capitales, el legislador se hubiera fijado desde un principio en este delito para agravarlo por esta circunstancia. En consecuencia, la LO 8/1983, de 25 de junio, incluyó en el párrafo segundo del artículo 344 la imposición de las penas superiores en grado cuando el culpable perteneciera a una organización que tuviera como finalidad distribuir tales sustancias. Como ya se ha expuesto, esta fue la primera previsión agravatoria introducida en el Código Penal español, a salvo de la singular previsión del artículo 502 CP 1973 en relación con el delito de robo, por pertenencia a una organización dedicada a una finalidad delictiva: subtipo que se mantuvo hasta la aprobación del Código Penal de 1995.

El CP de 1995 recogía en el artículo 369.6º la agravante de cometer el delito de tráfico de drogas en los casos en que el culpable perteneciera a una organización criminal[95], si bien actualmente la agravante se recoge en el artículo 369 bis.

Para su aplicación, ya desde 1985 se exigía por parte de los tribunales que la organización tuviera un mínimo de estabilidad, distribución de cometidos y jerarquía en su estructura[96]. Características que ya han sido perfiladas en relación con la agravante por

[94] Informe de Naciones Unidas, disponible en: https://wdr.unodc.org/wdr2020/en/exsum.html.

[95] El referido artículo recogía lo siguiente:
*"Se impondrán las penas privativas de libertad superiores en grado a los respectivamente señalados en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando:*
*6º. El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional."*

[96] STS de 25 septiembre 1985. Ponente: Luis Vivas Marzal. En su Fundamento de Derecho primero recoge que se entiende por organización, haciendo referencia al apartado segundo de las agravantes del delito de tráfico de drogas, *"…el conjunto de personas que, disponiendo de medios idóneos, desarrollando un plan previamente concertado, con una cierta jerarquización entre ellas y con una distribución de tareas o cometidos y de modo persistente o porfiado, no reñido con intermitencias tácticas, adquieran drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para difundirlas, haciéndolas llegar a los consumidores o a otros traficantes de menor fuste, todo ello, ordinariamente, con propósito lucrativo".*

organización del delito de blanqueo de bienes y que, como se verá más adelante, también han venido siendo exigidas por los textos internacionales que han abordado el fenómeno de la criminalidad organizada para definir lo que ha de entenderse por organización criminal. A pesar de ello, el legislador recogía en el artículo 369 el carácter transitorio de la organización con la intención de que no quedasen impunes los actos llevados por la organización que no poseyera permanencia o la inexistencia de objeto criminal alguno por parte de la misma[97]. La razón que subyace a esa agravante es que la agrupación asegura la realización de las conductas típicas por los medios que el mismo posee, así como por la distribución de funciones que ello suele implicar, es decir, la peligrosidad incluso cuando la agrupación tiene una existencia meramente transitoria. El concepto de organización que en este caso se sostiene ha de entenderse, en consecuencia, en el sentido más amplio de su extensión, abarcando todos los supuestos en los que dos o más personas elaboran un plan común.

Mantiene SEQUEROS SAZATORNIL que en el delito de tráfico de drogas no se respeta lo que la doctrina y jurisprudencia venían entendiendo como tal, que siguiendo los precedentes marcados, recogían como requisitos para la organización la pluralidad de autores, existencia de medios idóneos, desarrollo de un plan previamente concertado, cierta jerarquización, distribución de cometidos y tareas y persistencia[98].

Por su parte, cabe mencionar brevemente la competencia de la Audiencia Nacional en materia de tráfico de drogas cuando sea cometido por bandas o grupos organizados, que produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias[99]. Las circunstancias de presencia de un grupo organizado y que produzcan efectos en varias Audiencias han de mostrarse simultáneamente, y lo importante es la eventual difusión de los efectos del ilícito en distintas demarcaciones judiciales, ya que, a la hora de evaluar la existencia de un grupo organizado, se recurrirá bien a criterios jurisprudenciales, bien al concepto

[97] VIVES ANTÓN, T.: *Comentarios al Código Penal de 1995,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1698.
[98] SEQUEROS SAZATORNIL, F.: "El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución de, normativa doctrinal y jurisprudencial", en *La Ley*, Madrid, 2000, pág.209.
[99] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *BOE*, de 2 de julio de 1985, nº 157, que recoge lo siguiente:
*"Art. 65: La sala de lo penal de la Audiencia Nacional conocerá:*
*1.- Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos:*
*d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas audiencias*."

recogido en el artículo 282 bis LECrim[100]. Este precepto, que regula la figura del agente encubierto, ofrece una delimitación de delincuencia organizada como la asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada la comisión de delitos; de todas maneras la estimación de la existencia de una organización criminal, a efectos únicos de determinar la competencia, debe interpretarse con cierta amplitud y flexibilidad[101].

Por último, la palabra "asociación" incluida en la agravante del tráfico de drogas, llevaba indubitadamente a aclarar la relación existente entre el artículo 515 (asociación ilícita) y el artículo 369.6º, en la que parecía proceder la aplicación especial de la agravación con preferencia al artículo 515[102].

En caso de concurso ideal entre el blanqueo de capitales y el tráfico de drogas, mantiene GALLEGO SOLER que no sería posible la aplicación de los tipos agravados en los dos delitos puesto que se vulneraría el *non bis in ídem,* sin embargo defiende ambos tipos agravados en caso de concurso real[103].

### 3.2.3. Otras agravantes específicas

A pesar de que en el año 1995 únicamente se agravaba la pena por pertenencia a una organización en el caso del blanqueo de capitales y el tráfico de drogas, posteriormente se han ido introduciendo más agravantes específicas en diversos delitos, si bien el legislador no ha sido uniforme en cuanto a su redacción. En este apartado únicamente se presenta una primera aproximación general sobre la regulación de esas agravantes específicas.

Una muestra de estas agravantes es, por ejemplo, las que se introdujeron, con carácter previo a la LO 5/2010, mediante la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que agravaron por pertenencia a una organización la prostitución de menores (artículo 187) y la pornografía infantil (artículo 189). Por su parte, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero,

[100] El artículo 282 bis se introdujo mediante la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.
[101] GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación,* Colex, Madrid, 2004, pág. 80.
[102] VALLE MUÑIZ, J.L/ MORALES GARCÍA, O.: "Artículo 369", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al nuevo… op. cit.,* pág.1910.
[103] GALLEGO SOLER, J.I.: "Artículo 302", en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.1048.

que agravó el delito de trata de humanos en el entonces artículo 318 bis, y mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se agravaron los delitos de manipulación genética (artículo 162), alteración de precios de subastas y concursos públicos (artículo 262), los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (artículos 271 y 276) y la falsificación de moneda (artículo 386)[104].

Estas agravantes específicas no tienen, como se acaba se indicar, una redacción unitaria, puesto que en varios casos incluyen el carácter transitorio de la organización (como en el caso de la trata o la prostitución, por ejemplo), mientras que en otros se específica pertenecer a una organización (en la agravante por narcotráfico). Ello conlleva a que la convivencia de estas previsiones deba realizarse tanto con el delito de pertenencia a una organización criminal como con el de pertenencia a un grupo criminal o solamente con uno de ellos.

Por su parte, el artículo 570 quater establece que en caso de que las conductas tipificadas en los artículos 570 bis y ter estuvieran comprendidas en otro precepto del Código, será de aplicación el artículo 8.4 CP, es decir, se aplicará la pena más grave. Aunque la convivencia de las distintas figuras será analizada en la parte final de esta investigación[105], en este momento simplemente es preciso adelantar que la aplicación de la pena más grave no tiene por qué ser directamente el criterio a seguir, es decir, al apartado cuarto del artículo 8 se llegaría en caso de no poder aplicar los tres anteriores, siendo el primero de ellos el principio de especialidad. En este sentido, podría entenderse que según este último las agravantes específicas tendrían prioridad frente a los artículos 570 bis y ter.

### 4. Valoración final

Más allá de los compromisos internacionales contraídos, y que han sido la razón inmediata por la que se ha introducido de forma autónoma el delito de pertenencia a una organización criminal en el Código Penal español, este primer Capítulo refleja, con la evolución legislativa que se ha analizado, que la delincuencia asociativa u organizada ha

[104] Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. *BOE*, de 1 de mayo de 1999, nº 104.
Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE*, de 12 de enero de 2000, nº10.
Ley Orgánica 15/2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE*, 26 de noviembre de 2003, nº 283.
[105] *Vid.* Capítulo V.

sido objeto de una constante preocupación por parte de nuestro legislador. El hecho de que desde el Código Penal de 1822 se haya castigado expresamente el acuerdo previo para la comisión de delito, en un primer momento bajo la figura de la cuadrilla de malhechores para posteriormente considerar la asociación con una finalidad de comisión de delito, deja entrever que esta clase de delincuencia cuenta con determinadas particularidades que podrían justificar su tipificación. Así, esta inicial aproximación sirve de punto de partida para entender la complejidad de la delincuencia grupal y su adecuación en el Código Penal.

Ciertamente, la concreta regulación que ofrece cada momento histórico y legislativo de esta delincuencia en la legislación penal española debe valorarse considerando las coordenadas socio-políticas de cada momento, puesto que junto a la criminalidad común organizada, per se delictiva por ser su "objeto" la comisión de delitos, y que siempre se ha castigado, no puede obviarse que, a partir del Código Penal de 1848, ha sido objeto de incriminación junto a otras tipologías de asociaciones de naturaleza muy dispar, bien por ser reflejo del poder e ideología dominante del momento, con la represión de la disidencia política o los movimientos sindicales o colectivos, bien por focalizarse en el formalismo de la constitución de la asociación, confundiendo así la ilicitud de su creación, en muchas ocasiones sin que se traspase la frontera del ilícito administrativo, con la ilicitud de los fines a los que aspira. Además de ello, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado a lo largo del tiempo qué es lo que debe entenderse por asociación u organización, variando, según la etapa, el número de miembros y sus características, del mismo modo que legalmente no siempre han conectado con el mismo bien jurídico objeto de protección.

Un ejemplo de ello es que con el Código Penal de 1822 la cuadrilla debía estar formada por cuatro o más personas. Pero si bien ha sido mayoritariamente constante la exigencia de que existiera un mínimo de cuatro personas, también ha habido momentos en los que el número mínimo ha variado en función de si los integrantes de la cuadrilla estaban todos o no desarmados, tal y como regulaba el Código Penal de 1928, siendo suficiente que fueran un mínimo de dos personas cuando ambas estaban armadas. Necesidad de que se tratara de personas "armadas", concurrencia cumulativa con la comisión delictiva en despoblado, ausencia de otros datos definitorios para apreciar su aplicación; elementos todos ellos que hay que conectar, a su vez, con la misma inconcreción legal que ha adolecido el concepto de asociación ilícita hasta, según se acaba de expresar, su desarrollo jurisprudencial y doctrinal. Obsérvese que conforme a la regulación del Código Penal de

1848 la asociación debía contar con veinte o más personas, pasando esa cantidad a un mínimo de dieciséis, salvo para el delito de robo en los que bastaba con tres miembros; mismo número que, con carácter general se ha exigido por vía doctrinal y jurisprudencial en el desarrollo posterior de la asociación ilícita hasta su regulación actual. En consecuencia, las únicas notas en las que parece que se aprecia algún elemento común para estas figuras delictivas ha sido la necesidad de existencia de un acuerdo previo o acuerdo de voluntades, así como la finalidad para la comisión de delitos. Hay que tener presente que otras características que en tiempos más recientes han configurado la noción de asociación y de organización para la comisión de delitos (número de integrantes, estabilidad, alcance de su estructura), como expresión de la delincuencia organizada común, o no siempre han sido objeto de especial atención, o no se han considerado necesarios para su apreciación.

Mención específica merece que la organización persiga la obtención de un beneficio o ganancia económica, puesto que veremos que es un elemento que aparece recogido en los textos internacionales referidos a la criminalidad organizada. Dicha búsqueda de una finalidad lucrativa está presente implícitamente en la tipología de delitos fin. Precisamente es en el ámbito de las agravaciones específicas donde resulta más patente, como ha sucedido históricamente en relación con el delito de robo y en época más reciente con la agravación de la pena por organización para los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales. No obstante, la omisión de la motivación económica de la asociación u organización per se delictiva resultaría lógica en el marco de unas regulaciones que se han sucedido en el tiempo y que han metido en el mismo saco tipologías delictivas dispares y que resultaban, por definición, ajenas a la lógica del beneficio económico.

Asimismo, en lo relativo al interés tutelado, el Código Penal de 1822 tipificaba la delincuencia asociativa dentro los delitos contra el orden público, pasando con el Código Penal de 1870 a castigarse dentro de los delitos que atentan contra la Constitución (o las leyes fundamentales, en el caso de la Dictadura franquista), cuando ya se castigaba la asociación ilícita, término utilizado por primera vez en el Código de 1848 dentro del Título de los delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público. A este respecto, a partir del Código Penal de 1870 la consideración del delito de asociación ilícita como delito contra el derecho de asociación pasa a ser constante, lo que, en principio, parece alejarlo de otros delitos que tradicionalmente se han concebido como delitos contra

el orden público (rebelión, sedición o desórdenes públicos). Pero también se ha visto que, en relación con la asociación criminal, creada en si misma para la comisión de delitos, parece desplazar su objeto de tutela a un interés distinto del derecho de asociación, como ha indicado algún autor. Teniendo en cuenta que el delito de pertenencia a una organización criminal se ubica también dentro de los delitos contra el orden público, habrá de valorarse la rentabilidad del bien jurídico para una posible convivencia de ambos delitos.

# CAPÍTULO II. MARCO NORMATIVO DEL DELITO DE PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL (ART. 570 BIS CP)

## 1. Introducción

La tipificación expresa del delito de pertenencia a una organización criminal con la finalidad de cometer delitos en el artículo 570 bis CP se produjo mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La incriminación de esta figura no puede decirse, según ha quedado expuesto en el primer Capítulo de esta investigación, que sea novedosa en nuestra legislación penal. Pero, a pesar de ello, el renovado interés del legislador penal por este tipo de criminalidad expresado en la inclusión de un nuevo tipo penal de contornos de difícil delimitación frente a otras figuras jurídicas que con anterioridad a la reforma de 2010 ya le venían dando respuesta, debe enmarcarse, en un primer momento, en un proceso de globalización que ha afectado a todos los aspectos y niveles de la vida y que en relación con la delincuencia la vuelve más compleja, implicando mayor número de personas y lugares y rebasando en ocasiones el ámbito nacional. Conviene recordar que el hecho de que el delito se cometa mediante una agrupación facilita su comisión y ayuda a su ocultación, algo que se intensifica cuando la organización reviste una dimensión transfronteriza, de manera que la lucha contra la delincuencia organizada demanda una respuesta también global por parte de los Estados.

En este contexto, la respuesta que el ordenamiento jurídico penal español ha dado a la pertenencia a una organización criminal a partir del año 2010 con el delito recogido en el artículo 570 bis CP viene a ser consecuencia de los compromisos internacionales adquiridos por parte de España en esta materia, tal y como se expondrá en el presente Capítulo. Aunque la preocupación del legislador por los delitos llevados a cabo mediante una asociación u organización es bastante anterior; la criminalidad organizada ha podido aumentar con la globalización, pero las consecuencias dañinas que supone para la sociedad y la existencia de respuesta punitiva por parte del Estado a la misma no es ninguna novedad. El delito llevado a cabo mediante una agrupación se puede castigar por la aplicación del delito de asociación ilícita (artículo 515), por los de pertenencia a una organización criminal (570 bis) o a un grupo criminal (570 ter), así como mediante la aplicación de agravantes específicas que recogen algunos tipos penales. De la existencia de este cuadro normativo se deriva la necesidad de plantear una posible convivencia, si

es que la hay, entre estas figuras, teniendo en cuenta además las tradicionales formas de codelincuencia y la punición que, para algunos delitos, se le da a la conspiración como acto preparatorio.

Para ello, resulta obligado, en un primer momento, aproximarse al origen del artículo 570 bis. Con este fin, el presente Capítulo abordará, en un primer lugar y con carácter previo, una breve aproximación criminológica de la delincuencia organizada a nivel internacional y a nivel estatal; ello con la intención de conocer la incidencia de este fenómeno y su evolución en las últimas décadas, como base que permita enfrentarnos a la pregunta de si la preocupación de las instancias internacionales, traducidas en la reforma del CP español encuentra base empírica que la justifique. Posteriormente, se estudiará la normativa internacional debido a la importancia que ha tenido a la hora de introducir el delito de pertenencia a una organización criminal en nuestro ordenamiento jurídico y se pasará después a los trabajos prelegislativos que culminaron en la introducción del artículo 570 bis mediante la LO 5/2010.

## 2. Breves consideraciones criminológicas

### 2.1. Cuestiones previas

Tal y como expresa LÓPEZ-MUÑOZ, la criminalidad organizada es capaz de establecerse en cualquier sistema político, con cualquier tipo de gobierno. Bien es verdad que los sistemas abiertos y democráticos permitirían, en principio, un control más eficaz de estas actividades, si bien para ello resulta fundamental la dotación de medios apropiados para su persecución, investigación y enjuiciamiento, lo que supone la creación de equipos multifuncionales *ad hoc*, policías-fiscales-hacienda-jueces, con especialidad en la criminalidad organizada[106].

En España existe desde el año 1995 la Fiscalía contra la corrupción y la criminalidad organizada; también se cuenta con diferentes grupos especializados dentro de las fuerzas y cuerpos de seguridad, como el Equipo Contra el Crimen Organizado de la Guardia Civil (ECO) o la Unidad de Droga y Crimen Organizado de la Policía Nacional (UDYCO). Asimismo, el Ministerio del Interior cuenta con el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), como órgano de recepción, integración y

[106] LÓPEZ-MUÑOZ, J.: *Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas*, Dykinson, Madrid, 2019, pág. 168. Además de ello deberán considerarse factores como el geoestratégico y el económico.

análisis de toda la información disponible que propone y coordina estrategias nacionales para combatir este tipo de amenazas.

No obstante, un primer aspecto a tener en cuenta es que no hay tribunales específicos en crimen organizado. No es de extrañar, por tanto, la existencia de voces a favor de la creación de órganos judiciales específicos, como VELASCO NÚÑEZ, quien propone la creación de los Juzgados de Alta Criminalidad Organizada, como una tercera jurisdicción entre medias de los Juzgados de Instrucción y de los Juzgados Centrales de Instrucción[107]. Incluso hay quienes reclaman la creación de un Tribunal Penal Internacional especializado en criminalidad grave transnacional, bajo el argumento de que algunos tribunales nacionales no cuentan con medios suficientes para la investigación y persecución de este tipo de delincuencia, a lo que se añade que, aun en el caso en los que hubiera dotación suficiente de recursos, la complejidad inherente a esta criminalidad favorecería su impunidad. Por ello, se defendería la idea de centrarlo todo en una única sede judicial que concentraría todos los materiales y recursos disponibles, además de evitar con ello problemas de jurisdicción[108].

---

[107] VELASCO NÚÑEZ, E.: "Los juzgados de alta criminalidad organizada" en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* nº 49, 2008, págs. 30-39. La iniciativa de creación de los juzgados especializados ha sido apoyada por otras autoridades, como fue el caso de Vicente MAGRO, Presidente en aquel momento de la Audiencia Provincial de Alicante, quien en el año 2008 solicitó al Consejo General del Poder Judicial que se crearán juzgados especializados en criminalidad organizada al incrementarse en dos años un 25% los asuntos juzgados sobre este tipo de redes. En https://www.lasprovincias.es/alicante/20080130/alicante/magro-pide-jueces-especiales-20080130.html.
Velasco clasifica las competencias que tendría cada uno de estos Juzgados, conociendo los Juzgados de Alta Criminalidad Organizada: la instrucción de los delitos que tuvieran en abstracto una condena superior a cinco años, la instrucción de los delitos realizados en un grupo organizado de tres o más personas, los asuntos de materia económica, financiera o informática que presentan gran complejidad debido al número de víctimas o por tener en distintos lugares la comisión y la instrucción que delitos que afecten a la Corona, altos organismos de la nación, el Gobierno o altos intereses estatales. Todos estos asuntos se juzgarían en las Audiencias Provinciales del lugar de comisión (en caso de varios en el primero que inicie el conocimiento de la causa) y en su respectivo Tribunal Superior de Justicia en segunda instancia, admitiendo casación. Propone, además, esta alternativa como posibilidad de desahogar los Juzgados de Instrucción y los centrales de Instrucción, dejándole conocer exclusivamente a la Audiencia Nacional las cuestiones referidas al terrorismo, las de conexión con la delincuencia extranjera e internacional y los aforamientos de cualquier tipo.
Cuestión distinta sería la ubicación, dentro de cada Comunidad Autónoma, de estos Juzgados de Alta Criminalidad. Considera el Magistrado que sería cuestión de Gobiernos y Parlamentos decidir, en conjunción con la política global del Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial, si son necesarios en todas las provincias.

[108] DEL CARPIO DELGADO, J.: "Extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales nacionales en materia de criminalidad grave con dimensión transnacional. Una primera aproximación", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Dir.)/ BALLESTEROS SÁNCHEZ, J. (Coord.): *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y terrorismo*, Dykinson SL, Madrid, 2021, pág.394. El autor no comparte la idea de un único Tribunal al ver complicado una solución global unificada, sin considerar las modalidades específicas de cada Estado. Aboga por que sean los tribunales nacionales quienes sigan teniendo la competencia en esta materia, para lo que entiende necesario adecuar los tradicionales principios que fundamentan su jurisdicción.

En cualquier caso, actualmente a la Audiencia Nacional se le atribuye la competencia de conocer los delitos de tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales cuando se cometen por bandas o grupos organizados que produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias[109]. Además, recientemente, mediante la Ley 14/2022, de 22 de diciembre, se ha modificado el apartado b) del artículo 65.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación al enjuiciamiento de la falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viajes falsos cuando sea cometido por organizaciones o grupos criminales[110].

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, con la intención de entender si la necesidad de especialización mencionada resulta necesaria, a continuación, se expondrán algunos datos que proporcionan los organismos que se dedican a la lucha contra este tipo de delincuencia. En este sentido, el endurecimiento de la respuesta punitiva, como ha sucedido con la tipificación del delito de pertenencia a una organización criminal, suele encontrar su justificación en el aumento de la criminalidad; por ello, la peculiaridad de esta clase de delincuencia[111], debe cotejarse con la realidad criminológica que reflejan los datos oficiales, en aras de poder concluir si existen razones para intensificar la respuesta punitiva. Ello todavía sin que entren en consideración otros aspectos fundamentales, como es el relativo a la concreta incriminación que ha seguido el legislador español y la incertidumbre que genera frente a otras figuras delictivas ya existentes para dar respuesta al mismo fenómeno.

Huelga decir que los datos oficiales no tienen por qué ser el reflejo concreto de la incidencia de grupos y organizaciones en la comisión de delitos. Téngase presente que

[109]Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial. Artículo 65: "*La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: 1º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos criminales y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias"*.

[110] Artículo 65.1º.b): "*Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales"*. Modificada tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, publicada en el *BOE* de 23 de diciembre de 2022, nº 307. Anterior a la reforma, el artículo 65, en su apartado 1º b) recogía los delitos de falsificación de moneda, delitos monetarios y relativos al control de cambios, no haciendo mención a organizaciones o grupos criminales para ello.

[111] *Vid.* para un estudio con mayor profundidad, DE LA CORTE IBÁÑEZ, L./GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.: *Crimen.org*, Editorial Ariel, 2010, págs. 341 y ss. Los autores recogen la evolución de la historia de la criminalidad organizada en España, aportando cifras y casos para su compresión. Como ejemplo se detalla que en el año 2008 el crimen organizado obtuvo más de 250 millones de Euros de beneficio, aumentando en esa fecha la detención de miembros de la organización criminal un 45% respecto del 2004.

las cifras que se van a presentar aluden, fundamentalmente, a hechos conocidos, pero no recogen la existencia de agrupaciones delictivas activas que aún no hayan sido interceptadas. De la misma manera, las detenciones e, incluso, las aperturas de diligencias previas no significan que necesariamente hayan terminado o vayan a terminar en una condena por organización criminal, pero ofrecen un indudable rédito procesal, pues como advierte SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ el delito de pertenencia a una organización criminal facilita las investigaciones policiales, al ser suficientes los indicios de ser parte de una agrupación para autorizar, por ejemplo, las escuchas [112]; algo que resulta extrapolable al delito de asociación delictiva con anterioridad a que existiera el artículo 570 bis CP.

Sin perjuicio de lo anterior, la finalidad de este apartado es realizar una pequeña aproximación a la realidad criminológica de la delincuencia organizada como elemento de valoración, según se ha dicho, de la respuesta jurídico-penal existente, la que ya existía con anterioridad a la LO 5/2010, por la vía del delito de asociación ilícita y las agravantes especificas en determinados delitos, y la que tras esa reforma añadió el artículo 570 bis. Para ello se expondrá su incidencia tanto en España como en el ámbito internacional, profundizando más en el caso europeo, debido a la influencia de su normativa en nuestro ordenamiento jurídico, como más adelante se verá.

### 2.2. Algunos datos sobre la criminalidad organizada a nivel internacional

Apunta ZÚÑIGA RODRÍGUEZ que los medios de comunicación y las estadísticas han visibilizado determinadas formas de delincuencia e invisibilizado otras, como la corrupción pública o privada, la criminalidad organizada y los delitos cometidos en el ámbito de los negocios y el poder[113]. No obstante, se ha venido alertando desde el año 2010 por parte de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) de la violencia que ejercen las organizaciones criminales y los sobornos a los que recurren por el desarrollo de sus actividades criminales, convirtiéndose en grandes centros de poder, en verdaderas potencias económicas. Aporta LÓPEZ-MUÑOZ cifras calificadas como espeluznantes en el año 2019: 140.000 víctimas de trata de explotación de seres humanos con fines de explotación sexual en Europa, con beneficios económicos de

[112] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: "Función político-criminal del delito… *op. cit.*, pág. 670. Apuntaba la autora la desproporción en Alemania entre la apertura de diligencias y las condenas posteriores en este sentido.

[113] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?", en ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L (Dir.)/ BALLESTEROS SÁNCHEZ, J. (Coord.): *Nuevos desafíos…, op.cit.*, pág. 124.

300.000.000 de dólares en Estados Unidos, así como los 20.000.000 de euros que produce para Estados Unidos el mercado de la heroína en Europa (muriendo entre 30.000 y 40.000 jóvenes al año en Rusia por su consumo)[114].

Con carácter previo a la entrada en vigor de la LO 5/2010, los datos de las Naciones Unidas en el año 2009 estimaban que el crimen organizado ganaba 870 mil millones de dólares al año, lo que suponía más de seis veces el presupuesto de asistencia para el desarrollo y resultaba equivalente al 7% de las exportaciones mundiales[115]. En la misma línea, según JAIME-JIMÉNEZ y CASTRO la criminalidad organizada, en el año 2010, suponía entre el 2% y el 5% del PIB del planeta. Algunos grupos criminales tienen, además, un impacto directo en los valores democráticos y el Estado de Derecho, al penetrar en las estructuras fundamentales de la sociedad democrática, condicionando voluntades de jueces, fiscales, policías, empresarios… como resulta evidente en Bulgaria o Italia[116].

En lo que se refiere a Europa, en el año 2017 EUROPOL publicó el SOCTA (*Serious and Organized Crime Threat Assessment*) donde se recopilan los datos sobre la delincuencia grave y organizada de la Unión Europea. El informe se define como el principal documento de análisis que plantea la amenaza de la criminalidad organizada a nivel europeo y se realiza cada cuatro años. En 2017 se destacaba la existencia de más de 5.000 grupos de criminalidad organizada en Europa, frente a los 3.600 reportados por Europol en 2013, así como su dedicación a más de una actividad criminal (pasando de un 33% en el 2013 a un 45% en el 2017 este tipo de grupos)[117]. Cabe destacar que el incremento en la delincuencia organizaba radicaría, fundamentalmente, en el hecho de incluir pequeños grupos que, en principio, no encajarían dentro del concepto de organización criminal y grupo organizado que han manejado los textos internacionales,

[114] LÓPEZ-MUÑOZ, J.: *Criminalidad organizada y terrorismo… op cit*., pág. 26.
[115] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ L. (Dir.)/ BALLESTEROS SÁNCHEZ, J. (Coord.): *Criminalidad organizada trasnacional: una amenaza a los estados democráticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 199. La autora recoge en el artículo que la criminalidad organizada y la criminalidad económica empresarial cuentan con algunas características comunes como la organización (en red) o el lucro ilícito.
[116] JAIME-JIMENEZ, O./ CASTRO MORAL, L.: "La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales", en *Revista CIDOB d´afers internacionals*, nº 91, pág.176.
[117] Informe de Europol, SOCTA 2017. Disponible en https://www.dsn.gob.es/en/actualidad/sala-prensa/informe-sobre-evaluaci%C3%B3n-amenaza-criminalidad-grave-delincuencia-organizada. El anterior informe fue elaborado en el año 2013.

fundamentalmente la Convención de Palermo; cuestión que será objeto de tratamiento más adelante.

Por su parte, en el año 2021 se ha redactado un nuevo informe SOCTA en el que se destacaba que el 80% de las agrupaciones se dedicaban al tráfico de drogas, delitos contra la propiedad, fraudes contra impuestos y tráfico ilegal de personas y entre ellos, casi la mitad, están involucrados en el tráfico de drogas (38%). Obsérvese que esta preminencia histórica del tráfico de drogas como finalidad directa o indirecta de la agrupación criminal tiene reflejo, en el caso español, en que la agravante por organización ha tenido en el narcotráfico especial protagonismo, junto al blanqueo de bienes, según se vio en el primer Capítulo de esta tesis. Por otro lado, el 40% de las agrupaciones interceptadas, con independencia de su finalidad, tenían una estructura jerárquica y, de todas ellas, una cuarta parte llevaba más de diez años operando. Respecto del número de miembros solamente el 21% de los grupos contaba con 5 o menos, mientras que el 79% tenía seis o más integrantes. El 65% de las agrupaciones estaba formado por miembros de múltiples nacionalidades y 7 de cada 10 ejercía su actividad en más de tres países[118].

Como se ha manifestado, los informes SOCTA realizan un exhaustivo análisis de la criminalidad organizada y su impactó a nivel europeo. Al inicio del informe se describe el SOCTA como la insignia de Europol, en cuanto que ofrece la percepción de la delincuencia organizada en la Unión Europea, trabajando para la obtención de los datos necesarios con cuerpos policiales estatales[119]. Ello con el objetivo de evaluar las principales amenazas que implica la criminalidad organizada y las graves consecuencias que producen. Para ello se identifica la amenaza, el impacto, la dimensión geográfica y los factores que facilitan el delito, conforme a cuatro pasos: el enfoque, las herramientas (los indicadores), el análisis y la priorización, y el resultado[120]. En ese resultado, el informe identifica los siguientes fenómenos como las amenazas clave a las que enfrenta la Unión Europea: redes criminales de alto riesgo (corrupción, blanqueo y utilización de armas), ataques cibernéticos, delitos contra las personas, drogas, fraude, crímenes contra la propiedad y crímenes contra el medio ambiente. Se destaca, a su vez, la cooperación

[118] Europol. *Serious and Organised Crime Threat Assessment. A corrupting influence: The infiltration and underming of Europe´s economy and society by organised crime*. Disponible en: https://www.europol.europa.eu/publication-events/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-socta-2021, pág.18.
[119] *Ibidem*, pág. 7 y ss.
[120] *Ibidem*, pág. 100.

entre criminales enfocado la obtención de ganancias[121]. Las estadísticas que se manejan a nivel europeo se nutren, fundamentalmente, de los datos aportados por Estados miembros, los socios operativos y estratégicos de Europol fuera de la UE y socios institucionales, así como en la información operativa de las bases de datos de Europol, referidos a un fenómeno simple y a la vez complejo, puesto que, en esencia, tiene su base en la agrupación de personas con objetivos económicos y que debido a su profesionalización y flexibilización se facilita, en ocasiones, su impunidad[122].

En el marco de estas consideraciones, destaca REQUEJO CONDE que a pesar de describir la criminalidad organizada como "enemigo novedoso" o "nuevo autoritarismo", no deja de ser "el negocio más grande de la historia", ya que ha existido en otras épocas con otros nombres o formas como bandas callejeras, gánsteres, mafias o camorras, maras, carteles, yakuza japonesa, triadas chinas…[123]. Todas esas agrupaciones no cuentan, sin embargo, con las mismas estructuras y características, por lo que la delincuencia organizaba integra un rango de tipologías más amplia que el que estrictamente ofrecería la definición de organización criminal, según se ha señalado anteriormente, lo que encuentra reflejo en la actual regulación de los artículos 570 bis y 570 ter CP al distinguir la pertenencia a una organización y a un grupo criminal, siguiendo la estela de los textos normativos vinculados a algunas instancias supraestatales[124].

EUROPOL establece la necesidad de cumplir un mínimo de seis características, de entre las siguientes once, para considerar una situación de delincuencia organizada: colaboración entre más de dos personas, tareas específicamente asignadas, por un periodo prolongado o indefinido, que utilicen algún tipo de disciplina o control, que exista sospecha de haber cometido delitos graves, que estén activas a nivel internacional, que utilicen violencia u otros medios con finalidad de intimidar, que sirvan de estructuras comerciales o económicas, que estén implicadas en el blanqueo de capitales, que ejerzan influencia sobre políticos, medios de comunicación, administración pública, autoridades

[121] *Ibidem*, pág. 98.
[122] *Ibidem*, pág. 14.
[123] REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos del delito de organización y grupo criminal. Los diez años de su tipificación en el Código Penal español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág.23. Explica la autora la gestación de la criminalidad organizada: a partir de pequeñas redes de criminalidad que se dedican a la delincuencia común, como los robos o las extorsiones, estos grupos han reinvertido sus ganancias y diversificado su actividad criminal hasta conseguir el poder mediante la corrupción.
[124] El legislador ha establecido dos niveles de asociaciones con la finalidad de dar respuesta a la criminalidad grupal en los casos en los que la agrupación no cuenta con el carácter estable y/o estructural debido a lo insidioso que resulta para la sociedad esa clase de delincuencia grupal que no cumple con las características de la organización criminal.

judiciales o sobre la actividad económica, y, por último, que tengan como finalidad obtener beneficio o poder. El primero, tercero, quinto y undécimo de los elementos descritos deben cumplirse siempre para que se hable de delincuencia organizada, esto es, unión de más de dos personas, por tiempo prolongado, dedicado a la comisión de delitos graves y con una finalidad lucrativa[125].

Es de resaltar, a su vez, que, conforme a los datos que ofrece EUROPOL referidos a 2021, el 60% de las agrupaciones utiliza la violencia como parte de sus actividades delictivas; igualmente, el uso de la corrupción y el abuso de las estructuras comerciales legales son características clave de la delincuencia organizada y grave en Europa. Concretamente, más del 80% de las redes delictivas utilizan estructuras comerciales legales[126]. Respecto de las características enumeradas *supra*, las organizaciones y grupos criminales no están únicamente formadas por profesionales del delito, sino que contarían con apoyo de distintas profesiones que le dan soporte. Así, se calcula que el 60% de los sujetos que forman parte de la agrupación, mantiene en paralelo su actividad legal[127].

Recientemente, debido a la situación pandémica provocada por la Covid-19, desde EUROPOL se ha realizado un informe que apunta los cambios del modo de trabajo de la criminalidad organizada, que ha visto una nueva oportunidad para obtener beneficios mediante un aumento en ataques cibernéticos, aprovechando el teletrabajo, y en fraudes relacionados con materiales como geles o mascarillas[128]. Otro ejemplo más de lo complejo y cambiante que resulta el crimen organizado; que cuenta con las herramientas necesarias para adaptarse a las circunstancias y seguir delinquiendo.

### 2.3. Algunos datos sobre la criminalidad organizada en España

Siguiendo el mismo esquema que el que se ha presentado a nivel internacional, a continuación se presentarán algunos datos que nos ofrecen los organismos estatales, fundamentalmente, la Fiscalía General del Estado, lo que permitirá realizar algunas consideraciones sobre estos, así como sobre las características que a juicio de la FGE debe reunir la delincuencia organizada.

---

[125] Consejo de la Unión Europea. *Revisión del documento 6204/2/97 ENFOPOL, IV*, Bruselas, 2000, disponible en: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10415-2000-INIT/es/pdf.

[126] Serious and Organised Crime… *op.cit.*, pág.11.

[127] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "Tratamiento jurídico penal… *", op. cit.*, pág. 206.

[128] Europol. Informe sobre la pandemia, disponible en https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/how-criminals-profit-covid-19-pandemic.

En lo referente a los datos aportados en las Memorias anuales de la Fiscalía, conviene adelantar ya en este momento que no han mantenido siempre la misma metodología (por ejemplo, no siempre se ha utilizado los mismos conceptos para el análisis cuantitativo y/o la organización de la Fiscalía ha variado), por lo que resulta difícil alcanzar una conclusión precisa sobre la evolución del crimen organizado en España, si bien puede advertirse, en términos generales, una clara incidencia al alza.

### 2.3.1. Memorias de la Fiscalía General del Estado

#### 2.3.1.1.Año 2009

Considerando la entrada en vigor del delito de pertenencia a una organización criminal (y, paralelamente, el delito de pertenencia a un grupo criminal) en el año 2010, resulta obligado reflejar la situación que ofrece la Memoria de la Fiscalía del año 2010[129], donde se apuntaba la importancia de estos actos delictivos, al considerar que iban en aumento. Debe advertirse, de entrada, que los datos y cifras expresadas en esta Memoria, por ser previos a la reforma de 2010, no diferencian situaciones de organización o grupo criminal. E, igualmente, tampoco distingue entre el delito de asociación ilícita y la aplicación de agravantes específicas por organización. Se presentan, en consecuencia, datos referidos genéricamente al crimen organizado o delincuencia organizada, sin distinguir tipología ni calificación jurídico-penal. No obstante, en esta investigación se ha optado por recurrir a esta fuente por ser la más detallada, a pesar de todo, en cuanto a categorización delictiva, ya que los datos que ofrece tanto el CGPJ en relación con las series anuales de condenados y penales, así como el Ministerio del Interior a través del portal estadístico de criminalidad, presentan una mayor indiferenciación en cuanto a datos referidos a la criminalidad organizada, tanto en relación con el artículo 570 bis CP, como por aplicación de agravante específica[130].

---

[129] Fiscalía General del Estado. Memoria Fiscalía 2010, Vol, I. Disponible en: https://www.fiscal.es/documents/20142/ea336c13-693f-39e7-6668-e25099c011f2. Desde el año 2007 la Fiscalía Especial contra la Corrupción pasó a denominarse como Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada (pág.655).

[130] El CGPJ recoge datos sobre las personas condenadas a nivel estatal. calificándose en base al Título y Capítulo del Código Penal. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Condenados/explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Penados-/. Por su parte, resulta de interés el resumen realizado por el Ministerio del Interior en cuanto a su implicación en el crimen organizado, destacando la detención de 5.881 personas y 354 grupos desarticulados en https://www.lamoncloa.gob.es/Documents/7feb-6f0c-al_crimen_organizado_noviembre_presentacion.pdf

A partir de estos datos generales, se realiza una revisión por comunidades autónomas que refleja la incidencia de este tipo de delincuencia por todo el territorio.

En Andalucía, resulta palpable la diferencia existente entre territorios, realizándose en Málaga, Cádiz y Sevilla la mayoría de operaciones policiales, mientras que en Jaén la existencia de este tipo de crimen era prácticamente inexistente. En ese momento se investigaban en Málaga 33 casos por parte de la Policía Nacional, 23 en Sevilla y 21 en Cádiz de blanqueo de capitales, 29, 26 y 13 casos respectivamente de tráfico de cocaína y 22, 14 y 23 respectivamente de tráfico de hachís. Tras el tráfico y el blanqueo, en la incidencia de la delincuencia organizada ocupaba el tercer puesto la estafa, con 19 casos investigados por la policía en Málaga[131].

La misma Memoria apunta la incidencia de delitos de tráfico de drogas en la Comunidad Autónoma de Aragón y siete operaciones por delitos contra el patrimonio de la empresa y establecimientos públicos en la provincia de Huesca. En Asturias se llevaron a cabo tres detenciones en delitos de tráfico de drogas y delitos contra el patrimonio, mientras que en Cantabria se denunciaron un centenar de denuncias relativas a defraudaciones por delitos cometidos con nuevas tecnologías, atribuibles a redes organizadas de origen rumano, así como la incoación de cinco procedimientos relacionados con la pornografía infantil también atribuible a esta forma de criminalidad.[132]

En lo que se refiere a Castilla León, en el año 2009 en las provincias de Palencia, Segovia, Soria, Valladolid y Zamora, salvo salvedades de determinadas detenciones policiales, no se detectaron casos atribuibles a la criminalidad organizada. En Burgos se relacionan con tráfico ilícito de vehículo, tráfico de drogas, falsedades y estafas bancarias y hurtos en comercio. En Ávila, se reseñan cuatro operaciones policiales relativas a grupos organizados, mientras que en León 60 personas habían sido detenidas por delitos relacionados con el crimen organizado[133]. En la Comunidad de Castilla la Mancha, no pudiendo la Fiscalía especificar si eran delitos relacionados con la asociación ilícita u organización criminal, se llevaron a cabo varias actuaciones relativas a la prostitución, contra la propiedad intelectual e industrial, contra los derechos de los trabajadores y contra el patrimonio con robos en viviendas y polígonos[134].

[131] Memoria Fiscalía 2010, Vol. I, pág. 1183.
[132] *Ibidem*, pág. 1187.
[133] *Ibidem*, pág. 1188.
[134] *Ibidem*, pág. 1189.

En Cataluña es reseñable la creación del Servicio Especial Antidroga-Delincuencia Organizada (SEADO), dentro de la Fiscalía Provincial de Barcelona. Se apuntan en la Memoria más de 1000 asuntos relacionados la criminalidad organizada[135].

La Fiscalía de Extremadura recalcaba que no había una gran incidencia relativa a la criminalidad organizada, pero sí que se llevaron a cabo unas 6 operaciones policiales que parecían estar relacionadas[136]. En Galicia por su parte, el principal delito relacionado con el crimen organizado seguía siendo el tráfico de drogas, destacando el incremento de organizaciones dedicadas al tráfico de mujeres. En lo que se refiere a las Islas Baleares, no se dan datos concretos pero se apunta a que cada vez se realizan con medios tecnológicos más sofisticados, mientras que en las Islas Canarias solo apuntaron un caso relacionado directamente con la criminalidad organizada, a pesar de existir algunos procedimientos con coautorías más o menos complejas en tráfico de drogas e inmigración irregular[137].

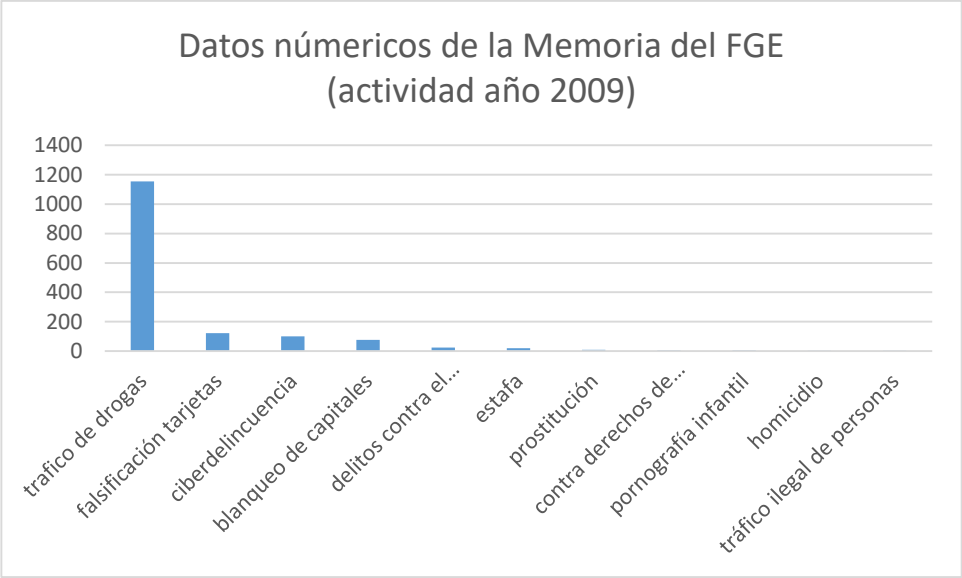
En la Comunidad de la Rioja, se incoaron en lo referente a la criminalidad organizada, 55 procedimientos en tráfico de droga, 5 por delitos contra los derechos de los trabajadores, 1 de tráfico ilegal de personas con finalidad de explotación laboral y otra con finalidad de actividad sexual[138]. La Comunidad de Madrid se diferenciaba del resto al contar con homicidios por ajuste de cuentas, concretamente 3, llevados a cabo por grupos organizados, así como "secuestros exprés". Por su parte, se incoaron 122 procedimientos relativos a fraudes con tarjeta de crédito y falsificaciones de moneda. Varios procedimientos por robos con violencia en la vivienda y 9 sobre prostitución también. En cualquier caso, se resaltaba la incidencia en caso de "bandas latinas", siendo cada vez más grupos[139].

En Murcia, se llevaron a cabo 25 operaciones policiales en temas de tráfico de drogas y 15 operaciones desarticulando organizaciones dedicadas al tráfico ilegal de vehículos y otros delitos contra el patrimonio. Por el contrario, la Fiscalía de Navarra resaltaba una disminución de este tipo de criminalidad, incoándose tres procedimientos por tráfico de drogas y uno por robo violento[140].

[135] *Ibidem*, pág. 1195.
[136] *Ibidem*, pág. 1202.
[137] *Ibidem*, pág. 1204.
[138] *Ibidem*, pág. 1206.
[139] *Ibidem*, pág. 1212.
[140] *Ibidem*, pág. 1214.

En el País Vasco, se apuntaba un incremento del 5% en esta clase de criminalidad en delitos de tráfico de drogas. En cualquier caso, mencionaba la Fiscalía delitos puntuales llevados a cabo por organizaciones que tienen su sede en otras provincias y que delinquen puntualmente en el territorio, así como alguna detención por delitos de robo violentos[141]. Por último, en la Comunidad Autónoma de Valencia, la criminalidad organizada se da sobre todo en delitos de tráfico de drogas, haciendo referencia a un total de 28 grupos organizados interceptados en la provincia de Valencia (por tráfico de droga, robos en viviendas y explotación de extranjeros mayormente), 32 en Alicante relacionadas con delitos contra el patrimonio y tráfico de estupefacientes y desarrollándose incipientemente en Castellón en materia de falsificación y distribución de tarjetas de crédito y tráfico de drogas.

No obstante, se vuelve a reiterar que los datos ofrecidos por la Fiscalía únicamente de hechos conocidos y, además, no se han cuantificado de la misma manera en la totalidad del Estado. A continuación, se presenta una gráfica, en la que teniendo en consideración los números de la Memoria, se recoge la tipología de los delitos a los que se dedicaban las organizaciones interceptadas.




Fuente: elaboración propia

Como puede apreciarse, en cuanto a la criminalidad organizada el delito de tráfico de drogas es claramente el predominante en las operaciones policiales. No obstante, debe tenerse en cuenta otro dato, el de los procedimientos judiciales incoados y tramitados

[141] *Ibidem*, pág. 1216.

por el Ministerio Fiscal, que en el año 2009 se cifró en 22.689 en cuanto a ese delito[142]. En ese sentido, si bien no se distingue entre acciones grupales o individuales, los números que recoge la Memoria resultan significativos. Sin duda, el tráfico de drogas podría clasificarse como el delito fin más común de la criminalidad organizada.

Destaca, por su parte, la Memoria, que la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada recibió 1.587 entradas en comunicaciones recibidas, intervino en 257 procedimientos judiciales, suponiendo un leve incremento de los 246 del año 2008, y que se dictaron 9 sentencias en los procedimientos de competencia de esa Fiscalía, lo que sumado a años anteriores hacían un total de 86 sentencias de las que 74 resultaron condenatorias[143].

La Fiscalía especial contra la corrupción y la criminalidad organizada resumió, así, su actuación durante el año 2009:

| | | |
|---|---|---|
| Comunicaciones recibidas | | 1.587 |
| Denuncias recibidas | | 521 |
| Cooperación jurídica pasiva | | 25 |
| Diligencias de Fiscalía | Diligencias de investigación | 13 |
| | Diligencias informativas | 4 |
| Procedimientos judiciales en trámite | | 257 |

Fuente: Memoria Fiscalía 2010, Vol. II, pág. 30[144]

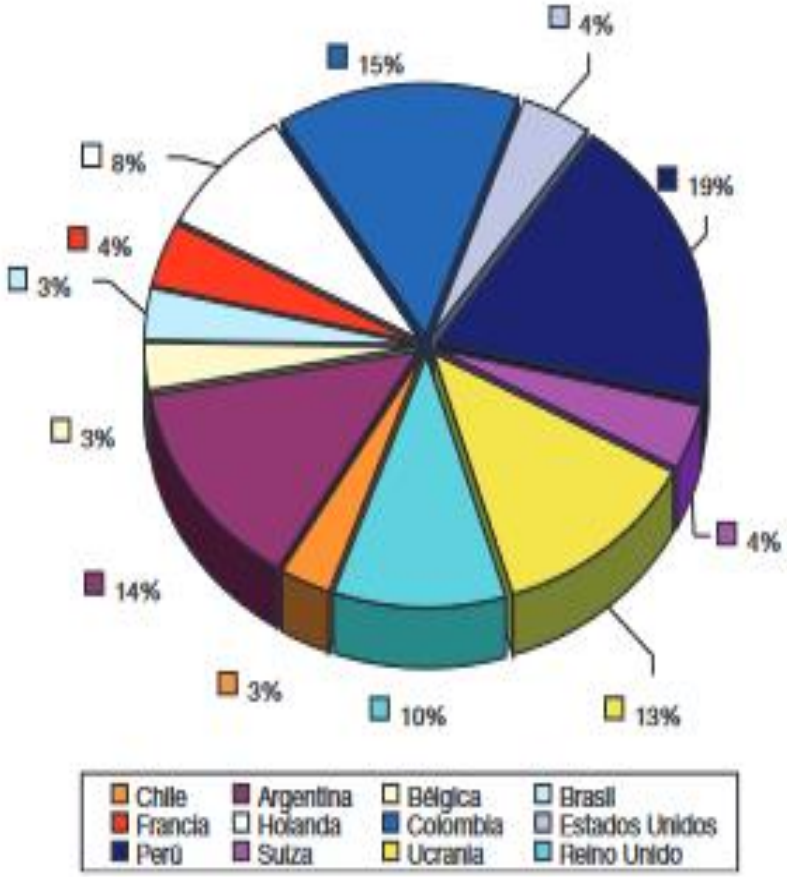
De ello todo ello se concluyen dos cuestiones: primero, que en el año 2009 la incidencia de la criminalidad organizada por comunidad autónoma era muy dispar, algo directamente relacionado con factores que podrían apuntar a los recursos personales, materiales y/o económicos de las fuerzas policiales y de la Administración de Justicia. En todo caso, y a pesar de las divergencias en cuanto a hechos conocidos, destaca, como se ha apuntado anteriormente, el crimen organizado dedicado al tráfico de drogas. Por su parte, eran también varias las agrupaciones dedicadas a los delitos contra la propiedad y fraudes; mientras que empezaban a despuntar organizaciones dedicadas a la trata de personas, prostitución y tráfico ilegal de vehículos. En segundo lugar, la diferencia numérica entre las operaciones policiales, los procedimientos judicializados y las condenas es notoria, si bien es verdad que debido al lapso temporal que puede llevar la

[142] *Ibidem*, pág. 305.
[143] *Ibidem*, pág. 658.
[144] Debe considerarse que, al compartir especialidad con la corrupción, los datos ofrecidos por esa Fiscalía no engloban únicamente lo que concierne a la criminalidad organizada. Si bien es cierto que la mayoría de los casos se llevan a cabo mediante una agrupación de personas en los delitos relacionados con la corrupción.

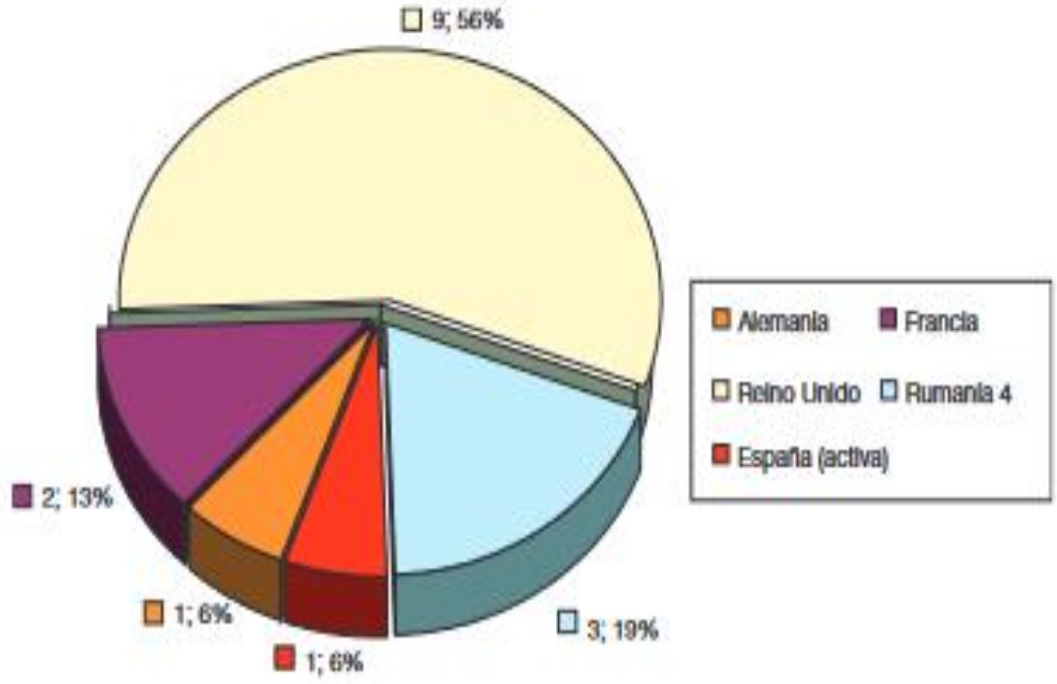
tramitación judicial, sería necesario realizar un estudio más exhaustivo que abarcara un amplio periodo de años, algo que trasciende al objeto específico de esta investigación, por el que se determine la relación entre cada operación policial y la eventual condena (o no) judicial.

Por otro lado, dada la frecuencia con que las formas de criminalidad organizada presentan carácter transnacional, un factor de primer orden en la eficacia de su investigación y persecución reside en la cooperación internacional. Por ejemplo, en el caso del tráfico de drogas, los estupefacientes en muchas ocasiones provienen de otros Estados, por lo que suele ser necesario la cooperación con los mismos. Así, la siguiente gráfica de la Fiscalía especial Antidroga expresa el recurso a instrumentos de cooperación internacional en 2009.

*Países más significativos en la remisión de comisiones rogatorias (valores ≥ 5)*




*Expedientes de red judicial*




Fuente: Memoria de la Fiscalía 2010, Vol. II, pág. 29.

#### 2.3.1.2. Año 2020

La Memoria de la Fiscalía de 2021 recoge los hechos conocidos en relación con la criminalidad del año 2020[145]. Por ello, resulta interesante apuntar algunas cifras que en ella se exponen, a fin de poder visualizar si desde la tipificación de los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal en el año 2010, los hechos investigados como delincuencia organizada han sufrido variaciones.

Aporta datos relevantes dicha Memoria de la Fiscalía especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada en relación al número de procedimientos que se han llevado a cabo desde el año 2005:

Causas judiciales en trámite

| Año | En trámite |
|---|---|
| 2005 | 127 |
| 2006 | 178 |
| 2007 | 194 |
| 2008 | 246 |
| 2009 | 257 |
| 2010 | 258 |
| 2011 | 266 |
| 2012 | 290 |
| 2013 | 312 |
| 2014 | 340 |
| 2015 | 371 |
| 2016 | 524 |
| 2017 | 609 |
| 2018 | 678 |
| 2019 | 746 |
| 2020 | 761 |

Fuente: Memoria Fiscalía 2021,Cap. II, Información estadística, punto 6

El número de los procesos judiciales en los que toma parte esta Fiscalía ha ido en aumento año tras año. Ello no significa automáticamente que la criminalidad organizada también haya experimentado un incremento exponencial, pues como se ha dicho, la Fiscalía no se ocupa únicamente de ese tipo de delincuencia. Cuestión distinta es el

[145] Fiscalía General del Estado. Memoria de 2021, disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html. Capítulo II, Información estadística, punto sexto.

número de diligencias de investigación que se han llevado a cabo. En ese sentido, se recogen los siguientes datos en 2020:

Diligencias de investigación

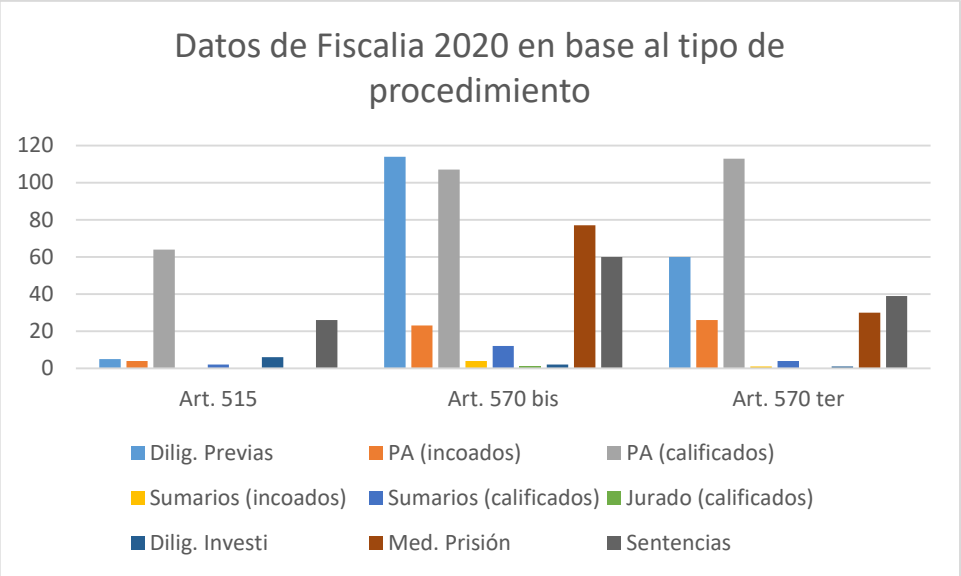
| Año | En trámite | Concluidas |
|---|---|---|
| 2009 | 27 | 15 |
| 2010 | 28 | 9 |
| 2011 | 73 | 60 |
| 2012 | 26 | 12 |
| 2013 | 33 | 17 |
| 2014 | 53 | 29 |
| 2015 | 63 | 24 |
| 2017 | 35 | 46 |
| 2018 | 46 | 30 |
| 2019 | 46 | 34 |
| 2020 | 26 | 32 |

Fuente: Memoria Fiscalía 2021, Cap. II, Órganos Centrales del MF, punto 6.4

Al contrario que el incremento que se produce en los procedimientos judiciales, las diligencias de investigación de esta Fiscalía no han desarrollado la misma evolución. Se aprecia un número elevado de diligencias en el año 2011 que fue disminuyendo hasta volver a subir en el año 2015, para seguir después, excepto en el 2017, reduciéndose en número.

Por su parte, la Memoria de 2021 recoge con base en las distintas fases procesales y procedimientos judiciales (diligencias previas, procedimiento abreviado, sumario…) los delitos juzgados a nivel nacional y autonómico. Es sumamente interesante la tabla que recoge los datos completos para ver cuántos procedimientos se han llevado a cabo en relación a cada delito concreto. Se aporta a continuación un gráfico en el que se recogen los delitos de asociación ilícita, de pertenencia a una organización criminal y de pertenencia a un grupo criminal, en base al tipo y momento del procedimiento. Igualmente, se aporta información de las diligencias previas, procedimientos abreviados, sumarios, jurados, diligencias de investigación, sentencias, así como la medida de prisión. Huelga decir que es probable que otros delitos hayan sido tramitados considerando la agravante específica, pero ese dato no se discierne en la Memoria[146].

[146] *Ibidem*, Capítulo IV, Datos Estadísticos, punto primero. La Memoria no califica según el número del artículo del Código Penal los delitos y sus datos. En este caso, se han considerado los correspondientes a "asociación ilícita", "organizaciones criminales: creación, dirección e integración" y "Grupos Criminales:




Fuente: elaboración propia

| | Art. 515 | Art. 570 bis | Art. 570 ter |
|---|---|---|---|
| DP | 5 | 114 | 60 |
| PA (incoados) | 4 | 23 | 26 |
| PA (calificados) | 64 | 107 | 113 |
| Sumarios (incoados) | 0 | 4 | 1 |
| Sumarios (calificados) | 2 | 12 | 4 |
| Jurado (calificado) | 0 | 1 | 0 |
| Dilig. Investig | 6 | 2 | 1 |
| Med. Prisión | 0 | 77 | 30 |
| Sentencias | 26 | 60 | 39 |

Fuente: elaboración propia

En el mismo formato, la Fiscalía recopila los datos del 2020 respecto del año 2019 en la totalidad de los procedimientos calificados e incoados. Así, en los procedimientos calificados se observa en el delito de asociación ilícita y en el de pertenencia a una organización criminal un incremento del 73,68% y del 20% respectivamente, mientras que en el de pertenencia a un grupo criminal se reduce en 34,27%. Los procedimientos incoados, por su parte, se han reducido en los tres delitos: un 58,33% en el delito de asociación ilícita, un 2,56% en el delito de pertenencia a una organización criminal y un 1,64% en el de pertenencia a un grupo criminal[147].

Creac./Financ./Integrac.", entendiendo que los mismo corresponden a los artículos 515, 570 bis y 570 ter respectivamente.

[147] *Ibidem*, Capítulo IV, Datos Estadísticos, punto primero.

Es posible que, al igual que las diferencias ya mencionadas entre las distintas provincias con base en los recursos en el ámbito de la actuación policial y Administración de Justicia disponibles, la mayor o menor cooperación internacional, así como las circunstancias de cada contexto influyan directamente en esa variación y en el número de procedimientos judicializados.

#### 2.3.1.3. Postura de la Fiscalía ante la criminalidad organizada

Los datos que se recogen en las memorias de la Fiscalía son un retrato de la importancia que el Estado confiere a este tipo de criminalidad. El mero hecho de que exista una Fiscalía especializada, aunque no en exclusividad en relación con esta delincuencia, es representativo de la necesidad de combatirla particularizadamente.

La Circular 2/2011 FGE en relación con las organizaciones y grupos criminales especifica las características que deben considerarse para acusar por estos delitos[148]. De entrada, se establece la complejidad de limitar la criminalidad organizada, ya que bajo ese precepto se integran una multitud de fenómenos y realidades muy diferentes: agrupaciones grandes o pequeñas, con o sin vínculos transnacionales, con estructura jerárquica o fluida, muy violentas o poco violentas… La Circular focaliza la lucha contra el crimen organizado como uno de los objetivos de la Fiscalía, alertando que los grupos pequeños de delincuentes que reiteran un patrón delictivo con un *modus operandi* estandarizado suponen "la punta de un iceberg de dimensiones imprevisibles"[149]. Por ello, entiende la Fiscalía que la protección de la seguridad ciudadana necesita de una tipificación adecuada de todos esos fenómenos (grupos organizados jerárquicamente y con importancia operativa, así como de grupos organizados transitoriamente para periodos cortos de tiempo) y aplaude la distinción entre grupo y organización criminal que realizó el legislador con la reforma de 2010. No obstante, también cree preciso ofrecer unos criterios de interpretación de cara a garantizar la unidad de actuación con que debe regir el Ministerio Fiscal en todos los ámbitos jurisdiccionales.

Para ello, acusarán por pertenencia a una organización criminal cuando la agrupación cumpla las siguientes características, que reproducen en esencia los elementos configuradores de esta en atención a la definición recogida en el artículo 570 bis CP:

[148] Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, *Doctrina de la Fiscalía General del Estado,* FIS-C-2011-00002, 2 de junio del 2011.
[149] *Ibidem,* pág.3.

- una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una concreta actividad, que se concreta en tres o más.

-estructura más o menos compleja, donde podrán generalmente reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, y que cuente con una infraestructura adecuada para la realización del plan criminal. No es requisito, por su parte, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada manera jurídica, ni que se mueva en un gran espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales.

- consistencia o permanencia en el tiempo

- "voluntad colectiva" para la comisión de delitos[150].

No alude, sin embargo, la Circular a la exigencia de la búsqueda de un beneficio directo o indirecto o ventaja material, elemento que, como veremos, es tenido en cuenta por los textos internacionales sobre criminalidad organizada y que también es considerado como uno de sus elementos definitorios como EUROPOL. Ello es debido a que la Fiscalía se limita a reproducir las notas definitorias legalmente recogidas por el artículo 570 bis CP, si bien existen otras razones que explican la ausencia de este elemento en la regulación penal, como se analizará posteriormente en el estudio de los textos internacionales que han influido en la tipificación de los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal, así como de los textos prelegislativos previos a la LO 5/2010.

### 2.3.2. Algunos datos de otros organismos oficiales

El Ministerio del Interior, tal y como se ha mencionado, cuenta también con mecanismos de lucha contra la criminalidad organizada. En su Informe de Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y Delincuencia Grave (2019-2023) recoge que, si bien la criminalidad organizada supone una de las mayores amenazas para la seguridad y las estructuras del Estado, la percepción cotidiana del ciudadano es de menor entidad[151]. A su vez, recuerda que en el año 2014 EUROSTAT impuso a España la obligación de incorporar un cálculo aproximado de los beneficios que producían las actividades ilegales de cara a estimar la Renta Nacional Bruta. Desde entonces el Instituto Nacional de

[150] *Ibidem,* pág.7.

[151] , Ministerio de la Presidencia, Relación con las Cortes e Igualdad. *Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave (2019-2023). La seguridad es un proyecto en común,* Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado, 2019, pág.9.

Estadística aporta datos sobre estas actividades, que en el año 2017 suponían un 0,87% del PIB, unos 10.500 millones de euros[152].

Por su parte, el Informe Anual de Seguridad Nacional de 2018 manifiesta que las actividades principales llevadas a cabo por grupo organizados durante ese año han sido el tráfico de estupefacientes, el blanqueo de capitales, el cibercrimen, la trata de seres humanos, los fraudes a los intereses de la Hacienda Pública y el tráfico ilícito de armas. Menciona también la tendencia al alza de la corrupción deportiva con implicación de las organizaciones en apuestas y amaños. Igualmente aporta datos, obtenidos del Ministerio del Interior, de la evolución de grupos de crimen organizado en España durante el periodo 2013-2018: en el año 2013 se detectaron 497 grupos y en el 2014 fueron 456; 445, 444 y 477 respectivamente en los años 2015, 2016 y 2017, y en el 2018 fueron 484[153].

### 2.4. Conclusión

Los datos expuestos demuestran que la criminalidad organizada es una preocupante realidad que tiene influencia tanto a nivel autonómico y estatal como internacional. Resulta complicado estimar en qué porcentaje afecta este fenómeno delictivo a la sociedad, ya que en ocasiones se habla de número de grupos y en otras de número de personas, no pudiéndose tampoco obviar que no todas las detenciones y procedimientos incoados terminan en sentencias condenatorias. Debido a la duración de los procedimientos, tampoco es sencillo establecer una conexión entre ellos al no ser un dato objetivable por años. En consecuencia, no parece posible establecer una correlación entre hechos conocidos, detenciones, diligencias previas y sentencias condenatorias. De hecho, la facilidad con la que se inician investigaciones policiales cuando existen indicios delictivos de pertenencia a una organización criminal, con las ventajas procesales que ello conlleva, no se corresponden directamente con condenas. Tal y como se verá más adelante, el hecho de ser participe en un delito llevado a cabo por una organización

[152] *Ibidem*, pág. 35. Recoge el Informe que el banco Central Europeo considera que el movimiento mundial del blanqueo de capitales supone el 2,7% del PIB mundial, unos 615 millones de euros. De esa cantidad solamente el 0,2% es interceptada por las autoridades, lo que viene a demostrar la dificultad de incautar los capitales ilícitos generados por el crimen organizado. Esos números siguen incrementándose, tal y como se recoge en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021-2025, en el que se apunta que en el año 2019 los ingresos generados de la delincuencia organizada ascendieron a 139.000 millones de euros, lo que equivale al 1% del PIB. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0170&from=EN

[153]Ministerio de la Presidencia, Relación con las Cortes e Igualdad. *Informe Anual de Seguridad Nacional 2018*, 2019, pág.35.

criminal, no se automatiza siempre en una condena por el artículo 570 bis o por una agravante especifica.

A ello se le suma, como se ha visto, que los instrumentos para determinar la incidencia de la delincuencia grupal varían en base a los distintos organismos competentes, lo que consecuentemente lleva a obtener un mapa con diversos datos de cuya lectura se concluye que la criminalidad organizada no siempre sigue una progresión al alza. Dependiendo del año, esta clase de delincuencia aumenta o disminuye, cuestión lógica si se tienen en cuenta los diferentes contextos sociales (que haya más o menos medios para su investigación, crisis económica, COVID…), además de las mencionadas diferencias en el recuento por parte de los organismos. En cualquier caso, la preocupación por parte del legislador parece fundada: la criminalidad organizada, fenómeno complejo, variable y mutable, como se ha puesto de manifiesto, debe ser objeto de una respuesta eficaz por parte del Estado, tanto preventiva como represivamente para hacer frente a lo que, en realidad, constituye una empresa ilícita muy lucrativa y esquiva. Teniendo en cuenta, además, que la delincuencia común organizada no adopta una estructura estándar, con formas más o menos estructuradas o flexibles, permanentes en el tiempo o de carácter transitorio.

Esta diversa caracterización de la delincuencia organizada va a ser determinante, precisamente, en las iniciativas internacionales que han instado a los estados a introducir en sus legislación penales el castigo por formar parte de estas organizaciones y agrupaciones y que, finalmente, se ha reflejado en los artículos 570 bis y 570 ter CP. Sin embargo, la necesidad político criminal de dar respuesta penal a la criminalidad organizada y los compromisos internacionales adquiridos, no parece, en principio, razón suficiente a nuestro juicio para justificar, al menos, la tipificación del delito autónomo de pertenencia a una organización criminal (no así, según se verá, en relación con un grupo criminal), sin haber valorado previamente lo que ya contemplaba el Código Penal para hacer frente a la delincuencia organizada, como ocurre, fundamentalmente, en relación con el delito de asociación ilícita para cometer delitos, aunque también con la existencia de agravantes específicas por organización en la gran mayoría de los delitos más habitualmente vinculados a la criminalidad organizada, conforme a los datos referenciados a nivel internacional y nacional.

## 3. Marco normativo internacional

La primera parte de este Capítulo ha pretendido, sin ánimo de exhaustividad y en el marco de las limitaciones que se han señalado, exponer la incidencia de la criminalidad organizada, conocer los organismos competentes en la materia, así como los elementos que estos organismos consideran que caracterizan a esta clase de delincuencia. Frente a esa realidad, en este apartado se analizará la normativa internacional que mayor influencia ha tenido en la tipificación del delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis CP[154].

### 3.1. Consideraciones generales

La gravedad de la actividad delictiva vinculada a la criminalidad organizada y los medios avanzados que disponen para lograr la impunidad, despertó la conciencia de la comunidad internacional sobre la necesidad de hacer frente a esta situación. A este respecto, el desarrollo tecnológico en el ámbito de las comunicaciones, así como la creación de zonas de libre comercio, han favorecido que las organizaciones y grupos criminales presenten una clara configuración transnacional. Ello, sobre todo en Europa, como consecuencia de la creación de un espacio económico sin fronteras nacionales y la entrada de grupos mafiosos por Europa del Este a partir de la caída de regímenes comunistas, ha hecho tomar conciencia a los Estados de la necesidad de la cooperación internacional para combatir esta clase de delincuencia.[155]

Como expresa VILLACAMPA ESTIARTE, la globalización afecta a la Política Criminal como una manifestación más de otros ámbitos de la vida humana en los que incide. Esa globalización de la Política Criminal se entiende contenida en la globalización política, lo que se caracteriza con la pérdida de soberanía de los Estados y por la pérdida de espacio político de las ideologías tradicionales de la izquierda y de la derecha[156].

---

[154] No es pretensión de esta investigación recoger y sistematizar toda la normativa internacional que incide en la delincuencia organizada debido a su ingente cantidad, por lo que se profundizará en las que han tenido un impacto directo en el ordenamiento jurídico penal español y, específicamente en la tipificación de los delitos de pertenencia a organización y grupo criminal.

[155] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: "Función político-criminal del delito…, *op. cit*., pág.666.
El uso de la informática por parte del crimen organizado (la tecnología como aliada para la comisión de delitos, pero también como modo de afrontar esta clase de delincuencia) y la normativa internacional que concierne a ambos conceptos, ha sido estudiada por MILLITELLO, V.: "Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L./ MÉNDEZ RODRÍGUEZ C./ DIEGO DÍAZ-SANTOS Mª R. (Coords.): *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías,* Colex, Madrid, 2001, págs. 177 y ss.

[156] VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Política criminal internacional: tráfico de drogas, trata de seres humanos y prostitución*, Editorial UOC, Barcelona, 2017, pág. 8.

La preocupación por la delincuencia organizada ha generado multitud de textos normativos tanto a nivel internacional como europeo (convenios internacionales, recomendaciones del Consejo de Europa, directivas y decisiones marco en el ámbito de la Unión Europea), cuya finalidad ha sido la armonización de los ordenamientos jurídico penales con el objetivo de fijar la cooperación entre los Estados para combatir el crimen organizado. Esta normativa internacional ha sido clave en la tipificación de los delitos de pertenencia a organizaciones y grupos criminales en el Código Penal español. La reforma operada con la LO 5/2010, del 22 junio, que entró en vigor el 23 de diciembre del mismo año, plasmó la necesidad manifestada desde instancia supranacionales para combatir esta clase de delincuencia de creciente relevancia en una sociedad global, según se ha visto en atención a los datos presentados al inicio de este Capítulo; los nuevos artículos 570 bis, ter y quater, relativos a la pertenencia a una organización y grupo criminal, surgen como respuesta a una serie de obligaciones internacionales contraídas por España, principalmente en el ámbito europeo a raíz de la Decisión Marco 2008/841/JAI[157], a pesar de que ya con anterioridad existían vías de respuesta jurídico penal a la delincuencia organizada, según se ha analizado en el primer Capítulo de esta investigación.

La mencionada Decisión Marco y la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada del 15 de noviembre del año 2000[158] han sido los textos legales internacionales que mayor relevancia han tenido en la reforma del Código Penal de 2010 en lo referente a la criminalidad organizada. Sin embargo, la comunidad internacional ha mostrado su preocupación respecto del tema tiempo atrás. A pesar de ser ambos textos normativos los más significantes, han de considerarse los instrumentos y medios que han precedido a los mismos, como por ejemplo la Convención para la Prevención del Crimen de 1975, así como Resoluciones a nivel internacional o diferentes Tratados europeos y Acciones Comunes que fueron claves para la adopción de la Decisión Marco del 2008.

### 3.2. Ámbito internacional universal

#### 3.2.1. Primeros pasos en respuesta a la criminalidad organizada

Ya en el año 1975 la ONU mostró su interés por la criminalidad organizada, reconociendo su existencia y dañosidad social. Muestra de ello es la Convención para la

[157] Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa de la lucha contra la delincuencia organizada, *Diario de la Unión Europea*, de 11 de noviembre de 2008, nº L 300.
[158] Convención, del 15 de noviembre de 2000, de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada. Instrumento de ratificación de España el 21 de febrero de 2002, *BOE*, 29 de septiembre de 2003, nº 233.

Prevención del Crimen celebrado en 1975[159], en el que se examinaron los cambios de las formas y dimensiones de la delincuencia transnacional y nacional. Se reconoció la criminalidad como empresa, mencionando los diferentes niveles de la misma: criminalidad organizada, criminalidad de empresa y corrupción. La criminalidad de empresa, especialmente para los países subdesarrollados, fue reconocida como un serio problema para la sociedad y la economía nacional, mayor que la delincuencia transnacional[160].

En 1994, se aprobó la Resolución 49/159 sobre la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Trasnacional Organizada, en la que se reunieron representantes de 142 estados que puso de manifiesto un gran consenso internacional[161]. Se reconocía, así, la amenaza de esta clase de delincuencia por su influencia desestabilizadora y corruptora de las instituciones sociales, económicas y político-fundamentales. La Resolución abogaba igualmente una cooperación internacional más intensa y eficaz. Por ello se consideró necesario el análisis de las características estructurales de las organizaciones criminales para lograr una

[159] En la Convención de 1975 se aprobó la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, si bien las deliberaciones se centraron en las nuevas formas de delincuencia, entre ellas la delincuencia organizada considerada como negocio. Las recomendaciones se centraron en los delitos relacionados con las obras de arte y bienes culturales, uso indebido de las drogas, la delincuencia relacionada con la migración y en el terrorismo entre otros. En este Congreso participaron 101 gobiernos, 330 ONG-s y 909 personas.
Los Congresos se celebran con una periodicidad de cinco años. Se apuntan en esta nota los que han tratado la criminalidad organizada, si bien en el texto principal se analizará la de Palermo del año 2000, esta clase de criminalidad es sin duda uno de los objetivos a combatir por parte de los Estados. En el año 1985, en el Congreso celebrado en Milán (125 gobiernos, 58 ONG-s y 1395 personas) se instó a las Naciones Unidas a que emprendiera acciones concentradas contra el terrorismo, tráfico de drogas y la delincuencia organizada. Fue en el octavo Congreso, celebrado en La Habana en 1990, donde se recomendó que los estados adoptaran medidas contra la delincuencia organizada y el terrorismo, en el marco de "La cooperación internacional en materia de prevención del delito y justicia penal en el siglo XXI". Recomienda que se investigue la estructura de la criminalidad organizada y la evaluación de las contramedidas. Por su parte, el noveno Congreso se centró en la cooperación internacional, celebrado en 1995 en Egipto, siendo uno de los temas principales las medidas contra la delincuencia organizada y transnacional. Así, las Naciones Unidas manifestó su ayuda a los Estados para cumplir con los objetivos para prevenir la delincuencia de su interior y la transfronteriza. En el año 2000 se celebró en Viena el décimo Congreso en el que, entre otros, uno de los temas prácticos fue la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y la participación en comunidad en la prevención de los delitos. Los Estados se comprometieron a adoptar medidas para combatir el terrorismo, la trata de personas, el tráfico de armas, el tráfico de migrantes y el blanqueo de dinero. Entendían que era necesario fortalecer las medidas internacionales contra la corrupción, siendo necesario un instrumento jurídico, más allá de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En el año 2005, en el Congreso organizado en Tailandia se trataron medidas eficaces contra la delincuencia organizada transnacional y se realizó un seminario sobre los vínculos existentes entre el tráfico de drogas y la delincuencia organizada para dar una respuesta internacional coordinada. http://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/55years_ebook_es.pdf.

[160] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Criminalidad organizada y sistema…*, *op. cit.*, pág. 178.

[161] *Ibidem*

armonización de las legislaciones penales con la finalidad de prevenir y controlar las diversas manifestaciones de criminalidad organizada. En el logro de este objetivo resultaba imprescindible partir del consenso sobre un concepto de criminalidad organizada que quedaba diferido para iniciativas posteriores que serán expuestas más adelante[162].

Por su parte, el Convenio contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988, conocido como Convenio de Viena, fue el pionero en la previsión de formas de asistencia judicial, por lo que ha servido de inspiración a posteriores textos internacionales. En el Convenio se prevén mecanismos, junto con la extradición (art.6), para requerir a otro Estado la recepción de testimonios, presentación de documentos, inspecciones e incautaciones, así como el traslado de detenidos que vayan a colaborar con las investigaciones… (art.7), lo que supuso un importante avance para la lucha contra esta clase de criminalidad. Y es que el Estado de Derecho actúa únicamente en el territorio nacional mientras que la criminalidad organizada traspasa fronteras, se adapta a las transformaciones sociales y se aprovecha de los avances tecnológicos; es por ello que en muchas ocasiones logran librarse del poder punitivo de los Estados. Cada vez más conscientes del problema, en aras de encontrar una solución, mediante la Resolución 53/111 del 9 de diciembre de 1998[163] se estableció un Comité Especial Intergubernamental con la intención de elaborar una convención amplia sobre la delincuencia organizada transnacional. Además de la elaboración de la convención, la Resolución requería examinar los instrumentos internacionales que abordaran la trata de personas, la lucha contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas y el tráfico y transporte ilícito de personas, incluso por mar[164].

Finalmente, la Resolución 54/126 del 17 de diciembre de 1999 pidió al Comité Especial Intergubernamental que siguiera con su trabajo y que lo intensificara a finales del año 2000; labor que finalmente culminó con la aprobación de la llamada Convención de Palermo del año 2000.

[162] Sobre el concepto de organización criminal, *vid*. específicamente el Capítulo IV de esta investigación.
[163] Asamblea General. Distr. GENERAL. A/RES/53/111, 20 de enero de 1999. Quincuagésimo tercer periodo de sesiones. Tema 101 del Programa 46.
[164] El Gobierno de Argentina se ofreció a actuar como anfitrión de una reunión preparatoria en Buenos Aires, del 31 de agosto al 3 de septiembre de 1998. Se aceptó como Presidente del Comité al Sr. Luigi Lauriola y entre otras cuestiones se pidió que el Comité presentara un informe sobre su marcha y labor a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en su octavo periodo de sesiones.

### 3.2.2. Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000

La intención de la Convención era constituir un instrumento eficaz y un marco jurídico apto para una cooperación internacional que combatiera las actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción, los delitos contra el patrimonio cultural y los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo. El Convenio suscribió tres Protocolos: Protocolo para la prevención, supresión y punición del tráfico de personas, especialmente de mujeres y niños; Protocolo contra el contrabando de emigrantes por tierra, mar y aire y el Protocolo contra la fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, sus partes y componentes, y municiones.

El consenso sobre el concepto de criminalidad organizada que se exigía en 1994, culminó en los artículos segundo y quinto de la Convención de 2000, al recoger las definiciones relativas al crimen organizado, con la intención de poder armonizar las políticas estatales y lograr un eficaz instrumento en la lucha contra el mismo. Se recogía la necesidad de la cooperación entre los países para hacer frente a la delincuencia organizada, definiendo lo que había de entenderse por grupo delictivo organizado y grupo estructurado, así como su vinculación a la comisión de delitos graves, el decomiso, el bien o el producto del delito entre otras cuestiones.

La Convención de la ONU establece los cuatro elementos característicos del grupo delictivo organizado[165]: agrupación de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo, que actúe concertadamente con la finalidad de cometer el delito con un propósito y que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Sin embargo, a la hora de imponer a los Estados la tipificación de la organización criminal, únicamente recoge que el acuerdo con una o más personas, con la finalidad de cometer un delito grave, debe ser articulado en el Código

[165] Artículo 2 de la Convención del Palermo:
*a) Por "grupo delictivo organizado" se entenderá 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 delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.*
*b) Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.*
*c) 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.*

Penal interno (artículo 5); de esta manera se otorga un margen de libertad a cada Estado para que puedan amoldar la incriminación de este fenómeno conforme a su Derecho interno.

La Convención requiere, además, a los Estados la tipificación del acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave que tenga como finalidad directa o indirecta obtener un benéfico económico o de orden material, y la conducta de cualquier persona que, a sabiendas, participe en las actividades ilícitas que beneficien al grupo. El mismo precepto dispone que el Derecho interno de cada ordenamiento comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados, independientemente de los delitos específicos cometidos. Esa gravedad de los delitos y la finalidad lucrativa, como se ha visto, resulta también determinante para EUROPOL a la hora de investigar la criminalidad organizada.

La misma Convención, con la intención de lograr una cooperación entre los Estados para poder combatir la delincuencia organizada, establece, asimismo, medidas relativas a la acumulación de los antecedentes penales sea cual sea el Estado en el que se cometieron los hechos (art. 22) o el intercambio de información aplicando definiciones, normas y metodologías comunes entre los Estados Parte (art. 28).

Tal y como se ha reflejado anteriormente, la preocupación internacional ante la delincuencia organizada no apareció espontáneamente en la historia de la criminalidad; esta clase de delincuencia ha evolucionado de forma paralela a la historia postindustrial[166]. En este sentido, la Convención del año 2000 supuso el reflejo del trabajo desempeñado durante largos años por los organismos internacionales respecto de encontrar las posibles soluciones a la criminalidad organizada.

Como se ha dicho, esta Convención establece una definición de grupo delictivo organizado y grupo estructurado, los cuales pueden entenderse como antecedentes de los conceptos de organización y grupo criminal, respectivamente, que ha utilizado nuestro legislador penal español[167] y que ha servido de base para la introducción en el Código Penal de los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal. Puede

[166] MORÁN BLANCO, S.: "La delincuencia organizada, un fenómeno transnacional en Iberoamerica", en MORÁN BLANCO, S./ ROPERO CARRASCO, J./ GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *Instrumentos internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 16.

[167] LUZÓN CÁNOVAS, M: "La tipificación penal de la organización y grupo criminal. Problemas concursales", en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº3. Julio 2011. Disponible en: https://elderecho.com/la-tipificacion-penal-de-la-organizacion-y-el-grupo-criminal-problemas-concursales.

comprobarse que el ordenamiento español ha tomado en consideración la regulación emanada de la ONU en la introducción de los artículos 570 bis y 570 ter en la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010. De todas maneras, al legislador le ha supuesto una década de esfuerzo adaptarlo a lo que desde la esfera internacional se pretendía combatir con la creación de un tipo autónomo de pertenencia a una organización o grupo criminal: tanto la agrupación estable y jerarquizada que tiene como finalidad la comisión de delitos, como el grupo de personas, que, sin ninguna estructura interna desarrollada, se juntan para llevar a cabo fines ilícitos.

No obstante, en el ordenamiento español no se recoge expresamente que estas agrupaciones deban tener como finalidad directa o indirecta un beneficio económico o de orden material, ni que los delitos fin de estas deban ser graves, tal y como se desprende de los artículos 570 bis y ter en relación con la pertenencia a una organización y a un grupo criminal, respectivamente, así como tampoco ha sucedido tradicionalmente con el delito de asociación ilícita del artículo 515. Tampoco en las agravantes específicas que recogen algunos delitos del Código Penal se menciona el requisito del beneficio, si bien en atención a los tipos penales en los que se prevé la agravación, dicho objetivo lucrativo aparecería mayoritariamente inherente a la organización o agrupación, directa o indirectamente, argumento que podría extrapolarse al caso de los artículos 570 bis y ter CP. Por ello, podría considerarse que tal vez no haya sido necesario recoger explícitamente esa finalidad, ya que resultaría razonable pensar que un grupo de personas se asocia para obtener, de manera directa o indirecta, un beneficio económico o de orden material por la comisión del delito fin, tal y como recomienda la ONU. Además, parece que el legislador español no hubiera querido restringir la definición de organización criminal y, por extensión, de grupo criminal con este elemento, tampoco por razón de la gravedad del delito, para englobar un mayor número de supuestos que los definidos desde instancias internacionales, incluidos los delitos leves[168]. Así sucede, como se verá en el ámbito europeo, con la DM 2008/841/JAI.

También hay que considerar que, si ya resulta de por sí compleja la convivencia de las distintas figuras, introducir esa característica del beneficio económico o de orden material, de manera directa o indirecta, dificultaría aún más su aplicación por parte de los Tribunales: ¿habría que delimitar qué agravantes llevan también implícita esa finalidad?,

[168] Aunque la penalidad que establece el artículo 570 bis CP respecto del delito de pertenencia a una organización criminal difiere según la gravedad del delito-fin, diferenciación que igualmente efectúa el artículo 570 ter respecto del grupo criminal.

¿Deberían, en caso de que los artículos 570 bis y ter así lo hiciesen, recoger también esa característica las agravantes? Lo cierto es que, si bien el legislador español parece haber adoptado un concepto más amplio de organización criminal que el que recoge la esfera internacional, el hecho de no haber introducido la necesidad de un objetivo económico o material podría traducirse, como se ha señalado *supra*, como una vía para no añadir todavía más dificultad a la ya de por sí complicada respuesta jurídico-penal a la criminalidad organizada en nuestra legislación penal. Pero, además, existiría, a nuestro juicio, una razón más para que el componente del beneficio no se haya incluido expresamente en la definición de organización criminal (ni de grupo criminal), puesto que precisamente esa finalidad lucrativa podría ser uno de los elementos que diferencian el delito autónomo de pertenencia a una organización criminal con el delito de terrorismo; delitos que el propio Código Penal conexiona con el artículo 570 bis CP al remitir al concepto de organización criminal para entender qué debe considerarse organización terrorista en el artículo 571 del Código Penal[169].

Por su parte, en lo referente a la gravedad de los delitos, mientras que en la esfera internacional estos suponen una pena superior a cuatro años, el Código Penal lo determina en un mínimo de cinco años. Si bien es verdad que la mayoría de delitos que recogen las agravantes específicas son superiores a esa cifra, se dan excepciones como en el caso del hurto, cuyo tipo básico se castiga con una pena de prisión de uno a tres años.

Ambos elementos, la finalidad lucrativa o material y la gravedad de los delitos fin, también han sido recogidos como elementos característicos de la criminalidad organizada desde el ámbito europeo, como a continuación se analiza.

---

169 Artículo 571 del Código Penal: "*A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente*." Se estudiará más adelante, a la hora de analizar la convivencia entre las figuras que tipifican la delincuencia grupal, que serán las finalidades que se recogen en el artículo 573 del Código Penal, relativas al terrorismo, las que delimitarán este último delito (no apreciándose en ninguna de ellas el beneficio económico que pretenden lograr las organizaciones criminales), toda vez que encaje en alguno de los siguientes objetivos:
"*1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.*
*2.ª Alterar gravemente la paz pública.*
*3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.*
*4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella*."

### 3.3. Ámbito de la Unión Europea

#### 3.3.1. Iniciativas previas: hacia la elaboración de una respuesta armonizada

El Tratado de Ámsterdam[170] fue el impulsor de la armonización del Derecho Penal de la UE, destacando la importancia de hacer efectiva la cooperación policial y judicial en materia penal, lo cual exigía necesariamente la armonización o aproximación de las leyes estatales penales.

Sin embargo, antes del mencionado Tratado, al igual que lo ocurrido en el ámbito de la ONU, la UE mostró especial interés sobre la criminalidad organizada y fueron varias las ocasiones en las que los Estados miembros se reunieron con el fin de tratar de alcanzar una solución frente a la delincuencia organizada. El proceso comenzó con el Convenio de Schengen de 1985, en el que se establecía un espacio económico sin fronteras nacionales; fronteras que empezaron a abrirse también para la criminalidad organizada, lo que causó una preocupación sobre el fenómeno al que había de hacer frente por el crecimiento que estaba viviendo.

El Tratado de la UE del año 1992 recogía en su Tercer Pilar la cooperación de los ámbitos de la Justicia y de los asuntos de Interior con la intención de combatir la criminalidad organizada. En aplicación del Tratado, se adoptó por el Consejo el 28 de abril de 1997 el "Plan de Acción para luchar contra la criminalidad organizada"[171], que tiene su origen en la reunión del Consejo Europeo celebrado en junio de 1996 en Dublín. En esta reunión se destacó la firme voluntad de luchar contra la delincuencia organizada y la relevancia de la necesidad de la Unión de adoptar un enfoque coherente y coordinado. Para ello se creó un Grupo de alto nivel que se encargaría del Plan y que exigió una cooperación judicial del mismo nivel que el policial, puesto que el aprovechamiento de la rapidez y el anonimato que ofrecen las formas modernas de comunicación constituían una rápida evolución de la delincuencia organizada que merecía una atención continua por parte de los legisladores y jueces[172].

---

[170] Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Ámsterdam por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos anexos, firmado en Ámsterdam el día 2 de octubre de 1997, *BOE* de 17 de diciembre de 1998, nº 301.

[171] Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptada por el Consejo el 28 de abril de 1997, *Diario Oficial de las Comunidades Europea* , de 15 de agosto de 1997, nº C 251/1.

[172] GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F: "Recientes iniciativas políticas, legales y académicas contra la criminalidad organizada", en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F./ VALCÁRCE LÓPEZ, M. (Coords.): *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada,* Universidad de Sevilla, 2001, pág. 24

El Tratado de Ámsterdam modificó el Tratado de la UE, a la vez que el Tercer Pilar sufrió una reestructuración con la clara intención de facilitar un espacio de libertad, seguridad y justicia, siendo necesario el desarrollo de la cooperación policial con la EUROPOL y la judicial con la creación del Ministerio Fiscal Europeo[173] y la Euroorden. Ello conllevó la creación del "Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia"[174], cuyo objetivo era garantizar la libre circulación de los ciudadanos y su seguridad. Se vislumbran dos espacios a conseguir: el espacio de seguridad en la que prevalece la lucha contra delitos como el terrorismo, la trata de seres humanos, los delitos contra los niños, el tráfico de drogas, el tráfico de armas, la corrupción y el fraude, así como un espacio de justicia en el que se refuerza la coordinación judicial con el fin de lograr un sentimiento común de justicia mediante la definición de normas mínimas, procedimientos y sanciones.

A finales de 1998 el Consejo de Europa adoptó la "Acción Común relativa a la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la UE" [175] sobre la base de los artículos 29 y 31 del Tratado de Ámsterdam. La referida Acción Común pretendía llegar al consenso sobre la tipificación del delito de participación en una organización criminal debido a su gran repercusión social. En este sentido, las

---

y ss. Destaca el autor la importancia de la reunión del Consejo Europeo en Tampere los días 12 y 16 de octubre de 1999 "donde se ha dado un paso transcendental para el nuevo espacio europeo de justicia". Asimismo, referencia la relevancia del estudio realizado de esta problemática por parte de la Asociación Internacional del Derecho Penal, concretamente el XVI Congreso Internacional, celebrado del 5 al 11 de noviembre de 1999 en Budapest, con "Los sistemas penales ante el desafío del crimen organizado", para lo que se consideraron los Coloquios Preparatorios organizados anteriormente en Nápoles, Alejandría, Guadalajara, y Utrecht en los años 1997 y 1998.

[173] Es de reseñar la reciente Ley Orgánica 9/2021, por la que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea en la que precisamente se recoge como competencia de los Fiscales europeos delegados, artículo 4, investigar y ejercer la acusación en el delito relativo a la participación en una organización criminal, cuya actividad principal sea la comisión de delitos contra la Hacienda de la Unión, defraudaciones de subvenciones y ayudas europeas o el blanqueo de capitales que perjudique los intereses financieros de la unión, en la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre del 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, en el *BOE*, de 2 de julio de 2021, nº 157. Esa fijación de las competencias supuso la modificación de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial en cuanto añadir los delitos atribuidos a la Fiscalía europea a la lista de delitos enjuiciados en la Sala de la Audiencia Nacional, artículo 65.1º, f).

[174] Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia - Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 23 de enero de 1999, n° C 019.*

[175] Acción común 98/733/JAI del Consejo, 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 las Comunidades Europeas , de 29 de diciembre de 1998, n° L 351.*

características esenciales sobre el concepto de organización criminal coinciden con la definición auspiciada en el marco de la ONU[176], a pesar de que este último no recoge finalidades ilícitas como móviles políticos fuera de la ley.[177]

El trabajo de lograr la armonización para combatir la delincuencia organizada siguió adelante con la puesta en marcha de la oficina EUROPOL, con la misión de mejorar en materia de criminalidad organizada y terrorismo la cooperación policial, así como la celebración del Convenio intergubernamental de cooperación relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE del 29 de mayo del 2000. Asimismo, resalta JIMÉNEZ CORTÉS que la creación de EUROJUST en el año 2002 supuso un salto cualitativo de los mecanismos de cooperación para luchar contra el crimen organizado, acudiendo a diferentes fórmulas e instrumentos jurídicos dependiendo del pilar donde se encuadraban las estructuras delictivas[178]. Posteriormente se adoptó la Decisión Marco 2004/579/JAI[179] del 26 de abril, por la que aprobó la Convención de la ONU del año 2000.

En el año 2004 la Comisión comunicó que debía reforzarse el dispositivo de lucha contra la delincuencia organizada de la UE, con la necesidad de elaborar una nueva Decisión Marco que sustituyera la Acción Común 98/733/JAI de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la UE. Como respuesta a la petición, se aprobó en el Consejo el

---

[176] La Acción común definía la organización delictiva en el primer artículo, entendiéndolo como "*la asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, que actuando de manera concertada tenga por finalidad cometer delitos cuya sanción es una pena de libertad o una medida de seguridad de al menos cuatro años*". Los delitos mencionados (recogidos en el artículo 2 del Convenio de EUROPOL) son el terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico ilícito de material nuclear o radioactivo, tráfico de inmigración clandestina, trata de seres humanos, tráfico de vehículos robados y el blanqueo de dinero relacionado con lo anterior, así como los delitos contra la vida, integridad física, libertad, propiedad, falsificación de monedas, tráfico ilícito de bienes culturales y especies animal.

[177] SANZ MULAS, N.: *El desafío de la criminalidad organizada,* Editorial Comares, Granada, 2006, pág. 47.

[178] JIMÉNEZ CORTÉS, C.: "La lucha de la UE contra el actual crimen organizado: un reto esencial… pero difícil" en, *Revista CIDOB d`Afers Internacionals, nº111*, diciembre 2015, p.43. La autora entiende que la Decisión Marco 2008/841/JAI incluye una definición en negativo de lo que debe entenderse como criminalidad organizada, posibilitando, al igual que la Convención de Palermo, la criminalización de la "asociación" y/o "conspiración", en contra de la propuesta de la Comisión que optada por el modelo continental para la armonización. Esa falta de definición, según la autora, dificulta construir una política europea para luchar contra esta clase de delincuencia; sin embargo, destaca diversos mecanismos diseñados por la UE que han podido resultar más útiles para combatir la delincuencia organizada como la creación de EUROPOL, EUROJUST y estrategias sectoriales consideraras a partir de programas de Tampere, La Haya y Estocolmo.

[179] Decisión 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, *Boletín Oficial de la Unión Europea*, de 6 de agosto de 2008, nº L 261/69.

Proyecto de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la delincuencia organizada el 25 de abril del 2006 que reclamaba a los Estados miembros la tipificación de la participación activa en las actividades ilícitas de una organización y que entendía la organización criminal de la siguiente manera: "*una asociación estructurada, de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúa de manera concentrada 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 más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*"[180]. Como puede apreciarse, el Proyecto de la Decisión Marco recoge el criterio del propósito de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o material al igual que la Convención de Palermo de 2000. Pero, por otro lado, el Proyecto no distingue formas de criminalidad organizada en función de su estructura, algo que ya la Convención de 2000 había hecho, por lo que deja fuera lo que la ONU calificaba de grupo estructurado.

Resulta necesario, por otra parte, mencionar la DM 2005/212/JAI relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito[181], que supuso la modificación del artículo 127 CP al recoger en su artículo tercero que los Estados deberán adoptar las medidas de decomiso parcial o total de los bienes pertenecientes a una persona que haya sido condenado por pertenecer a una organización delictiva. Este mecanismo, además de la pena privativa de libertad aplicable a las personas físicas que formen la agrupación y la pena accesoria que puede imponérsele a la organización, es imprescindible para dejar a la organización sin recursos necesarios para la comisión futura de los delitos a los que se dedica.

### 3.3.2. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada

Como respuesta a una mejora de los instrumentos europeos mencionados y con la intención de renovar la Acción Común 98/733/JAI de 21 de diciembre de 1998, se aprobó en el año 2008 la DM relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, la que ha

[180] http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/jha/89532.pdf, pág. 30 (última visita el 13 de julio del 2023).
[181] Decisión Marco 2007/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 15 de marzo de 2005, nº L68/49.

supuesto mayor influencia en nuestro ordenamiento penal, ya que por ella la legislación actual distingue la organización criminal del grupo criminal.

La decisión evoca el Programa de la Haya, en el cual se recogía la cooperación policial y judicial en materia penal que afecta a los ámbitos de la delincuencia transfronteriza, por lo que es necesaria una armonización de la definición de organización criminal.

El artículo 1 de la Decisión mantiene la definición de organización delictiva que recogía el Proyecto con las mismas características, ya mencionadas[182]. Por otro lado, tipifica la figura de la asociación estructurada, en consonancia con la Convención de Palermo, refiriéndose a la misma como la organización no formada fortuitamente, pero que no haya asignado a sus miembros funciones definidas, ni exija la continuidad de las funciones como miembro, ni exista una estructura desarrollada. Se vislumbra por tanto el interés en el ámbito europeo de tipificar las conductas delictivas llevadas a cabo entre más de dos personas que, a pesar de no formar una agrupación permanente, aprovechan las circunstancias que el grupo les confiere de cometer el delito y poder quedar impunes por el mismo, ya que en ocasiones cuentan con medios tecnológicos avanzados para ello.

Al igual que lo recogido en la Convención de Palermo, la DM 2008/841/JAI en su artículo 2 impulsa que los Estados miembros tipifiquen como delito ciertas conductas[183], que guardan gran similitud con aquella, puesto que en el ámbito europeo se sanciona la conducta de realizar actos ilícitos favoreciendo a la organización delictiva, sean estas llevadas a cabo por miembros pertenecientes o no a la agrupación[184].

---

[182] Se definía la organización delictiva en su artículo primero como "*la asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un periodo de tiempo y que de manera concertada tenga como fin cometer delitos sancionables con la pena de libertad mínima de cuatro años y con la intención de obtener beneficio económico u otro beneficio de orden materia*l".

[183] Artículo segundo de la Decisión Marco 2008/841/JAI que obliga a los estados a tipificar las siguientes conductas:

-*"la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización;*

*- la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el artículo 1, aún cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad*."

[184] Como se analizará en el Capítulo IV, 3.1, el delito de pertenencia a una organización criminal engloba una serie de conductas típicas según las cuales las penas variarán, diferenciándose por los niveles de responsabilidad.

El modo de proceder de la presente DM es similar al que presenta la Convención de la ONU: define lo que considera organización o asociación estructurada para después otorgar libertad a los Estados miembros para tipificar las conductas descritas de manera acorde con su Derecho interno. Tal y como recoge el punto cuarto de la Decisión, "*las obligaciones derivadas del artículo 2, letra a), deben entenderse sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros para tipificar como organizaciones delictivas a otros grupos de personas, como por ejemplo aquellos grupos cuya finalidad no sea la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material*". Hay que tener en cuenta que la normativa europea es una normativa de mínimos y que, por tanto, los estados miembros pueden optar por un concepto de organización criminal que no recoja como característica esencial esta finalidad, tal y como según se ha expuesto anteriormente, sucede con el artículo 570 bis, ausencia expresa de este elemento extrapolable al resto de previsiones normativas que dan respuesta al fenómeno del asociacionismo o agrupación delictiva que conviven con este delito en el Código Penal. Se vuelve a apuntar que la finalidad lucrativa es palpable en este tipo de organizaciones, máxime si se tiene en cuenta la jurisprudencia existente sobre la aplicación del artículo 570 bis CP, como más adelante se confirmará. Asimismo, si se consideran las agravantes específicas, se aprecia que las mismas agravan delitos cuyo objetivo es el rédito económico, aspecto que, como se ha expresado, no ocurre con el terrorismo. Es por ello, que a pesar que el punto cuarto de la Decisión Marco otorgue la libertad de tipificar la agrupación criminal que no tenga como finalidad la obtención del beneficio material o económico, y así lo ha regulado el legislador español, ese objetivo aparece implícito a su propia actividad delictiva.

A pesar de la importancia de la Convención de la ONU en nuestro ordenamiento interno, tuvo mayor influencia la DM 2008/841/JAI, tal y como puede comprobarse al definir y distinguir por primera vez en el año 2010 la organización criminal y grupo criminal en el Código Penal, que ha de entenderse como la adaptación directa de la organización delictiva y la asociación estructurada, respectivamente; sin olvidar que, a su vez, la Convención de Palermo fue una de las bases para la redacción de la DM y que en ambos textos normativos, al igual que lo especificado por la EUROPOL, se recoge el propósito de obtener directa o indirectamente un beneficio económico o material y la calificación de gravedad de los delitos fin. Con la diferencia, como se ha visto, de que la DM permite a los Estados optar por un concepto de organización criminal más amplio

que no se limita al propósito de buscar en la comisión de delitos un beneficio directo o indirecto o de orden material, vía que ha seguido el Código Penal español, a pesar de que entendemos que implícitamente estaría en la mayoría de las ocasiones presentes por las razones anteriores expuestas, es decir, naturaleza de los delitos fin en las sentencias condenatorias por pertenencia a organización criminal, características de los delitos que prevén una agravante específica por organización, así como la existencia de un concepto único de organización criminal también aplicable a las organizaciones terroristas. Por otro lado, la DM tampoco restringe la tipología de delito fin según su penalidad para que concurra organización criminal, algo que tampoco ocurre en el artículo 570 bis CP, donde la gravedad del delito fin define la pena imponible en cada caso.

En atención a ambos textos internacionales resulta palpable la necesidad de armonizar políticas estatales para combatir la delincuencia organizada, para lo que es necesario diferenciar entre la agrupación permanente, estructurada, y la que no cuenta con esos requisitos; ello hace posible combatir cualquier clase de agrupación que tenga finalidad delictiva. Con todo, la intención de contar con instrumentos globales que puedan hacer frente a la delincuencia global tiene como base la armonización de las políticas públicas; pero la armonización no supone idéntica regulación en todos los Estados, sino unos mínimos en la búsqueda de una respuesta común: la necesidad de combatir juntos la delincuencia organizada transfronteriza. Para ello resulta vital fijar la definición de lo que ha de considerase una organización criminal, cuestión que en el ordenamiento jurídico penal español se ha abordado con la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, a pesar de demostrar antes, al igual que en el ámbito internacional y europeo, la preocupación por combatir esta clase de delincuencia.

## 4. La introducción del delito de pertenencia a una organización criminal y otras agravantes específicas por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio

### 4.1. Consideraciones iniciales

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 señalaba como uno de los argumentos principales de la tipificación de los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal la incapacidad del delito de asociación ilícita para dar respuesta a la delincuencia común organizada. A juicio del legislador estas organizaciones no podrían considerarse asociaciones como tal, sino agrupaciones de naturaleza intrínsecamente delictiva, por lo que con el propósito de alterar lo menos posible la estructura del Código Penal se ubicaron en el Título XXII, “Delitos contra el orden Público”, Capítulo VI, “De las organizaciones

y grupos criminales". Con ello, la Exposición de Motivos habría identificado el bien jurídico afectado con la pertenencia a una organización criminal con el orden público, si bien esta caracterización del objeto de tutela no está exenta de controversia, en la medida en que coexisten otros planteamientos en torno al bien jurídico tutelado en el artículo 570 bis CP cuyo pormenorizado análisis ser abordará en el Capítulo III.

Pero al margen, en este momento, de esta cuestión, recoge a su vez la Exposición de Motivos la necesidad de tipificar los grupos criminales al no poder responder la asociación ilícita a las agrupaciones que no tienen una estructura con vocación de permanencia, *"(…) quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales".* En consecuencia, el hecho de que todas las agrupaciones criminales no cuenten con esa vocación de permanencia conllevaría que no toda clase de asociacionismo delictivo podría subsumirse en el concepto de asociación ilícita.

La perspectiva criminológica que brevemente se ha presentado al comienzo del presente Capítulo, habría puesto de manifiesto que la criminalidad organizada supone una preocupante realidad social. Sin embargo, se ha apuntado que previo a la aprobación de la LO 5/2010 el legislador contaba ya con mecanismos para enfrentar esta clase de delincuencia, también en la legislación penal existente en otros momentos históricos desde el Código Penal de 1822. En ese aspecto, el delito de asociación ilícita y distintas agravantes específicas que se han ido introduciendo antes y después de la LO 5/2010 coexisten a partir del año 2010 con el delito de pertenencia a una organización criminal.

En este apartado del trabajo se analizarán los antecedentes prelegislativos del delito de pertenencia a una organización criminal que culminaron en la introducción del art. 570 bis CP con la LO 5/2010, al objeto de conocer su origen y evolución prelegislativa. En este sentido, la tipificación del delito de pertenencia a una organización criminal, así como la pertenencia a un grupo criminal, ha sido objeto de tratamiento en los diferentes anteproyectos y proyectos previos a la aprobación de la LO 5/2010. En este apartado se analizarán estos textos: los anteproyectos de 2006 y 2008 y los proyectos de 2007 y 2009 en relación tanto con el tipo autónomo de pertenencia a una organización y grupo criminal (los futuros artículos 570 bis y ter CP), así como las agravantes específicas que se han introducido. La finalmente aprobada LO 5/2010 apenas sufrió modificaciones respecto del Proyecto de 2009, es por ello que, al analizar el referido proyecto, simplemente se apuntarán los pequeños cambios introducidos en el año 2010.

### 4.2. Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 2006

Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2006[185], las modificaciones llevadas a cabo en el Código Penal español tienen su causa, como se adelantó en su momento, en los compromisos y obligaciones internacionales contraídos en justicia penal, tanto en materia procesal como en la judicial y policial. Como se ha visto, el Tratado de Ámsterdam fortaleció la importancia de hacer efectiva una cooperación en materia penal, lo que exigía una armonización de las leyes estatales, razón por la que numerosos instrumentos internacionales obligaban a una aproximación de las formulaciones de los delitos y responsabilidades en los derechos internos.

A pesar de que en el Código Penal de 1995 ya se contaba con delitos que contemplaban la agravante de haberse cometido bajo el seno de una organización y con el tradicional delito de asociación ilícita que castigaba (y castiga), entre otras finalidades, la comisión de delitos, es en el año 2006 cuando el legislador, con la intención de cumplir las obligaciones internacionales, tipifica como tal la conducta de pertenecer a una organización (artículo 385 bis del Anteproyecto), a la vez que recoge la agravante de pertenecer a una organización criminal en delitos que hasta ese momento no preveían esta cualificación[186].

#### 4.2.1. Artículo 385 bis

El Anteproyecto tipificaba en el artículo 385 bis el delito de pertenencia a una organización que tuviera como finalidad la comisión de delitos[187], con la particularidad

---

[185] Anteproyecto del Código Penal de 2006, disponible en: http://www.juecesdemocracia.es/legislacion/ANTEPROYECTO%20REFORMA%20C%C3%93DIGO%20PENAL%202006.pdf

[186] El Anteproyecto del 2006 recoge la importancia de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la delincuencia organizada aprobada en el Consejo del JAI de 25 de abril de 2006, por la que se penalizaba la pertenencia o colaboración con grupos y asociaciones delictivas. Se pretendía facilitar la respuesta policial y judicial ante la delincuencia organizada que, sin estar tipificada como tal, muchas veces se encuadraba mediante el delito de conspiración.

[187] El referido artículo del Anteproyecto recoge lo siguiente:

*"TITULO XVII bis "de las organizaciones y grupos criminales":*

*1. Los que formaren parte de organizaciones o grupos que tengan por objeto cometer delitos, serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años. Se impondrá la pena en su mitad superior si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual o el patrimonio.*

*2. A los jefes o dirigentes de las organizaciones o grupos mencionados en el apartado anterior se les impondrá la pena superior en grado.*

*3. La colaboración en las actividades de dichas organizaciones o grupos se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años.*

de que no incluía una definición de lo que debía entenderse como organización criminal. Además, incriminaba indistintamente la pertenencia a una organización o grupo criminal, en los mismos supuestos y con la misma penalidad. Así, respecto de las penalidades, castigaba con la pena de prisión de dos a seis años a los que formaran parte de las organizaciones o grupos que tuvieran dicha intención, imponiéndose en la mitad superior cuando los delitos fueran contra la vida o integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual o el patrimonio. A su vez, a los jefes y dirigentes también se les aplicaba una pena mayor, superior en grado. En este punto diferenciaba a los pertenecientes a la organización o grupo, a los dirigentes y a los que colaboren en las actividades llevadas a cabo por dichas organizaciones o grupos. En este último caso, la pena de prisión oscilaba entre los dos y cuatro años. Como puede observase, toda esta regulación mostraba el interés del prelegislador español de querer castigar toda conducta que tuviera relación con una agrupación criminal, es decir, se castigaba cualquier forma de participación en las actividades ilícitas cometidas en el seno de la organización o grupo, sin discriminar la clase de agrupación, la tipología delictiva del delito fin, o la finalidad perseguida por aquella.

Puede entenderse que el prelegislador quiso recoger lo previsto en el artículo 5 de la Convención de Palermo de 2000, en el que se instaba a los estados a tipificar el acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave, sin especificar su penalidad, y/o la conducta de la persona que sabiendo los intereses de la organización criminal participara en las actividades ilícitas del mismo. No obstante, el Anteproyecto no introdujo, paralelamente a esta incriminación, las características que la organización y grupo debían de presentar, según los dispuesto en el artículo 2 de la Convención, entre las que, se recordará, se recogía la finalidad de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material. En este contexto, PORTILLA CONTRERAS afirma que a pesar de lo recogido en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el contenido del artículo 385 bis se alejaba, por lo demás, de la normativa

*4. Lo dispuesto en los números anteriores será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.*
*5. Los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado."*

europea, en concreto, de la Acción Común 98/733/JAI y la Propuesta de la Decisión Marco 2005/0003, de 19 de enero, al no exigir el elemento de la obtención de un beneficio económico y no considerar el criterio de que los delitos objeto de la organización tengan una penalidad igual o superior a cuatro años[188].

BRANDARIZ GARCÍA también concluye que el Anteproyecto era más severo que la normativa supranacional, ya que mientras los textos internacionales suelen requerir de las conductas de conspiración para la realización de los actos cometidos en el marco de una organización, la legislación española seguía el modelo de criminalización de la pertenencia a una asociación ilícita como directivo, fundador, presidente, miembro activo, colaborador o como mero acto preparatorio de estas conductas, tal y como recoge el artículo 515.1º CP, en el que también se distinguían, y se siguen distinguiendo, las modalidades en atribución a la posición del sujeto en la asociación[189]. A pesar de la finalidad exigida en el ámbito internacional, a juicio del autor el riesgo de la ilimitada expansividad de los grupos y asociaciones que ponía de manifiesto el artículo 385 bis se agravaba por la falta de una definición concreta de organización[190].

No obstante, en la práctica, RIVERO ORTÍZ mantiene que en la mayoría de los casos es posible identificar en la criminalidad organizada, directa o indirectamente, una finalidad dirigida a la obtención de ganancias económicas mediante actividades delictivas[191], como igualmente se mantiene en esta tesis. Aprovechando su peculiaridad, estas agrupaciones utilizan circuitos por los que transitan sus beneficios, sirviéndose de los más sofisticados mecanismos como asesoramiento legal y financiero, lo que llega a invadir la actual economía globalizada limitando su eficacia y competitividad[192]. Al contrario de lo que ocurre, como se ha venido señalando, con el delito de terrorismo, cuyas finalidades se encuentran definidas en el artículo 573 CP y de entre las cuales no participa, en principio, la búsqueda de esa finalidad lucrativa, a pesar de que,

---

[188] PORTILLA CONTRERAS, G.: "Reformas y procesos de armonización de las leyes penales y procesales europeas en materia de criminalidad organizada", en BENITEZ ORTUZAR, I.F. (Coord.): *Reforma del Código Penal. Respuesta para una sociedad del siglo XXI,* Dykinson S.L, Madrid, 2008, pág.220.

[189] BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: "Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1º CP y la nueva reforma penal", en ÁLVAREZ GARCÍA, F. (Dir.): *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág.744.

[190] *Ibidem*, pág.746.

[191] RIVERO ORTÍZ, R.: "Las Asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 ¿es la reforma añorada", en *La Ley 2011*, nº78, pág.44. Manifiesta el autor que el producto económico de la delincuencia organizada supone un 20% total del comercio mundial.

[192] LUZÓN CÁNOVAS, A.: "La responsabilidad de las personas jurídicas y la criminalidad organizada", en AA.VV.: *Cuadernos Penales José María Lidón. Reforma Penal: Personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa*, nº 8, Universidad de Deusto, 2011, pág.45.

efectivamente, también pueden desarrollar actividades en las que la búsqueda de beneficio, generalmente para financiar las actividades terroristas, pueda estar presente.

En este sentido, ha de recalcarse que la Fiscalía desde el año 2006 apuntaba que

> "*la delincuencia organizada transnacional es el principal reto al que se enfrenta el Ministerio Fiscal. Ha invadido la actual economía globalizada, a la que limita su eficacia y competitividad; corroe las instituciones del Estado democrático, que pone a su servicio en detrimento de los ciudadanos; y pervierte las instituciones financieras al utilizar sus circuitos para disfrutar de sus inmensos beneficios. El Ministerio Fiscal tiene que combatirla con absoluta decisión y empleando todos sus medios*"[193].

La introducción del artículo 385 bis en el Anteproyecto demuestra un claro interés por parte del prelegislador de combatir la criminalidad organizada, pero la vía seguida para ello no dejaba de ser, cuanto menos, cuestionable: la introducción de la agravante de pertenecer a una organización criminal en determinados delitos y la tipificación específica del artículo 385 bis planteaba un problema concursal, puesto que la solución recogida en el nuevo artículo únicamente mencionaba que el delito de pertenencia a organización o grupo criminal sería de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo de otro precepto del Código Penal, y que las penas se aplicarían sin perjuicio de las que correspondieran por los delitos cometidos. Ya en este primer texto prelegislativo se advierte la introducción de determinados elementos que se plasmarán en las siguientes iniciativas y que actualmente recoge el artículo 570 quater CP.

En cualquier caso, resulta singular que esta propuesta de regulación no ofreciera una definición expresa de organización y grupo criminal, y que se limitase a recoger la misma penalidad para ambas, haciendo caso omiso a la distinción que en la esfera internacional se tipificaba entre estas dos clases de agrupaciones.

A la reforma se le sumaba, además, la dificultad de "ordenar" y de algún modo interpretar la respuesta penal del fenómeno de la delincuencia organizada, puesto que no se modificaba la descripción de las conductas de participación y dirección de asociación ilícita para delinquir recogidas en los artículos 515.1 y 517 CP. A juicio de ROPERO CARRASCO, resultaría inaceptable la existencia en un mismo ordenamiento de los delitos de asociación ilícita y pertenencia a una organización criminal[194], por lo que ya

[193] Instrucción 4/2006, del 12 de julio, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada, pág. 1. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-I-2006-00004.pdf

[194] ROPERO CARRASCO, J.: "La necesaria armonización legislativa en el tratamiento de la delincuencia organizada" en MORÁN BLANCO, S./ ROPERO CARRASCO, J./ GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *Instrumentos internacionales en la lucha… op.cit.,* pág. 87.

desde un primer momento consideraba necesaria la eliminación del primero de ellos, al entender que carece de límite en su uso y no corresponde a las directrices internacionales consensuadas[195]. No compartía, sin embargo, la misma opinión CANCIO MELIÁ, al entender que la amplitud de la formulación típica de los delitos de asociación ilícita estaba en condiciones de absorber cualquier concepto de criminalidad organizada, por muy amplio que este fuera[196].

Respecto del quinto apartado del artículo 385 bis, se le daba al juez la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados cuando el culpable de pertenecer a una organización o grupo criminal hubiera abandonado voluntariamente la agrupación y hubiera colaborado con las autoridades para identificar a los pertenecientes o para evitar la comisión de las actividades ilícitas de la organización. Tal y como reflejó en su Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, este apartado es el único que para el CGPJ tendría razón de ser, puesto que las demás características de la organización o grupo criminal serían ya palpables en el delito de asociación ilícita[197]. En consecuencia, tipificar la conducta de pertenencia a una organización o grupo criminal en un título separado y distante de la asociación ilícita ya resultaba poco adecuado en opinión de este órgano, al entender que cualquier organización criminal constituía una manifestación patológica del derecho de asociación recogido en el artículo 22 CE. Además, consideraba equiparable la definición y, por tanto, características definitorias de la organización criminal con lo que doctrinal y jurisprudencialmente se había desarrollado sobre la asociación ilícita, si bien el CGPJ parecía olvidar que el artículo 385 bis acogía, igualmente, al grupo criminal, que se diferenciaba del concepto tradicional de asociación ilícita desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente. La única diferencia que el CGPJ apreciaba en el Informe de 2006 entre la asociación ilícita y la organización o grupo criminal es que estos últimos constituirían asociaciones ilícitas *ab initio,* es decir, habrían nacido con vocación criminal

[195] De la misma opinión es BRANDARIZ, en *"*Asociaciones y organizaciones… *op. cit.*, pág. 753, al entender que es necesaria la supresión del artículo 515 del Código Penal, así como considerar únicamente como organización la agrupación que lleve a cabo la comisión de delitos graves, que tenga como finalidad la comisión de infracciones penales y no que sea una organización lícita que ocasionalmente cometa tales infracciones, que se sancione solamente la participación activa y que la penalidad fuera inferior a la propuesta en el artículo 385bis, recomendando las penas expuestas en el 517 del Código Penal (2-4 años de prisión para los dirigentes y 1-3 años los miembros activos).

[196] CANCIO MELIÁ, M.: "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado" en CANCIO MELIA.M/ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Delitos de organización,* Editorial Montevideo, Buenos Aires, 2008, pág. 20.

[197] Consejo General del Poder Judicial. Informe sobre el Anteproyecto para la modificación del Código Penal, 18 de octubre de 2006.

y desde el principio la intención de formar una organización se focalizaba en la realización de una actividad ilícita, sin que, a su juicio, se predicara esta ilicitud en origen en el caso de la asociación ilícita.

Por todo ello, el CGPJ recomendó en su informe que las figuras penales del artículo 385 bis se vertieran al Título XXI, "Delitos contra la constitución", en su Capítulo IV, Sección 1ª, "Delitos cometidos en ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución", en el artículo 515, incorporando a este precepto la figura del colaborador y el arrepentimiento, por ser de utilidad indudable[198]. Parece que el CGPJ únicamente diferenciaba la organización criminal de la asociación ilícita por su manera de constitución, sin indagar demasiado en el bien jurídico protegido que, en ambos casos, en el delito de pertenencia a una organización criminal y en el delito de asociación ilícita, podría entenderse como el mismo[199], a pesar de que posteriormente, como se verá, el mismo CGPJ cambiará de opinión.

### 4.2.2. Agravantes específicas

Además de tipificar por primera vez la pertenencia a una organización criminal en el artículo 385 bis, el Anteproyecto del 2006 también agravó ciertos delitos por cometerse mediante una organización[200]. Al igual que el tipo autónomo de pertenencia a una organización criminal, la agravante de pertenencia a una agrupación delictiva en estos casos tuvo su origen en los compromisos internacionales adquiridos. En ese sentido, la Exposición de Motivos mantiene que las razones que explican la reforma, calificada al mismo tiempo como ambiciosa y prudente, tiene su causa central, fundamentalmente, en los compromisos y obligaciones que la integración europea supone para la justicia penal en toda su dimensión penal, procesal, judicial y policial.

Por ejemplo, mediante 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

[198] *Ibidem*, pág. 176.
[199] *Ibidem*, pág. 177.
[200] Como se ha visto en el Capítulo I, en los códigos penales anteriores al de 1995 se agravaba la conducta por llevarse a cabo mediante una agrupación de personas en los casos de tráfico de drogas, blanqueo de capitales y robo. Si bien los dos primeros perduraron y pasaron al Código Penal de 1995, la agravante en el delito de robo no se recogió en el año 95. Posteriormente, previo al Anteproyecto del año 2006, tal y como se ha analizado, se han ido introduciendo más agravantes específicas que actualmente siguen en vigor junto con las que se estudian en este momento y se recogen, a modo esquemático, en el Anexo final de esta tesis.

pornografía infantil[201] se modificó, una vez se aprobó la Ley Orgánica 5/2010, el delito relativo al abuso a menores de trece años del artículo 181 CP, que añadió un apartado quinto que recogía que los abusos sexuales ejecutados sobre menores de trece años y cometidos en el marco de una organización delictiva serían castigados con la pena de prisión de tres a cinco años, frente a la pena del tipo básico de uno a tres años de prisión[202]. De igual manera, el artículo 188, relativo a la prostitución, subía de grado la pena cuando el culpable del delito formara parte de una organización criminal[203].

El Anteproyecto modificó a su vez el artículo relativo al descubrimiento y revelación de secretos, tipificado en el 197[204], al añadirle un apartado octavo que especificaba que, si los hechos se cometían en el seno de una organización criminal, se aplicaría, de nuevo, la pena superior en grado. Otro de los tipos que imponía la pena superior en grado es el relativo a los daños de programas informáticos cuando la conducta se hubiese cometido en el seno de una organización, conforme al artículo 264.3.1ª del Anteproyecto. Finalmente, el Anteproyecto también incluía una agravación en el entonces novedoso artículo 399 bis, sobre falsificación de las tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, imponiendo la pena en la mitad superior sobre el marco de cuatro a ocho años de prisión.

El crecimiento del número de delitos que recogían la comisión del hecho en el marco de una organización criminal[205] es una muestra del renovado interés del prelegislador en

[201] 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, *Diario de la Unión Europea*, de 20 de enero de 2004, nº 13.

[202] Recientemente ha desaparecido el abuso sexual del Código Penal. Cualquier acto de índole sexual sin consentimiento es, actualmente, tipificado como agresión sexual, incluido el artículo 181 CP. Ello, en base a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, *BOE*, de 7 de septiembre de 2022, nº 215. La ubicación de este delito ha variado con las distintas reformas, pasando a tipificarse en el artículo 183 para volver, posteriormente, al artículo 181. Actualmente se regula en el art. 181.5.h. Asimismo, la edad mínima de consentimiento ha ascendido de los trece a los dieciséis años.

[203] Se modifican los apartados 3 y 4 y se añade el apartado 5 al artículo 188, que tendrán la siguiente redacción:
"*Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*".

[204] Debido, en ese caso, a la influencia de la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, *Diario de la Unión Europea*, de 16 de marzo de 2005, nº 69.

[205] Considerando los nuevos tipos que se recogen en el Anteproyecto del 2006 son los siguientes los delitos que se agravan por cometerlos en el seno de una organización: manipulación genética (art. 162), prostitución y pornografía infantil (arts. 187 y 189), abuso de menores (art. 181), prostitución (art. 188), revelación de secretos (art. 197), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), daños informáticos (art. 264), delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial (arts. 271 y 276), blanqueo de capitales (art. 302), trata de humanos (art. 318 bis), tráfico de drogas (art. 369 bis, narcotráfico y art. 371, tráfico de percusores), falsificación de monedas (art. 386) y falsificación en documento de pago no dinerario (art. 399 bis).

relación con la criminalidad organizada en consonancia con las instancias supraestatales; sin embargo, en ninguno de los tipos que incorporaban la agravante de pertenecer a una organización criminal, ni tampoco en el artículo 385 bis, se llegaba a definir lo que había de entenderse como tal, por lo que la aplicación de los mismos resultaba problemática.

Al prelegislador no le pasó inadvertida esta carencia, como se puede comprobar con la modificación del artículo relativo al tráfico de drogas, al haber recogido en un nuevo artículo 369 bis lo que había de entenderse por organización[206]. En este sentido, por primera vez se definía en el Código Penal el concepto de organización criminal, entendida como una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo y que actúa de manera concentrada con la finalidad cometer delitos. Puede observarse que las características encajaban con la figura del grupo delictivo organizado que ya en el año 2000 se recogía en la Convención de Palermo del año 2000, con la salvedad, ya conocida, de no recogerse específicamente la finalidad directa o indirecta de obtención de un beneficio económico o de orden material, aunque en el delito de tráfico de drogas ese objetivo resulta claramente implícito.

Sin embargo, no parece comprenderse por qué esta definición se contenía en el artículo 369 bis en relación con el delito de tráfico de drogas, y no en el delito autónomo del artículo 385 bis. En cualquier caso, su ubicación en el artículo 369 bis resultaba acertada según el Informe del Consejo Fiscal del Anteproyecto del año 2006 del Código Penal[207], debido a la dificultad que generaba una definición comprensiva del amplio y dinámico fenómeno conocido como delincuencia organizada. Todo ello conducía a que el artículo 385 bis no estableciera una definición expresa, teniendo en cuenta que castigaba la pertenencia no solo a una organización criminal, sino también a un grupo criminal. Por

[206] Artículo 369 bis del Código Penal:
"*Cuando los hechos descritos en el art. 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a catorce 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 cinco a diez años y la misma multa en los demás casos.*
*A estos efectos, se entenderá por organización delictiva una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer los delitos a que se refiere el párrafo anterior*.
*A los jefes, encargados o administradores de la organización se le impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.*
*A la organización se le impondrá como persona jurídica penalmente responsable, una pena de multa igual que la de las personas físicas, la de disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimientos, así como el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos, directa o indirectamente, del mismo*".

[207] Consejo Fiscal. Informe sobre el Anteproyecto de 2006 de modificación del Código Penal, de 21 de noviembre de 2006.

ello, esta carencia debía suplirse, a juicio del Consejo Fiscal, con interpretación jurisprudencial hasta que la ley otorgase una definición de organización criminal aplicable a todos los tipos penales.

De todas maneras, a pesar de la conformidad del informe de la Fiscalía de restringir el concepto de organización criminal al artículo 369 bis, parece bastante cuestionable su introducción en el delito de tráfico de drogas. *A priori*, únicamente se entendía como tal la organización formada para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, puesto que el artículo 369 bis transcribe que "*a estos efectos, se entenderá como organización delictiva…*"; no parece por ello conveniente introducir la definición de organización criminal en este delito, cuando el Anteproyecto ya disponía de un nuevo artículo, el 385 bis, que regulaba específicamente la pertenencia a una organización o grupo criminal, por lo que la definición de organización debería de recogerse en ese artículo, junto con, lógicamente, la de grupo criminal.

En caso de que el legislador hubiera optado por ubicar la definición de organización criminal -y grupo criminal- en el artículo 385 bis, no habría duda de que la misma habría sido extrapolable a todos los tipos que contuvieran la agravante por organización[208]; sin embargo la ubicación por la que se optaba únicamente favorecía la aplicación del delito de tráfico de drogas, por lo que no se respondió a lo que desde la esfera internacional se había solicitado para combatir la criminalidad organizada, ya que no estaba claro qué debía entenderse como tal, ni qué la diferenciaba de otras manifestaciones de agrupación delictiva.

### 4.3. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 2007

#### 4.3.1. Artículo 385 bis

Las modificaciones del Proyecto de 2007[209] en relación al Anteproyecto de 2006 fueron mínimas, pero de calado. Una de ellas fue el añadido que se hizo al artículo 385 bis al recoger también en el listado de los delitos fin que conllevaban que el delito de pertenencia a una organización o grupo se castigara con la pena en la mitad superior (vida

[208] Si bien esto plantea otra cuestión problemática, dado que no todas las agravantes contienen la misma redacción o se refieren unívocamente a una organización criminal; cuestión que actualmente se reproduce conforme a la regulación penal vigente. Esta cuestión se tratará en el Capítulo V, 4.3.

[209] Proyecto, de 2007 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín Oficial de las Cortes Generales,* de 15 de enero de 2007, nº 199.

o integridad de las personas, la libertad, la libertad o la indemnidad sexual, el patrimonio) los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

Por lo demás, el Proyecto de 2007 no tuvo en cuenta la recomendación del CGPJ al Anteproyecto de 2006 acerca de la sistemática del nuevo artículo 385 bis, ya que el mismo se mantenía ubicado en un Título distinto del delito de asociación ilícita, que continúa la línea de encontrar una posible diferenciación de ambos delitos en el bien jurídico protegido.

#### 4.3.2. Agravantes específicas

En el caso de las agravantes específicas por organización, el Proyecto de 2007 no modificó nada respecto del Anteproyecto de 2006, de manera que no se altera el listado de tipos penales en los que se incluía la agravante por organización. En consecuencia, es de destacar que la definición de organización criminal seguía recogiéndose en el artículo 369 bis, lo que merece la misma valoración crítica efectuada anteriormente en relación con el Anteproyecto.

### 4.4. Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 2008

#### 4.4.1. Artículo 385 bis

En el Anteproyecto del 2008 [210] la tipificación del delito de pertenencia a una agrupación transitoria se ubicaba en el mismo artículo que en el Anteproyecto del 2006 y el Proyecto del 2007, es decir, el artículo 385 bis[211], pero presentaba modificaciones muy sustanciales. De entrada, la nueva redacción del artículo 385 bis se integraba de nuevo, como único artículo, en un Título autónomo, el Título XVII bis, "De las agrupaciones

[210] AA.VV.: *Cuadernos Penales José María Lidón. El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos Aspectos*, nº 6, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, págs. 379 y ss.

[211] Artículo 385 bis:

"*1. Los que se agruparen de forma transitoria con el objeto de cometer delitos, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años. Se impondrá la pena en su mitad superior si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, el patrimonio o la Hacienda Pública y la seguridad Social.*

*2. Lo dispuesto en el número anterior será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código.*

*En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.*

*3. Los jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las agrupaciones a las que haya pertenecido.*"

criminales". Por otro lado, seguía manteniéndose la agravación de este delito cuando el delito fin fueran alguno de los señalados, en concreto, delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o la indemnidad sexual, el patrimonio o la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en los mismos términos que disponía el Proyecto del 2007. Tampoco sufría modificación la rebaja de la pena por abandonar voluntariamente las actividades delictivas y por la colaboración con la autoridad. Pero desaparecía la distinción penológica por la posición del sujeto en la agrupación, castigándose todo supuesto unitariamente bajo la amplísima conducta de agruparse de forma transitoria con el objeto de cometer delitos con una pena de prisión de uno a tres años.

En esto último reside la gran novedad que consagraba el Anteproyecto de 2008, y que suponía un cambio de planteamiento en la tipificación, puesto que incriminaba exclusivamente la pertenencia a una agrupación de carácter transitorio. La introducción en el ámbito del artículo 385 bis de una agrupación transitoria reflejaba, al menos en parte, la respuesta del prelegislador a las críticas de la doctrina y del CGPJ al Anteproyecto de 2006 sobre la falta de definición de organización criminal. Para evitar el problema de aplicación del artículo 385 bis en el Anteproyecto de 2008 respecto de otras figuras delictivas, solamente se castigaba la pertenencia a una agrupación de carácter transitorio, probablemente para justificar la convivencia con el delito de asociación ilícita, pero esto no solucionaba el problema de la necesidad de establecer igualmente una definición tanto de agrupación transitoria como de organización criminal. Mientras determinados tipos penales recogieran la agravante por organización, resultaba imprescindible determinar lo qué habría de entenderse como tal, algo que, según se verá, seguía contemplándose exclusivamente en el delito de tráfico de drogas. Además, esta regulación seguía alejada de los compromisos internacionales, al no distinguir entre agrupaciones que tengan o no carácter transitorio.

Al igual que el Anteproyecto del 2006, el CGPJ emitió también un Informe acerca del Anteproyecto de 2008 que fue aprobado por la comisión el 20 de noviembre de 2008[212]. En este sentido, la ubicación del artículo 385 bis en un título independiente creado exclusivamente a los efectos de integrar este delito fue objeto de crítica, puesto que se situaba entre los delitos contra la seguridad de tráfico y los de falsificación de moneda y

[212] Consejo General del Poder Judicial. Informe sobre el Anteproyecto de 2008 para la modificación del Código Penal, de 26 de febrero de 2009.

efectos timbrados, sin que tuviera relación alguna con ellos[213]. Pero en esta ocasión entendía el CGPJ que no podría ubicarse el renovado artículo 385 bis junto al delito de la asociación ilícita, ya que la "agrupación transitoria para delinquir" no podía considerarse como atentado al derecho de libre asociación que regula el artículo 22 CE. Al igual que un sector de la doctrina, el CGPJ interpretaba que el artículo 515 CP era contrario al derecho de asociación, sin embargo, la agrupación transitoria, como el mismo nombre indica, no podría atentar contra el derecho de asociación ya que se trataría de un grupo de personas que esporádicamente se asocian para cometer delitos. En consecuencia, al no proteger el mismo bien jurídico no tendría sentido que ocupasen la misma ubicación en el Código Penal[214].

Ahora bien, a juicio del Informe, la regulación del artículo 385 bis no dejaba claro cuál era el bien jurídico que se trataba de proteger. Optaba por no definirlo, aunque intuía que probablemente tuviera relación con la seguridad colectiva. En cualquier caso, la indefinición del objeto de tutela acarreaba graves problemas formales, pero sobre todo materiales en relación con el principio de lesividad material. En este sentido se expresaba el CGPJ, al indicar que en el Código Penal de 1973 se tipificaba la agrupación de carácter transitoria en el artículo 513 para dar respuesta a situaciones de robos cometidos en grupo, si bien en estos casos el bien jurídico protegido quedaba claramente delimitada, puesto que era la propiedad. Lo ideal para el CGPJ hubiera sido introducir en cada delito la agravante específica de cometerlo mediante agrupación transitoria, afectando al bien jurídico del delito fin, vía que no era la seguida por el Anteproyecto de 2008. En realidad, según el CGPJ el artículo 385 bis habría introducido, dada la generalidad de aplicación a cualquier tipología delictiva, un delito de peligro abstracto indeterminado, incompatible con el principio de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y con el principio de legalidad.

Por otro lado, el CGPJ tampoco compartía la previsión de castigar a todos los miembros de la agrupación por igual, ni que el artículo 385 bis no hiciera distinción entre organizaciones con carácter transitorio y estable. A su juicio, ello supondría el riesgo de un incremento de grupos estables que no podrían encajar en la tipificación del artículo 385 bis por estar agrupados de una manera permanente, con las consecuencias que ello conlleva, como es el mayor peligro para la sociedad por los delitos cometidos y por los

[213] Respecto de los Títulos, el artículo 385 bis "de las agrupaciones criminales" se situaba después de los delitos contra la seguridad colectiva (Título XVII) y antes de las falsedades (Título XVIII).
[214] Consejo General del Poder Judicial. Informe sobre el Anteproyecto de 2008…, *op.cit.*, pág. 136.

medios que cuentan para lograr la impunidad de los sujetos que forman parte de la agrupación[215]. Por otro lado, la convivencia entre el nuevo tipo y otras figuras afines ya existentes en el Código Penal también fue sugerida por el CGPJ. En su opinión debería haberse considerado la agravante para las agrupaciones transitorias que tuvieran como objeto cometer delitos terroristas[216]. Estas sugerencias y críticas emitidas por el Consejo parece que fueron tomadas por el Proyecto del 2009 para la reforma del Código Penal, como se verá más adelante.

La Fiscalía, por su parte, celebró la tipificación expresa de las agrupaciones temporales, con independencia de la naturaleza de los delitos pretendidos, al entender que facilitaría la persecución de comportamientos cada vez más frecuentes que inciden en la seguridad ciudadana. Apuntaba, sin embargo, que resultaba incompleta la mención a los delitos contra el patrimonio en el inciso segundo del primer apartado, entendiendo que debían mencionarse como delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Respecto de la ubicación en el Código Penal, el Informe de la Fiscalía entendía que el agruparse de manera transitoria para cometer delitos debía tipificarse, al contrario que el CGPJ, en el artículo 515 relativo a las asociaciones ilícitas, por estimar que el bien jurídico sería el mismo y la dinámica delictiva resultaba similar a pesar del carácter transitorio del nuevo tipo de la agrupación. Todo ello sin dejar de señalar la necesidad de que se hubiera previsto una definición de la agrupación para delinquir, así como de haber incorporado en ella elementos tales como la finalidad perseguida, la existencia de diferentes responsabilidades, el número mínimo de integrantes, su concreta estructura, los medios o instrumentos que se utilicen o se dispongan, la aplicación del principio universalidad o la solución a los problemas concursales que pudieran surgir[217].

Respecto de esta última cuestión, la versión del artículo 385 bis que ofrecía el Anteproyecto de 2008 sí contenía una cláusula concursal, puesto que en su tercer apartado indicaba que lo dispuesto en él "será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código". A la indeterminación de lo que debía entenderse por agrupación transitoria se sumaba así, otra dificultad, en la medida en que las agravaciones específicas recogidas en algunos delitos tampoco presentaban una

[215] *Ibidem*, pág. 137.
[216] *Ibidem*, pág.138.
[217] Consejo Fiscal. Informe sobre el Anteproyecto de 2008 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, págs. 197 y ss. Disponible en: https://www.uv.es/limprot/boletin10/cf.pdf.

redacción uniforme ni se referían a la misma tipología de criminalidad organizada, ya que en ocasiones se referían a una organización criminal y, en otras, a organizaciones o agrupaciones de carácter transitorio. Una muestra de ello sería, como se analiza en el siguiente apartado, el carácter transitorio que recogía la agravante de organización del artículo 177 bis (trata de seres humanos) frente al artículo 183 (abuso sexual contra menor de trece años), que al no mencionar expresamente el carácter transitorio de aquella, parece desprenderse que se refería a una organización estable o de carácter permanente.

### 4.4.2. Agravantes específicas

Las agravantes que se mencionan en el Anteproyecto de 2006 y por consiguiente en el Proyecto de 2007, siguen inalteradas en el Anteproyecto de 2008, con una única modificación: se añade la agravante de cometer el delito en el seno de una organización, incluso de carácter transitorio, en los casos de trata de seres humanos, tipificado en el nuevo artículo 177 bis[218]. En este sentido, el Anteproyecto separaba dos realidades: por un lado, las conductas más graves de tráfico ilegal de las personas (fines de explotación sexual, laboral o extracción de órganos), que pasaban de tipificarse en el artículo 318 bis a hacerlo en el 177 bis, con la intención de proteger bienes jurídicos como la dignidad y la libertad. Mientras que el antiguo artículo 318 bis seguía vigente en el Anteproyecto con una reestructuración interna para dotar de coherencia el Código Penal, regulando el tipo del tráfico ilegal o inmigración clandestina[219].

Por su parte, la agravante de abusar sexualmente de un menor de trece años en el seno de una organización criminal que tipificaban el Anteproyecto de 2006 y el Proyecto de 2007 en el apartado quinto del artículo 181, cambia de ubicación en el Anteproyecto del 2008. Este último modifica el artículo 183, que pasa a regular el delito de abuso sexual en menores de trece años, e introduce en la letra f) de su apartado quinto la agravante de que el culpable perteneciera a una organización criminal.

La definición de organización criminal seguía situada en el Anteproyecto de 2008 únicamente en el delito de tráfico de drogas, artículo 369 bis, con idéntica redacción que la recogida en el Anteproyecto de 2006 y Proyecto de 2007, por lo que se reproducía el mismo problema sobre si la definición contenida en este tipo únicamente resultaba

[218] Acorde con la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 1 de agosto de 2002, nº 203.
[219] ALVARÉZ GARCÍA, F.J./ GONZÁLEZ CUSSAC J.L.: *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág.305.

aplicable para el delito de tráfico de drogas o era extrapolable a cualquiera de los delitos que contenían una agravante por organización, incluso para el mismo artículo 385 bis, derivado nuevamente de la ausencia de definición legal expresa en este último precepto en relación con las agrupaciones de carácter transitorio. Si bien esta última hipótesis parecía descartable en la medida, como se desprende del análisis realizado, de que el prelegislador habría querido diferenciar, sin mucho acierto, ambas situaciones.

Se ha expuesto que en el Anteproyecto del 2008 se mantuvo que el artículo 385 bis sería de aplicación salvo que correspondiese una mayor pena con arreglo a otro precepto del Código, teniendo presente las agravantes que recogiesen expresamente el carácter transitorio de la organización. Así como se ha manifestado en el análisis del Anteproyecto del 2006 que la solución al problema concursal recogía elementos que se introducirían en el artículo 570 quater, el mismo planteamiento plasmaba el Anteproyecto del 2008, considerando en ese último la distinción entre dos clases de agrupaciones no tenida en cuenta en el 2006. Sería de suponer, por ello, que el concurso de normas sería entre el 385 bis y las agravantes que recogiesen, específicamente, ese carácter transitorio.

### 4.5. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 2009

#### 4.5.1. Delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal: artículos 570 bis, ter y quater

El Proyecto de 2009[220] modificó de nuevo la sistemática seguida por los intentos de reforma anteriores a la hora de tipificar el delito de pertenencia a una organización criminal. Creó para ello un nuevo Capítulo VI ("De las organizaciones y grupos criminales") en el Título XXII ("Delitos contra el orden público), con los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quater, concibiéndolo como un delito contra el orden público.

La Exposición de Motivos del Proyecto de 2009 aludía a que la nueva ubicación del delito era más adecuada que la ofrecida en los textos anteriores, teniendo en cuenta que la criminalidad organizada atenta contra la base de la democracia y que cuenta con la ventaja de poder generar instrumentos complejos que colaboren a lograr la impunidad de sus actividades y de sus miembros dentro de una falsa apariencia legal. Entendía, además, que podían llegar a corromper la naturaleza de los negocios jurídicos y también afectar a

[220] Proyecto de 2009 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal., *Boletín Oficial de las Cortes Generales,* de 27 de noviembre de 2009, nº 52.

la gestión y capacidad de acción de los órganos del estado, siendo por ello considerado un delito que atentaba contra el orden público.

Más allá de la nueva ubicación y el debate generado en torno al bien jurídico tutelado, por primera vez se distingue en este delito entre organización criminal y grupo criminal, teniendo el primero una estructura jerarquizada con vocación de permanencia, mientras que el grupo carece de alguna, o ambas, de esas características. También por primera vez se daba una definición de grupo criminal, colmando así las lagunas definitorias que presentaban los textos de reforma anteriores y los problemas que ello suscitaba.

Así, se entendía como organización criminal, según disponía el artículo 570 bis del Proyecto[221] la agrupación formada por más de dos personas, de carácter estable o tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparta diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos o la perpetración reiterada de faltas. El mismo artículo imponía mayor pena a los que constituyan, dirijan o coordinen la organización; a los que participen, formen parte o cooperen se le da una respuesta penal inferior.

De la misma manera que ocurría en los textos prelegislativos anteriores analizados, la pertenencia a una organización criminal, contaba con agravantes para imponer la pena en la mitad superior en los casos en que contara con un elevado número de personas, dispusiera de armas o instrumentos peligrosos o poseyera medios tecnológicos que faciliten la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables. A su vez, también elevaba la pena en ambos casos cuando los delitos cometidos fueran contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexual o la trata de seres

[221] El artículo 570 bis recoge lo siguiente:
*"1.Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla 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, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.*
*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."*

humanos, desapareciendo de esta enumeración los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

No obstante, la eliminación de la referencia a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social no supuso la desaparición de la agravante específica en los mismos. En ese sentido, tal y como explica DE LA MATA BARRANCO, respecto de la utilización de organización o grupo criminal en los delitos contra la Hacienda Pública (art. 305 bis), la actuación se agrava por facilitar la comisión del delito, siendo un ejemplo de ello los fraudes del IVA de los diferentes entramados societarios complejos en donde aparecen las "sociedades truchas" en el ámbito intercomunitario[222].

Por su parte, el 570 ter[223], referido a la pertenencia a un grupo criminal, entendía como tal "la agrupación de más de dos personas, que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal, tenga por finalidad la perpetración concertada de delitos o de faltas". Atendiendo a las particularidades de estas agrupaciones, las organizaciones criminales contaban con penas de prisión más elevadas, como consecuencia de la amenaza para el orden público y seguridad, cuantitativa y cualitativamente mayor, que genera la estabilidad y la compleja estructura de la misma.

Tal y como queda recogido en la Exposición de Motivos de este Proyecto, se justificaba que la sociedad demandaba un nuevo tipo penal para las agrupaciones que no contaran con un carácter estable o carecieran de esa estructura interna, pero que no por

---

[222] DE LA MATA BARRANCO, N.: "Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social", en DE LA MATA BARRANCO, N./ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A./ NIETO MARTÍN, A.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa,* Dykinson, Madrid, 2018, pág. 551.

[223] El artículo 570 ter:

*"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 faltas, debiéndose imponer en este último caso la pena en su mitad inferior.*
*A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización*
*criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.*
*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."*

ello dejaban de ser violentas y peligrosas, dando respuesta a esta petición con la creación del grupo criminal. La distinción entre las dos agrupaciones demostraba que, a pesar de que España hubiera ratificado la Convención de Palermo del año 2000, había tenido mayor influencia en la regulación que ofrecía el Proyecto de 2009 la DM 2008/841/JAI, ya que aunque una década anterior al Proyecto ya se hubieran distinguido en el ámbito internacional las dos agrupaciones (en la Convención de Palermo del 2000 al recoger el "grupo delictivo organizado" y "el grupo estructurado"), en el orden interno únicamente se habría llevado expresamente la distinción entre organización y grupo criminal, así como la definición de los mismos con posterioridad a la DM. En este sentido, se recordará que la DM de 2008 distinguía la organización delictiva y la asociación delictiva, entendiendo la primera como la asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un periodo de tiempo y que de manera concertada tenga como fin cometer delitos sancionables con la pena de libertad mínima de cuatro años, con la intención de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Por su lado la asociación delictiva se refería a la organización no formada fortuitamente pero que no ha asignado a sus miembros funciones definidas. Igualmente, tampoco exigía la continuidad de las funciones como miembro, ni la existencia de una estructura desarrollada.

En el caso de las figuras de organización y grupo criminal que recogía el Proyecto de 2009, las características de permanencia y división de tareas aparecían reflejadas, pero no ocurría lo mismo con respecto de la finalidad directa o indirecta de un beneficio económico o de orden material, así como la exigencia de que los delitos-fin fueran graves. Ello es debido a que el Derecho europeo es una normativa de mínimos, así como el hecho de que el concepto de organización criminal, en el caso español, permite englobar, igualmente, a las organizaciones terroristas. Además, se le suma, como también anteriormente se ha apuntado, la problemática sobre si la finalidad lucrativa debería recogerse también en las agravantes si fuera el caso.

En conexión con esto último, el artículo 570 quater[224] preveía una cláusula concursal de los artículos 570 bis y ter con aquellos delitos que contenían una agravación específica

[224] El artículo referido recoge lo siguiente:
*"1. Los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en este capítulo, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código.*
*2. Asimismo se impondrá a los responsables de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, además de las penas en ellos previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades*

por razón de que el delito o falta se cometa en el seno de una organización o agrupación criminal (por ejemplo, artículos 188, 197 o 262). En estos casos remitía para su solución al artículo 8.4 CP, es decir, al principio de alternatividad en relación con el concurso de leyes o de normas, de manera que la pena más grave excluye la pena menor. No obstante, esta solución, que se mantiene en la redacción actualmente vigente del artículo 570 quater tras su aprobación por medio de la LO 5/2010, resulta cuestionable, ya que el artículo 8 establece un orden de prevalencia para resolver un concurso de leyes, siendo la regla de la alternatividad, como sabemos, la que ocupa el último lugar.

El artículo 570 quater se ocupaba, además, de otros aspectos. En concreto, el primer apartado contemplaba la disolución de la organización o grupo y, en su caso, la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, régimen sancionatorio penal complementario a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y referido a toda entidad que carece de personalidad jurídica[225]. El segundo apartado recogía una pena de

---

*económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.*
*En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 8.4.*
*3. Las disposiciones de este capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero.*
*4. Los jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos."*

[225] Artículo 129:
*"1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.*
*2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.*
*3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7".*
Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión, *vid.* GIL NOBAJAS, M.S.: "Personas jurídicas *versus* entidades sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la

inhabilitación especial para el condenado por estos delitos para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, y es que a pesar de no recogerse expresamente, el hecho de incidir precisamente en la inhabilitación para las actividades económicas o negocios jurídicos, deja entrever que la inmensa mayoría de estas agrupaciones tienen como finalidad el beneficio económico. También disponía el tercer apartado de este artículo la persecución por parte del Estado español por aplicación de los delitos de los artículos 570 bis y 570 ter a las organizaciones y grupos, que aun siendo creados o estando su estructura fuera del territorio español, cometan cualquier actividad ilícita en España. Finalmente, el cuarto apartado del artículo 570 quater, recogía la posibilidad de los jueces o Tribunales de rebajar la pena al sujeto que pertenezca a una organización o grupo criminal que colabore efectivamente con la autoridad, una vez abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas, para identificar a los componentes de la agrupación o para impedir su actividad, desarrollo o los delitos que intente cometer.

### 4.5.2. Agravantes específicas

Respecto de las agravantes específicas, solo se produjo una modificación en el Proyecto de 2009 en relación con el Anteproyecto de 2008, pero de enorme trascendencia en relación con el objeto de esta investigación. La nueva tipificación de los delitos de pertenencia a organizaciones y grupos criminales supuso, a su vez, la modificación del artículo 369 bis, referente a los delitos contra la salud pública, en el que, se recordará, se recogía una definición legal de lo que debía entenderse como organización criminal dedicada a ese hecho delictivo. La definición se eliminó, toda vez que ya el artículo 570 bis conceptuaba este término, desapareciendo así la duda acerca de si la referida definición era extrapolable a los demás artículos del Código Penal que tipificaban la agravante de que el culpable perteneciera a una organización. La nueva redacción de los artículos 570 bis y 570 ter pretendía acabar con la inseguridad jurídica sobre la delimitación de estos tipos penales, en cualquier situación en la que se agrupen más de dos personas que tengan como finalidad la comisión de delitos o de faltas, a los sujetos

aplicación de los artículos 31 bis y 129 del código penal", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 29, 2018, *passim*.

de la agrupación se les sancionará bajo el tipo penal de pertenencia a una organización o, en su caso, grupo criminal.

### 4.6. Culminación de la LO 5/2010 y posteriores reformas

En relación con el Proyecto de 2009, las únicas modificaciones que se realizan con la LO 5/2010 respecto de la tipificación de la pertenencia a la organización o grupo criminal de los artículos 570 bis y 570 ter son las siguientes: en el artículo 570 ter, 1. c) se añade "(*... )salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el número 1 del artículo 623, en cuyo caso podrá imponerse la pena en toda su extensión*", y en el artículo 570 quater 1, por un lado, se modifica "*cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código*" por "*cualquier otra de las consecuencias del artículo 31bis de este Código".* Por otro lado, en el segundo apartado, al remitirse al artículo 8.4 CP, la LO 5/2010 varía al recoger que "*será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8*", en lugar de "*lo dispuesto en el artículo 8.4".*

Posteriormente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo[226], eliminó las faltas del Código Penal. Como es sabido, algunas de las antiguas faltas se convirtieron en delito leve, mientras que otras pasaron al ámbito administrativo. En este sentido, los delitos tipificados en los artículos 570 bis y ter recogían la posibilidad de sancionar en estos casos la perpetración reiterada de faltas, por lo que la entrada en vigor de esta Ley Orgánica supuso también la modificación de estos artículos, siendo este el último cambio hasta la fecha. En consecuencia, ha desaparecido de la definición de organización criminal la frase "*así como llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*". Según esto, la organización criminal tendrá como finalidad cometer delitos, en plural, sin restringirlo por razón de su penalidad, como establecían algunos de los textos internacionales analizados anteriormente. Conviene adelantar que el hecho de que la definición de organización criminal se refiera en plural a la comisión de delito puede resultar significativo, puesto que podría servir de argumento, según se verá en la última parte de esta investigación, para diferenciarlo de otras figuras penales afines.

Por su parte, el artículo 570 ter excluye de la definición del grupo criminal, de forma paralela, "*o la comisión concertada y reiterada de faltas*", sin modificar la finalidad de la

[226] 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, *BOE*, de 31 de marzo de 2015, nº 77.

perpetración concertada de delitos, también en plural[227]. Así, el apartado 1.c del artículo 570 ter recoge lo siguiente: "*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.*"

En lo referente a las agravantes específicas, después de la promulgación de la LO 5/2010 más delitos cuentan con la misma. Concretamente, la LO 7/2012, de 27 de diciembre, introdujo la agravante específica de cometer el delito en el seno de una organización o de un grupo criminal en el delito de defraudación tributaria (artículo 305 bis) y en el delito contra la Seguridad Social (artículo 307 bis)[228], dando respuesta, según señala la Exposición de Motivos de la reforma, a exigencias comunitarias. Por su parte, mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, se agrava por la misma razón el asesinato (artículo 140), la relación con menor de dieciséis años (artículo 183), los delitos de hurto y robo (artículos 235.1.9º, 240.2 y 241.4) la corrupción en los negocios (artículo 286 quater) y los delitos contra la salud pública, en relación con medicamentos (artículo 362 quater)[229]. Asimismo, la LO 1/2019, de 20 de febrero[230], agrava el delito de tráfico de órganos cuando se lleve a cabo mediante una organización o grupo (artículo 156 bis). Obsérvese que, desde la reforma de 2010, todas las agravantes específicas que han ido introduciéndose en el Código Penal cuentan con una redacción unitaria, refiriéndose indistintamente a organización y grupo criminal.

El artículo 570 quater también ha sufrido modificaciones posteriores a la LO 5/2010, concretamente mediante la LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General[231]. La Disposición Final Segunda de la referida Ley modifica cuatro artículos del Código Penal, uno de ellos el

[227] Al contrario de lo tipificado en el punto b del apartado primero donde se establece la pena cuando se cometa por el grupo cualquier otro delito grave, en este caso en singular.
[228] Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, *BOE*, de 28 de diciembre de 2012, nº 312.
[229] Al igual que el resto de agravantes, estos han sido también objeto de compromisos internacionales adquiridos por España, como por ejemplo mediante el Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación del productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública, hecho en Moscú el 28 de octubre de 2011, *BOE*, de 30 de noviembre de 2015, nº 289.
[230] Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional. *BOE*, de 21 de febrero de 2019, nº 45.
[231] Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, *BOE*, de 29 de enero de 2011, nº 25.

570 quáter, donde en su apartado primero se sustituye el inciso "*este Capítulo*" por "*este Capítulo y el siguiente*" y el inciso "*del artículo 31 bis*" por "*de los artículos 33.7 y 129*".

Ese último cambio ejemplariza DE LA MATA BARRANCO para destacar la falta de reflexión, en ocasiones, al añadir artículos bis o ter o quater, o números, apartados o párrafos dentro de artículos ya existentes. A pesar de la marcada influencia de la normativa comunitaria, la modificación mediante la LO 3/2011 por la que la referencia al artículo 31 bis no aparece en el caso de las organizaciones, no resulta acertada para el autor[232], al no ir acorde con el artículo 5 de la DM 2008/841/JAI[233].

## 5. Recapitulación y consideraciones finales

Este Capítulo, junto con el anterior, ha pretendido poner las bases del mosaico de respuestas a la criminalidad organizada en la regulación penal española. Si bien el objeto de análisis de esta tesis es el delito autónomo de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis y su convivencia con otras figuras afines, la preocupación del legislador español por este tipo de delincuencia ha existido desde el Código Penal de 1822 hasta hoy en día. El delito de cuadrilla de malhechores, la figura ancestral de la asociación ilícita y las agravantes específicas previstas para determinados delitos son muestra de ello.

---

[232] DE LA MATA BARRANCO, N.: "El cumplimiento por el legislador español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas", en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.)/ DE LA MATA BARRANCO, N. (Coord.): *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 220. Reflexiona sobre si los déficits del legislador son conscientes o consecuencia de la técnica legislativa debido a las muchas reformas que se introducen; el cambio de la referencia del artículo 31 bis al 129 y 33.7 se produjo solamente tras cuarenta días de vigencia.

[233] Artículo 5 de la DM 2008/841/JAI

*"Responsabilidad de las personas jurídicas*

*1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos mencionados en el artículo 2, cuando estos delitos sean cometidos por cuenta de estas por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:*

*a) un poder de representación de dicha persona jurídica;*

*b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o*

*c) una autoridad para efectuar un control en el seno de dicha persona jurídica.*

*2. Los Estados miembros también adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa uno de los delitos mencionados en el artículo 2 por cuenta de la persona jurídica.*

*3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de la incoación de acciones penales contra las personas físicas que sean autores, incitadores o cómplices de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 2.*

*4. A efectos de la presente Decisión marco se entenderá por «persona jurídica» cualquier entidad que tenga personalidad jurídica en virtud del Derecho aplicable, con excepción de los Estados o de organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones de Derecho internacional público."*

En este sentido, una primera cuestión que debe resaltarse es que delincuencia organizada y organización criminal no son, estrictamente, sinónimos, siendo la primera el género y la segunda una de sus especies. Si bien el artículo 570 bis tipifica la pertenencia a una organización criminal, los organismos, tanto nacionales como internacionales, hace tiempo que han puesto de manifiesto que resulta primordial la lucha contra la criminalidad organizada, englobando en ella la delincuencia cometida mediante una agrupación de personas, de diversa tipología, que tiene como finalidad la perpetración de delitos. La delincuencia organizada se describe, así, como cambiante y compleja, cuyas características son analizadas continuamente. Ejemplo de ello es EUROPOL que, junto con cuerpos de seguridad nacionales, elabora el informe SOCTA con datos relativos a la criminalidad organizada a nivel europeo. Además, ha sido ese el órgano que ha delimitado la delincuencia organizada en cuanto que debía mínimamente cumplir con la unión de dos o más personas, durante tiempo prolongado, comisión de delitos graves y finalidad lucrativa. Mismas características que la normativa internacional recoge y cuyo cumplimiento ha sido la razón primordial de la tipificación del delito autónomo de pertenencia a una organización criminal. No obstante, la criminalidad organizada engloba otras manifestaciones de delincuencia, donde las notas referidas a su estructura y permanencia en el tiempo aparecen diluidas. El Código Penal español, tras diversas vicisitudes puestas de manifiesto en el análisis de los textos prelegislativos, habría asumido finalmente esa diferenciación en relación con las organizaciones criminales y grupos criminales, pero manteniendo simultáneamente otras figuras como la asociación ilícita, junto a la tipificación de un buen número de agravantes específicas que también castigan en los delitos en los que se prevé la delincuencia organizada, solo a partir de la LO 5/2010 equiparando en estas agravantes igualmente a las organizaciones y grupos criminales.

La oscilante postura por parte del prelegislador a la hora de tipificar esta cambiante realidad criminógena podrían encontrar su causa en la necesidad de la figura de la pertenencia a un grupo criminal que, pese a no contar con algunas de las características que definen a la organización criminal, en particular, el elemento de la estabilidad, resultan igualmente insidiosos para la sociedad. De ello surgen dos cuestiones relevantes: por una parte, la posible convivencia entre el artículo 570 ter, referido a la pertenencia a un grupo criminal y el delito de asociación ilícita, unido a la, en una primera aproximación, inviable coexistencia de esta última con el artículo 570 bis, en relación con

la pertenencia a una organización criminal. Por otra parte, la posibilidad de que el bien jurídico protegido en los artículos 570 bis y ter pueda ser el mismo. Respecto a la primera cuestión, la asociación ilícita y la organización criminal, como se verá, cuentan con las mismas características y finalidad, referida a la comisión de delitos. En cuanto a la segunda cuestión, el objeto de protección del delito de pertenencia a una organización criminal, e igualmente respecto de un grupo criminal, se presenta controvertido, algo de lo que da buena cuenta el cambio de ubicación que estos delitos han sufrido en los textos prelegislativos, como se verá en el próximo Capítulo.

Mención específica merece en este momento, en relación con las características exigidas para considerar que se está en presencia de una situación de crimen organizado, el objetivo de obtener un beneficio o ventaja material que lo mueve. Si bien tanto los informes de los organismos analizados exigen esta circunstancia y ello ha tenido traducción en los textos internacionales y europeos en torno a la criminalidad organizada, el tipo penal finalmente aprobado por medio de la LO 5/2010 no lo ha recogido expresamente como una de las características para definir una organización criminal, y tampoco, por extensión, la figura de grupo criminal. Ello, según se ha expuesto a lo largo de este Capítulo, encontraría justificación en el hecho de que la definición de organización criminal del artículo 570 bis da igualmente cabida a la organización terrorista por remisión del artículo 571 en delitos de terrorismo, ajena, en principio, a la lógica del beneficio o ventaja material en su finalidad delictiva. Si bien, para la consecución de sus objetivos terroristas puede también, secundariamente, llevar a cabo actividades ilícitas que buscan procurar a este tipo de organización vías de financiación.

Además, dada la existencia de agravaciones específicas en algunos delitos del Código Penal cuando responden al fenómeno de la delincuencia organizada, y dada la dispar naturaleza de estos delitos, el legislador podría haber considerado conveniente no exigir, en todo caso, el requisito de la búsqueda directa o indirecta de beneficio o ventaja material, optando por una conceptualización más amplia que la que establecen los textos internacionales analizados. Ello no excluye que, por regla general, dicha búsqueda de ganancia ilícita, de forma directa o indirecta, será consustancial a la agrupación criminal.

Por otro lado, y respecto de la finalidad de comisión de delitos de naturaleza grave, la esfera internacional considera que concurre cuando la pena del delito fin supera los cuatro años, mientras que en el Código Penal español los delitos graves superan los cinco años, conforme al artículo 33.2.b). No obstante, el artículo 570 bis no condiciona la gravedad

del delito fin para castigar la pertenencia a la organización criminal, puesto que también se castiga incluso cuando la finalidad sea la comisión de delitos leves. Con todo, hay que señalar que en el caso de delitos leves el artículo 570 bis se refiere a su comisión en plural, cuestión sobre la que se volverá en el último Capítulo de esta investigación correspondiente a la convivencia del delito de pertenencia a una organización criminal con otras figuras afines que castigan la criminalidad organizada. En cualquier caso, se vuelve a señalar que la normativa internacional y europea establece un marco de regulación de mínimos, otorgando libertad a los Estados en la introducción de estas previsiones a sus ordenamientos internos, por lo que la respuesta interna puede ser más amplia que la requerida en el plano supraestatal, como efectivamente ocurre con el artículo 570 bis.

Con todo, que exista una necesidad político-criminal de dar respuesta penal a la criminalidad organizada, en sus diversas manifestaciones, no legitima los términos de la incriminación llevada a cabo por el legislador, en lo que a esta investigación se refiere, del delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis CP, puesto que deberá pasar por los filtros de los principios y categorías penales. E, igualmente, dicha necesidad político-criminal tampoco da respuesta a que a la adición de nuevas figuras delictivas para hacer frente a la delincuencia organizada, deban coexistir con otras figuras más longevas para dar respuesta al mismo fenómeno, algo que específicamente ocurre con el delito de asociación ilícita y la previsión de agravaciones específicas referidas a la criminalidad organizada. Por ello, de cara a valorar si es posible delimitar un ámbito de aplicación propio que permiten la convivencia de todas estas figuras en el Código Penal, los próximos capítulos se centran en analizar los elementos del artículos 570 bis, con los que se pretende poner las bases para una revisión crítica de dicha convivencia.

# CAPÍTULO III. ANÁLISIS DEL TIPO (1): BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

## 1. Cuestión previa en relación al análisis del tipo

Como se recordará, esta tesis tiene por objeto analizar la actual convivencia de las figuras que tipifican la delincuencia común organizada en el Código Penal español, tomando como eje el delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis CP. Para este fin, resulta necesario profundizar sobre los elementos de este tipo penal; análisis que se realizará en dos Capítulos: en el primero de ellos se estudiará el bien jurídico protegido de este delito. Debido a la falta de unanimidad en su determinación, el examen de las distintas posturas para poder concretar cuál se entiende que es el objeto de protección del delito, merece un Capítulo completo. Por su parte, en el siguiente Capítulo se ahondará en el concepto de organización criminal, así como las conductas típicas que recoge el artículo 570 bis, cuestión que está directamente relacionada con la autoría. El tipo penal castiga la pertenencia a una organización delictiva, es decir, la mera adhesión a esta. La norma penal recoge distintas modalidades típicas según el grado de implicación del sujeto en la organización, pero, además, habrá que considerar la relación que esa persona tenga con el delito fin cometido.

Una vez realizado el análisis del artículo 570 bis, se pasará, en la última parte de esta investigación, a examinar su convivencia con otras figuras jurídico-penales afines, todo ello al objeto de poder contestar a la pregunta central de esta investigación: ¿son necesarias todas ellas para dar una respuesta efectiva al crimen organizado?

## 2. El bien jurídico protegido

### 2.1. Introducción

Tal y como se ha adelantado en el Capítulo anterior, la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo en el Código Penal los delitos de pertenencia a una organización criminal y un grupo criminal, si bien esta tesis se circunscribe al primero de ellos. Se ha visto que han sido los compromisos internacionales en la materia, por razón de la creciente preocupación por la criminalidad organizada y la necesidad de dar una respuesta común por los estados, los que habrían justificado su incorporación en el Código Penal. No obstante, ello no determina *a priori* la adecuación de esta incriminación con los

principios y categorías penales, además de los problemas que suscita debido a la existencia de otras figuras que tradicionalmente pretendían dar respuesta al fenómeno asociativo delictivo, como es el delito de asociación ilícita, así como el paulatino incremento de la previsión de agravantes específicas por organización en un buen número de delitos.

Teniendo presente lo anterior, partimos de la base de examinar el bien jurídico protegido en el delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis, es decir, pertenecer a una organización que tenga como finalidad la comisión futura de delitos, sean estos ejecutados o no. Resulta, por ello, imprescindible determinar cuál es el bien jurídico protegido, ya que, a pesar de que en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se hace referencia al orden público como tal interés de tutela[234], algo que no es en principio, según se verá, cuestionado por la jurisprudencia, los autores discrepan en ese asunto. Entre ellos hay quienes entienden que el bien jurídico protegido en el delito de pertenencia a una organización criminal tiene un carácter colectivo, supone la anticipación de la protección del delito fin y quienes defienden una concepción mixta, es decir, que además de lesionar un bien jurídico colectivo, también se pone en peligro el bien jurídico protegido por el delito fin. Igualmente hay quien defiende que no había necesidad de tipificar el delito de pertenencia a una organización criminal, en general, por no considerar que existe un bien jurídico merecedor de tutela penal. Este es, sin duda, el bloque más extenso de esta investigación, puesto que la cuestión del bien jurídico se presenta como una de las cuestiones más controvertidas, con incidencia directa tanto en la legitimidad de esta incriminación como en servir de criterio para diferenciarlo de otras figuras.

Para abordar esta cuestión, se requiere el estudio de la doctrina, fundamentalmente, ya que la jurisprudencia apenas ha entrado a debatir sobre ello, sobre la base de una legislación que ubica el artículo 570 bis entre los delitos contra el orden público, a pesar de que en la evolución prelegislativa, según se ha visto, no siempre ha sido así. En este sentido, al hilo de lo que se ha manifestado, afirma BRANDARIZ GARCÍA que no hay

[234] Es importante recordar que, tal y como se ha analizado en el desarrollo de este Capítulo, para el legislador tampoco ha sido sencillo determinar el bien jurídico en el orden público, al haber ubicado en los antecedentes prelegislativos de la LO 5/2010 el delito autónomo de pertenencia a una organización criminal en un título ajeno al de los delitos contra el orden público; cuestión que como se ha estudiado supuso discrepancias por parte del CGPJ y la Fiscalía. Si bien es verdad que tras la promulgación de la LO 5/2010 el legislador no ha dudado en afirmar que el orden público es el objeto de protección del delito del artículo 570 bis, no ha sido siempre así.

consenso respecto del objeto de tutela, siendo para algunos el orden público, el derecho de adecuación para otros, o una protección anticipada del bien jurídico que se lesionará en particular para algunos[235].

Debido a su especial caracterización, actualmente se podrían diferenciar, así, tres grandes bloques que representan las principales corrientes interpretativas sobre el objeto de tutela del artículo 570 bis: los que defienden que el bien jurídico protegido es colectivo, la teoría de que el bien jurídico es el mismo que protege el delito fin y, por último, una concepción mixta que integra las dos anteriores.

En la primera de estas posturas se sitúan quienes entienden que el mero hecho de participar en una organización criminal lesiona un bien jurídico colectivo. El Código Penal, en su Preámbulo, defiende esta tesis, al recoger que es el orden público lo que se pretende proteger. No obstante, algunos autores desplazarían el orden público en favor de la seguridad ciudadana o seguridad pública o seguridad colectiva como bien jurídico colectivo protegido en el delito. En cualquier caso, si bien es cierto que la protección del orden público se ha vinculado históricamente con el orden institucional, es un concepto que ha ido evolucionando con el tiempo, dependiendo del contexto político, y actualmente parece más adecuado vincularlo, como se verá, con la idea de la seguridad, en referencia al desenvolvimiento de la vida comunitaria o a la tranquilidad pública. Se trata, en cualquier caso, de un concepto controvertido, que lleva al debate sobre si era necesario este tipo penal o si se han trasladado automáticamente los requerimientos internacionales sin reflexionar suficientemente sobre las bases de nuestro Derecho Penal.

Por su parte, si se considera la segunda opción, es decir, que el bien jurídico que se pretende proteger es el mismo que el del delito fin, se estaría castigando, como delito autónomo, lo que en realidad constituye un mero acto preparativo. En este sentido, el Código Penal ya cuenta con el artículo 17 para sancionar la preparación de determinados delitos, solo cuando así se prevé expresamente[236]. Además de la posible colisión con este precepto, no hay que olvidar las penas tan elevadas que recoge el artículo 570 bis, lo que hace aún más cuestionable la legitimidad de esta tipificación, si se asume que el delito de

[235] BRANDARIZ GARCÍA, J.A..: "*Asociaciones y organizaciones criminales… op. cit.*, pág. 729.
[236] Artículo 17 CP:
*"1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.*
*2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él.*
*3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley."*

pertenencia a una organización criminal supone únicamente una anticipación de la barrera penal para la protección del bien jurídico tutelado en el delito fin.

La concepción mixta, por último, se ubica entre medias de las anteriores. Podría argumentarse que la organización criminal, por el mero hecho de existir, crea un estado de miedo e intranquilidad en gran parte de la ciudadanía, entendiendo por ello que se lesiona un bien jurídico colectivo, ya se le denomine orden público o seguridad, con la dificultad que entraña la delimitación de estos conceptos. Sin embargo, no queda únicamente ahí: castigar la organización, incluso antes de cometer el delito pretendido, supone evitar que el interés protegido por el delito fin, ya sea este a su vez colectivo o individual, sea lesionado, por lo que puede entenderse que se protege a su vez el riesgo de esa lesión. A modo de ejemplo, una banda que tiene como finalidad el tráfico de drogas, por el mero hecho de existir, podría lesionar el orden público y, a su vez, poner en peligro la salud pública.

Y es que la relación entre las corrientes que defienden la protección del bien jurídico colectivo y el bien jurídico del delito fin se mezclan en ocasiones. Como explica CANCIO MELIÁ, en Alemania, hasta que Rudolphi publicó dos estudios sobre las consecuencias jurídico-penales de la primera ola de actos terroristas de la Fracción del Ejército Rojo y en ellos desarrolló la aproximación teórica de la anticipación, el campo teórico se encontraba dominado por diversas definiciones sobre el orden público como bien jurídico universal. Tras esta idea, la teoría de la anticipación fue cogiendo adeptos, aunque la doctrina dominante se pronunciaba a favor de un bien jurídico universal. En la doctrina española parece que no es tan fácil trazar un cuadro claro. En cualquier caso, considerando la obra de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA como una de las monografías decisivas sobre el delito de asociación ilícita, incluso cuarenta años después, parece mayoritario defenderse un punto de vista de orientación colectiva[237], postura que parece extrapolable al delito de pertenencia a una organización criminal.

A continuación, se expondrán las posturas que se acaban de avanzar.

[237] CANCIO MELIÁ, M.: "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", en CANCIO MELIÁ, M./ POZUELO PÉREZ, L. (Coord.): *Política Criminal en vanguardia, inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 399. El autor recoge las tres vías que han servido para abordar el contenido de injusto de los delitos de organización. Por un lado, está el ejercicio "abusivo" del derecho de asociación, lo que supone que el bien jurídico es el (recto) "ejercicio del derecho de asociación". En segundo lugar, estaría el sector doctrinal que defiende la anticipación de la punibilidad en esta clase de delitos, incluso antes que cualquier acto preparatorio concreto. Por último, en tercer lugar, está la postura en la que se encuentran la mayoría de autores, los que entienden que con este tipo de delito se lesiona un bien jurídico de naturaleza colectiva como "orden público", "seguridad interior" o "paz jurídica".

## 2.2. La protección de un bien jurídico colectivo como objeto de tutela en el delito de pertenencia a una organización criminal

### 2.2.1. Introducción

Con carácter previo al desarrollo de este primer planteamiento, resulta necesario una justificación inicial en cuanto a la nomenclatura que se va a seguir en esta investigación cuando se señala que una de las posturas en la delimitación del bien jurídico tutelado en el delito de pertenencia a una organización criminal es defender un bien jurídico de naturaleza colectiva. Así, puede partirse de la base de que los bienes jurídicos son clasificables en dos grandes categorías: individuales y supraindividuales. Ahora bien, respecto de estos últimos, además de los problemas de legitimidad que suscitan, no todos los autores defienden la misma diferenciación. Para algunos autores podrían dividirse en otros dos subgrupos: bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos universales, generales o públicos, siendo la titularidad la que marca la distinción. Para SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ en los bienes colectivos el titular será una pluralidad de sujetos, mientras que en los universales la titularidad corresponde a una sociedad o al Estado[238]. HORMAZÁBAL MALARÉE usa términos como carácter macrosocial, institucionales, colectivos o los de control[239]. Por su parte, SANTANA VEGA, por ejemplo, distingue entre bienes jurídicos colectivos que representan prestaciones básicas del sistema social y bienes jurídicos colectivos referidos a la preservación de instituciones del Estado, llamando al segundo subgrupo "bienes jurídicos institucionales", por entender que son los que afectan a la Administración de Justicia o a la seguridad del Estado[240]. En cualquier caso, a pesar de calificarlos de diversa manera, los criterios utilizados por la mayoría para diferenciarlos serán la titularidad, los intereses que se protegen, los sujetos pasivos y la acción lesiva[241].

---

[238] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *El moderno Derecho Penal y anticipación de la tutela pena*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, pág. 67.

[239] HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Bien jurídico y estado social y democrático: (el objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991, pág.155.

[240] SANTANA VEGA, D.M: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos,* Dykinson, Madrid, 2000, pág.96. Por parte de la doctrina se ha utilizado diferente nomenclatura a la hora de nombrar estos bienes jurídicos, como bienes jurídicos difusos o difundidos, supraindividuales, universales, intereses generales, de "nueva generación" o de "nuevo cuño". Sin embargo, todos esos términos no significan exactamente lo mismo como se expondrá a continuación.

[241] *Ibidem*, pág.77. No obstante, sobre la titularidad, SOTO NAVARRO muestra sus discrepancias al entender que siempre debe ser titular la sociedad y es que defiende la autora que el criterio para clasificar los bienes jurídicos colectivos debe ser el de las funciones sociales que desempeñan estos bienes, distinguiendo para ello dos grupos: bienes que representan prestaciones básicas del sistema social (Seguridad Social, Administración de Justicia) y los que están dirigidos a preservar las instituciones fundamentales del Estado en su concreta configuración constitucional para que se hagan efectivas aquellas prestaciones. En *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna,* Editorial Comares, Granada, 2003, pág. 249.

Las anteriores clasificaciones se vinculan con determinados posicionamientos dogmáticos en torno al concepto y contenido material del bien jurídico cuyo análisis excede del objetivo de esta investigación. A la hora de caracterizar el objeto de tutela del delito de pertenencia a una organización criminal, en esta tesis se adopta la denominación de bien jurídico colectivo, por ser a nuestro juicio la más correcta y la que permite poner las bases de los contornos materiales que debe poseer el interés tutelado en el artículo 570 bis CP en cuanto a bien jurídico supraindividual. En primer lugar, que se trata de un interés cuya titularidad corresponde a todo el colectivo social; en segundo lugar, que no tiene carácter individual; pero que, en tercer lugar, resulta necesario dotar de protección penal en cuanto a que conecta con las bases indispensables de existencia del sistema social y cuya protección resulta imprescindible para la autorrealización de las personas[242].

Asumido lo anterior, MÉNDEZ RODRÍGUEZ sitúa el origen de los bienes colectivos en el proceso de industrialización y de tecnificación de nuestra sociedad, dado que las nuevas técnicas médicas y comerciales de las sociedades actuales han traído consigo nuevas relaciones y conflictos sociales[243]. La autora destaca la dificultad que entrañan los bienes jurídicos colectivos para ejercer una función crítica y garantista en este caso, puesto que son mucho más propensos a la manipulación e ideologización. En cualquier caso, los bienes colectivos conllevan una variación del esquema tradicional del delito, ya que la causalidad social (*Gesellschaftsursächklickeit*) y la peligrosidad social (*Gesellschaftgefärlickeit*) contribuyen a la elaboración del Derecho Penal moderno.

En este sentido, resulta de interés la aportación de la teoría sistémica, que describe los efectos lesivos como efectos sobre las condiciones de la existencia y desarrollo de un sistema de interacción[244]. Según esta teoría, SOTO NAVARRO reivindica la necesidad de hacer un cambio de perspectiva funcional-sistemática (ya no funcional-personal) debido a la complejidad del sistema social. Tal y como se ha recogido anteriormente, defiende la autora que el individuo no se puede constituir como referente básico para fijar la función social que deben desempeñar los bienes jurídicos colectivos, ni estimar la producción de un daño. Desde la teoría sistémica, considerando una determinada concepción de la sociedad, es posible clasificar los efectos dañosos del delito sobre el

[242] GARCÍA ARROYO, C.: "Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-12, 2022, págs. 32-33.
[243] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.*: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Universidad Complutense de Madrid, 1993, pág. 31
[244]SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos…, op. cit*, pág. 316.

propio sistema social. Siempre habrá que considerar que, al igual que la vida humana en cuanto a bien jurídico no reside en la destrucción de un organismo biológico, la lesión de un bien jurídico colectivo no podrá residir en la afección de un sistema comunicativo. Es por ello que se ha propuesto la concreción de los bienes jurídicos colectivos considerando el valor funcional de las realidades sistémicas para el sistema social global. Desde ese punto de vista, lo lesivo será el comportamiento que perturbará la función social que se le encomienda a un determinado subsistema de comunicación, que será indispensable para el desarrollo del sistema social en su conjunto y aprovechable por el colectivo[245].

Conforme a lo anterior, la autora llega a la conclusión de que lo que se protege en los bienes colectivos es la libertad de disposición, ya que su aprovechamiento se atribuye a todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual pueda obstaculizar ni impedir el aprovechamiento por otros[246].

En consonancia con este planteamiento, el mero hecho de la existencia de una organización criminal supone la lesión de un bien jurídico que afecta a toda la sociedad y cuya titularidad corresponde a todos los miembros de la misma. Como se ha dicho, el legislador y la jurisprudencia determinan en el orden público ese bien jurídico; sin embargo, a continuación, se expondrá que ese concepto no es estático, ni tampoco está claramente delimitado.

### 2.2.2. El orden público

El orden público es uno de los objetos de protección que se propone en el delito de pertenencia a una organización criminal. Pero, según se ha indicado *supra*, este concepto resulta maleable en función del contexto socio-político, como se apreciará en el análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial que se va a realizar.

En lo referente a la normativa, la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, justifica la ubicación del delito autónomo de pertenencia a una organización

[245] *Ibidem,* pág. 320.

[246] *Ibidem,* pág. 316. En lo que se refiere al método para identificar la lesión del bien jurídico colectivo, hay que considerar que el concepto de lesión del bien jurídico se vincula al concepto de resultado material; pero se trata de dos problemas distintos: la ofensa al bien jurídico pertenece a la teoría de la antijuridicidad, elemento del injusto, mientras que el resultado pertenece a la teoría de los tipos penales, predominando en él un carácter técnico o instrumental. Lo que ocurre es que, en ocasiones, el resultado puede no comportar automáticamente la ofensa al bien jurídico, puesto que el objeto de la acción puede tener o no vinculación material con el bien jurídico. Se dividen, por ello, en dos grupos: aquellos en los que el resultado consiste en la lesión del objeto de la acción (no coincidiendo en este caso con el bien jurídico protegido) y aquellos en los que la lesión al objeto de la acción constituye al mismo tiempo la lesión al bien jurídico protegido (pág. 318).

criminal en el Título XXII, "Delitos contra el orden público", considerando que estas organizaciones son contrarias al orden público, debido a que la criminalidad organizada

> *"atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo 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 de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin 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"*[247].

Lo anterior pone de manifiesto que el legislador español parece tener bastante claro que el bien jurídico contra el que atenta la criminalidad organizada es el orden público, si bien cuestión distinta será precisar qué se entiende por tal y en qué momento se lesiona. Sin embargo, esta ubicación en el Código Penal no ha seguido la senda del Anteproyecto de 2006 y del Proyecto de 2007, ni del Anteproyecto de 2008, como se ha analizado en el segundo Capítulo de esta investigación[248]. Es en el Proyecto de 2009, y consecuentemente en la reforma de 2010, donde por primera vez el delito de pertenencia a una organización criminal se ubica en los delitos contra el orden público, puesto que anteriormente se ubicaba en un Título independiente que no aportaba muchas pistas sobre su objeto de tutela.

En cualquier caso, no se debe obviar que el Código Penal ha castigado históricamente el hecho de cometer el delito mediante una agrupación de personas o asociación. Tras la tipificación de la cuadrilla de malhechores en el Código Penal de 1822, se recordará que la asociación ilícita ha sido en el ámbito de los delitos de organización, desde el Código Penal de 1848, la figura con mayor longevidad en nuestra legislación penal. El delito de pertenencia a una organización criminal puede entenderse, así, como heredera de la asociación ilícita, en la medida en que las vías para abordar el contenido del injusto también fueron discutidas respecto de esta última. Sin embargo, la introducción del artículo 570 bis en la reforma de 2010 no vino a derogar, a su vez, la figura de la asociación ilícita en cuanto a la delincuencia común organizada se refiere, dado que sigue recogida en el artículo 515 CP. Por ello es inevitable, que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, hagan una remisión al bien jurídico tutelado en la asociación ilícita a la hora de analizar el objeto de protección del delito de pertenencia a una organización

[247] Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio.

[248] Se recordará que el delito de pertenencia se tipificaba en todos estos textos prelegislativos en el artículo 385 bis, en un Título independiente, el Título XVIII bis, intitulado inicialmente "De las organizaciones y grupos criminales", para pasar a denominarse en el Anteproyecto de 2008 "De las agrupaciones criminales".

criminal, al defender, como hace el legislador en la Exposición de Motivos, que la distinción en el objeto de tutela será también lo que justificaría la coexistencia actual de ambas figuras[249].

No obstante, para TERRADILLOS BASOCO no resultan convincentes, en base en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, las razones del legislador para considerar que la integración y actuación en el seno de una organización con fines criminales suponga un delito contra el orden público. Entiende el autor que los argumentos esgrimidos por el legislador ponen de relieve la importancia y complejidad de la delincuencia organizada, pero no son de ninguna manera aplicables a delitos como la sedición o los desórdenes públicos que comparten Título y rúbrica con las organizaciones y grupos criminales[250].

Teniendo presente la disparidad de delitos que recoge el Título XXII, se vislumbra que dicho concepto no es unívoco en el ámbito penal. Además, no se puede obviar que el orden público es una noción presente también en otros ámbitos del Derecho. Por ello, se considera conveniente llevar a cabo una revisión del concepto de orden público, más allá de lo que el legislador entiende como tal según el Preámbulo de la LO 5/2010. Con esa finalidad, se abordará dicha noción en distintas ramas del Derecho, para después pasar al ámbito penal y, finalmente, concretarlo en el delito de pertenencia a una organización criminal, con apoyo de la doctrina y la jurisprudencia.

#### 2.2.2.1. Referencia al orden público en otros ámbitos del Derecho

El orden público es un referente en todo el ordenamiento jurídico, por lo que abordar su significado a la luz de otras ramas jurídicas, podrá ayudar a la hora de valorar que el mismo sea o no el objeto de protección en el delito de pertenencia a una organización criminal.

Como se ha mencionado, el concepto de orden público no es una noción estática. Realizando una breve aproximación histórica, el 23 de abril de 1870 se publicó la Ley de

[249] Se recoge en la Exposición de Motivos la incapacidad del delito de asociación ilícita para responder a las agrupaciones criminales, al entender que el delito de asociación ilícita protege el ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación del artículo 22 de la Constitución. Según el legislador, estas agrupaciones criminales no pueden considerarse "asociaciones" que delinquen, sino organizaciones originariamente delictivas carentes de apariencia jurídica, y en caso de tenerla, con exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar la impunidad. Recuerda las dificultades en la cooperación internacional por incluir las organizaciones terroristas en el artículo 515, debido a los problemas para el cumplimiento del requisito de doble incriminación que suponía la calificación de la organización terrorista como asociación ilícita.

[250] TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Delitos contra el orden público II", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo II, Volumen II,* Iustel, Madrid, 2011, pág. 324.

Orden Público, aplicable únicamente en Estado de prevención y alarma cuando se hubiera promulgado una ley de suspensión de garantías. Esta ley de 1870, en su artículo 2, otorgaba a las autoridades civiles y militares el derecho a tomar las medidas que estimaran necesarias para mantener y restablecer el orden público y prevenir los delitos contra la Constitución (entonces la de 1869), la seguridad interior y exterior y el orden público[251]; en cualquier caso, no concretaba qué debía entenderse como tal.

Después, ya en el siglo XX se dictó la Ley de 28 de julio de 1933, denominada "Nueva Ley de Orden Público". En su primer artículo establecía que el orden público se fundamenta en el normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y el pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución, entonces vigente la de 1931. Entre los actos que afectaban al orden público, el artículo 2, apartado segundo, mencionaba "*los realizados por colectividades cuando transciendan a la vida pública ciudadana*", y en el artículo 3, apartado sexto, "*los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores, alteren materialmente la paz pública*". Por su parte, en el artículo 4 se recogía que "*los actos delictivos que se realicen, simultánea o sucesivamente, con unidad de fin, podrán ser juzgados por los Tribunales como colectivos, aun cuando cada uno de ellos sea ejecutada individualmente o por grupos menores de 20 personas*"[252]. Regulación que conecta con la finalidad que, en su momento, venía a cumplir en el ámbito penal el delito de asociación ilícita, si bien en este caso este delito se vinculada, como se vio, con el derecho de asociación, entendido como un abuso de este.

Por su parte, en el año 1959 se promulgó la Ley 45/1959, de Orden Público[253], derogada mediante la Ley 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana[254], que recogía en su artículo primero, en una línea muy similar a la normativa que vino a suceder, una definición de orden público: "*el normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y el*

[251] Ley de Orden Público de 1870, *Gaceta de Madrid*, 24 de abril de 1870, nº 114. La Constitución de 1869 recogía con parecidos términos la potestad del Rey al extender su autoridad, en el artículo 69, a la conservación "*del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y las leyes*", así como estableciendo en el artículo 31que las garantías que recoge la misma podrían suspenderse temporalmente por medio de una ley por razón de la seguridad del Estado, una vez promulgadas las medidas extraordinarias y rigiéndose por la Ley de Orden Público establecida de antemano. Constitución de 6 de junio de 1869, *Gaceta de Madrid*, 7 de junio de 1869, nº 158.
[252] Nueva Ley de Orden Público, *Gaceta de Madrid*, de 30 de julio de 1933, nº 211.
[253] Ley 45/1959, de 30 de julio, de orden público, *BOE*, 31 de julio de 1959, nº 182.
[254] Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana, *BOE*, 22 de febrero de 1992, nº 46.

*pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales, reconocidos en la Leyes*".

De la referencia a toda esta normativa se pone de manifiesto que, en general, se aprecia una delimitación muy similar de orden público, si bien en el marco de distintos contextos sociopolíticos. En este sentido, se traen a colación las palabras de MONTALVO ALBIOL, quien afirma que en cuanto al concepto de orden público será la mera casuística y el sentido común aquello en que se concrete en cada momento[255]. Así, entiende el autor que cuando la sociedad cuenta con mecanismos que garantizan el disfrute de derechos y libertades y se protegen de las injerencias de terceros o del propio Estado, nos encontramos ante una normalidad socio-jurídica llamada orden público[256]. Acorde con ello, define el orden público "*como aquella situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen las atribuciones que le son dadas y los ciudadanos las respetan y obedecen sin oponer resistencia alguna*", pudiendo considerarlo el primer derecho social, necesario y previo del resto de derechos y libertades. Así, se equipararía al orden impuesto con la Constitución, y desarrollado por las leyes, identificándose con la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales[257].

En esta línea, es interesante apuntar que la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa[258] enuncia en su tercer artículo:

> *"El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática".*

Entiende ALCUBILLA que es encomiable la labor del legislador de tratar de aprisionar el concepto de orden público, donde aúna la seguridad ciudadana con el disfrute de los derechos y libertades; pero también incluye, a nuestro juicio, otros elementos de peligrosa manipulación, como la moralidad pública. Es por ello que, en realidad, el concepto de orden público va quedando como un residuo histórico que permite su limitación o el ejercicio del derecho según la menor o mayor capacidad comprensiva del aplicador o intérprete. En consecuencia, el autor citado cree que en un

[255] MONTALVO ALBIOL, J.C.: "Concepto de orden público en las democracias contemporáneas", en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 22, 2010-II, pág.212. El Tribunal Constitucional concluye la dificultad existente para encontrar un elemento diferenciador entre el orden público y la seguridad en general.
[256] *Ibidem*, pág. 213.
[257] *Ibidem*, pág. 220.
[258] Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. *BOE*, de 24 de julio de 1980, nº 177.

Estado democrático el recurso al orden público debe ser excepcional y que no puede servir como límite implícito a cualquier derecho fundamental, es decir, no puede ser interpretado este concepto como una cláusula preventiva para hacer frente a determinados riesgos. Para ello habría que minimizar su impacto sustituyéndolo por conceptos de menor grado de equivocidad, como puede ser el de seguridad pública o ciudadana, que es "*el que entendemos vinculado real y efectivamente al normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas o al normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de las personas o a la integridad de los bienes públicos o privados*"[259].

Con todo, en el marco de la Constitución Española de 1978[260], que proclama en su artículo 1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, el orden público aparece reflejado en distintos artículos. Así, el artículo 16 garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos con la limitación del mantenimiento del orden público. De la misma manera, el derecho de reunión, conforme al artículo 21, estará prohibido cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes. Sin embargo, al establecerse la misión de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se menciona que garantizan la seguridad ciudadana (artículo 104.1). Asimismo, el artículo 149.1.29, al especificar las competencias exclusivas del estado habla de la seguridad pública, conceptos que serán analizados individualmente a lo largo de este Capítulo, si bien, en una primera aproximación, se constata que el legislador también ha recurrido, junto al concepto de orden público, a estas otras nociones como la de seguridad ciudadana o pública, a nuestro juicio de contenido más preciso.

En el Derecho privado, la cláusula del orden público aparece también mencionada, por ejemplo, en los artículos 1.3, 6.2, 12.3, 21.2 y 1255 del Código Civil[261]. No obstante,

---

[259] ALCUBILLA, E.A.: "El orden público y la seguridad ciudadana en la Constitución Española de 1978*"*, en IGLESIAS MACHADO, S. (Dir.): *La noción del orden público en el Constitucionalismo español*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 225.

[260] Constitución Española de 1978, *BOE*, de 29 de diciembre de 1978, nº 311.

[261] Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid*, de 25 de julio de 1889, nº 206.
Artículo 1.3*: "La costumbre sólo regirá en defecto de la ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada*".
Artículo 6.2: "*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros".*
Artículo 12.3: "*En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".*

ninguno de estos preceptos viene a concretar su significado. Y es que, según DE CASTRO, el concepto de orden público utilizado en los códigos civiles españoles es descrito por los autores como una figura enigmática e imposible de ser definida[262]. También se hace mención a él en el artículo 138 LEC, en este caso al objeto de limitar las actuaciones de vistas, pruebas y comparecencias cuando sea necesario para la protección del orden público[263], sin que, de nuevo, se haga referencia a su contenido.

Por otro lado, también se menciona el concepto de orden público en el artículo 53 de la Ley de Extranjería[264], al concretar como infracción grave la participación del extranjero en actividades contrarias al orden público. Asimismo, el artículo 12.1 de la Ley 10/1994, de la Policía de la Generalidad-Mossos d`Esquadra especifica que una de las funciones de la seguridad es mantener el orden público, entendiéndolo incluido en el concepto más genérico de la seguridad ciudadana[265]. A su vez, la Ley 4/1985 de Extradición Pasiva, posibilita la denegación de la extradición, a pesar de la declaración de procedencia del Tribunal, atendiendo al orden público[266].

Al hilo de estas referencias al orden público en el ordenamiento jurídico, y respecto de la doctrina, TORRES FERNÁNDEZ afirma que el orden público se encuadra en un contexto de coexistencia de una pluralidad de derechos y titulares. Lo "público" del concepto no se refiere a la relación en la que se contraponen individuo y Estado, sino que se identifica con social, el orden público sirve de garantía para el ejercicio de los derechos

---

Artículo 21.2: "*La nacionalidad española también se adquiere por residencia en España, en las condiciones que señala el artículo siguiente y mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional"*.
Artículo 1255: "*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público"*.

[262] DE CASTRO, F.: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la libertad", en *Anuario de Derecho Civil,* fascículo 4, 1982, pág.1023. En los mismos términos se expresa CERRADA MORENO al describir el orden público como un bien jurídico indeterminado, siendo una tautología intentar definirlo. En *Criminalidad organizada. Tratamiento policial y judicial,* Bosch Editor, Barcelona, 2020, pág.161.

[263] En el mismo sentido, el artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la posibilidad de poder acordarse los actos o sesiones del juicio a puerta cerrada por razones de seguridad u orden público, entre otras.

[264] Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

[265] Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad- "Mossos d´Esquadra", *BOE,* de 12 de agosto de 1994, nº 192.

[266] Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, *BOE*, de 26 de marzo de 1985, nº 73. El artículo 6 regula lo siguiente: "*Si la resolución firme del Tribunal denegare la extradición, dicha resolución, será definitiva y no podrá concederse aquélla.*
*La resolución del Tribunal declarando procedente la extradición no será vinculante para el Gobierno, que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España.*
*Contra lo acordado por el Gobierno no cabrá recurso alguno*."

y libertades de todos los individuos titulares de ellas[267]. Por su lado, LÓPEZ-NIETO explica el orden público como una parte del orden jurídico. Entiende que para la existencia del Estado es importante la conservación del orden social, en el que se distinguen el orden moral y el orden jurídico, afectando este último a las relaciones personales. Ese orden jurídico por su parte, diferencia el orden privado, referido a la relación entre individuos, sin gran transcendencia al modo de ser y vivir en la sociedad política, y el orden público, de cuya conservación depende el perfeccionamiento social y la vida[268]. Por su parte, PAREJO ALFONSO define el orden público como presupuesto de comportamientos que no estando reglados son considerados indispensables para la convivencia ciudadana[269].

Si bien se percibe una posición común que atribuye al orden público las notas de conectar el espacio público, el mantenimiento social y el disfrute o ejercicio de derecho y libertades, resulta una noción excesivamente amplia que permite, de nuevo, diversas interpretaciones. En esta línea se mueve la STC 66/1995, haciéndose eco de lo que se acaba de señalar. Así, puede interpretarse desde quienes con la intención de preservar la seguridad ciudadana defienden la potestad coercitiva de la Administración y las normas de la policía, a quienes entienden el orden público "*como sinónimo de respeto de los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político*"[270]. En cualquier caso, MONTAVO ALBIOL critica la tendencia del Tribunal Constitucional de no proporcionar criterios interpretativos o de aplicación al límite de la cláusula del orden público, sino únicamente apreciaciones de carácter segmentario, que hacen imposible una exposición objetiva[271].

Tal y como se ha recogido, el orden público no es un concepto unívoco, por lo que su contenido conecta directamente con las coordenadas sociopolíticas de un determinado momento histórico, que condiciona su interpretación. A continuación, se pasa a estudiar el concepto de orden público en el ámbito del Derecho Penal, por ser el marco en el que

[267] TORRES FERNÁNDEZ, M. E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español,* Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 2001, pág.39.
[268] LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Seguridad Ciudadana y Orden Público,* El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Madrid, 1992, pág. 16.
[269] PAREJO ALFONSO, M.: *Seguridad pública y Policía Administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado Administrativo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 77.
[270] Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995, de 8 de mayo, nº de recurso 1693/1992. Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer.
[271] MONTALVO ALBIOL, J.C.: "Concepto de orden público en… *op. cit.*, pág. 212.

se sitúa el comportamiento delictivo que se está analizando en esta investigación y que, como se verá, tampoco está exento de controversia.

#### 2.2.2.2. El orden público como objeto de tutela en el ámbito penal

Los delitos contra el orden público se recogen en el Título XXII ("Delitos contra el orden público"), dentro del cual se tipificaban en el Código Penal de 1995 los siguientes delitos: sedición (artículos 544-549, derogados por la LO 14/2022, de 22 de diciembre[272]), atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia (artículos 550-556), desórdenes públicos (artículos 557-561), tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, (artículos 563-570), pertenencia a organización o grupo criminal (artículos 570 bis y ter) y terrorismo (artículos 571-580 bis)[273]. Se procederá a continuación a realizar una breve aproximación a cada uno de estos delitos sobre el modo en que pretenden tutelar el orden público.

Con carácter previo a abordar este análisis, resulta de interés recordar que años atrás, a comienzos de la década de los ochenta, TORÍO LÓPEZ ponía de manifiesto el "proceso de descriminalización característico del Derecho penal actual" por el que se atribuían al Derecho administrativo penal las infracciones al orden de la colectividad, donde no está presente un comportamiento peligroso para los bienes jurídicos, sino una violación de las reglas marcadas para mantener la seguridad y el orden o el fomento del bienestar[274]. No obstante, el legislador de 1995, lejos de haber procedido a la descriminalización que preconizara TORÍO, mantuvo en esencia el mismo catálogo de delitos, en ocasiones ampliando en ellos su ámbito de punición, como ha ocurrido con el delito de atentado; o, incluso, se ha ampliado el catálogo de figuras delictivas, como ha sucedido en relación con los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal. En consecuencia, el mantenimiento de la seguridad, orden o fomento del bienestar no se ha limitado al ámbito

[272] Ley Orgánica 14/2022 de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. *BOE*, de 23 de diciembre de 2022, nº 307.

[273] En el Código Penal anterior de 1973 estos delitos, salvo los de pertenencia a una organización y grupo criminal que se introdujeron en el año 2010, estaban regulados en el Título II, "Delitos contra la seguridad interior del Estado".

[274] TORÍO LÓPEZ, A.: "Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, serie 1, núm.3, Madrid, 1981, pág. 826.

administrativo, puesto que supuestamente es lo que se trataría de proteger en cada uno de los delitos que integran el Título XXII del Código Penal.

#### 2.2.2.2.1 Delito de sedición

La reciente reforma del Código Penal llevada a cabo mediante la LO 14/2022 ha eliminado el delito de sedición. No obstante, la sedición tradicionalmente ha formado parte de los delitos contra el orden público, por lo que se procede a estudiar brevemente el objeto de tutela de este delito al objeto de abordar posteriormente la cuestión en el caso del delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis CP.

El delito de sedición, hasta su desaparición del Código Penal, se tipificaba en los artículos 544 y siguientes del Código Penal de 1995. En concreto, el artículo 544 disponía lo siguiente:

> *"Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales".*

En este caso, el legislador consideraba que el impedimento de la aplicación de las leyes o de las resoluciones, cuando se lleva a cabo mediante la fuerza o de manera ilegal, lesionaba el orden público. A este respecto, es inevitable, en relación con este delito, remitirse a la STS 459/2019, conocida como la sentencia del Procés, que nos permite aproximarnos a la delimitación que el Tribunal Supremo realiza del concepto de orden público. En este sentido, en el caso del delito de sedición queda "*limitado al impedimento u obstrucción de la legitima voluntad legislativa, gubernativa o jurisdiccional -la aplicación de leyes, ejercicio de funciones por autoridad, corporación oficial o funcionario público, o el cumplimiento de las acuerdos, resoluciones administrativas o judiciales*"[275].

En esta resolución, el Tribunal Supremo aborda la distinción entre el delito de sedición y el de rebelión, posicionándose respecto del bien jurídico protegido en cada uno de ellos. Así, con el delito de rebelión, tipificado en el artículo 475 dentro del Título XXII ("Delitos contra la Constitución"), Capítulo I ("Rebelión"), se protegerían los elementos esenciales del sistema constitucional (la Constitución, la Corona, las Cámaras legislativas, la unidad

[275] STS núm. 459/2019, de 14 de octubre del 2019, Causa especial núm. 20907/17. Ponente: Manuel Marchena Gómez, pág. 276.

territorial, el Gobierno o la obediencia a este de las fuerzas armadas), mientras que el bien jurídico que se protege con el delito de sedición, el consabido orden público, se vincula con el impedimento u obstrucción de la legitima voluntad legislativa, gubernativa o jurisdiccional. El Tribunal Supremo asume que no existe unanimidad sobre el concepto de orden público, y que la diversidad de los tipos que se recogen en el mismo Título XXII constituyen un óbice a ese reduccionismo en la configuración del bien jurídico protegido. Entiende que el terrorismo, por ejemplo, debido a su carácter tendencial, desborda los límites del orden público concebido como un bien jurídico autónomo, por lo que resulta necesario diferenciar el concepto de orden público de otras nociones con las que puede encontrar afinidad.

A juicio de la sentencia que ahora se menciona, suele recurrirse a otros conceptos, como el de seguridad en un sentido material, entendido como presupuesto de pacífica convivencia, pero que debe diferenciarse de la tranquilidad pública. El orden público se definiría, así, como el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, del ejercicio por las autoridades gubernativas y judiciales en sus funciones y el conjunto de condiciones que permiten el desarrollo de la vida ciudadana en el marco convivencial de la organización democrática del Estado. Obsérvese que, con ello, el Tribunal Supremo parece desbordar lo asumido en la STC 66/1995 y la posición doctrinal en el ámbito administrativo, civil y constitucional anteriormente expuesta. En consecuencia, el orden público se diferenciaría de otros conceptos como la paz pública, "*que permitiría construir un bien jurídico identificable con el interés de la sociedad en la aceptación del marco constitucional, de las leyes y de las decisiones de las autoridades legítimas, como presupuesto para el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales*"[276]. Con ello el Alto Tribunal considera el orden público como una cláusula puramente formal, pero no suficiente para concretar el interés objeto de tutela en todos los tipos penales del Título XXII, lo que exige acudir al concreto interés protegido en cada caso concreto.

[276] Cabe mencionar que en el caso del Procés la acusación popular ejercida por el partido político Vox solicitó entre otros delitos la condena por pertenencia a una organización criminal. Pero no hubo condena por este delito, ya que, ni el relato fáctico, ni los hechos probados sirvieron para sostener la comisión de un delito de organización criminal, que se ha delimitado por la jurisprudencia en distintas sentencias (SSTS 134/2016 de 24 de febrero, 808/05 de 23 de junio, 763/2007 de 26 de septiembre, 1601/2005, de 22 de diciembre). En cualquier caso, destaca el Tribunal Supremo que no sería automáticamente incompatible el delito de sedición con el de pertenencia a una organización criminal, a pesar de que la sedición supone ya un delito plural, colectivo y tumultuario. Ello podría compatibilizarse con un reparto de tareas y el concurso de normas se resolvería por la consunción que incluye un tratamiento penal singularizado para quienes *"... hayan dirigido la sedición o aparecieren en ella como sus principales autores*". En cualquier caso, debido al relato factico de los hechos, no se consideró probado el delito de pertenencia a una organización criminal.

La diferencia entre el orden público y la paz pública se recalca también, en un caso de desórdenes públicos, en la STS 1154/2010, de 12 de enero[277], que recoge:

> *"Las definiciones han sido variadas pero puede entenderse que la paz pública hace referencia a la normalidad de la convivencia con uso pacífico de los derechos, especialmente de los derechos fundamentales, mientras que el orden público se refiere al funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios. De esta forma podría decirse que la paz pública puede subsistir en condiciones de un cierto desorden, aun cuando al concebir éste como un elemento de aquella, una grave alteración del mismo conllevaría ordinariamente a su afectación*".

En términos similares se expresa la STS 987/2009, de 13 de octubre[278], igualmente sobre desórdenes públicos, precisando que

> "*tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden de la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia (...) y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas*".[279]

En esta línea, BESIO HERNÁNDEZ alude, entre otras, a la STS nº 136/2007, de 8 de febrero y al ATS nº 2425/2010, de 9 de diciembre, donde también se ha abordado la diferenciación de los conceptos de "orden público" y "paz pública". Así, se entendería el primero como el simple orden de la calle, mientras que la paz pública tendría en un sentido más amplio, de manera que "*integra el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y, en definitiva, la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia*"[280].

En este sentido, recuerda CANO PAÑOS que la reinstauración de la democracia y la aprobación del Código Penal de 1995 conllevó que el término orden público perdiera su naturaleza omnicomprensiva que tenía hasta entonces, identificado con el orden jurídico y político impuesto, y estableció un concepto más restrictivo, equivalente a la paz y tranquilidad en las manifestaciones externas de la vida colectiva[281].

---

[277] STS núm. 1154/2010, de 12 de enero de 2011, nº recurso 1315/2010. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez Luarca.

[278] STS 987/2009, de 13 de octubre de 2009, nº de recurso 10504/2009. Ponente: Joaquín Giménez García.

[279] En el mismo sentido se expresan las SSTS 865/2011, de 20 de julio, 987/2009, de 13 de octubre y 1622/2001, de 21 de septiembre.

[280]BESIO HERNÁNDEZ, M.: "Delitos contra el orden público", en CORCOY BIDASOLO, M.: Manual de *Derecho penal, parte especial. Tomo 1. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 834

[281] CANO PAÑOS, M.A.: "Los delitos de rebelión y sedición en el ordenamiento jurídico español y su eventual aplicación al proceso independentista catalán", en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, nº 5, 2019, pág. 30. Disponible en: https://www.ejc-reeps.com/CANO%20PROCES.pdf

#### 2.2.2.2.2. Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de resistencia y desobediencia

Estos delitos integran el Capítulo II del Título XXII. En concreto, el delito de atentado se tipifica en los artículos 550 CP en los siguientes términos:

> *"Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.*
>
> *En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas."*

Por su parte, el artículo 556 CP castiga el delito de resistencia o desobediencia grave "contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad"; tipo penal de aplicación subsidiaria al delito de atentado. Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo 556 CP, castiga la falta de respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones.

De esta regulación se desprende que todo acto contrario al ejercicio libre de la autoridad supone una lesión, en base a la ubicación y justificación dada por el legislador, al orden público. En este sentido, se entiende por parte de algunos autores que el concepto de orden público tutelado en este delito sirve para justificar un poder punitivo expansivo, con amplia discrecionalidad para las autoridades, además de incierto, pasando del concepto de orden público a la seguridad o paz pública, en la que se privilegia a la autoridad, dejando pocos resquicios a la libertad[282].

Conforme a lo anterior, tradicionalmente se ha entendido que en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad el bien jurídico protegido era el interés del Estado respecto de la autoridad, otorgando una sobreprotección a autoridades, agentes y funcionarios públicos solo por el mero hecho de serlo. Pero tras incluirse también como atentado los actos realizados contra médicos y docentes, por medio de la reforma operada por la LO 1/2015, se ampliaron aún más los contornos del objeto de tutela, y los comportamientos recogidos en ese artículo serían también tipificados cuando les afectasen. En este sentido, resulta de interés el voto particular emitido por el Magistrado

[282] GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una nueva política en materia de espacio y orden público*, Tirant lo Blanch / Grupo de Estudios de Política Criminal, Valencia, 2016, pág.10.

del Tribunal Supremo Andrés Martínez Arrieta en la STS 1030/2007, previo a la reforma que se acaba de señalar, al mostrarse disconforme con esta definición amplia del concepto de orden público, considerando que no se ataca ese bien jurídico cuando se lesiona a un médico funcionario y, por lo tanto, no puede tipificarse como delito de atentado. Estima el Magistrado que la descripción del orden público dado en la sentencia[283] cambia lo entendido por el Alto Tribunal hasta ahora como tal, al menos respecto de este delito, y ello traería como consecuencia que cualquier ataque contra un funcionario público fuera considerado atentado. Según el Magistrado habría que dilucidar si los funcionarios públicos a los que se refiere este tipo penal son todos los que prestan un servicio público o únicamente los encargados de mantener el orden público[284]. En la misma línea, CASANUEVA / ECHANO / GIL entienden que poseen un distinto grado de lesividad las agresiones de unos y otros funcionarios respecto del objeto de tutela, focalizándolo en el correcto ejercicio de la función pública o el principio de autoridad en sentido funcional, es decir, en cuanto garantía del buen desempeño de las funciones públicas, de manera que no estaría justificada su vulneración como delito de atentado en todos los casos en los que el sujeto pasivo ostente la condición de funcionario público[285].

En el marco de esta controversia, afirma BESIO HERNÁNDEZ que no existe unanimidad sobre la delimitación del bien jurídico "orden público" protegido en el delito de atentado y desobediencia. Por un lado, está la defensa del tradicional principio de autoridad, entendiendo como tal el respeto al prestigio de las personas que ejercen la función pública. Por otro lado, hay quien defiende que el bien jurídico protegido en este delito, en atención a la evolución sufrida de este término, es el orden público en sentido estricto, en el sentido de tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida ciudadana y, por último, estarían lo que se posicionan en favor de un sentido amplio de orden público, lo que se traduciría en el ejercicio correcto de la función pública o garantía del

[283] STS 1030/2007, de 4 de diciembre de 2007, nº de recurso 759/2007. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez Luarca. Se establece en la misma que el orden público se define como "*situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales. En definitiva, se sancionan a través de estos preceptos los hechos que atacan al normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos".*

[284] STS 1030/2007 de 4 de diciembre del 2007, nº de recurso 759/2007. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

[285] CASANUEVA SANZ, I./ECHANO BASALDUA, J.I./GIL NOBAJAS, S.: "Agresiones al personal sanitario: consideraciones sobre la aplicación del delito de atentado", en ADROHER BIOSCA, S./DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F./CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R./VEIGA COPO A. (Coords.).: *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina,* Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 412.

buen funcionamiento de funciones y servicios públicos[286]. De manera que, de nuevo, no solo existen diversidad de acepciones en atención a los diversos delitos que integran el Capítulo XXII del Código Penal, sino que igualmente conviven diversas posturas en relación con el mismo delito, del que el atentado a la autoridad o sus agentes es una buena muestra. En cualquier caso, parece mayoritaria la postura que defiende mantener sus contornos respecto de esta incriminación en el principio de autoridad.

#### 2.2.2.2.3. Delitos de desórdenes públicos

Los delitos de desórdenes públicos, reformados mediante la LO 14/2022, de 22 de diciembre, acogiendo en su seno el derogado delito de sedición como modalidad agravada de desórdenes públicos, se tipifican en el Capítulo III del Título XXII, artículos 557 a 560 CP. La redacción actual del artículo 557 CP, tras la reforma, establece:

> *"1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, ejecuten actos de violencia o intimidación:*
>
> *a) Sobre las personas o las cosas; u*
>
> *b) obstaculizando las vías públicas ocasionando un peligro para la vida o salud de las personas; o*
>
> *c) invadiendo instalaciones o edificios alterando gravemente el funcionamiento efectivo de servicios esenciales en esos lugares.*
>
> *2. Los hechos descritos en el apartado anterior serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el mismo tiempo cuando se cometan por una multitud cuyo número, organización y propósito sean idóneos para afectar gravemente el orden público. En caso de hallarse los autores constituidos en autoridad, la pena de inhabilitación será absoluta por tiempo de seis a ocho años.*
>
> *3. Las penas de los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior a los intervinientes que portaran instrumentos peligrosos o a los que llevaran a cabo actos de pillaje.*
>
> *Estas penas se aplicarán en un grado superior cuando se portaran armas de fuego.*
>
> *4. La provocación, la conspiración y la proposición para las conductas previstas en los apartados 2 y 3 del presente artículo serán castigadas con las penas inferiores en uno o dos grados a las respectivamente previstas.*
>
> *5. Será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años quien en lugar concurrido provocara avalancha, estampida u otra reacción análoga en el público que pongan en situación de peligro la vida o la salud de las personas.*
>
> *6. Las penas señaladas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que les puedan corresponder a los actos concretos de lesiones, amenazas, coacciones o daños que se hubieran llevado a cabo".*

Por su parte, el artículo 557 bis CP castiga la ocupación de un establecimiento, aun estando abierto al público, con la finalidad de causar una perturbación relevante a la paz pública y su actividad normal. El mismo comportamiento, cuando es llevado a cabo en tribunales o juzgados o en los actos propios de cualquier autoridad o corporación, entre otros lugares, es tipificado por el artículo 558 CP. Asimismo, mediante el artículo 560 se

[286]BESIO HERNÁNDEZ, M.: "Delitos contra el orden público… *op.cit.,* pág. 821.

castigan actos que suponen un ataque a las líneas de telecomunicaciones, correspondencia postal, vías ferroviarias, o conducciones de agua, gas o electricidad; y el artículo 561, por su parte, tipifica como delito simular una situación de peligro que provoque la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamiento.

A pesar de la reforma producida en cuanto a los tipos penales del Capítulo III, siguen siendo válidas, a los efectos de esta tesis, las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el interés tutelado en ellos. Así, de igual manera que sucede con el delito de atentado, afirma BESIO HERNÁNDEZ que en el delito de desórdenes públicos coexisten varias posiciones respecto del bien jurídico protegido, concretamente cuatro: orden público en sentido estricto, según los términos anteriormente mencionados sobre la tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida cotidiana; una segunda acepción configurada como la normalidad de la vida ciudadana; otra tercera referida a orden público en sentido amplio, esto es, el sometimiento al ordenamiento jurídico y a la autoridad estatal; y una última definición en la que el orden público queda equiparado a la seguridad pública[287].

COLOMER BEA, sin embargo, distingue dos bienes jurídicos en referencia a los delitos de desórdenes públicos: entiende, por un lado, que se protege la paz pública, expresamente mencionada en el tipo penal, identificando esta con la "*vida e integridad física de un número indefinido de personas"* y, por otro, el orden público concebido como *"normalidad en el desarrollo o funcionamiento de determinadas actividades o servicio público"*. Así, se diferenciaría el objeto de protección según la norma aplicable. A juicio de este autor, y según la incriminación de conductas existentes con anterioridad a la reforma operada por la LO 14/2022, la paz pública se venía a proteger mediante el tipo básico de desórdenes públicos del artículo 557.1, modificado con esta última reforma, y los cuestionados delitos de incitación o refuerzo moral que se recogían antes de la reforma en los artículos 557.2 y 559, hoy suprimidos, así como el también hoy desaparecido tipo que recogida el artículo 557 bis, por el que se castigaba conductas de incitación a los desórdenes realizadas a través de la distribución o difusión pública de mensajes y consignas tipo agravado del artículo 557 bis. Por ello, planteaba este autor en el marco de

[287] *Ibidem*, pág. 834.

esta regulación si resultaba adecuado que la protección de la paz pública también esté incluida en el Título relativo a los delitos contra el orden público[288].

En relación con el delito de sedición, hoy suprimido y que ha pasado a convertirse en una modalidad agravada de desórdenes públicos (artículo 557.2), se ha aludido anteriormente a la distinción que en ocasiones realizan los tribunales entre el orden público y la paz pública. Esa diferenciación ha sido también profundizada en las ya mencionadas STS 1154/2010 y STS 987/2009, relativas al delito de desórdenes públicos. Asimismo, ahondando en estas diferencias en el ámbito del delito que ahora se trata, la STS 244/2011[289] ha considerado la paz pública como un concepto más amplio que el de orden público, que conecta con el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, en la línea anteriormente analizada.

Las divergencias doctrinales, por su parte, han sido recogidas en la ya mencionada STS 1154/2010, al especificar que parte de los autores han venido considerando que la finalidad de atentar contra la paz pública no sería compatible con la existencia de otra finalidad que pudiera considerarse legítima, mientras que otra parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria abogan por que la concurrencia de una finalidad legítima no impide la comisión del delito. Ello ocurre cuando existen posibilidades menos gravosas para la paz pública, y es evidente que los autores del delito deciden realizar sus actos de forma grave al optar por procedimientos al margen de las reglas de convivencia democrática. Esta misma sentencia afirma que la paz pública debe comprenderse como la normalidad de la convivencia con el uso pacífico de los derechos, especialmente de los derechos fundamentales, mientras que el orden público se circunscribe al normal funcionamiento de instituciones y servicios, en una línea muy afín con aquella jurisprudencia que describe el orden público como simple orden de la calle, y la paz pública, en un sentido más amplio, como conjunto de las condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y, en definitiva, las reglas que facilitan esa convivencia y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

[288] COLOMER BEA, D.: "Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos" en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19, 2017, pág. 23. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-18.pdf

[289] STS 244/2011, de 5 abril 2011, nº de recurso 11052/2010. Ponente Joaquín Giménez García.

#### 2.2.2.2.4. Delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos

Los delitos correspondientes al Capítulo V del Título XXII, se tipifican en el artículo 563 y siguientes. Concretamente, el primero de ellos regula:

> *"La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años".*

El artículo 564, por su parte, castiga la posesión de armas reglamentadas, pero sin autorización para ello. Y en el artículo 566 se sanciona la fabricación, comercialización o el establecimiento de depósitos de armas y municiones sin autorización, mientras que en el artículo 568 se tipifica la tenencia o depósito de aparatos explosivos.

Mantiene GARCÍA ALBERO que, en lo referente al delito de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, se entiende como bien jurídico la seguridad frente a los riesgos derivados de la libre circulación y tenencia de armas y explosivos. Esa seguridad remite al estado de cosas en las que se garantizan los bienes jurídicos elementales como la vida, salud o libertad. Según el autor, el delito de tenencia ilícita posee una lesividad propia, que es la confianza del ciudadano en la fiscalización y control en la circulación y uso de instrumentos peligrosos, es decir, confía en un "estado jurídicamente garantizado", lo que parece enlazar en este caso con un concepto estricto de orden público entendido como "tranquilidad y desasosiego"[290]. Conforme a lo anterior, también ha habido voces que han puesto en cuestión la ubicación de este delito dentro del Título XXII. En este sentido, CRUZ BLANCA considera que el delito de tenencia ilícita de armas protegería realmente la seguridad colectiva, entendida como "*aquel estado de cosas, que de forma autónoma y anticipada, tiende a garantizar la tutela mediata de bienes jurídicos individuales de las personas en general de modo que, así entendido, el bien jurídico adquiere una connotación institucional o colectiva".* Por ello, defiende la autora que tendrían cabida en el Título XVII de los delitos contra la seguridad colectiva[291].

---

[290] GARCÍA ALBERO, R., "De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos", en QUINTERO OLIVARES, G (Dir.)./ MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español Tomo II (Artículos 234 a DF 7ª),* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, 7ª edición, pág. 1825.

[291] CRUZ BLANCA, M.J.: *Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas,* Dykinson SL, Madrid, 2005, pág. 42. La autora justifica su tesis afirmando que los delitos contra la seguridad colectiva atentan contra distintos aspectos de la seguridad ciudadana, puesto que "*dado que la seguridad colectiva debe ser garantizada por el Estado, se podría entender que con ello se está también*

A esta postura parece adherirse igualmente la jurisprudencia. La STS 1057/2013, en su fundamento jurídico séptimo, delimita el bien jurídico vulnerado en el Capítulo V del Título XXII en la seguridad ciudadana y, mediatamente, en la vida y la integridad de las personas[292]. Por su parte, la STS 492/2017 describe este delito como un delito de amplio espectro, al consumirse con distinta gravedad: desde la posesión más o menos intranscendente, hasta constituir un acto de suma gravedad contra la paz social considerando la calidad de las armas, la personalidad del agente o la finalidad presumible que sigue[293].

Ese concepto de seguridad colectiva, que más adelante se analizará, como objeto de tutela en este delito, resulta a nuestro juicio la noción más afín de cara a delimitar el bien jurídico protegido del artículo 570 bis CP. En ambos casos la seguridad podría describirse como aquel estado en el que se protegen los bienes jurídicos individuales (o en ocasiones colectivos, como puede ser la salud pública en el caso de una organización que se dedique al tráfico de drogas), de manera mediata y anticipada. Supone, pues, la lesión de un bien jurídico colectivo, la seguridad, y la puesta en peligro del bien que con ella se pretende proteger; postura mixta que más adelante se abordará.

#### 2.2.2.2.5. Delitos de terrorismo

En último lugar dentro del Título XXII, inmediatamente después de los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal, el Capítulo VII incrimina las organizaciones y grupos terroristas, así como los delitos de terrorismo. En primer lugar, debe tenerse presente que, a la hora de especificar qué es una organización o grupo terrorista, el artículo 571 remite al concepto de organización y grupo criminal que recogen los artículos 570 bis y 570 ter, con las características definitorias que en ellos se establece; aspecto este último que, como se vio en el Capítulo anterior de esta investigación, permite comprender la falta de sintonía de la definición asumida por el legislador español con los textos internacionales para combatir la delincuencia organizada, puesto que en el caso

*protegiendo el derecho/obligación del Estado al control de las armas lo que materialmente constituye una de las funciones esenciales que ha de cumplir para garantizar la seguridad ciudadana*".

[292] STS 1057/2013, de 12 de diciembre de 2013, nº de recurso 372/2013. Ponente: Juan Saavedra Ruiz. La sentencia trae a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2004 que justifica la intervención del derecho penal, frente al administrativo sancionador cuando la tenencia se produzca "en condiciones o circunstancias que lo conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana", y sacar el machete en una riña en medio de la discoteca llena de gente, existiendo un riesgo de lesión de las personas que precipitadamente abandonan el local, así como para quien perseguía con el machete, lo considera el Tribunal Supremo en ese término.

[293] STS 492/2017, de 29 de junio de 2017, nº de recurso 10618/2016. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

español el concepto de organización criminal y, por ende, de grupo criminal, engloba más supuestos que la tradicional delincuencia común organizada movida por un ánimo fundamentalmente de lucro. Por ello, en el ámbito de las organizaciones y grupos terroristas, aparte de las características propias que disponen los artículos 570 bis y 570 ter, se exige, además, que tengan como finalidad subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, en los términos que señala el artículo 573 CP[294].

Ahora bien, la alteración de la paz pública en cuanto a finalidad buscada por la organización terrorista remite, en palabras de ASUA BATARRITA, "*a una situación constatable de constricción de la libertad que se produce en relación a personas o colectivos más o menos amplios, hostigados por la amenaza de persecución, que puede afectar asimismo a la población general*"[295]. Ahondando en esta idea, la STS 338/2015 describe el terrorismo como un fenómeno no estático, sino dinámico, que va ampliando y diversificando el abanico de actividades que lleva a cabo para perseguir sus fines, por lo que el legislador penal debe ir ampliando el espacio penal de los comportamientos que han de ser considerados terrorismo. Así, asegura el Tribunal Supremo que una organización terrorista que persigue fines pseudo-politicos, además de con actos terroristas, puede intentar alcanzar esos fines a través de actuaciones que por sí mismas

[294] El artículo 573 del Código Penal recoge lo que se considerará delito de terrorismo:
"*1. Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:*

*1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.*

*2.ª Alterar gravemente la paz pública.*

*3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.*

*4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.*

*2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.*

*3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo*."

[295] ASUA BATARRITA, A.: "Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental", en ECHANO BASALDUA, J.I. (Coord.): *Estudios jurídicos en memoria de José Maria Lidón,* Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pág. 80. Recoge el término "paz pública" como el concepto que sintetiza las condiciones básicas de libertad y seguridad de la población en general o de grupo de personas afectadas más intensamente del mensaje coercitivo.

no serían terroristas. Por ello, entiende que la jurisprudencia debe ir siguiendo esta evolución y acomodándose en sus interpretaciones a esta realidad social[296].

El Título del Código Penal en el que se ubica un delito no significa la lesión automática del bien jurídico que se recoge en él. De hecho, en el caso del terrorismo, el Código Penal especifica que la finalidad es la de subvertir el orden constitucional, alterar la paz pública, desestabilizar el funcionamiento de la organización internacional o provocar terror en parte de la población. Objetivos que, como se recordará, lo diferencian del delito de pertenencia a una organización criminal. Es pues, esta distinta finalidad lo que parecería distinguir ambos delitos. No obstante, tal y como se desprende del análisis realizado en relación con otros delitos ubicados en el Título XXII, el concepto de orden público en el caso de los delitos de terrorismo podría estar relacionado, también aquí, con la seguridad, término que podría concretarse como el estado en el que se protegen anticipadamente los bienes jurídicos individuales. En ese sentido, GONZÁLEZ CUSSAC y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ definen el terrorismo como delito pluriofensivo al hacer alusión al bien jurídico individual afectado de forma inmediata por el comportamiento desarrollado (vida, salud, libertad y patrimonio básicamente), así como al bien jurídico sobre el que se actúa de manera mediata, de carácter colectivo y que ha ido variando entre la seguridad exterior e interior del Estado, el orden público, la seguridad jurídica y el orden democrático[297].

Tras el análisis realizado, se concluye, pues, que en el ámbito penal, específicamente en relación con los delitos recogidos en el Capítulo XXI del Código Penal tampoco parece existir un significado unívoco de orden público, lo que, como a continuación se verá, también es extrapolable al delito de pertenencia a una organización criminal.

#### 2.2.2.3. El orden público como objeto de protección en el delito de pertenencia a una organización criminal y sus diferentes interpretaciones

Se ha apuntado anteriormente que en el Anteproyecto de Ley de 2006 los delitos de pertenencia a organización y grupo criminal estaban tipificados en el Título XVIII bis, "De las organizaciones y grupos criminales", contando con un único artículo, el 385 bis. Este Título se ubicaba entre los delitos contra la seguridad colectiva y los delitos de

[296] STS 338/2015, de 2 de junio de 2015, nº de recurso 2057/2015. Ponente: Juan Ramón Gómez Berdugo de la Torre.
[297] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L/HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ A.: "Sobre el concepto jurídico penal del terrorismo", en *Revista Teoría y Derecho,* nº3, 2008, págs. 34-58.

falsedades, lo que hacía difícil intuir cuál era el bien jurídico que se pretendía proteger con la incriminación que presentaba el artículo 385 bis. Mismo Título y ubicación se mantuvo en el Proyecto de 2007 y en el Anteproyecto de 2008, modificándose únicamente su denominación, que pasó a ser "De las agrupaciones criminales".

Sin embargo, en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, se justificaba la nueva ubicación de estos delitos dentro del Título XXII, "Delitos contra el orden público", como sabemos, en el hecho de que estas organizaciones tienen como objetivo atentar contra la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos. Por ello, el legislador consideraba que la reacción contra las mismas debía situarse en el núcleo mismo del concepto de orden público. La Exposición de Motivos se hacía eco, a su vez, de la estructura compleja de las organizaciones criminales, en comparación con la de los grupos criminales, entendiendo que los primeros suponen una amenaza cuantitativa y cualitativamente mayor para la seguridad y el orden jurídico; de ahí que se previera una pena mayor respecto de la pertenencia a una organización criminal[298].

La consideración del orden público como bien jurídico protegido en el delito de pertenencia a organización criminal ha sido uno de los argumentos utilizados por la Fiscalía para defender su tipificación autónoma. En su Circular 2/2011[299], defiende esta incriminación autónoma de la pertenencia a organizaciones y grupos criminales en la puesta en peligro del concreto bien jurídico que protege la norma, considerando como tal el orden público. Así, se alega que la existencia de una relación estructurada entre diversas personas, que actúan de manera estable, permanente y sistemática con la finalidad de cometer uno o más delitos, representa un plus de peligro de comisión de los mismos. A

[298] En aras de lo manifestado, el legislador justificaba que tanto las organizaciones como los grupos criminales tienen como finalidad la protección del orden público. Tal y como afirma CARRETERO SÁNCHEZ, "*con carácter general el nuevo Código Penal, castiga con más rigor en el caso de los delitos imputados a los miembros de una OC, ya que su estructura potencial causa más daño a la sociedad, con independencia de su mayor o menor actividad delictiva*". En "La organización y grupo criminal en la reforma del Código Penal", en *Diario La Ley*, núm. 7560, 2 de febrero del 2011, pág. 3.

[299]Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado… *op. cit.*, pág.8 En esta misma Circular, se dan las notas para conocer en qué casos estaríamos, según la Fiscalía, ante una organización criminal entendiendo que a las características que se recogen en el Código Penal sobre lo que debe entenderse por organización criminal, podrá añadirse el hecho de que no se exige que la organización deba ser muy compleja, ni con relaciones internacionales y que deben tener una "voluntad colectiva" superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros. En cualquier caso, esa complejidad de la organización y la mayor o menor peligrosidad que supone, será relevante para graduar la sanción, por estar justificado el incremento punitivo por el mayor contenido del injusto.

pesar de ello, lo que no aclara la Circular es en qué se concreta el denominado orden público[300].

En la doctrina, aquellos que se posicionan a favor del orden público como objeto de protección del artículo 570 bis CP, no siempre precisan cómo ha de ser entendido este. LLOBET ANGLÍ entiende que el concepto de orden público recogido en la Exposición de Motivos abarca la seguridad jurídica, la vigencia del principio de legalidad y los derechos y libertades de los ciudadanos, limitándose a reproducir los argumentos de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010. Para esta autora el bien jurídico es el orden público dada la ubicación que los artículos 570 bis y 570 ter tienen en el Código Penal, ubicación que expresaría el propósito de no alterar más de lo necesario el Código[301]. Por su parte, GARCÍA ALBERO afirma que, tal y como se desprende de su ubicación, el bien jurídico protegido en el delito de pertenencia a una organización criminal es el orden público, pero entendido este en un sentido material y no formal, esto es, ceñido a la seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana. Esa seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana suponen "*la afectación al normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, la generación de intranquilidad, desasosiego, la capacidad para generar cambios en las partes de conducta de los ciudadanos en sus traslados en el ocio, en la relación misma con el entorno de sus ciudades, las implicaciones económicas y sociales de toda índole*". Todo ello entiende que "*justifican sobradamente la lesividad material de la organización criminal*"[302], acercando el objeto de tutela, a nuestro juicio, a un concepto de orden público en sentido estricto como tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida cotidiana o, según otras posiciones, la paz pública.

Sigue la misma línea MUÑOZ CUESTA al defender que el castigo de las personas que integran la organización está justificado por la peligrosidad que esta supone en sí misma, así como por sus efectos devastadores para la paz social, la seguridad jurídica y

[300] Se recordará que en relación con el Anteproyecto del 2008 de la LO 5/2010, el informe de la Fiscalía defendía que el delito autónomo de pertenencia a una organización criminal debería tipificarse junto con el delito de asociación ilícita, por estimar que el bien jurídico protegido es era el mismo y la dinámica delictiva similar, a pesar del carácter transitorio de la organización que tipificaba el artículo 385 bis.

[301] LLOBET ANGLÍ, M.: "Capítulo 41. Delitos contra el orden público", en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.): *Memento Penal 2016,* Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pág. 1876. La autora describe el tipo del 570 bis como un delito de peligro abstracto indeterminado y lo define como una categoría no conocida hasta ahora y que puede resultar complicado compaginarlo con el principio de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

[302] GARCÍA ALBERO, R.: "De las organizaciones y grupos criminales", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código Penal español Tomo II… op.cit.,* pág. 1872.

los derechos y libertades de los ciudadanos[303]. También asume el orden público como bien jurídico tutelado RIVERO ORTÍZ, entendido como paz pública[304]. Por su parte, LÓPEZ-MUÑOZ justifica igualmente el orden público como interés tutelado en cuanto a que "*la protección de valores fundamentales de la sociedad en espacio material y tiempo determinado, concretada en la tutela jurídica de aquellos que se ven ofendidos por los delitos de las organizaciones, comprende también la protección del orden público en tanto que, esa tutela efectiva, genera una eficacia resultante contra elementos y amenazas que supriman los bienes y derechos de las personas y del propio Estado"*[305].

No obstante, algunos autores, defensores de la idea de que en las organizaciones que tienen la finalidad de cometer delitos se anticipa la barrera de protección penal, no ven que el orden público, con independencia de cómo se concrete este, sea el bien jurídico protegido, sino que se trata de una mera *ratio* de tutela, incapaz de ofrecer una noción significativa del objeto de protección y, por tanto, inidónea para desarrollar una función de delimitación de la intervención penal[306]. Algo que no debe extrañar, dada la falta de univocidad del término como queda patente del análisis hasta ahora realizado. En cualquier caso es peligrosa la confusión entre el bien jurídico y la *ratio* de tutela en materia de orden público, puesto que cabe la criminalización de conductas contrarias al orden público como *ratio* que, sin embargo, resultan alejadas de una efectiva lesión del bien jurídico[307].

Por parte de la jurisprudencia, la delimitación del bien jurídico protegido en el artículo 570 bis CP no resulta muy clarificadora, ya que se limita a recoger lo que expresa la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 para argumentar que el bien jurídico protegido es el orden público. Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 337/2014, de 16 de abril del 2014[308], expone que el delito de pertenencia a una organización criminal se encuadra en los delitos contra el orden público, remitiéndose a dicha Exposición de

[303] MUÑOZ CUESTA, F.J, "Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2011, pág. 36.
[304] RIVERO ORTÍZ, R.: "Las Asociaciones criminales en la modificación… *op.cit.*
[305] LÓPEZ-MUÑOZ, J.: *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015, pág.65.
[306] BRANDARIZ GARCÍA, J.A..: "*Asociaciones y organizaciones criminales… op. cit.*, pág.729. Misma idea recoge GARCÍA CUENCA, M.L.: "Criminalidad organizada tras la reforma del Código Penal español: una visión desde el derecho italiano*",* en *La Ley Penal*, nº 93, mayo 2012, pág.65
[307] ROPERO CARRASCO, J.: "La necesaria armonización legislativa*… op.cit.,* pág. 95. En opinión de Ropero, admitir el delito autónomo de participación en la organización lleva consigo el obstáculo de determinar el bien jurídico y la operatividad del principio de lesividad de esas conductas, pág. 97.
[308] STS 337/2014, de 16 de abril de 2014, nº de recurso 10672/2013. Ponente: Francisco Monterde.

Motivos, "*entendido éste en la acepción que corresponde a un Estado de Derecho, es decir, como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales*". En la misma línea, la STS de 2 de julio del 2012 establece que

> "*a sabiendas, precisamente, de la polémica doctrinal surgida en torno a la ubicación sistemática de estos tipos penales, la LO 5/2010 ha optado finalmente, con el propósito de alterar lo menos posible la estructura vigente del Código Penal, por situar tales delitos dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en los delitos contra el orden público. Y lo son, inequívocamente, si se tiene en cuenta que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base de la democracia*".[309]

CANCIO MELIÁ afirmaba, ya en el año 2008, que el Tribunal Supremo español no ha mostrado especial interés en pronunciarse sobre la definición del injusto o del objeto de protección de los delitos de organización. Lo que sí parecía tener claro el Alto Tribunal era cuál no es el bien jurídico: "*un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó*", como expresa la sentencia del Tribunal Supremo nº 234/2001 de 3 de mayo[310]. Lo que pone de manifiesto que, para la jurisprudencia, el bien jurídico que se pretende proteger con los delitos de organización es colectivo, aunque no se haga especial hincapié en delimitarlo o describirlo, más allá de la referencia a la ley.

Volviendo al objeto de tutela del artículo 570 bis, si bien es cierto que tanto la Exposición de Motivos como la jurisprudencia lo concretan en el orden público, se ha visto que su concreción, siguiendo la tónica del resto de delitos del Título XXII, igualmente no es unánime en la doctrina, algo que previo a la reforma del 2010 ya ocurrió en relación con el bien jurídico tutelado en el delito de asociación ilícita: algunos lo determinaron como orden público y/o autotutela de poder del Estado y otros como seguridad del Estado o institución estatal; en ese último caso se consideraba que la asociación ilícita sería un tipo de peligro para tales objetos de tutela[311]. Falta de unanimidad de la que también se ha hecho eco la jurisprudencia[312].

---

[309] STS 544/2012, de 2 de julio de 2012, nº de recurso 10063/2011. Ponente: Julián Sánchez Melgar.

[310] CANCIO MELIÁ, M.: "El injusto en los delitos de organización: peligro y significado", en *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, 2008, pág. 245.

[311] BRANDARIZ GARCÍA, J.A., "Asociaciones y organizaciones… *op. cit.*, pág. 730, mencionando a Carbonell Mateu, Vives Antón, Diaz y García Conlledo y García Gonzalez, entre otros.

[312] Resulta de interés, entre otras, la STS 234/2001, de 3 de mayo de 2001, en la que fue Ponente Adolfo Prego de Oliver Tolivar, donde se argumenta lo siguiente en el Fundamento de Derecho 9º: "*En el delito de asociación ilícita del artículo 515.1º -asociación para delinquir- el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente*

#### 2.2.2.4. Recapitulación y valoración personal

La finalidad de la presente tesis, se recordará, es analizar la convivencia del delito de pertenencia a una organización criminal con otras figuras penales que castigan igualmente la comisión delictiva a través de una asociación u organización, entendida como delincuencia común organizada. Para esa labor, es sin duda fundamental profundizar en el bien jurídico, sobre todo de cara a poder concluir si se trata de un bien jurídico colectivo, o nos encontramos ante un adelantamiento de la barrera penal protegiendo el mismo bien jurídico que el del delito fin, o si existe la posibilidad de enlazar ambas posturas. En esta primera parte del Capítulo se está analizando la primera cuestión, bajo una postura que entendería que el artículo 570 bis estaría protegiendo un bien jurídico de naturaleza colectiva. A este respecto, considerando la ubicación de este delito en el Código Penal, en el Capítulo VII del Título XXII, así como la justificación inicial dada por el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, se ha estudiado el orden público como interés tutelado omnicomprensivamente en todos los delitos que componen este Título del Código Penal.

Sin embargo, a lo largo de este Capítulo se ha puesto de manifiesto que, tanto extramuros del Derecho Penal, como dentro del propio Título XXII del Código Penal, nos encontramos ante un concepto, el orden público, que plantea dificultades de concreción, puesto que no existe una acepción unívoca ni una posición unánime al respecto, en general, y particularmente en relación con cada uno de los delitos que integran los así denominados globalmente "Delitos contra el orden público". Por ello, más allá de la confusa y controvertida referencia general a este término, parece pertinente acotar cuál es el concreto objeto de tutela en cada uno de ellos, lo que ha llevado a considerar, incluso, si todos los delitos comprendidos en este Título realmente deberían ubicarse en él, puesto que en esta labor de especificación del interés tutelado, se

---

*del que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó*". Mismos términos fueron expuestos en la STS 852/2016, de 11 de noviembre del 2016, nº de recurso 10881/2015. Ponente: Alberto Jorge Barreiro.
Asimismo, es de destacar la STS 745/2008, de 25 de noviembre de 2009, nº de recurso 1902/2007, en la que fue Ponente Juan Ramón Berdugo de la Torre: "*En este sentido la STS. 421/2003 nos dice que en el delito de asociación ilícita del art. 515.1 CP., el bien jurídico protegido lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, comportando los supuestos tipificados claras extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho. Lo relevante es que una cosa es el bien jurídico que protege el tipo de asociación ilícita y otra el que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva*."

cuestionaría si su ubicación sistemática no sería la más correcta, como sucede, por ejemplo, en relación con los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, más proclives a considerarse como un delito contra la seguridad colectiva. Incluso hay quien defendería que todos los delitos de organización debieran englobarse como delitos contra la Constitución[313].

En cualquier caso, del análisis realizado se desprende que el orden público es susceptible de soportar distintas interpretaciones al no tratarse de un concepto estático, es decir, su interpretación varía en base a las coordenadas sociopolíticas del momento. Con todo, se han podido identificar en el análisis realizado distintas versiones del mismo, si bien no siempre con el mismo sentido. Así, en sentido amplio, implica el sometimiento al ordenamiento jurídico, en cuanto al marco constitucional, las leyes y las decisiones legítimas, como presupuesto para el ejercicio de los derechos fundamentales; pero también alude al ejercicio correcto de la función pública. Siguiendo otras acepciones más restrictivas, apela a la tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida cotidiana, la normalidad de la convivencia con uso pacífico de los derechos, el orden en la calle, todas ellas en estrecha conexión con términos como son la paz pública o la seguridad colectiva, en este último caso de manera paralela a lo que la doctrina concluye en relación con los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos. Esta evolución del cuestionable concepto de orden público al de seguridad colectiva frente a los riesgos que expresa por su propia existencia la organización criminal, resulta, a nuestro juicio, un planteamiento más apropiado en la labor de delimitación del objeto de protección del delito de pertenencia a una organización criminal, puesto que definiría un estado de cosas jurídicamente garantizado para la protección de otros bienes jurídicos fundamentales para el mantenimiento de la convivencia social, como se verá en los siguientes epígrafes.

[313]En este sentido, CANCIO MELIÁ aplaudiría que las bandas armadas, en su momento, se tipificaran dentro de las asociaciones ilícitas. En "*Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo"*, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.): *Estudios sobre las reformas de Código Penal (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*), Civitas, Madrid, 2011, pág. 658. Por su parte, otros autores, como PAREDES CASTAÑÓN, limita la consideración del orden público como bien jurídico protegido a conductas que afecten (ilegítimamente) a espacios públicos, tanto por terminología (orden público), como, fundamentalmente, por razones valorativas y teleológicas. En "El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)", en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.): *Derecho Penal del Estado Social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig,* La Ley, Madrid, 2010, pág. 950.

### 2.2.3. La seguridad colectiva

#### 2.2.3.1. La seguridad como objeto de protección en el delito de pertenencia a una organización criminal según la doctrina

Según se ha visto, a la hora de determinar el bien jurídico protegido del artículo 570 bis CP se distinguirían tres posturas: un bien jurídico colectivo como objeto de protección, la protección del bien jurídico del delito fin y una visión mixta. Aunque el legislador y la jurisprudencia optan por concretar el orden público dentro de ese primer grupo, parte de la doctrina, a pesar de defender también la protección del bien jurídico colectivo, opta por ubicarlo en la seguridad, pero con distintos adjetivos.

En este sentido GARCÍA RIVAS manifiesta que la noción de orden público aludido en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 es "formal" e institucional, perteneciente al ideario de la Dictadura, y que quedó superada tras la aprobación de la Constitución de 1978. Opina el autor que el concepto democrático de orden público debe situarse en un plano "material" en referencia a la "seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana", es decir, la "seguridad ciudadana"[314]. Sin embargo, matiza este mismo autor que aunque la organización es un instrumento para la comisión de otros delitos que mayormente serán económicos, en ocasiones también serán personales y cuyos intereses protegidos son los que podrán resultar lesionados. Por ello considera que solo los grupos criminales dedicados a la delincuencia en pequeña escala entroncarían con el concepto de seguridad ciudadana, puesto que afectarían, por su carácter insidioso, al normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, provocando desasosiego e intranquilidad[315].

Según lo anterior, parece que habría de distinguir el bien jurídico protegido según se trate de una organización criminal o un grupo criminal, ya que mientras que en el primero se vislumbraría una defensa del bien jurídico del delito fin, anticipando la barrera de protección, los grupos criminales tendrían como objeto proteger la seguridad ciudadana. No obstante, como se verá más adelante, los grupos criminales no se limitan únicamente a acciones delictivas a pequeña escala, y en la práctica es difícil trazar una línea que distinga claramente ambas agrupaciones. En nuestra opinión, es posible que las

[314] GARCÍA RIVAS, N./ LAMARCA PÉREZ, C.: "Organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater)*",* en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (Dirs.): *Comentarios a la Reforma Penal 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 506.
[315] *Ibidem*, pág. 507.

diferencias radiquen más en las características (estabilidad y estructura) y no tanto en el objeto de tutela.

Con otra postura, DE BARTOLOMÉ CENZANO manifiesta que se ha producido un cambio de terminología, pasando del concepto de orden público al de seguridad ciudadana debido al rechazo de la función represiva que históricamente se le ha otorgado a aquel primero[316]. Sin embargo, LÓPEZ NIETO establece claras distinciones entre ambos conceptos. Mientras que el primero supone la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales, la seguridad ciudadana protege a las personas y bienes frente a acciones violentas o situaciones peligrosas. Es decir, el orden público referenciaría un clima material de seguridad, mientras que la seguridad ciudadana supone la protección de las personas y sus "bienes" como sujetos de derecho reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podría considerarse, entonces, que el orden público es necesario para que haya seguridad ciudadana, de manera que el concepto de orden público sería más amplio. Ambos conceptos, la seguridad ciudadana y el orden público, quedarían abarcados, a su vez, por el de seguridad pública[317]. En el mismo sentido se posiciona FARALDO CABANA, al considerar que la seguridad ciudadana se ciñe a lo policial, mientras que la seguridad pública lo desborda. En consecuencia, concibe este último como un ámbito competencial que debe ser entendido como medio para el mantenimiento del orden público y la seguridad ciudadana, siendo la seguridad ciudadana un estado o situación[318].

En esta línea, establece el Tribunal Constitucional que la noción de seguridad pública es más precisa que la del orden público, siendo la seguridad pública una de las competencias exclusivas del Estado en base al artículo 149.1.29º CE[319]. Entiende el Tribunal Constitucional que en el concepto de orden público pueden incluirse conceptos relativos a la salubridad, que no entran en el concepto de seguridad, centrándose esta última en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano. Posteriormente, ese mismo criterio fue aplicado en las sentencias de Tribunal Constitucional nº 42/1983, nº

[316] DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, pág.39.

[317]LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Seguridad ciudadana y… op. cit*, pág.19. Recoge el autor que en el año 1982, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no impuso una escala de valores sobre los comportamientos que pueden considerarse contrarios al orden público, por lo que cada estado deberá configurar el concepto de orden público que mejor sirva para sus intereses.

[318] FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 226.

[319] Sentencia del Tribunal Constitucional 33/1982, de 8 de junio de 1982 (conflicto de competencia nº 16/1982, *BOE*, de 28 de junio de 1982, nº 153, págs. 14-16)

117/1984, y nº 123/1984, añadiéndose a su vez en la sentencia nº 59/1985 que "*no toda normativa encaminada a conseguir la seguridad de personas y bienes puede englobarse en la materia de "seguridad pública", pues en ésta, en un sentido más estricto, hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el art. 104 CE*". Todas estas sentencias son recogidas en Sentencia del Tribunal Constitucional nº 235/2001, 13 de diciembre de 2001[320].

Por su parte, MONTALVO ABIOL manifiesta que la seguridad pública tradicionalmente significaba garantizar la tranquilidad pública y la seguridad del orden público y de su organigrama institucional, siendo responsabilidad de los órganos del Estado su mantenimiento, lo que implica la seguridad interior del mismo. Entiende el autor que, en sentido propio, la seguridad pública, al igual que la paz o el orden público (comprendiendo este último como concepto que puede subsumir a la figura de la seguridad pública), son bienes generados por condiciones objetivas y subjetivas, impulsadas por el Estado y creadas por el grupo social, con la finalidad de alcanzar dichos beneficios. Mientras que la seguridad o el orden público son instrumentos para el real disfrute de derechos y libertades públicas en las que se fundamenta la sociedad democrática, la seguridad pública sería el elemento básico para el normal desarrollo del resto de los derechos[321]. En la misma línea encontramos a DE OLIVERA DANTAS, que defiende que la seguridad pública, entendida como actividad prestacional o de servicio a cargo del Estado que tiene como objetivo garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades, es el bien jurídico objeto de protección del delito de organización criminal. El autor sitúa la seguridad pública en un ámbito de competencia y la seguridad ciudadana y el orden público como situaciones que se pretenden alcanzar mediante el ejercicio de la seguridad pública[322].

Sin embargo, hay que considerar que SOTO NAVARRO mantiene la idea de que la seguridad en sí no es más que el reverso de la idea de peligro, proteger un bien jurídico

[320] Sentencia del Tribunal Constitucional nº 235/2001, de 13 de diciembre de 2001 (recurso de inconstitucionalidad nº 1486/1995, *BOE*, de 16 de enero de 2002, nº14, págs. 18-34).
[321] MONTALVO ALBIOL, J.C.: "Concepto de orden público en… *op. cit.*, pág. 213.
[322] DE OLIVEIRA DANTAS, L.R.: "Delitos de organización criminal: contenido del injusto y ámbito de protección", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 39, 2023, pág. 56. El autor manifiesta que el artículo 570 bis protege la seguridad pública en primer plano en cuanto bien jurídico digno de tutela penal y de forma secundaria la vigencia cognitiva de la norma, que es un resultado directo de la protección. En cualquier caso, aboga por dejar fuera del tipo las organizaciones criminales que no tuvieran como finalidad la comisión de delitos graves, puesto que únicamente ellos son capaces de ofrecer real peligro a la seguridad pública.

frente a su puesta en peligro. No puede interpretarse el peligro como ausencia de todo riesgo, sino como exclusión de determinadas situaciones de peligro. En ese sentido, el concepto de seguridad colectiva significará la evitación de una situación de peligro para bienes jurídicos personales[323]. Ello acerca a la autora a la posición que se defiende por parte de la doctrina de que, en realidad, con el artículo 570 bis CP se está ante un adelantamiento de la protección de la barrera de protección del bien jurídico protegido del delito fin al que lleva a cabo la organización criminal.

Aunque posteriormente se volverá sobre ello al estudiar la concepción mixta sobre el objeto de protección, ZÚÑÍGA RODRÍGUEZ y BOCANEGRA MÁRQUEZ, sostienen que con la existencia de la organización criminal se lesionaría, igualmente, la seguridad colectiva. La primera de las autoras caracteriza la seguridad colectiva como la situación de peligro hipotético para los bienes jurídicos del programa criminal[324], mientras que la segunda, en la misma línea, especifica que la seguridad colectiva, como bien jurídico con sustancialidad propia, se verá afectada en el momento en que la agrupación cuente con una estructura y medios que posibiliten exitosamente su plan criminal; no obstante, BOCANEGRA MÁRQUEZ distingue el bien jurídico protegido en caso de pertenencia a una organización criminal o a un grupo criminal. La autora otorga a la organización criminal un "carácter mafioso", por lo que, además de la seguridad colectiva, entiende que también se verá afectado el orden público conceptuándolo como "el correcto e imparcial funcionamiento de los servicios e instituciones públicas y de mercado". Por su parte, el grupo criminal, al no contar con ese "carácter mafioso" no lesionaría el orden público, sino que únicamente se vería afectado la seguridad colectiva[325]. Defiende la misma autora la idea de la seguridad colectiva como "un estado de peligrosidad abstracta o general para un conjunto variado de bienes", que será un objeto jurídico mediatizado o instrumental al tener como finalidad la protección de otros bienes jurídicos[326].

En la misma línea de posicionarse a favor de la seguridad colectiva como objeto de tutela, para MORALES PRATS y GARCÍA SOLÉ posee entidad suficiente para considerarse un bien jurídico autónomo. Entienden los autores "*que se podría definir*

[323] SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos…*, *op. cit.*, pág. 210.
[324] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Criminalidad organizada y…, op. cit.*, pág. 257.
[325] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J: *Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Bosch Editor, Barcelona, 2020, pág. 98.
[326] *Ibidem*, pág. 96. La autora propone que la seguridad colectiva debería referirse solamente a bienes jurídicos importantes, que las organizaciones y grupos criminales tengan como objeto la comisión de delitos de especial gravedad, entendiendo que es acertado la propuesta que se realiza desde el ámbito internacional en referencia al mínimo de 4 años de prisión de penalidad en los delitos fin.

*como el derecho que todos tienen para el desenvolvimiento normal de sus vidas en paz, sosiego, bienestar y tranquilidad*"[327]. Similar, respecto de las organizaciones criminales transnacionales, es la postura que mantiene OLÁSOLO ALONSO, para quien el objeto de tutela será la paz y la seguridad internacional[328].

De todo lo expuesto, se ha visto que un sector importante de la doctrina defiende la seguridad, con distintas adjetivaciones (ciudadana o colectiva), como objeto de protección en el delito de pertenencia a una organización criminal, aportando diferentes definiciones a dicho término. Parte de ellos la conciben como una evolución material del tradicional concepto de orden público, dada la innegable relación existente entre ambos. A continuación, se realiza una aproximación legal a la seguridad, como seguridad ciudadana, lo que, junto al análisis doctrinal realizado, pondrá las bases para valorar si, al igual que una parte importante doctrina, compartimos si con el delito de pertenencia a una organización criminal se lesiona este objeto de tutela, o, por el contrario, optamos por otra caracterización.

#### 2.2.3.2. Delimitación legal de la seguridad ciudadana

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección y seguridad ciudadana (LOPSC)[329], sucesora de la derogada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana[330], describe en su primer artículo la seguridad ciudadana como un bien jurídico de carácter colectivo que es indispensable para el pleno

[327] MORALES PRATS F./ GARCÍA SOLÉ, M.: "De los delitos contra la seguridad colectiva. De los delitos de riesgo catastrófico", en QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F.: *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II… op.cit.,* pág. 890. El bien jurídico protegido no se concreta únicamente en la seguridad colectiva en todos los delitos del Título XVII (delitos contra la seguridad colectiva: riesgo catastrófico, incendios, contra la salud pública y contra la seguridad vial), como ocurre en los delitos contra la salud pública, en el que un sector de la doctrina entiende la salud pública como indisponible pero referente a la salud individual de las personas. Se trata de dotar de autonomía a las condiciones que garantizan la salud conjunta de los ciudadanos, *Vid.* para profundizar en la relación entre la salud individual y la salud pública a GARCÍA ALBERO, R.: "De los delitos contra la salud pública", en QUINTERO OLIVARES, G (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II… op.cit.,* págs. 955 y ss.

[328] OLÁSOLO ALONSO, H.: "¿Se debe recurrir a los mecanismos de respuesta del derecho internacional penal para hacer frente a los delitos transnacionales?", en PÉREZ CEPEDA, A.I (Dir.): *Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág.143

[329] Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, *BOE*, de 31 de marzo de 2015, nº77.

[330] En esta Ley, anteriormente referenciada al analizar la Ley 45/1959 de Orden Público, no se recogía definición alguna de lo que debía entenderse por seguridad ciudadana. En su artículo 1 establecía que la competencia para garantizar la seguridad ciudadana la tiene el Estado, con la finalidad de asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos.

ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas[331]. En el artículo tercero se especifican cuáles son, precisamente, las finalidades de esta ley: la protección libre del ejercicio de los derechos fundamentales, libertades públicas y demás derechos reconocidos; garantizar el normal funcionamiento de las instituciones; preservar la seguridad y convivencia y respetar las leyes y la paz ciudadana; proteger personas y bienes, con atención especial a menores y discapacitados; la pacífica utilización de vías y bienes de uso público; garantizar la prestación de servicios básicos comunitarios en condiciones de normalidad; la prevención de delitos e infracciones administrativas y su sanción; y, por último, la transparencia en la actuación de los poderes públicos en materia de seguridad ciudadana. Como puede observarse, las finalidades anunciadas en esta ley irían más allá de lo que la doctrina parece circunscribir a la noción de seguridad ciudadana, acercándolo a otras plasmaciones del tradicional concepto de orden público, según el análisis que anteriormente se ha realizado.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la Ley de Seguridad ciudadana comparaba este texto prelegislativo con el Código Penal, en el sentido de que ambos intensificaban las actuaciones preventivas, en el marco del llamado "Derecho Penal de la peligrosidad". De manera que la seguridad habría pasado a convertirse en una categoría prioritaria en la Política Criminal, como el bien que el Estado y poderes deben defender con todos sus instrumentos[332]. Recoge el informe que la seguridad ciudadana es un concepto controvertido y que la misma es considerada como un componente de la seguridad pública, aunque no puede ser totalmente identificada con esta. Tras apuntar diferentes sentencias del Tribunal Constitucional sobre el concepto de seguridad pública, ya aludidas anteriormente, el Informe concluye que esta se definiría como la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la seguridad ciudadana, además de comprender otras funciones de protección civil[333].

---

[331]El artículo 1 recoge que *"1. La seguridad ciudadana es un requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las Leyes.*
*2. Esta Ley tiene por objeto la regulación de un objeto plural y diversificado de actuaciones de distinta naturaleza orientadas a la tutela de la seguridad ciudadana, mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos".*

[332] Informe del Anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, Consejo General del Poder Judicial, 27 de marzo del 2014, disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_de_Proteccion_de_la_Seguridad_Ciudadana

[333] El Informe del CGPJ menciona, entre otras, las antes mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional nº 33/1982 y nº 235/2001.

El concepto de seguridad ciudadana se recoge a su vez, tal y como anteriormente se ha mencionado, en el artículo 104 de la CE como misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado[334]: "*es el estado en el cual los ciudadanos gozan de una situación de tranquilidad y estabilidad que les permita ejercer de forma libre y responsable los derechos y las libertades reconocidos constitucionalmente*"[335].

Por su parte, el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto del Código Penal de 2008, donde se tipificaba como delito autónomo la agrupación de carácter transitorio (lo actualmente equivalente al grupo criminal), celebraba esa tipificación por hacer posible la adecuada persecución de comportamientos que incidían de forma importante en la seguridad ciudadana[336]. Asimismo, debe apuntarse que en el Código Penal de 1973 el delito de asociación ilícita se tipificaba dentro del Título II, entre los delitos contra la seguridad interior del Estado (junto los delitos que hoy en día conforman el Título de los delitos contra el orden público)[337]. En cualquier caso, expresa FARALDO CABANA el desuso de esa expresión en la actualidad, no teniendo por la doctrina ni por la jurisprudencia muchos adeptos[338].

### 2.2.4. Valoración personal

Desplazado el centro de atención de un bien jurídico colectivo que abandone el elástico concepto de orden público hacia una delimitación más específica, un sector de la doctrina identifica el interés tutelado en el delito de pertenencia a una organización criminal en el concepto de seguridad. En este momento, se ha abordado la delimitación conceptual

[334] Artículo 104,1º de la CE: "*Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana."*

[335] Informe del CGPJ, pág. 9

[336] Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2008 de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pág. 199, disponible en https://www.uv.es/limprot/boletin10/cf.pdf. De todas maneras, a pesar de entender que resultan contrarios a la seguridad ciudadana, el Informe plantea que el delito de agrupación criminal debería ubicarse junto al delito de asociación ilícita del artículo 515 del CP, dentro de los delitos contra la Constitución, en el Capítulo correspondiente a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. El Informe comprende que el bien jurídico y la dinámica son los mismos que el de la asociación ilícita, por lo que incluso podrían tipificarse estas asociaciones de carácter transitorio dentro de las asociaciones ilícitas (pág. 201).

[337] En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, al manifestar que esa seguridad del Estado, entendida como institución, con la existencia de la asociación criminal suponía poner en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado por perseguir fines contrarios y antitéticos a él. En *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, p.144. La seguridad del Estado, concretamente su seguridad interior, se invocaba en la legislación sobre bandas y cuadrillas de malhechores, por encontrarse bajo esa rúbrica en el Código Penal de 1822 y bajo el título de los delitos contra la seguridad interior del Estado en el Código Penal de 1848 (p. 145).

[338] FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales… op. cit.*, pág.236.

llevada a cabo por algunos autores entre el orden público y la seguridad, si bien se ha visto que tampoco existiría unanimidad a la hora de dar contenido esta última como objeto de protección del artículo 570 bis CP.

En cualquier caso, el desplazamiento desde nociones amplias de orden público hacia la seguridad ciudadana, pública o colectiva, según la adjetiva uno u otro autor, nos parece más adecuado por varios motivos. En primer lugar, porque no debe pasarse por alto que en los Anteproyectos de 2006 y 2008 y en el Proyecto de 2007 de reforma del Código Penal, la tipificación del delito autónomo de la agrupación criminal no se ubicaba en el Título XXII, sino después de los delitos contra la seguridad colectiva, con los que parece tener más afinidad, como ya dejaba entrever el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006. En segundo lugar, porque ya se ha visto que, en el esfuerzo de concretar qué debe entenderse por orden público, un concepto estricto del mismo conduce a la noción de tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida cotidiana, paz pública que se reconduce a un estado de cosas que autónoma y anticipadamente garantiza la protección de bienes jurídicos de las personas que forman el colectivo social, en la línea del bien jurídico protegido por los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos.

Por tanto, en la tesitura de que, efectivamente, con el delito de pertenencia a una organización criminal y, también, en nuestra opinión, del delito de pertenencia a un grupo criminal, se defendiera un bien jurídico de naturaleza colectiva merecedor de protección penal en cuanto a que conecta con las bases indispensables de existencia del sistema social y cuya protección resulta imprescindible, nos decantamos por situarnos en que la existencia de una organización criminal lesiona la seguridad colectiva, considerando como tal el "estado de peligro para futuros bienes jurídicos, que se ponen en peligro por el programa criminal". Entendemos que se trata de un bien jurídico con sustantividad propia y que, tanto la organización criminal como en el grupo criminal, a pesar de que esta última en teoría no deba cumplir con una o dos características (estabilidad y estructura), lesionan este bien jurídico con su mera existencia, poniendo en peligro los bienes jurídicos del delito fin. Ahora bien, ello nos lleva a que no asumamos la protección, exclusivamente, de un bien jurídico colectivo, sino a decantarnos por una concepción mixta, es decir, esa afección de la seguridad colectiva trae consigo la anticipación de la barrera penal para la protección de otros bienes jurídicos. La organización criminal es un objeto instrumental para la comisión de delitos, por lo que resulta lógico castigar la

pertenencia a la misma para proteger el derecho a un desenvolvimiento sosegado de la ciudadanía.

Precisamente, en lo que sigue, se analizará la postura que defiende que, en realidad, en el delito de pertenencia a una organización criminal se está ante una protección adelantada del bien jurídico protegido en el delito fin, para posteriormente exponer la concepción mixta que trataría de aglutinar esta postura con la que defiende la protección de un bien jurídico colectivo.

### 2.3. La protección del bien jurídico del delito fin como objeto de protección en el delito de pertenencia a una organización criminal

#### 2.3.1. Introducción

La idea de que la tipificación del delito de pertenencia a una organización criminal pretende evitar la vulneración de los bienes jurídicos del delito fin es la base de esta segunda postura. Ahora bien, si se considera que el delito de pertenencia a una organización criminal es un delito autónomo respecto de delito fin, la efectiva protección del bien tutelado en ese delito fin quedaría todavía muy alejada. Ello implica añadir un plus a la problemática sobre la legitimidad del delito de pertenencia a una organización criminal, puesto que como se ha recogido previamente, además de cumplir con los compromisos internacionales, la adecuación de la normativa internacional debe ser respetuosa con los principios legitimadores de la intervención penal. Además, nuestro Código Penal ya castigaría esa posible lesión futurible del bien jurídico en algunos casos, cuando así se prevé expresamente el castigo de los actos preparatorios de los artículos 17 y 18 CP.

Por ello, a la hora de estudiar este punto de vista, deben ser planteadas previamente algunas cuestiones, en concreto, la anticipación de la barrera de la tutela penal, la técnica del peligro abstracto o el problema de delimitación con la tentativa y los actos preparatorios.

#### 2.3.2. La anticipación de la barrera de la tutela penal mediante delitos de peligro

Para comprender el recurso al castigo mediante un adelanto de la barrera protección penal, resulta imprescindible partir de la consideración de nuestra sociedad actual como

sociedad del riesgo[339]. Tal y como mantiene MENDOZA BUERGO, la sociedad del riesgo se caracteriza por tener una necesidad de seguridad que siempre va en aumento, que procura provocar sensaciones o impresiones de seguridad[340]. En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS señala cuáles serían las razones en las que se basaría esa sensación de falta de seguridad: por una parte, habría una sensación de escasa confianza en los poderes públicos para afrontar el problema de la prevención de la delincuencia, y, por otro lado, habría desaparecido la idea de que el delincuente es un ser socialmente desfavorable, lo que conlleva que el miedo no se concentre solo en algunos ámbitos delictivos. En consecuencia, el delito se habría convertido en un problema social[341].

BRANDARIZ GARCÍA, por su parte, afirma que la obsesión por la inseguridad vendría alimentada por transformaciones sistemáticas de relieve, lo que crea una preocupación desproporcionada por determinados comportamientos. Ello produce un retorno de la obsesión por fenómenos criminales que atentan contra bienes individuales, propios de la criminalidad urbana, confundiéndolos en ocasiones en un mismo plano con determinados riesgos delictivos vinculados a un proceso de creciente globalización[342]. Y es que SILVA SÁNCHEZ recuerda que mientras el paradigma del Derecho Penal clásico es el homicidio del autor individual, el paradigma del Derecho Penal de la globalización es el delito económico organizado, tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad. Se trataría de una legislación "excepcional" a la que, debido a su enorme potencial peligroso, se tendería a asignar menos garantías[343]. A este respecto, manifiesta el autor que: "*solo una firme persistencia en la necesidad de mantener escrupulosamente las garantías político-criminales y las reglas clásicas de imputación contra la macrocriminalidad podría evitar uno de los elementos determinantes en mayor medida de la "expansión" del Derecho Penal*"[344].

En este contexto, no debe obviarse que el recurso a la anticipación de la barrera de protección penal, tal y como analiza SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, puede desembocar

---

[339] Sobre esta cuestión, resultan de interés las aportaciones realizadas por COLINA RAMÍREZ, E.I.: *Sobre la legitimación del Derecho Penal del riesgo,* Bosch Editor, Barcelona, 2014, pág. 107, al distinguir los conceptos de riesgo y peligro, concluyendo que para que ese peligro se convierta en riesgo es necesario identificar el bien jurídico.

[340] MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho Penal en la sociedad de riesgo,* Civitas, Madrid, 2001, pág. 31.

[341] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La política criminal en la encrucijada,* Euros Editores SRL, Buenos Aires, 2007, pág. 75.

[342]BRANDARIZ GARCÍA, J.A..: "*Asociaciones y organizaciones criminales..., op. cit*., pág. 752.

[343] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política industrial en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, 2ª edición, pág.106.

[344] *Ibidem*, pág. 73

en una intervención jurídico penal orientada a fines preventivo-policiales en un momento previo a la efectiva puesta en peligro o lesión del bien jurídico[345]. Recalca la autora que salvo los casos en los que el adelanto de la protección penal implique ya un peligro concreto para el bien jurídico, esta forma intervención penal debería ser rechazada; a lo sumo, una conducta podrá ser tipificada, de modo excepcional, siempre por razones político-criminales que lo fundamenten adecuadamente[346].

Obsérvese que, centrándonos en el artículo 570 bis CP, las anteriores consideraciones parece que habrían calado a la hora de introducir esta incriminación, teniendo en cuenta que, según se expuso, desde la esfera internacional se habría venido exigiendo la tipificación de la pertenencia a una organización o grupo criminal, por entender que se está ante un problema que sobrepasa el ámbito estatal y frente al que habría que darle una respuesta armonizada. En esta línea, SILVA SÁNCHEZ entiende que una de las características de la criminalidad de la globalización es que se trata, fundamentalmente, de una criminalidad organizada realizada por sujetos poderosos, por ello, habría que darle respuesta con un Derecho Penal global[347]. A fin de cuentas, expone HEFENDEHL que el legislador no puede quedarse inmóvil ante la llamada sociedad de riesgo, lo que le ha llevado a crear diferentes amenazas penales, específicamente en el ámbito de la criminalidad organizada, entre otros[348]. En ese sentido, ROPERO CARRASCO defiende que, con la sistematización de los ataques y el grado de eficiencia que han alcanzado las bandas criminales, se ha producido una "masificación" en la lesión de los bienes jurídicos protegidos, que va más allá precisamente de los concretos bienes jurídicos afectados, ya que desestabilizan la sociedad generando inseguridad, poniendo en riesgo el orden económico y pudiendo favorecer la corrupción institucional[349]. En cualquier caso, recuerda CANCIO MELIÁ que la anticipación-legitimación como tal, solo puede explicarse por un potencial riesgo extraordinario, debiendo ser "excepcional" la incriminación[350].

[345] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *El moderno Derecho Penal…, op. cit,* pág., 93
[346] *Ibidem,* pág. 17
[347] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho Penal… op. cit,* pág.88.
[348] HEFENDEHL, R.: "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros, bienes jurídico colectivos y delitos de peligro abstractos?", en *Anales de Derecho,* núm. 19, 2001, pág. 157. En cualquier caso, defiende las firmes y claras estructuras que ha venido utilizando el Derecho Penal sin tener que acudir a bienes jurídicos aparentes y a un adelantamiento de las barreras de protección a estadios previos a la acción típica.
[349] ROPERO CARRASCO, J.: "La necesaria armonización legislativa… *op. cit*., pág. 105.
[350] CANCIO MELIÁ, M.: "El injusto de los delitos de organización… *op. cit.,* pág. 415.

En el caso de las organizaciones criminales esa excepcionalidad parece que estaría justificada. Como se ha dicho, su mera existencia lesiona ya, para algunos, la seguridad colectiva como estado de peligro que conecta, a su vez, con la protección de otros bienes jurídicos futuribles. Y es que, si se considera la organización criminal como objeto instrumental para la comisión de los delitos, la anticipación de la barrera penal parece inevitable, lo que deriva al análisis de las técnicas de los delitos de peligro y de su problema de delimitación con la tentativa y los actos preparatorios.

#### 2.3.2.1. La técnica de los delitos de peligro abstracto ¿también para bienes jurídicos individuales?

Según se ha expuesto, un sector de la doctrina apoya el recurso a la anticipación de la barrera de protección penal en aquellos casos de puesta en peligro concreto del bien jurídico. Ahora bien, los bienes jurídicos colectivos son el objeto principal de la técnica de los delitos de peligro[351], dada la dificultad de que su protección venga determinada por la vía de los delitos de lesión. En consecuencia, la dificultad de determinar la afección que supone una conducta para un bien jurídico colectivo lleva a recurrir a los delitos de peligro abstracto[352].

En ese caso, ¿dónde encajaría, por ejemplo, el castigo por pertenencia a una organización que tiene como finalidad el robo en viviendas particulares? Si se considera que el bien jurídico protegido es la propiedad, el recurso al castigo penal adelantando la protección penal sería cuestionable. Resulta imprescindible, en consecuencia, estudiar la relación existente entre los bienes supraindividuales y los de naturaleza individual, para poder valorar la postura que ahora se analiza de que en el artículo 570 bis se protege únicamente el bien jurídico menoscabado con el delito fin.

Para ello, resulta necesario recordar la tesis defendida por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, quien entiende que los bienes jurídicos supraindividuales deben tener necesariamente conexión con un bien jurídico individual, puesto que es crucial la existencia de un bien jurídico individual que necesite esa anticipada protección frente a

[351] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro… op. cit*., pág. 8. ACALE SÁNCHEZ defiende que los bienes colectivos no se tutelan únicamente mediante tipos de peligro abstracto, también podrán ser tipos de lesión en cuanto identificables objetos materiales, si es posible materializar un referente material de dicho bien, En *El tipo del injusto en los delitos de mera actividad,* Editorial Comares, Granada, 2000, pág. 19. Por su parte, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ afirma que el Derecho Penal de riesgo utiliza preferentemente la técnica de los delitos de peligro abstracto o la creación de bienes jurídicos universales. En *El moderno Derecho Penal… op. cit.*, pág.36.

[352] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I.*: El moderno Derecho Penal… op. cit.*, pág. 40.

comportamientos que menoscaben los intereses de un colectivo de personas. Opina la autora que estos bienes supraindividuales son creados en el ámbito previo del bien jurídico individual por una tendencia político criminal que se inclina por la protección decididamente preventiva de los bienes individuales como la vida, la salud o la integridad mediante tipos de peligro abstracto. El tipo se configuraría, así, como un delito de lesión respecto del bien jurídico colectivo y como un delito de peligro respecto del bien jurídico individual complementado[353]. Ello parece llevarnos hacia una postura mixta, un punto de vista intermedio entre la defensa del bien jurídico colectivo y la protección del bien jurídico del delito fin, que en el caso del artículo 570 bis podrá ser tanto de carácter individual como colectivo.

Sobre esa relación, MENDOZA BUERGO no pone en duda la necesidad de tutelar bienes colectivos o supraindividuales, pero manifiesta que será difícil ponerse de acuerdo con la propia necesidad de pena cuanto más se aleje la tipificación de los delitos de la configuración de bienes jurídicos claramente perfilados[354]. En cualquier caso, afirma que ese adelantamiento solo será posible cuando el peligro parezca más insoportable, si bien la construcción de un bien jurídico adelantado no resuelve la cuestión de los límites legítimos del adelantamiento de la protección de los bienes[355].

Sin embargo, esa referencia individual no siempre resulta clara. HEFENDEHL expone que hay autores que sostienen que los bienes jurídicos colectivos únicamente serán legítimos si sirven al desarrollo personal del individuo, por lo que no se podrá inventar un bien jurídico colectivo por entenderse necesario para crear un nuevo tipo delictivo. El autor pone de ejemplo precisamente, entre otros, la seguridad colectiva como construcción doctrinal dudosa[356]. Así como el concepto de salud pública, que según él es

[353] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *El moderno Derecho Penal… op. cit*., pág. 76. Afirma la autora que ese adelantamiento es necesario, si no bastaría con una simple protección del bien jurídico individual frente a la lesión y el peligro. En la misma línea, HASSEMER aboga por describir de la manera más precisa posible los bienes jurídicos colectivos y defiende que deben ser funcionalizados en atención a los bienes jurídicos individuales. En "Riesgos y crisis del Derechos Penal moderno" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 45-1, 1992, pág. 248. SOTO NAVARRO diferencia entre bienes jurídicos colectivos que tengan o no un referente individual, poniendo como ejemplo los delitos contra la salud pública o la seguridad del tráfico, donde se pretende garantizar la protección de bienes jurídicos individuales por ser fuente de riesgo para un indeterminado número de personas, entendiendo que se trata de una nueva forma de ataque a bienes jurídicos tradicionales (salud o vida en ese caso) que se protegerían adelantando la barrera de protección penal y según la autora la idea que subyace tras ello es la negativa de concederle autonomía al bien jurídico colectivo, por lo que ve lógico acudir a delitos de peligro general para bienes jurídicos individuales. En *La protección penal de los bienes colectivos… op. cit.*, pág. 179.

[354] MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho Penal… op. cit.*, pág. 172.

[355] *Ibidem*, pág. 176

[356] HEFENDEHL, R.: "¿Debe ocuparse el derecho penal… *op. cit*., pág. 152.

simplemente la salud de todos los miembros de la sociedad, no se trata de un bien jurídico colectivo, sino que es la suma de bienes jurídicos individuales[357].

En la misma línea, ALONSO ÁLAMO manifiesta que el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos podría considerarse un recurso artificioso del legislador. Así, en los delitos de peligro abstracto el adelantamiento de las barreras de protección de bienes jurídicos individuales implicaría la "creación" artificial de un bien jurídico colectivo[358]. Defiende la idea de que cuando no hay un bien jurídico genuino (real) merecedor de protección penal, tampoco hay razones para intervenir penalmente incriminando el peligro abstracto para bienes jurídicos individuales. Es decir, solo deben protegerse bienes jurídicos colectivos que no encubran una protección adelantada de los bienes jurídicos individuales[359].

Ante la dudosa legitimidad del adelantamiento de la barrera penal, MATA Y MARTÍN plantea la noción del bien jurídico intermedio en los casos en que se pone en peligro un bien individual y se lesiona un bien colectivo. De esa manera, el autor mantiene que sería una solución para evitar recurrir a la técnica del peligro abstracto, puesto que al estar asociado un bien colectivo a uno personal, la conducta de peligro abstracto se convierte en peligro concreto para las personas[360].

Con otro planteamiento, CUESTA PASTOR desarrolla la tesis de los delitos obstáculo, que son los que castigan conductas que pueden servir para que en un futuro nazca un riesgo para esos intereses. Se trata del estadio previo a los delitos de peligro abstracto, donde se sancionan acciones en un momento anterior a la lesión del bien jurídico, incluso antes de que exista un peligro para ese bien[361]. No obstante, esta postura

[357] *Ibidem*, pág. 154. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, por su parte, afirma que los bienes jurídicos supraindividuales deben ceñirse a los bienes jurídicos de especial importancia, entendiendo que la salud pública complementa la salud individual. En *El moderno Derecho Penal… op. cit.*, pág.77. El concepto de salud pública ha sido desarrollado por la sentencia del Tribunal Supremo 1701/2001, de 7 de noviembre, en el que se recoge lo siguiente: "*la salud pública, como tal, no constituye una entidad real de naturaleza biológica, sino una manera verbal de señalar un peligro no permitido dentro del orden social. En el caso del tráfico de drogas este peligro no permitido no depende por lo tanto de las consecuencias biológicas generales que la acción pueda generar, sino de la exclusión total de consumo de ciertas sustancias que persigue el legislador*".

[358] ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los Derechos Humanos*, Universidad de Valladolid, 2014, pág. 312.

[359] *Ibidem*, pág.316

[360] MATA Y MARTÍN, R.M.: *Bienes jurídico intermedios y delitos de peligro*, Editorial Comares, Granada, 1997, pág. 64.

[361] CUESTA PASTOR, P.: *Delitos obstáculo. Tensión entre la política criminal y teoría del bien jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 39.

a nuestro juicio resulta aún más cuestionable en lo que a la legitimidad de la intervención penal se refiere.

Otro punto de vista es el de KINDHÄUSER, para quien los delitos de peligro han de entenderse como delitos de lesión *sui generis* y no como técnica de adelantamiento de las barreras de protección penal a estados previos a la lesión del bien jurídico. No se protege con ello un bien jurídico, sino que garantizan su seguridad, como fin común a todos ellos; protegen la disposición sin riesgo del bien jurídico, se trata de delitos de lesión contra la seguridad[362]. Esta tesis se ubicaría, por lo tanto, en la protección de un bien jurídico de carácter colectivo.

Estas posturas ayudan a ubicarnos en el camino hacia una concepción mixta, ya que, si bien entendemos que el bien jurídico colectivo protegido con el delito del artículo 570 bis es la seguridad colectiva, esta última no es obstáculo para entender que también se pone en peligro el objeto de tutela del delito fin. Es más, si se considera la seguridad colectiva como el estado de peligro para futuros bienes jurídicos que posibilita el derecho al desenvolvimiento sosegado de la ciudadanía, nos encontramos ante la lesión de un bien jurídico colectivo y la puesta en peligro de otro bien jurídico, ya sea este último de titularidad colectiva o individual, dependiendo de la tipología delictiva a la que se dedique la organización. La seguridad colectiva constituye un "estado de peligro para futuros bienes jurídicos", que se proyecta a la protección de diferentes bienes jurídicos que se pondrán en peligro según la finalidad de la organización criminal, sean estos de carácter individual o colectivo. Esto es, la organización criminal lesiona la seguridad colectiva debido a su potencial criminal y pone en peligro el bien jurídico del delito fin; algo que estaría en consonancia con la pluralidad de delitos fin, distinguiéndose en cuanto a la penalidad asignada, del artículo 570 bis CP.

[362] KINDHÄUSER, U.: "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho, núm.1,* 2009. Por su parte, PEÑARANDA RAMOS opina que las organizaciones criminales no suponen una mayor peligrosidad para los bienes jurídicos individuales que puedan verse lesionados. Lo que sí existe, a su juicio, es una mayor afección simbólica o comunicativa de estos delitos, en el sentido de que pueden presentar un mensaje de generalización y de peligro futuro para los bienes jurídicos. Se recoge la idea en el Informe de la discusión de la sesión 4 recogiendo la intervención de PEÑARANDA RAMOS en el Seminario organizado en la Universidad Autónoma de Madrid en diciembre del 2006: "Democracia y seguridad: transformaciones de la política criminal en el Estado del bienestar", en CANCIO MELIÁ, M./ POZUELO PÉREZ, L. (Coords.).: *Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad, op.ci Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008*.

#### 2.3.2.2. El problema de delimitación con los actos preparatorios y la tentativa

En caso de considerar la tesis, no compartida en esta investigación, de que el delito tipificado en el artículo 570 bis CP es un delito de peligro abstracto que implica un adelantamiento de la barrera de protección penal del bien jurídico tutelado en el delito fin de la organización, hay que poner de manifiesto las complicaciones que ello puede acarrear respecto de la delimitación con la tentativa y los actos preparatorios referidos a este último.

Partiendo de la clasificación que refleja FUENTES OSORIO, las formas jurídico-penales de anticipación frente a la lesión de un bien jurídico se ordenan en dos grupos: por un lado, en función del *iter criminis*, delitos de tentativa y delitos preparatorios y, por otro lado, en función del juicio de peligro, delitos de peligro abstracto y concreto. Afirma el autor que, dentro de estos dos grupos, el adelanto de la tutela penal se limita a las tres figuras de delitos de peligro abstracto, delitos de preparación y los delitos de participación en la tentativa (aunque estos últimos se suelen recoger en la categoría única de delitos preparatorios)[363].

Si se considerara que el objetivo de incriminar la pertenencia a una organización criminal es proteger el bien jurídico del delito fin, debería entenderse que el artículo 570 bis castiga realmente un acto preparatorio[364]. Pero la parte general del Código Penal ya recoge, en su artículo 17, la posibilidad de sancionar la preparación de determinados delitos. Algunos ejemplos de delitos que recogen la sanción por conspiración son la trata de seres humanos (artículo 177 bis), receptación y blanqueo de capitales (artículo 304), delitos contra la salud pública (artículo 373), delito de asociación ilícita (artículo 519) o terrorismo (artículo 579). Curiosamente, en el delito de asociación ilícita y en los delitos de terrorismo se castiga la conspiración, provocación y proposición, mientras que en los

[363] FUENTES OSORIO, J.L: "Formas de anticipación de la tutela penal", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*,nº 8, 2006, pág. 33. Disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf Recoge este autor que la mayoría de la doctrina defiende que los delitos de preparación del delito son una especie de delitos de peligro abstracto y concluye que los delitos de peligro abstracto se han extendido hasta abarcar conductas preparatorias.

[364] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ define el acto preparatorio (forma externa de adelantar la tutela penal) como el "*comportamiento que establece las condiciones idóneas para la ejecución de un delito planeado, sin haberse dado inmediata ejecución típica de la voluntad criminal, lo que constituiría ya una conducta de tentativa*". Recoge la autora que generalmente estos actos son impunes y que la excepción dos razones político criminales: cuando se requiere una intervención temprana (rebelión) o los actos preparatorios de especial peligrosidad, como un paso previo a otro hecho penal. En *El moderno Derecho Penal… op. cit.*, pág. 104

delitos de pertenencia a organización y grupo criminal no se prevé el castigo de estos actos preparatorios. Si en aquellos delitos se sanciona la conspiración, ¿qué razón existe para no hacerlo en el caso de los artículos 570 bis y 570 ter? O mejor, ¿qué razón existe para hacerlo en el caso de la asociación ilícita y el terrorismo? Además, es importante poner de relieve la diferencia en el tratamiento que hay entre estas figuras, sobre todo en el caso de la asociación ilícita con la organización criminal, puesto que *a priori* parece que nos encontramos ante la misma conducta (agruparse establemente para la comisión de delitos). Por ello, la aplicación del artículo 17 CP en el primer caso y no en el segundo resulta cuestionable.

No obstante, entendemos que los actos preparatorios en el delito de asociación ilícita no deberían castigarse, y ello partiendo de la base de que a día de hoy no existen razones que argumenten su pervivencia en el Código Penal. A pesar que se ahondará en ello en la última parte de la tesis, debido, como se ha dicho, a las similitudes existentes con el delito de pertenencia a una organización criminal, el delito de asociación ilícita cuyo objeto es la comisión de delitos debería desaparecer del Código Penal. En cualquier caso, la previsión de actos preparatorios punibles no debería tener cabida ni en la asociación ilícita, ni en la pertenencia a organización criminal. Hablamos de figuras que ya de por sí suponen, en parte, un adelantamiento de la barrera de protección penal, cuya legitimidad se cuestiona, por lo que la preparación del acto que de por sí implica este adelanto de protección resultaría injustificable en atención a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima y lesividad.

Siguiendo con las delimitación de los actos preparatorios, y teniendo en cuenta que el delito de pertenencia a una organización criminal es un delito permanente, FARALDO CABANA defiende que habrá de probarse la existencia de un plan criminal perseguido por el colectivo, apuntando que alguna de las infracciones pretendidas deben encontrarse por lo menos en fase preparatoria, es decir, debe haberse superado la fase de mera ideación, fijado objetivos y buscado personas y medios para realizarlo.[365] Esas personas,

[365] FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales… op. cit.*, pág. 342. La característica del delito de pertenencia a una organización criminal, como delito permanente, obliga a distinguir entre consumación formal y consumación material o agotamiento. Hay quien opina que la realización de los elementos del tipo sin la afección al bien jurídico protegido no puede superar la consumación de delito alguno.

siempre que intervengan en la comisión de los delitos fin o lo dominen, son quienes deberán ser castigados[366].

Por su parte, GALLO manifiesta que, aunque los actos preparatorios están regulados en la parte general del Código Penal, en ocasiones el legislador recurre a una tipificación independiente en el Libro II del Código Penal, dando lugar a una tipicidad propia, esto es, un delito independiente, como es el caso de la asociación ilícita[367], lo que puede extrapolarse al delito de pertenencia a una organización criminal. Además de suponer un adelantamiento de la punición del delito fin que se comete por la organización, ese "acuerdo para delinquir" tendría autonomía para afectar el bien jurídico tutelado que, para esta autora, sería el orden público[368]. Así, el hecho de asociarse para delinquir y después perpetrar otro delito mediante la agrupación supone una sola conducta que se desvalorará por más de un concepto legal, pero ello no supondría una contradicción con el hecho de que se lesione el orden público y la asociación suponga de por sí un adelantamiento de la punición del delito fin[369].

Tomando igualmente de ejemplo el delito de asociación ilícita, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ[370] considera, empero, que debe rechazarse el castigo de los actos preparatorios de lo que es ya un delito de preparación y peligro abstracto, como hace el artículo 519 CP, pues ello supone a un nuevo adelantamiento de la intervención penal[371]. Sin embargo, BENITO SÁNCHEZ [372], en relación con los actos preparatorios, mantiene que, considerando la estrategia político-criminal internacional sobre delincuencia organizada, tales conductas habrían de llevarse por el artículo 519 CP, estando en este caso legitimado el castigo de los actos preparatorios para cometer el delito tipificado en el artículo 515 CP. Así, a juicio de la autora, sería punible a través de ese precepto la conspiración para

[366] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "La "intervención a través de la organización", ¿una forma moderna de participación en el delito?", en CANCIO MELIÁ, M./ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Delitos de organización… op. cit.*, págs. 111 y ss.
[367] GALLO, S.P.: *Asociación ilícita y concurso de delitos,* Fabian J. Di Placido, Buenos Aires, 2003, pág. 32.
[368] *Ibidem*, pág. 30.
[369] *Ibidem*, pág. 37.
[370]SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: "Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales", en CANCIO MELIÁ, M. / POZUELO PÉREZ, L. (Coords.): *Política Criminal en Vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada,* Thomson Civitas, Cizur Menor, *2008*, pág. 473.
[371] El artículo 519 del Código Penal recoge lo siguiente: "*La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores".*
[372] BENITO SÁNCHEZ, D.: *El delito de corrupción en las transacciones internacionales*, Iustel, Madrid, 2012, pág. 289.

crear un grupo organizado para cometer el delito de cohecho en las transacciones internacionales. Por su parte, CANCIO MELIÁ considera que el delito de pertenencia a una asociación ilícita es un supuesto de pre-preparación o proto-participación desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales que se verían vulnerados por la comisión delictiva de aquella[373], de manera que si lo que se pretende con los delitos de organización es la protección del bien jurídico del delito fin, sería suficiente con castigarlo por la vía de una agravante específica[374]. Así, no resulta suficiente la existencia de una agrupación de personas que tenga una finalidad delictiva, pues debe existir un grado de fortaleza, una estructura interna en la organización y un catálogo de infracciones para justificar la tipificación autónoma de la pertenencia a esta[375].

En lo que a la tentativa se refiere, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ pone de relieve la discutida cuestión sobre la posibilidad de la tentativa de los delitos de asociaciones criminales tradicionales, al no existir un claro umbral sobre el momento de la legitimación de la intervención penal[376]. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, por ejemplo, recoge que, en el caso del delito de pertenencia, la admisibilidad de la tentativa estará condiciona a su naturaleza, y es que, si se considera que se trata de un delito de peligro abstracto, la tentativa deberá ser rechazada[377]. En el mismo sentido, MIR PUIG afirma que en los delitos de peligro la consumación no requiere la terminación o agotamiento material de la lesión del bien jurídico protegido, al consumarse con la realización formal del tipo, por lo que no podría aplicarse la figura de la tentativa[378].

### 2.3.3. Valoración personal

Tal y como afirma FARALDO CABANA, una concepción "moderna" de Derecho Penal va más allá de los límites del Derecho Penal clásico en los que el bien jurídico clásico era considerado como límite de los procesos de criminalización. Ahora bien, todo adelantamiento de la intervención penal que tiene por finalidad proteger estos mismos bienes jurídicos clásicos o tradicionales, pero no solo estos, corre el riesgo de convertir el Derecho Penal en un mero instrumento pedagógico social con el fin de sensibilizar a la

[373] CANCIO MELIÁ, M.: "El injusto de los delitos… *op. cit*, pág. 15.
[374] *Ibidem*, pág. 15
[375] *Ibidem*, pág. 84. El autor orientaba el contenido de injusto en los delitos de organización con base en la "arrogación de organización colectiva cometida respecto del monopolio estatal de la violencia".
[376] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L: *Criminalidad organizada y… op. cit*, pág. 257.
[377] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: "Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales", en GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág.1928.
[378] MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, parte general*, 10ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2015, pág. 364.

ciudadanía respecto de algunos temas[379]. Tal y como señala RUIZ RODRÍGUEZ, con este intervencionismo penal se cae en el peligro de borrar los límites que deberían separar las diversas fases del *iter criminis*, actos preparatorios, tentativa y delito consumado, entendiendo que en el Derecho Penal habría entrado la ideología de la "defensa preventiva"[380]. Obsérvese que esta controversia ya se venía manteniendo en relación con el delito de asociación ilícita, donde al igual que en el caso del artículo 570 bis CP, también parece que nos encontramos ante un adelantamiento de la barrera penal por tipificarse una actuación preparatoria de la comisión de los delitos fin[381].

Al fin y al cabo, considerando las reglas generales de la teoría jurídica del delito, podría decirse que la conducta típica de la pertenencia a la organización criminal se ubicaría en una fase preparatoria, si se entiende que el bien jurídico que se protege en esos casos es exclusivamente el bien jurídico protegido por el delito finalmente ejecutado. Sin embargo, al existir una relación estructurada entre sus miembros, ese peligro permanente y objetivo convierte a la organización en un potencial criminal, por lo que su incriminación autónoma entendemos que resultaría justificada, es decir, que además de poner en peligro el bien jurídico protegido por el delito fin, la mera existencia de la organización supone de por sí la lesión de un bien jurídico colectivo, que hemos concretado en esta tesis en la noción de seguridad colectiva como estado de peligro para futuros bienes jurídicos.

Condicionar la tipificación del artículo 570 bis únicamente a la protección del bien jurídico del delito fin, supondría, por las razones expuestas a lo largo del análisis de esta posible respuesta a cuál es el objeto de tutela en este delito, conculcar principios básicos del Derecho Penal. El adelantamiento de la barrera de protección penal solamente se justifica porque la organización criminal resulta en sí mismo peligrosa, esto es, su mera existencia ya supone el menoscabo de un bien jurídico de naturaleza colectiva, concretado en la seguridad colectiva, de manera que sin esa lesión no es defendible que, a su vez,

[379] FARALDO CABANA, P.: "Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de Organización Criminal. La Ley 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", en RIVERA BEIRAS, I.: *Política Criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2005, pág. 302.

[380] RUIZ RODRÍGUEZ, L.R.: "Crimen organizado y extranjería en España y Marruecos", en TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Tratamiento jurídico penal de la criminalidad organizada en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 16.

[381] A pesar de que esta opinión tampoco es unánime, como es el caso de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, quien manifiesta que en el delito de asociación ilícita no se da una anticipación de la barrera penal, puesto que en caso de que fuera así, las penas por pertenecer a la asociación variarían en base a ese delito fin y no es así (como ocurre con la conspiración). En *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, pág. 141.

esté con ello protegiendo la puesta en peligro del bien jurídico tutelado en el delito fin. Como se puede entrever, esto lleva a concebir el delito de pertenencia a una organización criminal realmente como un delito pluriofensivo, según mantiene las concepciones mixtas que se van a exponer en el siguiente epígrafe.

No obstante, se finalizará con una última cuestión. En el supuesto de que el delito fin no alcanzara la fase ejecutiva, surge la cuestión de cómo se resolvería la concurrencia con el delito de pertenencia a una organización criminal. A este respecto, podría entrar en juego la aplicación del artículo 570 bis o del artículo 570 ter cuando el delito fin no recogiera una agravante específica por organización o grupo criminal o, caso más improbable por el juego comparativo de las penas, en caso de si existir dicha agravante, y resultar más grave la pena por conspiración del delito fin, conforme al artículo 570 quater. Pero si el delito fin quedara en fase preparatoria, ¿existiría realmente un concurso de normas entre el artículo 570 bis o, en su caso el artículo 570 ter? Por ejemplo, el delito de estafa no contempla una agravante que sea expresión de cometerse bajo una forma de delincuencia organizada, pero sí castiga la provocación, conspiración y proposición para delinquir, como dispone el artículo 269, extensible además a los delitos de robo, extorsión, estafa y apropiación indebida, lo que supone, como sabemos, la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente. Una de las tesis que se mantiene en esta investigación es que el delito de pertenencia a una organización criminal, extrapolable al delito de pertenencia a un grupo criminal, permite castigar al miembro de la organización del que no se haya podido probar una acción directa en el delito fin, lo que a nuestro juicio desplaza la figura de la conspiración a favor de la aplicación del art. 570 bis CP o, en su caso, del art. 570 ter, sin tener que recurrir a las reglas del concurso de normas del artículo 8 CP o a la regla específica de la alternatividad que consagra el artículo 570 quater. Y, además, esta posición se refuerza por el hecho de que la diferencia entre conspiración y pertenencia a una organización criminal radica, entre otros elementos, en la falta de estabilidad del primero. En definitiva, la distinción entre la conspiración y la pertenencia a una organización criminal residiría en la estabilidad, además del mínimo de miembros exigidos, por lo que no sería necesario llevar a cabo la relación concursal en este caso.

### 2.4. Toma de postura: adopción de una concepción mixta en el objeto de tutela del artículo 570 bis CP

Tal y como se indicó al inicio de este Capítulo, entre las dos teorías analizadas se ubicaría una concepción mixta de la que ya se han expuesto algunos avances en los epígrafes previos, que supone, en esencia, interpretar que el delito de pertenencia a una organización criminal, tal y como defiende ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, dispone de dos injustos penales cuando un delito se comete aprovechando la estructura criminal: el de la propia organización y el del delito cometido o intentado, visto desde el enfoque de la organización. El hecho de conformar una organización que tiene una finalidad delictiva supone ya, *per se,* una situación antijurídica por la extraordinaria capacidad que posee para poner en peligro el bien jurídico que se desarrolla en ellas, por lo que el juez deberá comprobar la idoneidad de la organización para poner en peligro los bienes jurídicos del programa criminal. Esa lesividad del injusto está dada por la lesión de la seguridad colectiva, caracterizada como una situación de peligro hipotético para los bienes jurídicos del programa criminal; lo que conlleva una doble estructura: lesión de un bien jurídico colectivo y peligro para otro bien jurídico[382]. Misma posición mantiene BOCANEGRA MÁRQUEZ, quien concreta la afectación de la seguridad colectiva en el momento en que la agrupación se dota de una estructura y medios que posibilitan llevar a cabo su plan criminal. Será entonces cuando pueda hablarse de peligrosidad general o abierta para los bienes jurídicos protegidos en el delito fin, desde una concepción no formal de los delitos de peligro abstracto[383]. Es, por tanto, necesaria una respuesta cumulativa, como afirma DE OLIVEIRA DANTAS.[384]

Difiere de este planteamiento SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, para quien la comisión de delitos a través de una organización supone un injusto agravado respecto del mismo delito cometido por un individuo, puesto que representa un nivel de peligro superior para el bien jurídico protegido. Se estaría, entonces, ante un desvalor de acción agravado, ya que facilita la comisión de delitos por tener medios para planificarlos y cometerlos[385], así

[382] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Criminalidad organizada y… op. cit.*, pág.264.
[383] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J: *Los delitos de organización… op. cit.*, pág. 97. La seguridad colectiva se lesiona, según la autora, tanto en la organización criminal como en el grupo criminal; no obstante, tal y como se ha expuesto anteriormente, en el caso de las organizaciones criminales, defiende que también se ve afectado el orden público en su concepción institucional.
[384] DE OLIVEIRA DANTAS: "Delitos de organización criminal… *op. cit*, pág.33.
[385] Además de la reducción del sentimiento de la responsabilidad criminal que sí ocurre en el caso de los que delinquen individualmente. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: "Problemas de legitimidad… *op. cit.*, págs. 453 y ss.

como para encubrir a sus miembros después, siendo más fácil debilitar las posibilidades de defensa de la víctima y asegurar un resultado delictivo. Pero, en nuestra opinión, si solo se trata de un desvalor de acción agravado, sería suficiente prever una agravante específica por organización en el concreto delito fin, como ya recogen numerosos delitos en el Código Penal. En ese sentido, estamos de acuerdo con ZURITA GUTIÉRREZ cuando dice que la organización criminal conlleva un plus de lesividad respecto de los delitos comunes tipificados en el Código Penal[386].

En esta misma línea, entiende FARALDO CABANA que no puede afirmarse que el desvalor de la responsabilidad del injusto sistémico sea absorbido por la responsabilidad del injusto individual, o al revés, ya que el primero supone una amenaza duradera para la seguridad ciudadana, mientras que el segundo se basará en la lesión o puesta en peligro de otro bien jurídico, y es por eso que esa disposición del grupo a cometer delitos constituye *per se* el injusto, justificado por el peligro permanente generado[387]. La seguridad ciudadana es, según la autora, el bien jurídico protegido en los delitos de organización, entendido en sentido material y objetivo de prevención de delitos[388]. Se trataría de un estado, una condición de protección frente a situaciones de peligro para las personas o bienes, generalmente causadas por otras personas[389]. Así, el delito de pertenencia a una organización criminal constituye materialmente un acto preparatorio de las infracciones que son su finalidad u objeto criminal, un acto preparatorio de una pluralidad de delitos. Pero, a pesar de que, efectivamente, se está ante un adelantamiento de la barrera para la protección de los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal, no se queda únicamente ahí: los bienes no tienen por qué ser los que resulten amenazados por el programa criminal, ya que la específica peligrosidad radica en la capacidad de la organización para lesionar o poner el peligro otros bienes jurídicos además de los afectados por el programa criminal[390]. Por ello, admite FARALDO CABANA esa anticipación de la protección penal, considerando que, además de poder lesionar los bienes jurídicos del programa criminal, también se lesiona la seguridad ciudadana. Con ello enlaza la teoría del adelantamiento de la barrera penal para la

[386] ZURITA GUTIÉRREZ, A.: "Organización criminal y trata de personas: aspectos victimológicos ¿imputación a la víctima?", en OLMEDO CARDENETE, M./NÚÑEZ PAZ, M.A./SANZ MULAS, N./POLAINO-ORTS, M. (Dirs.): *Ciencia penal y generosidad. De lo mexicano a lo universal. Libro homenaje a Carlos Juan Manuel Daza Gómez,* Bosch Editor, Barcelona, 2021, pág. 628.
[387] FARALDO CABANA, Patricia. *Asociaciones ilícitas y organizaciones… op. cit.*, pág. 390.
[388] *Ibidem*, pág. 236
[389] *Ibidem*, pág. 222
[390] *Ibidem*, pág. 236

protección de los bienes del delito fin y la protección de un bien jurídico colectivo autónomo, en este caso la seguridad ciudadana, postura que, a nuestro juicio, ofrece una respuesta convincente a la discusión sobre la legitimidad del delito del artículo 570 bis[391].

Dentro de esta concepción mixta se ubica también ANARTE BORRALLO, al defender que la criminalidad organizada afecta simultáneamente, directa o indirectamente, a numerosos bienes jurídicos y que, a pesar de que normalmente se trate de bienes jurídicos colectivos, también pueden verse afectados bienes jurídicos individuales cuando el grupo lleve a cabo actividades violentas o intimidatorias[392]. También LUZÓN CÁNOVAS defiende que se trata de un delito de peligro abstracto respecto del bien jurídico general protegido y de los delitos "medio" para conseguir los fines de la organización, y de peligro concreto en cuanto al delito fin. Así, sostiene que podría ser una modalidad delictiva de peligro hipotético o potencial, también conocidos como peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud[393].

Conforme a lo anterior, nosotros nos posicionamos junto al sector de la doctrina que interpreta el delito de pertenencia a una organización criminal como delito pluriofensivo, en el que protege tanto la seguridad colectiva como el bien jurídico, en cada caso, del delito fin. Esa seguridad colectiva se determina como la situación de peligro para los bienes jurídicos que la organización pretende cometer, por lo que su mera existencia supone ya un peligro para el bien jurídico del delito fin, siempre que la organización cuente con medios que posibiliten llevar a cabo el plan criminal. Es decir, nos decantamos por una concepción mixta. Ahora bien, a diferencia de lo que defienden algunos autores, la existencia de una organización *per se* criminal, supone ya la lesión de este bien jurídico colectivo. Y, a su vez, el injusto de este delito no se agota ahí, puesto que, efectivamente, implica igualmente una protección anticipada a su lesión de los bienes jurídicos afectados por el delito fin, protección que entendemos que ha de ser por la vía del peligro concreto, por la idoneidad de su estructura y medios y por la existencia de un programa criminal. Estos bienes jurídicos podrán ser tanto individuales como colectivos, puesto que el tipo penal no discrimina la tipología delictiva a la que se dedica la organización en términos de incriminación, si bien si lo hace en lo relativo a las penas asignadas en cada caso. Muestra de ello es que el artículo 570 bis prevé la imposición de la penas en la mitad

[391] La definición que esta autora concede a la seguridad ciudadana es similar a la que Zúñiga y Bocanegra utilizan respecto de la seguridad colectiva. Subyace la misma idea entre ellas.
[392] ANARTE BORRALLO, E.: "Conjeturas sobre la criminalidad organizada… *op. cit*., pág.45.
[393] LUZÓN CÁNOVAS, M: "La tipificación penal de la organización y grupo criminal… *op. cit.*

superior cuando la organización tenga como finalidad atentar contra la vida e integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

Lo anterior permite poner las bases para diferenciar, por un lado, este delito de los actos preparatorios punibles de los artículos 17 y 18, en la medida en que estos últimos sí suponen un adelantamiento de la protección penal, pero exclusivamente referido al bien jurídico del delito que se está preparando. Por otro lado, en relación con la previsión de agravantes específicas por organización, también aquí se está ante una circunstancia que pone de manifiesto un mayor desvalor de acción del concreto delito en el que se prevé aquella, siendo el bien jurídico protegido el mismo que el que se protege en el tipo penal aplicable.

No cabe duda que mediante una organización se facilita la comisión del delito y ello supone una indefensión para las posibles víctimas, al dejarlas sin apenas oportunidad de poder evitar el delito. Por ello, parece defendible que una de las finalidades del artículo 570 bis CP sea garantizar el bien jurídico del delito fin, a pesar de las discusiones existentes sobre la legitimación del adelantamiento de la barrera penal. No obstante, dependiendo del grado de planificación de la agrupación, la organización también generará desasosiego para el ciudadano. Ante ello, resulta, a nuestro juicio, convincente la idea de que la lesión del bien jurídico colectivo, la seguridad colectiva, y el peligro concreto en que se pone al bien jurídico del delito fin permita justificar la existencia del artículo 570 bis, ya que si únicamente se pretendiera proteger el delito fin sería suficiente con la agravante especifica que venía ya recogiendo el Código Penal en distintos delitos.

Asunto diferente es que ello suponga, automáticamente, una justificación para que hoy en día sigan conviviendo el artículo 570 bis, junto con la asociación ilícita, así como que la relación entre la pertenencia a una organización criminal y el delito fin deba ser solucionado automáticamente mediante un concurso real, puesto que, a nuestro juicio, como se verá en la última parte de esta investigación, debería resolverse como concurso medial. De la misma manera, el hecho de que entendamos legitimo sancionar la pertenencia a una organización criminal por las razones expuestas, no compartimos las consecuencias penológicas que a la misma se le han atribuido, en referencia, sobre todo, a las elevadas penas de prisión que tipifica.

# CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DEL TIPO (2): CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL, CONDUCTAS TÍPICAS Y AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

## 1. Introducción

Una vez que se ha tomado postura sobre el bien jurídico protegido del artículo 570 bis CP a favor de un delito pluriofensivo en el que se protege, por un lado, un bien jurídico colectivo identificado en la seguridad colectiva, pero, por otro lado, también se tutela el concreto bien jurídico del delito fin, en cuanto a su puesta en peligro concreto, debido a la idoneidad de la estructura de la organización, que cuenta con un programa criminal y medios que posibilitan su comisión, este Capítulo continúa con el análisis del tipo. Concretamente, se profundizará en el concepto de organización criminal, así como se analizarán las conductas típicas que recoge el artículo 570 bis y las cuestiones relativas a la autoría y participación.

En el desarrollo de este Capítulo, entendemos imprescindible analizar con mayor profundidad que el abordaje realizado hasta este momento el concepto de organización criminal, conforme a la definición que incluye el artículo objeto de estudio, para valorar si la propuesta que la doctrina y la jurisprudencia ofrece a la convivencia en nuestra regulación penal entre el delito de pertenencia a una organización criminal y otras figuras que tipifican la delincuencia grupal resulta convincente. Para ello, hay que partir de la definición legal de organización criminal que ofrece el artículo 570 bis CP, al objeto de estudiar su compatibilidad con el resto de previsiones que tipifican la delincuencia común organizada y, en consecuencia, si está justificado apreciar un concurso de normas entre ellas; o, si por el contrario, existe un ámbito de aplicación autónomo de las distintas figuras delictivas que dan respuesta a este fenómeno.

A continuación, se pasará a analizar las conductas incriminadas en el artículo 570 bis. En relación con esto, debe adelantarse que el legislador ha sido muy exhaustivo al detallar qué comportamientos son tipificados como pertenecientes a la organización criminal, algunos de ellos, incluso, no recogidos en el delito de asociación ilícita del artículo 515, así como en el de pertenencia a un grupo criminal del artículo 570 ter o, incluso, en materia de terrorismo, que, aunque en este último caso ya se concluyó que aspiran a una finalidad propia, diferenciada de la búsqueda directa o indirecta de un beneficio o ventaja material, en el caso del Código Penal español también se incluyen en la propia definición de organización criminal que recoge el artículo 570 bis. Para esta labor, se realizará un

análisis de las conductas típicas de este precepto, así como una breve aproximación a las conductas que, a su vez, se incriminan en estas otras figuras penales que castigan el comportamiento asociativo, organizado o grupal en el Código Penal, incidiendo también, nuevamente, en la normativa internacional que instó a la tipificación de los artículos 570 bis y 570 ter, esto es, la Convención de Palermo de 2000 y la DM de 2008.

Por último, en relación a la autoría y participación, se distinguirá en el análisis que se va a realizar la actuación respecto de la organización, por una parte, y respecto del delito fin, por otra parte.

Conforme a lo que se acaba de exponer, el presente Capítulo, se divide, pues, en estos tres bloques de cuestiones. La finalidad será, junto con el anterior Capítulo en torno al bien jurídico tutelado, clarificar los requisitos típicos de la pertenencia a una organización criminal y, en consecuencia, el ámbito de punición de este delito, lo que pondrá las bases necesarias para, posteriormente, proceder a una adecuada delimitación, si ello es posible, con otras figuras penales recogidas en el Código Penal.

## 2. El concepto de organización criminal

### 2.1. La organización criminal en el artículo 570 bis CP

Según se ha indicado cuando se analizaron los antecedentes legislativos y prelegislativos del delito de pertenencia a una organización criminal, con la introducción del artículo 570 bis en el año 2010 se introdujo por primera vez en este precepto una definición legal de lo que debe entenderse por organización criminal, y si bien es cierto que se ha hecho referencia a ello en el segundo Capítulo de esta investigación al analizar los textos internacionales que han influido en la introducción de este delito en el Código Penal, así como los textos prelegislativos hasta la aprobación de la LO 5/2020, el análisis de este tipo penal exige, en este momento, profundizar sobre este aspecto. Al ser, mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, la primera vez que se sanciona como tal la pertenencia a una organización criminal, resulta necesario indagar sobre las características que debe cumplir ese tipo de agrupación.

Como se recordará, la definición que recoge el artículo 570 bis sobre la organización criminal es la siguiente: “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o tiempo indefinido, que de manera concentrada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.

De ello se deduce que la organización, para ser considerada como tal, debe contar con cuatro requisitos:

- Estar formada por tres o más personas.

- Contar con estabilidad en el tiempo.
- Tener división de tareas o funciones.
- Finalidad dirigida a la comisión de delitos.

En el caso de que una agrupación no cuente con algunas de esas características, no resultaría de aplicación el artículo 570 bis CP. Por lo tanto, para comprender la diferencia con otras figuras penales que también dan respuesta a la delincuencia organizada o grupal[394], resulta inevitable que se acredite la presencia de estos cuatro requisitos.

En ese sentido, la STS 337/2014, citada en muchas sentencias posteriores, recoge la condena por pertenencia a organización criminal y lesiones a miembros de una banda callejera, dictando para ello las características de una organización criminal y que, en buena medida, reproducen los requisitos legales que se acaban de señalar:

> *"se trata de un delito plurisubjetivo, donde hay una estructura más o menos compleja, una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, y el fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como de una "voluntad colectiva", superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros*"[395].

Y es que, como se aprecia en esta resolución, la jurisprudencia reserva el concepto de organización criminal para los supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, al entender que es la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento de la capacidad de lesión del bien jurídico. En este sentido, volvemos a recordar la tesis defendida en esta tesis, que sigue el planteamiento de un sector de la doctrina, conforme al cual se identifica como bien jurídico vulnerado la seguridad colectiva; bien jurídico al que, además, se insistirá que supone el objeto de tutela tanto en el delito de pertenencia a una organización criminal como en el de pertenencia a un grupo criminal. Junto a la seguridad colectiva, se protege igualmente el bien jurídico del delito fin, en los términos defendidos en el Capítulo anterior.

Volviendo al concepto de organización criminal, la STS 636/2016 recoge concretamente que para su apreciación no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, sino que será necesario apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas apreciables en los casos de codelincuencia o, incluso,

[394] Diferencias o, en su caso, identidades para saber si se debe recurrir a un concurso de normas o es posible delimitar un ámbito de aplicación propio de cada una de ellas.
[395] STS 337/2014, de 16 de abril, nº de recurso 10672/2012. Ponente: Francisco Monteverde Ferrer.

de grupos criminales[396]. En este sentido, también, respecto de un delito de trata con finalidad de prostitución, la STS 178/2016 aprecia organización criminal al existir pluralidad de personas, estructura compleja, permanencia y voluntad colectiva superior y distinta a la voluntad de los individuos[397]. Esta última resolución especifica, además, la concreta conducta que lleva a cabo cada integrante del grupo para evaluar así su grado de responsabilidad, de los que se recogen, en lo que sigue, algunos ejemplos:

> *"XXX, el Coordinador de la captación y recluta de jóvenes, de chicas originarias de Nigeria, responsable de la captación y recluta de las mismas, para su posterior traslado a España.*
>
> *YYY, encargándose de realizar envíos de dinero que le eran ordenados por otros miembros de la trama así como de llevar diariamente la contabilidad de los ingresos procedentes de la explotación sexual de las mujeres obligadas a prostituirse, distinguiendo a través de una suerte de asientos contables muy rudimentarios, las cantidades obtenidas por cada chica, las transferidas a cada controladora o madame, y a su vez las entregadas a los máximos responsables de la trama, especificando si los ingresos se hacían en efectivo.*
>
> *Además de desempeñar tareas contables, era un estrecho colaborador de XXX de quien recibía constantes indicaciones a través de sus terminales telefónicos (NUM053 y NUM054) y tenía encomendada en la trama de referencia realizar todas las gestiones necesarias para que las mujeres captadas en Nigeria y que se encontraban en tránsito en los diferentes países pudieran ir sorteando los obstáculos físicos, logísticos y administrativos que se fueran encontrando.*
>
> *AAA se ocupaba de comprar los billetes de avión, autobús u otros medios de transporte empleados para el traslado de las mujeres, se encargaba de enviar remesas de dinero a los diferentes contactos de la trama en cada país para pagar sus comisiones por colaborar (consiguiendo documentación, realizando sobornos o proporcionando alimentos a las chicas)."*

Por su parte, la STS 798/2016, en la que se condena por organización criminal un caso de estafa llevada a cabo apoderándose del software de una agencia de viajes que parecía estar en funcionamiento, considera acreditada una planificación de cierta complejidad, al exigir una estructura eficiente y conocimientos informáticos suficientes, en concreto:

> *"...desplazándose a un lugar geográfico distante de la sede de la agencia de viajes titularidad de la recurrente, la aportación de un capital no despreciable para la adquisición de las participaciones de la agencia objetivo del plan, la utilización de testaferros en el otorgamiento de la escritura pública de adquisición, con presencia anónima de la acusada que se hace pasar por intérprete de la que actuó como testaferro y posteriormente toda una manipulación informática conseguida a través de la obtención de las claves de aplicación de la plataforma "Amadeus" de la forma descrita, que lleva consigo que desde un ordenador remoto se genere la actividad de la agencia de forma que los ingresos obtenidos por la venta de los billetes aéreos pagados por los compradores se reciban por los autores del plan pero figurando como deudora de los mismos a las numerosas compañías aéreas perjudicadas la agencia cuyas participaciones se pretendían adquirir aún pendientes de un segundo pago frustrado por el bloqueo de la plataforma ante la denuncia de una de las compañías que advirtió la anormalidad de la operación de venta masiva de billetes."*[398]

En la misma línea se posiciona la STS 644/2015, que confirma la existencia de una organización criminal, ya que en el caso de autos:

[396] STS 636/2016, de 14 de julio, nº de recurso 67/2016. Ponente: Cándido Conde Pumpido Tourón.
[397] STS 178/2016, de 3 de marzo, nº de recurso 10848/2014. Ponente: José Ramón Soriano Soriano.
[398] STS 798/2016, de 25 de octubre, nº de recurso 10224/2016. Ponente: Juan Saavedra Ruíz.

*"Queda acreditado que existe una estable relación delictiva, prolongada en el tiempo por parte de los cuatro recurrentes, siendo bien expresivos los informes que las autoridades serbias transmiten a los agentes policiales españoles que intervienen en la investigación de estos hechos. La coordinación y concierto entre los acusados, y la diversidad de funciones que pudieran desempeñar, considerándose a algunos de ellos hombres de confianza del ahora recurrente, se infiere sin duda de la disposición de pisos francos, del uso de pasaportes falsos, del importante arsenal de armas y municiones de que disponen, así como silenciadores, chaleco antibalas, inhibidor, lo que deja bien patente su carácter delictivo y la peligrosidad que representa, no siendo menos relevante el que esta organización dispusiera de aproximadamente medio millón de euros en billetes así como objetos valiosos, y a todo ello se refiere el Tribunal de instancia cuando explica, a los folios 9 y 10 de la sentencia recurrida, las razones por las que considera acreditada la existencia de una organización criminal"*[399].

Asimismo, en la STS 920/2016 se mantiene la condena por delito contra la propiedad intelectual y pertenencia a una organización criminal por el funcionamiento de una página web que mediante la técnica del *streaming*, consistente en un medio tecnológico avanzado de comunicación, permitía visualizar contenidos multimedia en tiempo real sin pagar por los derechos[400]. Recoge la sentencia que en la organización

*"lo decisivo es que el plan delictivo permanece más allá de las personas individuales lo que nos lleva a la existencia de una empresa criminal. En el caso de la casación el relato fáctico describe un actuar de varias personas, con niveles de actuación prefijados y en el que, a pesar de la falta de identificación de los "ucranianos", éstos actúan siguiendo las órdenes de los órganos de decisión resultando del relato fáctico una actividad empresarial - organizada- para la realización del delito, lo que integra los presupuestos de la tipicidad del delito objeto de la condena."*

A pesar de que no es objeto específico de esta tesis el análisis de las agravantes que recoge el artículo 570 bis CP[401], resulta necesario mencionar, de cara a diferenciar las mismas de la necesidad de una estructura compleja para determinar que nos encontramos ante una organización criminal, que en ese supuesto entiende el Alto Tribunal que no procede aplicar la agravante del 570 bis 2 c) sobre la tecnificación de los medios utilizados, por tratarse de los mismos medios utilizados para la comisión del delito contra la propiedad intelectual. Así, su doble consideración conllevaría una doble punición del mismo hecho y la vulneración del principio *non bis in idem*. En cualquier caso, la STS 637/2014 aclara que para la aplicación del tipo básico del artículo 570 bis no es necesario que los medios de comunicación sean muy sofisticados, sino que deben ser de cierta entidad para que alcancen una capacidad delictiva superior a la que tendrían los grupos

[399] STS 644/2015, de 13 de octubre, nº de recurso: 10167/2015. Ponente: Carlos Granados Pérez.
[400] STS 920/2016, de 12 de diciembre, nº de recurso 604/2016. Ponente: Andrés Martínez Arrieta.
[401] Artículo 570 bis. 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."*

criminales o la codelincuencia[402]. Por el contrario, sí que se aplica la agravante de la letra b) del artículo 570 bis, relativa a la disponer de armas o instrumentos peligrosos, en la STS 134/2016, en el caso concreto fusiles de asalto AK47 y lanzagranadas tipo RPG.S en relación con un delito de piratería[403].

Sin embargo, hay que recalcar que la definición que ha dado el legislador de organización criminal en el artículo 570 bis es un concepto técnico-jurídico dentro del fenómeno que supone la delincuencia organizada o crimen organizado y que, además, es más amplio que el propuesto a nivel europeo e internacional. En ese sentido, se recordará que la definición de grupo delictivo organizado que propugna la Convención de Palermo, así como la organización delictiva que recoge la DM 2008/841/JAI incluyen junto a los cuatro requisitos que exige el artículo 570 bis la finalidad o el propósito de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja material. Por su parte, se expuso también que EUROPOL caracteriza la delincuencia organizada en atención a once singularidades de las deben cumplirse seis, y de entre las que obligatoriamente han de cumplirse el hecho de estar ante la unión de dos o más personas, por tiempo prolongado, que la finalidad sea la comisión de delitos graves y tenga intención lucrativa. Todo ello hace plantearse si las discrepancias en el concepto de organización criminal en las legislaciones de cada estado miembro podrían dificultar la lucha efectiva contra la delincuencia organizada. Incluso, se encuentran diferencias conceptuales en relación con otros organismos, como es el caso del Consejo Nacional de Seguridad[404]. A este respecto, CERRADA MORENO recoge las características que este órgano estatal atribuye a la criminalidad organizada: finalidad esencialmente económica, implicación en actividades ilícitas complementadas con actividades legales, asociación de una pluralidad de personas, carácter de continuidad en el tiempo, empleo de medidas de seguridad, adaptabilidad, transnacionalidad, causación de efectos indeseables en el ciudadano, la sociedad y en los Estados, con importante potencial desestabilizador y uso de influencia o corrupción[405].

---

[402] STS 637/2014, de 23 de septiembre, nº de recurso 10964/2012. Ponente: Andrés Palomo del Arco.
[403] STS 134/2016, de 24 de febrero, nº de recurso 10229/2015. Ponente: Manuel Marchena Gómez.
[404] CERRADA MORENO, M: *Criminalidad organizada… op. cit*., pág. 35. El Consejo Nacional es uno de los órganos competente en materia de Seguridad Nacional, y que asiste al presidente del Gobierno en la dirección política de la Seguridad Nacional y del Sistema de Seguridad Nacional. En ese sentido, *vid.* Cap. II, 2.3 y 2.4, donde se puso de manifiesto la falta de homogeneidad en los datos cuantitativos de los distintos organismos respecto de la criminalidad organizada, principalmente sobre qué entiende cada uno por esta clase de delincuencia.
[405] *Ibidem*, pág. 40. Estas características recuerdan a la que requiere EUROPOL y que han sido analizadas en el Capítulo II, 2.2.

No obstante, lo anterior debe matizarse por la siguiente razón: a pesar de que en la legislación española no se recoja como requisito para que exista una organización criminal que persiga un objetivo económico, por las razones que quedaron expuestas en momentos anteriores de esta investigación, en realidad la búsqueda directa o indirecta de este, o de una ventaja material, resulta inherente a la propia organización. FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES explica que la criminalidad organizada utiliza la estrategia de ubicar los centros de logística y producción en zonas de bajo coste y bajo riesgo, en las que se trata de controlar el entorno institucional, fundamentalmente, mediante la corrupción y buscar mercados donde obtendrán mayor beneficio[406].

La organización criminal es una empresa ilícita y, como tal, el fin de su propia existencia es la consecución de un beneficio o ganancia. Tal y como concluye FABIÁN CAPARRÓS, este tipo de agrupaciones juega el mismo papel instrumental que la persona jurídica en el comercio lícito y para entender la organización criminal en sus justos términos no debe considerarse como "*la gran responsable de la delincuencia a gran escala dirigida a la acumulación del poder por la vía del enriquecimiento, sino como el medio del que se vale la moderna delincuencia para lograr tales objetivos*"[407]. Para llegar a esta conclusión, no hay más que revisar los delitos que cuentan con la agravante de pertenencia a una organización criminal y en qué casos la jurisprudencia ha condenado por el delito del 570 bis[408].

La realidad es que el legislador español no ha dado el paso de proporcionar una definición legal de organización criminal hasta el Proyecto de 2009, puesto que el Anteproyecto de reforma del Código Penal del año 2006 no establecía tal concepto en el artículo 385 bis correspondiente en ese momento a los delitos de pertenencia al grupo u organización criminal. Se recordará que la organización delictiva se definía en el artículo 369 bis relativo al tráfico de drogas, como la 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 el tráfico de drogas. Si bien esta conceptuación guarda similitud en sus elementos con el actual artículo 570 bis, planteaba problemas de aplicación, dado que se refería exclusivamente a un específico delito fin, el tráfico de drogas. En cualquier caso, la jurisprudencia resalta la necesidad de que la organización

[406] FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, J.: *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, Ratio Legis Ediciones, Salamanca, 2014, pág. 133.
[407] Fabián Caparrós, E.: *El delito de blanqueo de capitales… op. cit.,* pág.46.
[408] *Vid.* fundamentalmente Cap. V, 4.2., así como el Anexo final.

criminal haya sido creada con la finalidad de cometer el delito juzgado. En este sentido, son abundantes las sentencias de tráfico de drogas donde se analizan las características de la organización criminal[409]. Anteriormente, se ha recogido la evolución de la agravante de pertenecer a una organización criminal en el delito de tráfico de drogas, estando en vigor en este momento en el artículo 369 bis. El referido artículo habla de "organización delictiva", si bien la jurisprudencia incide en las mismas particularidades que se tipifican en el artículo 570 bis.

En ese sentido, encontramos la STS 132/2019 en la que se recoge:

> *"Ha de operarse con la definición legal de organización que ahora se plasma en el nuevo art.570 bis. (…)Merced a todos estos hechos entendemos procedente la apreciación del subtipo agravado del artículo 369 bis del Código Penal porque la actividad de los distintos acusados se realizó en el marco de una organización criminal en la que, si bien es cierto que no se han podido acreditar las eventuales relaciones de jerarquía, si se ha podido determinar la permanencia e intensidad de la actividad delictiva, el desarrollo continuado en el tiempo, el reparto de funciones y la utilización de medios idóneos para llevar a cabo la actividad ilícita."*[410].

Por lo tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 570 quater, el artículo 369 bis entrará en concurso de normas con el 570 bis, por lo que, en base al artículo 8.4 CP, será de aplicación la sanción más grave.

Respecto de la postura del Ministerio Fiscal, es necesario analizar la Circular 2/2011 de la Fiscalía, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación a las organizaciones y grupos criminales, donde se recogen las características a tener en cuenta en la acusación por organización criminal. Concretamente se detallan los cuatro elementos que recoge la definición del artículo 570 bis:

> *"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, diferenciándose dos clases de autores, merecedores de distinto reproche penal, en función de la responsabilidad asumida en el marco de la organización.*
>
> *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, entendiendo por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la*

[409] A pesar de que se profundizará más sobre ello cuando se analice la agravante específica, resulta interesante mencionarlo en este momento por profundizarse en las características de la organización criminal. Simplemente apuntar que, en el Código Penal de 1973, dónde ya se tipificaba la agravante por pertenencia a organización criminal en el delito de tráfico de drogas en el artículo 344, la SAN 54/1995 apreciaba la organización por la pluralidad de personas, puestas en común acuerdo, coordinadas, con distintas tareas encomendadas y duración o permanencia en el tiempo. Entendía la Audiencia que la planificación, distribución de tareas, ánimo de lucro y supervisión de las actividades posibilitaba el desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, es decir, como una "empresa criminal". SAN 54/1995, de 15 de septiembre, nº de recurso 51/1992. Ponente: Ángela María Murillo Bordallo.

[410] STS 132/2019, de 12 de marzo de 2019, nº de recurso 10495/2018. Ponente: Eduardo de Porres de Ortiz Urbina.

*jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros. Debe contar, pues, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.*

*En cambio, no se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales.*

*c) Una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, y*

*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 (STS 745/2008, de 25 de noviembre y 41/2009, de 20 de enero)"*[411].

Como antes se ha mencionado, y a diferencia de otros organismos, el Ministerio Fiscal no comparte que la organización deba tener como objeto la obtención de un beneficio económico o material, limitándose a recoger que la finalidad es la comisión de delitos, sin mayor especificidad. Igualmente, destaca que la estructura debe ser más o menos compleja y que no es necesaria la existencia de conexiones internacionales, pero que en general puedan reconocerse las relaciones de jerarquía y disciplina, así como su permanencia en el tiempo. Con ello, la Fiscalía mantiene la misma línea que la doctrina y la jurisprudencia; no obstante, consciente de la exacerbación punitiva que supone la aplicación del artículo 570 bis, advierte que los miembros de la Fiscalía deberán tener en cuenta ciertos factores a la hora de valorar la graduación de la pena a imponer. Entre ellos, precisamente, la complejidad de la estructura, la profesionalidad, una implantación geográfica extensa o su carácter transnacional[412].

### 2.2. Pertenencia a una organización o asociación criminal y su significado en el marco de las agravantes específicas

Que el delito concreto sea llevado a cabo a través de una agrupación delictiva no hace que directamente sea aplicable el artículo 570 bis CP, puesto que son varias las agravantes específicas que se recogen en ese sentido, de manera que el mismo supuesto podría ser subsumible en ambos. Según se ha recalcado anteriormente, el artículo 570 quater remite al artículo 8.4 CP para los casos de existencia de un concurso de normas. Es decir, cuando el concreto delito fin cuenta con una agravante específica por organización el concurso se resolverá en base a la regla de la pena más grave. No obstante, esta solución legal no está exenta de objeciones. Así, existe controversia sobre la directa aplicación del apartado cuarto del artículo 8 o, por el contrario, si únicamente se atribuye la penalidad más grave

[411] Circular Fiscalía 2/2011… *op. cit*, pág.7
[412] *Ibidem*

cuando los tres apartados anteriores no puedan emplearse[413]. Se parte, además, de la base de que la terminología que se utiliza en las agravantes específicas no es uniforme, lo que cuestionaría, de entrada, la propia existencia de un concurso de normas, según el caso concreto.

Muestra de ello serían los siguientes delitos:

- Artículo 188.3.f (prostitución de menores): "pertenecer a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio".
- Artículo 197 quater (revelación de secretos): "cometer en el seno de una organización o grupo criminal".
- Artículo 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas): "pertenecer a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio".
- Artículo 302 (blanqueo de capitales): "pertenecer a una organización dedicada a tales fines".
- Artículo 369 bis (tráfico de drogas): "pertenecer a una organización delictiva"[414].

Ello es un ejemplo más de la desordenada respuesta punitiva al fenómeno de la delincuencia organizada. Además de que la definición del artículo 570 bis CP es más amplia que la requerida por los organismos internacionales, las agravantes especificas no son uniformes en su regulación, dificultando la convivencia y delimitación con aquél.

Como ya se ha manifestado, la definición de organización criminal que existía antes de la introducción en el Código Penal del artículo 570 bis se recogía en el delito relativo al tráfico de drogas, situación que también se mantuvo, por lo demás, en los anteproyectos de 2006 y 2008. Esta previsión referida al tráfico de drogas entendía la organización delictiva como la asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo y que actúa de manera concentrada dedicada al narcotráfico. Pero, por su parte, el artículo 385 bis del Anteproyecto de 2008 aludía a las agrupaciones que se reunían de forma transitoria, sin dar más detalles de sus características en ese

[413] Específicamente sobre esta cuestión, *vid.* Capítulo V, 4.4.

[414] Algunos de estos delitos no se consideran delitos graves. Anteriormente se ha señalado que a pesar de que el legislador no limita la definición de organización criminal a las agrupaciones que tienen como finalidad la comisión de delitos graves, en la práctica la gran mayoría de las condenas tienen esa característica. De todas formas, en este caso se están analizado las agravantes específicas y no está claro si deben entrar en concurso con la organización criminal o con el grupo criminal; y ello no solamente por dedicarse (o no) a la comisión de delitos graves, sino porque la nomenclatura no es uniforme y habría que analizarse caso por caso. Además, hay que considerar que las penas de esas agravantes varían: mientras que algunas tipifican la pena en la mitad superior, otras suben en grado. En profundidad sobre esta cuestión, *vid.* Capítulo V, 4.3.3.

sentido, limitándose el Anteproyecto del 2008, así como el Proyecto del 2007 a aludir a las "organizaciones o grupos que tengan como objeto cometer delitos". Anteriormente, el artículo 369.2 del Código Penal, en relación con el tráfico de drogas, otorgaba también a esa organización delictiva carácter transitorio, si bien ni este precepto ni las demás agravantes han definido, ni actualmente definen, qué debe entenderse como tal.

Parece, pues, que el legislador no ha tenido claras las características que debe cumplir la organización delictiva, mayormente, si la misma debía incluir a las de carácter transitorio o no. Para disipar esta cuestión, la solución ha sido la de tipificar, por un lado, la organización criminal y, por otro lado, el grupo criminal, en atención a los compromisos internacionales adquiridos. La línea seguida ha sido la de conferir el carácter transitorio al grupo criminal, distinguiendo este de la codelincuencia y la conspiración en cuanto a su finalidad: mientras que estos últimos tienen como objetivo la comisión de un único delito, el grupo criminal pretende perpetrar delitos, en plural, sin la necesidad de una estructura compleja.

Una consecuencia que se deriva de lo anterior es que el concurso de normas existirá entre el tipo agravado del delito fin, por acreditarse una situación de delincuencia organizada dedicada a la concreta tipología delictiva que prevé la agravación, con los artículos 570 bis y 570 ter en los casos en los que esta incluye junto a la organización una agrupación transitoria o grupo criminal. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que únicamente se aluda a la organización o asociación, existiría concurso de normas con el delito de pertenencia a organización criminal del artículo 570 bis, pero concurso de delitos entre el delito fin, sin que pueda aplicarse la modalidad agravada por organización, y el artículo 570 ter de pertenencia a grupo criminal.

## 3. Conductas típicas del artículo 570 bis del Código Penal

### 3.1. Comportamientos tipificados en el artículo 570 bis

Tal y como manifiesta DE OLIVEIRA DANTAS, postura que compartimos, el injusto de la organización se encuentra justificado por el potencial riesgo que se acumula en ese sistema con la suma de los potenciales particulares[415]. Ahora, pasaremos a analizar las conductas de esos particulares que forman la organización.

El artículo 570 bis establece quiénes serán castigados por el delito de pertenencia a una organización criminal, entablando dos niveles, tanto por responsabilidad, como según

[415] DE OLIVEIRA DANTAS, L.R.: "Delito de organización criminal… *op. cit.*, pág. 22.

la gravedad del delito. Concretamente, se determina que los que promuevan, constituyan, organicen, coordinen o dirijan una organización, serán castigados con penas de prisión de 4 a 8 años cuando la finalidad sea la comisión de delitos graves, y de 3 a 6 años en los demás casos. Por su parte, se establece que los que participen activamente en la organización, formen parte de ella o cooperen económicamente o por cualquier otro modo serán castigados con penas de prisión entre 2 y 5 años en el caso de delitos graves o de 1 a 3 años en los demás casos.

De la descripción típica se desprenden tres categorías de conductas en referencia a la organización: las posiciones de mando, los miembros activos que asumen normas de régimen interno y los que colaboran mediante aportaciones a la organización[416]. En cualquier caso, de cara a la penalidad establecida, tal y como se ha recogido, se distinguen dos grandes niveles: por un lado, los que promueven, constituyen, organizan, coordinan o dirigen la organización criminal y, por otro lado, quienes participan activamente en la organización, forman parte de ella o cooperan económicamente o de cualquier otro modo con la misma. A los efectos de su análisis, en esta tesis se seguirá una postura por la que se sistematizan los comportamientos típicos del artículo 570 bis en tres grandes grupos: en primer lugar, la promoción y la constitución; en segundo lugar, la organización, la coordinación y la dirección; y, en último lugar, la participación activa, el formar parte de la organización y la cooperación.

### 3.1.1. Promover y constituir

En lo que a las conductas típicas se refiere, la doctrina califica en primer lugar la promoción y la constitución. Defiende FARALDO CABANA que esas actividades son fundamentales para la creación, consolidación y mantenimiento de la organización criminal[417]. Así, entiende la autora que los fundadores deben abarcar, por ejemplo, la función de reclutamiento y adoctrinamiento de los miembros, a fin de cuentas, que ejerzan actividades que no sean insignificantes o carentes de toda importancia, considerando que tienen la misma pena que los dirigentes[418]. En la misma línea, CERRADA MORENO mantiene que serán promotores o constituyentes quienes asuman el rol de "ideólogos" de

[416] REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos del delito de organización…op. cit*., pág.131.
[417] FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas…. op. cit*., pág.268.
[418] *Ibidem*

las actividades y "adoctrinamiento", es decir, que promuevan entre los miembros el ideario de la banda criminal[419].

Por su parte, BOCANEGRA MÁRQUEZ aboga por la supresión de la modalidad de constitución para evitar el excesivo casuismo, al entender que "promover" resultaría apto tanto para castigar los comportamientos "pre-organizativos" que contribuyen a la existencia de la organización criminal, como para los comportamientos que favorezcan el desarrollo de la organización existente[420]. Postura que compartimos, puesto que el término promover permite abarcar tanto la propia contribución al "nacimiento" de la organización, como su posterior desarrollo.

### 3.1.2. Organizar, coordinar y dirigir

En este apartado se encuentran las tareas de mando, esto es, las personas que ostenten esta categoría serán las encargadas de la toma de decisiones que orientarán la actuación de los miembros de la organización.

En esta ocasión, también, parte de la doctrina asemeja, entendiéndolos como sinónimos, la organización y la coordinación. Al igual que entendía poco útil la necesidad de diferenciar la constitución y la promoción, BOCANEGRA MÁRQUEZ afirma lo superfluo que es mencionar "coordinar", y lo describe como una muestra más del legislador de su deseo de mostrarse como adalid en la lucha contra la delincuencia organizada, provocando duplicidades, además de en diferentes normas, entre las conductas tipificadas en un mismo delito[421]. Además, la coordinación únicamente se recoge como conducta típica respecto de las organizaciones criminales, no así en el terrorismo o en la asociación ilícita, como más tarde se verá cuando se haga una comparativa con las conductas tipificadas en estos delitos.

En referencia a la dirección, su actuación será desde una posición de predominio o supremacía, ejercitándose esas funciones tanto de forma originaria como delegada; en base a ello, se admite también la figura del directivo intermedio, los denominados

[419] CERRADA MORENO, M.: *Criminalidad organizada…op. cit*, p. 134. Recalca el autor que también sería posible que, una vez constituida la organización, surjan nuevas líneas de actuación que implicasen cambios en los objetivos o estrategias de actuación.
[420] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J: *Los delitos de organización… op. cit*, pág. 216. Resulta de interés la explicación de la autora en cuanto a que la fundación parece ser más formal que la creación, al igual que plantea la posibilidad de la constitución en cuanto a cada nueva red dentro de la misma organización (con la implantación en otro territorio), poniendo de relieve la imposibilidad de interceptar a quienes constituyeron una organización hace muchos años.
[421] *Ibidem*, pág. 232.

dirigentes, quienes ejercen funciones de mando ocasionalmente y tienen por objeto grupos concretos, pero no la organización en su conjunto. El que manda en la organización es el directivo, asumiendo tareas de mando o decisión sobre otra u otras personas con las que en común tenga el cometido de planificar o ejecutar las correspondientes acciones, siempre dentro de la estructura de organización, y siendo indispensable, para ello, la autonomía en la toma de decisiones[422]. FARALDO CABANA sostiene que la conducta de esos mandos intermedios debería de castigarse como integración activa en la organización[423], lo que supondría una menor penalidad para estos supuestos.

Es de subrayar, por su parte, que la nomenclatura utilizada en el artículo 570 bis no coincide con la que recogen algunos tipos agravados por organización, donde se contemplan expresiones como jefe, encargado o administrador para definir estas conductas[424]. De manera que en estos tipos se alude a la posición o cargo del sujeto en la organización, que podrá asumir una o varias de las funciones a las que se refieren las conductas típicas.

### 3.1.3. Participación activa, formar parte de la organización y cooperación

Respecto del segundo nivel de responsabilidad, se aglutinan en el mismo grupo los que participan activamente en la formación, la integran o quienes cooperan económicamente

[422] CERRADA MORENO, M.: *Criminalidad organizada…op. cit.*, pág. 134, extrapolando la jurisprudencia sobre la conducta de dirección en materia de terrorismo. Así, la STS 50/2007, de 19 de enero de 2007, nº de recurso 1841/2005 (ponente Francisco Monterde Ferrer), establece que "la dirección o promoción en los términos empleados por el legislador supone, en cambio, que el sujeto tenga encargada la responsabilidad de una función determinada y que desempeñe la correspondiente tarea de mando o decisión sobre otra u otras personas con las que en común tenga el cometido de planificar o ejecutar las correspondientes acciones, siempre dentro de la estructura de la banda o grupo". Por su parte, conforme a la STS 290/2010, de 31 de marzo de 2010, nº de recurso 11475/2009 (ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), "para poder calificar una conducta como de dirección, el sujeto deberá poseer, en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orienten la actuación de la organización en cuanto a la comisión de delitos -en principio y a tenor de la cláusula abierta del art. 574 CP, cualquier clase de ellos- de manera organizada y además con la finalidad -elemento subjetivo del injusto- de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública".

[423] FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas… op. cit*, pág. 270. Además, entiende la autora que la conducta típica de organización es desafortunada al incurrir en un claro pleonasmo de castigar a quienes "organicen" una "organización criminal".

[424] Si bien es verdad que muchas de las agravantes no especifican ningún rango de responsabilidad, en el caso del tráfico de drogas el artículo 369 bis y en el del tráfico de órganos del 156 bis, por ejemplo, sí que distingue la penalidad en base al grado de responsabilidad en la organización, agravándose la pena cuando sean jefes, encargados o administradores (subiendo la pena en el primero e imponiéndolo en la mitad superior en el segundo). Ello, sumado a las complicaciones de no utilizar la misma nomenclatura antes mencionada, no hace sino dificultar más las coexistencias de las distintas normas existentes para dar respuesta a la delincuencia común organizada. Aunque en los que respecta a jefes, encargados o administradores, a pesar de la diferente nomenclatura, el contenido sería el mismo que organizadores, coordinadores y dirigentes.

o de cualquier modo con la misma. En ese caso, la ley no define qué debe entenderse por participación punible.

Desde el momento en que el legislador tipifica en el mismo plano la participación activa y formar parte de la organización, es decir, la mera pertenencia independientemente de si contribuye con una actitud activa o pasiva, ambas son sancionadas con la misma pena. Ello da pie a interpretar que cualquier relación con la organización es suficiente para entender realizada la conducta típica, a pesar de que como más adelante se verá, en la práctica los actos puntuales de favorecimiento no suelen entrar dentro del tipo penal. Muestra de ello es alguna sentencia sobre tráfico de drogas en la que no se considera pertenencia a la agrupación una actividad puntual que ha favorecido un concreto intercambio de droga por dinero[425]. Sin embargo, incluir también la "integración no activa" es una muestra más del fervor de haber querido tipificar omnicomprensivamente todo lo relacionado con la criminalidad organizada. En ese sentido, critican ESCUCHURI AÍSA y RUEDA MARTÍN la equiparación de conducta activa (participación activa) y la no activa (mera participación) a pesar de su distinto significado[426].

Por su parte, tal y como establece CERRADA MORENO, el delito de participación en una organización criminal puede referirse a multitud de actividades, como la captación de nuevos miembros, el adoctrinamiento, la provisión de medidas materiales para sus fines, la preparación o ejecución de las acciones, o ayudar a quienes vayan a ejecutar o preparar[427]. Lo cual llevaría al solapamiento de la participación activa con otras modalidades típicas que recoge el artículo 570 bis, como son la promoción y creación de la organización que, además, se castigan con distinta pena. En esta línea, BOCANEGRA MÁRQUEZ realiza un exhaustivo análisis sobre lo que debe entenderse por participación activa. Su propuesta es interpretar esta conducta como la realización de una contribución activa para el desarrollo o las actividades de la agrupación que no sean subsumibles en las conductas de los fundadores, promotores, dirigentes, coordinadores y/u organizadores[428]. Según la autora, no hace falta probar la participación del sujeto en los

[425] *Vid.* Capítulo V, 3.2, en relación con el análisis de la STS 271/2014.
[426] ESCUCHURI AÍSA, E./ RUEDA MARTÍN M.A.: "Delitos contra el orden público II, Organizaciones y grupos criminales, organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo", en ROMEO CASABONA, C.M./ SOLA RECHE, E./ BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.): *Derecho Penal. Parte Especial: Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo*, Editorial Comares, Granada, 2016, pág. 819.
[427] CERRADA MORENO, M.: *Criminalidad organizada... op. cit*., pág. 138.
[428] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J: *Los delitos de organización… op. cit*., pág. 237.

delitos concretos que se cometen en el marco de la organización, sino que es suficiente acreditar las tareas genéricas para con la agrupación que contribuyen a su mantenimiento. En cualquier caso, debe exigirse cierta relevancia en la conducta que contribuya al incremento en la capacidad operativa de la organización[429]. Mantiene, a su vez, que la figura del integrante implica un vínculo permanente con la organización, asumir un rol o tarea específicos, estar sometido a la voluntad social de la institución criminal y conocer y compartir su voluntad. Recoge, para ello, una serie de indicios desarrollados por la jurisprudencia, que permiten valorar si se está ante este comportamiento:

- La intervención en varias actividades delictivas ejecutadas en el marco de la organización.
- El mantenimiento de relaciones con integrantes de la agrupación delictiva, reflejado en reuniones o en llamadas telefónicas.
- La posesión de instrumentos o efectos propios de los delitos objeto de la organización criminal.
- Las características y el estilo de vida llevado a cabo por el sujeto.

No obstante, ninguna de estas circunstancias, por si sola, es prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado[430].

BOCANEGRA MÁRQUEZ entiende que formar parte de manera pasiva en una organización criminal carece de sentido, ya que a diferencia de las organizaciones y grupos terroristas provistos de una ideología y pretensión política, las organizaciones y grupos criminales tienen como finalidad la obtención de lucro a la hora de delinquir, acorde con lo defendido en esta tesis de que el requisito de la obtención del beneficio ilícito es consustancial a la organización criminal dedicada a la delincuencia común o convencional, por lo que solamente tendría sentido colaborar o participar en alguna actividad, aunque sea indirectamente. Es por ello por lo que aboga por la eliminación de la conducta típica "formar parte", debido a la incompatibilidad de esta tipificación con el principio de ofensividad o lesividad, al acudir a un Derecho Penal de autor, así como por la dificultad que supone en la práctica acreditar una conducta no activa, por tratarse de

[429] *Ibidem*, pág. 238. Al analizar la jurisprudencia en este sentido, afirma la autora que la interpretación que los tribunales realizan sobre la consumación de este delito tiene su origen en la antigua figura de "integrante" de las "organizaciones terroristas". En cualquier caso, en la práctica la condena de participación en una organización criminal, en palabras de la autora, va siempre acompañada por la condena en el delito-fin, en parte por la dificultad de conocer la aportación exacta de cada integrante debido a la clandestinidad de estas organizaciones.
[430] *Ibidem*, págs. 235 y ss.

agrupaciones clandestinas[431]. En la misma línea, REQUEJO CONDE concluye que para ser considerado autor del delito de pertenencia se requiere de un "estatus" en la agrupación, que haga posible la diferencia de una "participación activa" o "cooperación" que no constituya "formar parte" de ella[432].

Respecto de la colaboración con la organización criminal, el tipo penal castiga a quienes "cooperaren económicamente o de cualquier otro medio con la misma". "Cualquier otro medio" resulta un concepto jurídico indeterminado que podría acarrear una variada casuística en su interpretación. Además, la persona que coopera debe saber que con su comportamiento se favorece la comisión del delito fin y ayuda al mantenimiento de la organización. Tal y como sostiene BOCANEGRA MÁRQUEZ se trata de la única conducta que es realizada por un *extraneus,* es decir, por un sujeto que no está integrado en la agrupación[433]. Por ello, deberá atenderse a la relación que tiene el sujeto con la organización: el tipo de relación que tiene con sus miembros y si obedece las órdenes, de manera que en ese caso parecería que estuviéramos ante un *intraneus,* reconducible a otras de las conductas típicas antes analizadas. Asimismo, la cooperación es un comportamiento puntual, al contrario del contacto continuo con la organización que requieren las demás conductas típicas, y muestra de ello es haber recibido una contraprestación económica por ese hecho puntual[434].

Asimismo, para BOCANEGRA MÁRQUEZ la colaboración debe suponer un beneficio para la organización y que sea un acto relevante, esto es, objetivamente idóneo para el mantenimiento del injusto sistémico. Debe tratarse de un acto eficaz, conforme a un análisis *ex ante*. Por ejemplo, una conducta de colaboración puede consistir en recabar datos sobre posibles víctimas, independientemente de si la organización haya hecho uso de esa ayuda. No obstante, no es suficiente que la conducta en abstracto fortalezca la organización, sino que la contribución haya sido efectivamente recibida por la organización[435]. Debido a la falta de jurisprudencia de la colaboración en relación con el artículo 570 bis, defiende la autora que es extrapolable la interpretación que realizan los tribunales sobre la colaboración en materia de terrorismo del artículo 577 CP, de manera

[431] *Ibidem,* pág. 244.
[432] La autora llega a esa confirmación tras analizar diferentes sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales que analizan la pertenencia como esa conducta que no sea una sola y para la concreta infracción, ni coyuntural o esporádica. En REQUEJO CONDE, C: *Aspectos básicos… op. cit.*, pág. 50.
[433] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J: *Los delitos de organización… op. cit*., pág. 246.
[434] *Ibidem*
[435] *Ibidem,* pág. 253, de manera que resultaría atípica la conducta de quien envía armas que no han sido recibidas por la organización.

que esta no se materialice en un delito específico, ya que en ese caso sería de aplicación ese último[436].

Para finalizar con la conducta de la colaboración, BOCANEGRA MÁRQUEZ analiza las denominadas "conductas neutrales", aquellas que son legales pero que favorecen a la finalidad de la organización; por ejemplo, el dueño de la inmobiliaria que vende un piso a un traficante de droga que pretende blanquear dinero. Para considerar la tipicidad de estas conductas, entiende la autora que es de aplicación la teoría de la imputación objetiva. Así, si la conducta se lleva a cabo en el cumplimiento habitual de una tarea u oficio cotidiano, no debería ser objeto de castigo por entrañar un riesgo jurídicamente permitido, siendo irrelevante el conocimiento del sujeto que lo realiza[437]. A este respecto, estamos de acuerdo con la posición de BOCANEGRA MÁRQUEZ al alertar de que la colaboración puede convertirse en un cajón de sastre que facilitaría la inclusión en esta modalidad típica de conductas que no fueran subsumibles en ninguna otra de las que recoge el artículo 570 bis, de manera que deberá realizarse una interpretación restrictiva de lo que supone "colaboración"[438]. Por ello, compartimos los argumentos esgrimidos para justificar la eliminación de la conducta de "formar parte", así como en relación con la necesidad de que la colaboración habrá de ser en todo caso eficaz, no solamente *ex ante*. Ahora bien, esta modalidad quedará fuera del tipo penal en los casos de conductas neutrales llevadas a cabo en el cumplimiento habitual de una tarea u oficio. Además, añadimos, de que tampoco cumplirían con el tipo subjetivo, sobre el que se profundizará más adelante, referido a la finalidad de cometer delitos.

### 3.2. Correspondencia de las conductas típicas del artículo 570 bis CP con la normativa internacional

Una vez analizadas las conductas que se recogen en el artículo 570 bis, se va a realizar una aproximación a los comportamientos que desde la esfera internacional se solicitaba a los Estados que tipificasen.

[436] *Ibidem.* Entiende que es justificable esa interpretación en el ámbito de la criminalidad organizada, cuando se aplica en el terrorismo, habida cuenta de que se trata de un fenómeno más grave que la criminalidad organizada debido a sus connotaciones políticas de atentar contra las bases del Estado democrático.
[437] *Ibidem*, pág. 257.
[438] *Ibidem*, pág. 260.

### 3.2.1. Decisión Marco 2008/841/JAI

Tal y como se ha visto, la normativa que mayor influencia ha tenido en la tipificación de los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal ha sido la DM 2008/841/JAI. Concretamente, el artículo 2 establece qué conductas relacionadas con una organización delictiva deberán adoptar los Estados, agrupándolas en dos: por un lado, la participación activa en la organización que incluye, también, la facilitación de información o de medios materiales, reclutar a nuevos participantes o toda forma de financiación a sabiendas que contribuirá al logro de la finalidad delictiva de la organización. Por otro lado, insta a tipificar la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas que suponga la comisión de los delitos que recoge el artículo 1[439], aun cuando la persona no participe en la ejecución de la actividad.

La primera de las conductas, participación activa, ha sido considerada en el artículo 570 bis por el legislador español, tal y como se acaba de exponer. No obstante, al igual que lo que ocurre con la normativa europea, en la española tampoco se especifica qué debe entenderse por participación activa. Esa labor de interpretación, a nivel estatal, ha sido realizada fundamentalmente por la doctrina y, en menor medida, la jurisprudencia, como se ha visto. En lo que a la normativa internacional se refiere, las formas de participación activa que se mencionan en la DM (facilitar información, financiar…) suponen algunos ejemplos de lo que debe considerare como tal, pero no los únicos, ya que literalmente se recoge que se tipifique la conducta de quien "*participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de la información*…". Por ello, cabe considerar, además de ello, otros comportamientos de participación activa, como por ejemplo reclutar.

Especifica la DM que la financiación también es considerada parte de la participación activa, siempre que se conozca por parte de quien financia que ello supone una contribución al logro de la finalidad delictiva de la organización. Esta conducta concreta ha sido considerada por el legislador español como colaboración y no como participación

[439] Se recordará que el artículo 1 de la DM define lo que ha de entenderse por "organización delictiva" y "asociación estructurada". Se entiende por la primera la asociación estructurada de más de dos personas, establecida en el tiempo y que actúa de manera concertada con la finalidad de cometer delitos sancionables con una pena de libertad, o medida de seguridad, de un máximo de al menos cuatro años o con una pena más severa, y que tenga como objetivo obtener un beneficio económico o material. La "organización criminal" tipificada en el Código Penal español tendría su fundamento en la "organización delictiva" y el "grupo criminal" en la "asociación estructurada". El artículo 2 de la DM únicamente se centra en la conducta de la "organización delictiva". Apuntamos como dato que a la hora de definir la "asociación estructurada" no se especifican las características del delito.

activa. No obstante, en la práctica su distinción no tiene mayor trascendencia, puesto que ambas conductas han sido castigadas con la misma pena y recogidas como comportamientos de segundo nivel. No ocurre lo mismo, sin embargo, en otros casos, en los que en ausencia de un criterio delimitador de qué implica una participación activa en la organización, el solapamiento puede conllevar, además, una distinta penalidad.

No dice nada, por tanto, la normativa internacional sobre la "pertenencia pasiva"; se insta a los Estados a tipificar conductas activas llevadas a cabo de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad de la organización o de su intención de cometer delitos. Que el legislador español regule "formar parte" de la organización al mismo nivel que "participar activamente" y "colaborar" no está, en consecuencia, justificado por exigencias internacionales. Aunque la normativa internacional establezca un marco regulatorio de mínimos, no parece admisible ampliar el ámbito de punición a conductas que no tienen virtualidad para afectar al bien jurídico protegido, en contra de los principios de lesividad y de proporcionalidad.

Respecto de la segunda conducta que insta la normativa internacional a incluir en las legislaciones penales, esto es, el acuerdo para realizar los delitos especificados en el artículo 1 DM, podría asemejarse al supuesto de los fundadores o promotores, si únicamente se limitan a la formación de la organización, o incluso también podría englobar a los directivos. En cualquier caso, se trataría de responsables de primer nivel.

Sobre las penas a imponer desde la esfera europea (artículo 3), mientras que al segundo de los comportamientos se le da opción de castigarse con la pena máxima del delito que constituye el objeto del delito fin o con una pena máxima de prisión de al menos entre dos y cinco años, la participación activa en la organización deberá ser castigada con una pena máxima de prisión de al menos entre dos y cinco años. Es decir, ambas conductas podrán tener la misma penalidad. El legislador español, sin embargo, ha establecido que para los responsables de primer nivel (promotores, fundadores, coordinadores, directivos y organizadores), la pena podrá ser de entre 4 y 8 años de prisión, en caso de que la finalidad fuera la comisión de delitos graves, y de prisión de entre 3 y 6 años en los demás casos. Por su parte, la participación activa, integración y colaboración en caso de delitos graves, sí que se establece entre 2 y 5 años de prisión, y en los demás casos, entre 1 y 3.

Esas penas serán superiores, ya sea en grado o en su mitad superior, cuando los delitos cometidos atenten contra bienes jurídicos como la vida o la libertad, entre otros, o cuando la organización cuente con agravantes como un elevado número de personas, disponga de

armas o instrumentos peligrosos, así como de medios tecnológicos de comunicación o transporte avanzados. Se vuelve a reiterar, así, que el legislador español ha ido más allá de los solicitado desde la esfera internacional regional al imponer una penalidad mayor, teniendo en cuenta que la DM establece un marco de mínimos.

### 3.2.2. Convención de Palermo de 2000

En el estudio del marco normativo internacional se ha analizado que, junto a la DM de 2008, la otra norma internacional de referencia en cuanto a la introducción del artículo 570 bis CP es la Convención de Palermo del año 2000 contra la delincuencia organizada transnacional. Concretamente, su artículo 5 insta a los Estados a adoptar medidas legislativas que tipifiquen como delito los siguientes comportamientos:

-el acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico o material y que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes.

-la participación activa, a sabiendas de la finalidad delictiva del grupo, en las actividades ilícitas del grupo o en otras actividades ilícitas del grupo a sabiendas que su participación contribuirá a la finalidad delictiva del grupo.

-la organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

A este respecto, la Convención considera la gravedad del delito fin, ya que como se vio anteriormente [440] , para que la agrupación sea considerada "grupo delictivo organizado", es decir, lo semejante a la organización criminal, la finalidad delictiva debe ser la comisión de delitos graves, que se consideran los superiores a 4 años de prisión y la finalidad de obtener beneficio económico y/o material. Sobre esos dos aspectos nada dice la legislación española, a pesar de que, por regla, la organización criminal dedicada a la delincuencia común tendrá como finalidad la obtención de lucro, siendo ello una de las características que la diferencia del terrorismo, cuyo objetivo es ideológico. Somos conscientes que desde la esfera internacional se exige la finalidad de obtener un beneficio económico o ventaja material, directa o indirectamente, para considerar que se trata de una organización criminal, término por el que finalmente se ha decantado el legislador español. Como ya se analizó, a pesar de no recogerse el requisito del beneficio en la

[440] *Vid* Capítulo II, 3.2.2.

definición de organización criminal del artículo 570 bis CP, los delitos que cometen este tipo de agrupaciones tienen como objetivo conseguir un beneficio o ventaja material[441]. Ahora bien, dado que los delitos de terrorismo remiten al concepto de organización criminal contenido en aquel precepto, esta definición unitaria respecto de fenómenos criminales con elementos comunes, pero con claras diferencias en cuanto a sus fines, impedían incluir la nota del beneficio dentro de sus elementos definitorios.

Volviendo con la tipificación de conductas que sigue la Convención de Palermo, al igual que en el caso de la DM de 2008 se insta a sancionar conductas que sean activas y siempre basadas en el conocimiento de la ilicitud del grupo. En este caso, de igual manera, se hace mención al acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave y que lo realice uno de los participantes del grupo. Se presupone que ese acuerdo se toma una vez se ha constituido el grupo delictivo organizado, puesto que para su creación es necesario que exista un mínimo de tres personas, y el acuerdo mencionado puede serlo entre dos personas. En esta ocasión, se diferencia esta conducta con la de organizar o dirigir, y estas últimas se recogen, al mismo nivel, junto a ayudar, incitar, facilitar o incluso asesorar[442].

---

[441] No obstante, en el caso de las conocidas como bandas callejeras, esa obtención de ánimo de lucro que, en principio, puede parecer menos visible resulta ser también otro factor a considerar. Según el Observatorio de las Bandas Latinas al año se contabilizan unos 9,6 millones de Euros en cuotas de permanencia que pagan entre sus miembros, quienes en ocasiones se dedican a robos y tráfico de estupefacientes. Más información disponible en: https://bandaslatinas.com/informe/las-bandas-latinas-ingresan-96-me-anuales-en-cuotas-de-pertenencia-en-madrid/ (último acceso 11 de julio de 2023).

[442] El artículo 5 de la Convención, sobre la sanción de la participación en un grupo delictivo organizado, establece:

*1.Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:*

*a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:*

*i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;*

*ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:*

*a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;*

*b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;*

*b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.*

*2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.*

*3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán por qué su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del*

De lo recogido en los textos internacionales analizados se vislumbra la pretensión, tanto a nivel internacional como europeo, de que los Estados tipifiquen las conductas de primer y segundo nivel, y que el formar parte de la organización criminal, siempre debería ser de forma activa para ser sancionado. A este respecto, el legislador español sí que habría cumplido con la diferenciación de los distintos niveles de responsabilidad, pero, una vez más, habría ido más allá de lo dispuesto en la normativa internacional a la hora de tipificar las conductas de los miembros de la organización, puesto que no castiga únicamente los comportamientos activos, sino también la mera participación o integración no activa en aquella.

En conclusión, el artículo 570 bis CP es un delito omnicomprensivo en el que el legislador español ha querido incluir toda conducta que tenga relación con la organización criminal, a pesar de la dudosa legitimidad que ello implica en relación con ciertos comportamientos, principalmente el mero hecho de "formar parte". A nuestro juicio, la conducta que lleva a cabo el sujeto deberá ayudar al mantenimiento de la agrupación y facilitar la comisión de los delitos fin, por lo que no debería tipificarse ninguna conducta que no tuviera esa finalidad. Al haber concretado el bien jurídico protegido en la seguridad colectiva, entendida como el estado de peligro para futuros bienes jurídicos, también protegidos en cuanto a su concreta puesta en peligro, la organización debe ser idónea para ello. La organización está formada por personas que con su comportamiento facilitan el mantenimiento del injusto. En ese sentido, la aportación que cada miembro realiza a la organización debe ser eficaz, lo que únicamente se consigue mediante una actitud activa. El comportamiento pasivo no otorga nada a la agrupación, serán los comportamientos activos los que caracterizarán la organización criminal capaz de lesionar la seguridad colectiva.

### 3.3. Correspondencia con las conductas típicas de otras figuras del Código Penal

Dado que el objetivo principal de esta tesis aborda la delimitación del ámbito de aplicación del delito de pertenencia a una organización criminal frente a otras figuras que dan respuesta a la delincuencia común organizada o grupal, y que será objeto de tratamiento específico en el siguiente Capítulo, en este momento resulta necesario

*presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella".*

comparar, brevemente, las conductas reguladas en el 570 bis con los comportamientos que se tipifican en los delitos de pertenencia a grupo criminal, terrorismo y asociación ilícita[443].

Hay que tener presente que las nociones de grupo criminal y la organización terrorista toman como epicentro de diferenciación, en cuanto al primero, y de asimilación en cuanto a la segunda, la propia definición de organización criminal que recoge el artículo 570 bis, sin embargo, no se prevén las mismas conductas para el delito de pertenencia a grupo criminal y los delitos de terrorismo. Por su parte, el análisis comparativo con el delito de asociación ilícita se va a realizar con la intención de poder ahondar en la cuestión de, si por razón de las conductas punibles, es posible encontrar una causa que justifique la convivencia de ambos delitos en el Código Penal.

### 3.3.1. Distinción con las conductas típicas del delito de pertenencia a grupo criminal

El delito de pertenencia a un grupo criminal se tipifica, como ya se ha dicho, en el artículo 570 ter CP[444]:

> *"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".*

Al contrario que sucede respecto de la organización criminal del artículo 570 bis, en el grupo criminal se tipifican únicamente tres conductas y no se diferencia su penalidad en base al nivel de responsabilidad. Así, en la organización criminal se distinguen, según se ha analizado, conductas de primer nivel (constituir, promover, coordinar, dirigir y organizar) y de segundo nivel (participar activamente, formar parte y cooperar), asignándoles a las primeras una pena superior. En cuanto al grupo criminal, por su parte, los comportamientos castigados son los siguientes: constituir, financiar e integrar el grupo

[443] Respecto de las agravantes específicas no se va a realizar en este momento un análisis comparado respecto de la conducta o, mejor, función o posición que ocupa el sujeto, ya que debido a la abundante casuística (en ocasiones refieren "ser miembros", en otras "participar"), además de no seguirse siempre la misma terminología para referirse a la organización o grupo criminal, se ha considerado conveniente abordarlo específicamente en el próximo Capítulo. *Vid.* Capítulo V, 4.

[444] Al igual que el artículo 570 bis, el delito de pertenencia a un grupo criminal, tipificado en el artículo 570 ter, entro en vigor mediante la LO 5/2010.

criminal, y los tres contemplan la misma penalidad en base a la gravedad del delito cometido. La justificación para que el legislador haya mencionado solamente estos tres verbos, según BOCANEGRA MÁRQUEZ, estaría conectada con el menor injusto sistémico del grupo criminal debido a la menor consistencia y complejidad de su estructura en cuanto a la organización criminal. Con todo, aboga la autora por cambiar "integrar" por "participación activa", y que no tenga la misma pena que las conductas de primer nivel[445], según el planteamiento, que aquí también defendemos, de que la mera integración o formar parte de la organización, sin intervención activa, debería quedar fuera del artículo 570 bis CP.

En este sentido, el grupo criminal se distingue de la organización criminal, en una primera aproximación, si no cumple una o ambas de las características de permanencia y/o tener una estructura determinada con división de funciones, acorde con la normativa internacional[446]. Ello explicaría la razón por la que no es necesario tipificar conductas como dirigir o coordinar, aunque sí constituir, algo que resulta coherente, dado que la creación de la agrupación delictiva siempre existe. De la misma manera, el hecho de que la constitución y la financiación estén al mismo nivel en cuanto a la función asumida y su penalidad, al contrario de lo que ocurre en la organización criminal, puede tener sentido si se parte de la idea de que estos grupos criminales no tendrían necesariamente una permanencia en el tiempo, ni una división de funciones definida. En consecuencia, no entablar niveles de responsabilidad respecto del mantenimiento del grupo podría encontrar su justificación en la falta de estructura que pondría a todos los miembros al mismo nivel en el seno de este.

### 3.3.2. Distinción con las conductas típicas del delito de asociación ilícita

Como sabemos, la asociación ilícita es una figura existente en el Código Penal con anterioridad a la introducción del artículo 570 bis, aún vigente, y que históricamente habría dado respuesta a la delincuencia común organizada, como una de las asociaciones ilícitas que castigaba y aún castiga el artículo 515 CP. En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 el legislador vino a defender la existencia de ambos tipos penales al entender que cada uno protegería un bien jurídico diferenciado, el derecho abusivo de asociación en el caso del artículo 515 y el orden público en caso del 570 bis. En todo caso, con

[445] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J: *Tratamiento jurídico penal de las organizaciones y grupos criminales. Cuestiones dogmáticas y de política criminal (Tesis Doctoral inédita),* Universidad de Sevilla, 2019. Disponible en https://idus.us.es/handle/11441/87607, pág. 244.
[446] *Vid.* un análisis detallado sobre la distinción entre organización y grupo criminal en Capítulo V, 3.1.

independencia de nuestra toma de postura en cuanto al bien jurídico protegido en este último delito, así como la rentabilidad del criterio del bien jurídico para diferenciar ambos, como se analizará posteriormente[447], resulta ahora necesario extenderse con mayor detalle en las conductas típicas que describen el delito de asociación ilícita. Así, el artículo 517 establece:

> *"En los casos previstos en los números 1.º y 3.º al 6.º del artículo 515 se impondrán las siguientes penas:*
>
> *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".*

Es el apartado primero del artículo 515 el que tipifica el mismo comportamiento que el delito de pertenencia a una organización criminal*:*

> *"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".*

De ello se deduce, pues, que también se castigan dos niveles de responsabilidad en el delito de asociación ilícita, pero no se modera la pena en función de la gravedad del delito. Se distinguen, al igual que en el delito de pertenencia a una organización criminal, los que actúan de jefes y el resto de miembros.

Respecto del primer grupo de responsabilidad, en el caso de que la asociación ilícita haya sido constituida lícitamente, no resulta complejo concretar esas funciones, puesto que en la mayoría de los casos se recogerán o especificarán los quehaceres de cada miembro. Cuestión distinta es la situación en la que estos quehaceres no están definidos, ya que es más difícil poder llegar a diferenciar dichos cargos con otros, como puede ser el caso de los encargados.

En lo referente a la participación activa, al igual que en el caso de la organización criminal no se especifica qué debe entenderse como tal, no siendo incoherente, en opinión de FARALDO CABANA, pensar que el miembro activo será quien realice los actos preparatorios para el delito programado por la asociación. En el caso del delito de pertenencia a una organización criminal, por su lado, no se distingue la participación activa o no activa[448]. Esa sería, precisamente, una de las distinciones más importantes

[447] *Vid.* Capítulo V, 2.2.
[448] FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas…, op. cit.*, pág. 258.

entre la organización criminal y la asociación ilícita: el artículo 570 bis tipifica tanto la participación activa como la pasiva o el mero formar parte de la organización, mientras que en el delito de asociación ilícita únicamente se recoge la activa; restricción que, según se ha visto, también debería haberse llevado a cabo en relación con la pertenencia a una organización criminal en términos de lesividad respecto del bien jurídico y proporcionalidad.

A su vez, el artículo 518 tipifica el comportamiento de quienes cooperen económicamente o, de cualquier otro modo, favorezcan la fundación, organización o la actividad de la asociación. Además, impone la misma pena que en el caso de los miembros activos y añade la inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años:

> *"Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1, 3 y 5 del artículo 515 incurrirán en la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años".*

De todo ello se desprende que, *a priori*, las conductas tipificadas tanto en relación con la organización criminal como en la asociación ilícita son asimilables, a excepción de la participación pasiva, solo recogida en cuanto a la primera. Considerando, además, que las características de la agrupación (estabilidad, estructura y finalidad delictiva) son idénticas en ambos tipos penales, resulta bastante cuestionable la significativa diferencia en las penalidades asignadas a ambos delitos, siendo bastante inferior en el caso de la asociación ilícita (un mínimo de 2 años de prisión, frente a 3 o 4 en la organización criminal en el mismo caso), cuando además no se contempla respecto de ella la participación no activa o el mero formar parte de la asociación ilícita.

Si bien es cierto que el artículo 515 no describe las cualidades que debe tener la asociación, es esta una cuestión que ha sido tratada por la doctrina y la jurisprudencia, según se vio[449]. En todo caso, la permanencia y la estructura de la agrupación, así como la finalidad de cometer delitos, es patente en ambas figuras. En cuanto a las conductas típicas, existirían diferencias significativas, principalmente, como se acaba de analizar, en relación con la pertenencia pasiva, ya que el ámbito de punición del delito de asociación ilícita es más restrictivo, al quedar fuera de su radio de acción algo que, como se defiende en esta investigación, tampoco debería castigarse en el caso del artículo 570

[449] *Vid.* Capítulo I, 2.7. Se volverá sobre esta cuestión en el Capítulo V, 2.

bis en el que, además, incomprensiblemente, se establece una penalidad mayor que en la asociación ilícita. Por otro lado, es destacable que mientras en el delito de asociación ilícita la cooperación, económica o de otra naturaleza, para que sea objeto de castigo debe ser en todo caso relevante, el requisito de la relevancia no aparece recogido expresamente en el delito de pertenencia a una organización criminal, algo que según se expuso ha sido objeto de crítica por la doctrina. Por lo que, de nuevo, el delito de asociación ilícita recoge una tipificación más restrictiva, asignándole además una menor penalidad que el artículo 570 bis. A este respecto, aunque la cooperación relevante se recoge en un precepto distinto, el artículo 518, se castiga con la misma pena que la participación activa del artículo 517. Por su parte, en el delito de pertenencia a una organización criminal todas estas conductas se aglutinan al mismo nivel y vienen tipificadas conjuntamente la participación activa, la pasiva o mera integración y la colaboración económica o de cualquier otra forma, sin especificar si debe ser eficaz, también con la misma pena respecto de todas estas conductas. No obstante, tal y como se ha mencionado, la penalidad es mayor en el caso de la organización criminal respecto de la misma conducta, lo que pone en entredicho el principio de proporcionalidad, tanto por las elevadas penas con las que castiga el legislador la pertenencia a la organización criminal, como comparativamente con el delito de asociación ilícita. Resulta, pues, que ante dos delitos que vendrían a dar respuesta al mismo fenómeno criminal, y más allá de la apariencia de legalidad con la que puede contar la asociación ilícita, al contrario que la organización criminal, que se entiende intrínsecamente delictiva, se aprecian importantes contradicciones por parte del legislador, cuestión sobre la que se profundizará en la última parte de esta investigación.

### 3.3.3. Distinción con las conductas de terrorismo

El delito de terrorismo se tipifica en los artículos 571 CP y siguientes, concretamente en el Capítulo VII, "De los Delitos contra el Orden Público", a continuación de los delitos de pertenencia a organización y grupo criminal.

El artículo 571 dispone lo siguiente:

*"A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente"*.

La organización o grupo terrorista será, por tanto, la formada por un mínimo de tres personas, con carácter estable y que tengan repartidas las funciones para la comisión de los delitos, siempre que su finalidad sea la de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional o provocar un estado de terror en la población, conforme a lo dispuesto en el artículo 573 CP.

En el artículo 572 se especifican cuáles son las conductas que se castigan:

> *"1. Quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a quince años e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.*
>
> *2. Quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena".*

Al igual que el delito de pertenencia a una organización criminal y el delito de asociación ilícita, el artículo 572 distingue dos categorías en base a la responsabilidad asumida por el sujeto activo: por un lado, están los que promueven, constituyen, organicen o dirigen. Sin embargo, no menciona el verbo coordinar, al contrario que en el delito de pertenencia a la organización criminal. Por otro lado, castiga también a quienes formen parte activamente de la organización o formen parte de ella.

En este sentido, al contrario que en el caso de las organizaciones criminales, la jurisprudencia sí que ha analizado qué debe entenderse por integrantes de organización terrorista. Encontramos en ese sentido la STS 290/2010, de 31 de marzo[450], "Jarrai-Haika-Segi" en la que se establece que

> "*la pertenencia, impone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o reejecución de objetivos de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el art. 576*" y que "*tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo".*

Respecto de quiénes "formen parte activamente de la organización o formen parte de ella", SANTA RITA TAMÉS categoriza ese grupo comprendiendo en la participación activa a afiliados, miembros activos, sujetos con actividad permanente, pertenencia y colaboración. Por su parte, se incluirían en la categoría de "formar parte" a los siguientes:

[450] STS 290/2010, de 31 de marzo de 2010, nº de recurso 11475/2009. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

mero afiliado, miembro inactivo, mera pertenencia, socio pasivo y mero individuo[451]. A la conducta de pertenencia en el ámbito de terrorismo, según FARALDO CABANA, se le exige un aporte objetivo a la organización y una adhesión ideológica, y se considera que ambos elementos deben darse para entender la figura de la pertenencia[452]. Ahora bien, las penas en este caso no se moderan en base a la gravedad del delito, ya que en el Capítulo VII del Código Penal se especifican qué delitos son considerados terrorismo y no se hace distinción entre delitos graves y demás casos, al contrario de lo que sucede en relación con la pertenencia a una organización criminal. Y es que los delitos objeto de la organización son un elemento de distinción entre la organización criminal y la terrorista, en la medida en que resulta diferente la finalidad por la que se cometen. En concreto, a la hora de distinguir las figuras de organización terrorista y de organización criminal dedicada a la delincuencia común, aquella busca, en los términos que dispone el Código Penal, alguna de estas cuatro finalidades: subvertir el orden constitucional, suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o estructuras económicas o sociales del Estado, obligar a los poderes a realizar un acto o abstenerse de hacerlo; alterar gravemente la paz pública; desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional y; por último, provocar terror a la población o a parte de ella.

Asimismo, la colaboración con la organización o grupo terrorista, al igual que en la organización criminal, también se tipifica. Entiende BOCANEGRA MÁRQUEZ que debido a la falta de jurisprudencia respecto de la conducta de colaboración con organización criminal encuadrable en el artículo 570 bis, así como de financiación con el grupo criminal, por la cercanía entre las conductas, las sentencias dictadas en este ámbito en el caso del terrorismo, serían extrapolables a los casos de organizaciones y grupos criminales[453]. Concretamente, el artículo 577 CP tipifica la colaboración con una organización terrorista:

> *"1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las*

[451] SANTA RITA TAMÉS, G: *El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, J.M Bosch Editor, Barcelona, 2015, págs. 605.

[452] FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas, op. cit*., pág.268. Esa atribución de la autoría, independientemente de su contribución activa o no, se justificaría porque la antijuridicidad de la conducta no radica en la comisión de un hecho delictivo, sino en la atribución a la organización, sin considerar la aportación efectiva de cada uno de los miembros, según la autora.

[453] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J.: "Colaboración económica con organizaciones o grupos terroristas o criminales antes la producción de un mal. Vías para eximir de responsabilidad penal al 'colaborador obligado'", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 32, 2019, pág. 3.

*finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.*

*En particular son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior."*

Con ello, se deduce que a pesar de remitir a un concepto de organización común (agruparse establemente con finalidad de cometer delitos) y recoger las mismas modalidades típicas, incluida la financiación, la intención por la que se cometan los delitos en uno y otro caso, será lo que distinga ambas figuras delictivas. Al contrario que con las asociaciones ilícitas, la distinción entre la organización terrorista y la organización criminal no plantea especiales problemas, puesto que estará determinada por su finalidad; finalidad que también tiene consecuencias en el ámbito de las conductas típicas, al abarcar también de forma extensa toda modalidad de "participación" en la organización terrorista, incluido el miembro no activo o socio pasivo.

### 3.4. Recapitulación y valoración personal

El delito de pertenencia a una organización criminal, tipificado en el artículo 570 bis CP, ofrece una definición legal de lo que debe entenderse por esta clase de asociación delictiva, como se ha visto, existencia de una agrupación permanente, formada estructuralmente por un mínimo de tres personas, dotada de mínima estructura estable, así como con la finalidad de comisión de delitos.

Según se ha mantenido en esta tesis, la mera existencia de la organización criminal supone ya la lesión del bien jurídico que se defiende en esta tesis, la seguridad colectiva, pero igualmente implica la puesta en peligro del bien jurídico protegido por el delito fin, y es por ello, que, en base a su contribución, el legislador ha distinguido en las modalidades típicas dos niveles de responsabilidad por razón de la función que asume el sujeto, imponiendo a los del primer nivel mayor pena que a los de segundo nivel. Según se ha analizado, en el primero nivel se aglutinan las conductas de promover, constituir, organizar, coordinar y dirigir, con la horquilla de prisión de 4 a 8 años en el caso de que el delito fin sea grave y prisión de 3 a 6 años en los demás casos, y en el segundo nivel estarían quienes participan activamente en la organización, forman parte de ella y cooperan económicamente de cualquier otro modo, con prisión de 2 a 5 años en caso de delitos graves y de prisión de 1 a 3 años en los demás casos. En este sentido, esta

diferenciación con trascendencia penológica puede tener cabida en base a la fungibilidad de los miembros de la organización de los sujetos comprendidos en el segundo nivel; fungibilidad que no parece tan sencilla en los sujetos que asumen funciones propias del primer nivel de responsabilidad, en atención a la influencia que los mandatarios ejercen sobre los miembros, a la mayor capacidad de lesión del bien jurídico de aquellos, así como a mayores dificultades para su detención[454]. No obstante, del análisis realizado se desprende que parte de la doctrina aboga, entre otros aspectos, por que los mandos intermedios sean castigados únicamente como miembros activos, es decir, que pasen del primer nivel de responsabilidad al segundo nivel, en la medida en que tendrían una menor capacidad de decisión autónoma puesto que seguirían órdenes superiores.

Ahora bien, la distinción entre sujetos con distinto nivel de responsabilidad y su correspondiente penalidad, no vendría exigida desde la esfera internacional, ya que, tanto la DM de 2008 como el Convenio de Palermo de 2000 instan a los estados a tipificar el acuerdo en sí que suponga la comisión de delitos, así como la participación activa, no distinguiéndose su penalidad de las conductas que el legislador español ha tipificado en el primer nivel. Mientras que en la DM se establece una penalidad de 2 a 5 años para todas las conductas, la Convención de Palermo se limita a requerir de los Estados la adopción de sanciones que tengan en cuenta la gravedad de los delitos.

Asimismo, debe destacarse el hecho de que estos instrumentos internacionales no incluyen la integración pasiva, aunque el legislador español también la ha incorporado, cuestionablemente, como modalidad de conducta típica. Tampoco el artículo 570 bis CP restringe la pertenencia a una organización criminal para los casos en los que su fin sea la comisión de delitos graves que tengan como finalidad la obtención de un beneficio económico o material. Tanto la DM 2008 como el Convenio de Palermo solicita a los estados la incriminación de las agrupaciones criminales que tuvieran como finalidad la comisión de delitos castigados con penas de prisión de 4 años o más, cuestión no tenida en cuenta por España, al haber tipificado la pertenencia a la agrupación que tenga por finalidad toda clase de delitos, aunque ha modulado las penas según su gravedad[455].

Según el rango de responsabilidad de los integrantes de la organización y la gravedad del delito cometido, las penas difieren, pero también se agravarán dependiendo de algunos

[454] REQUEJO CONDE, C: *Aspectos básicos…op. cit.*, pág. 137

[455] El artículo 33 del Código Penal establece que serán penas graves las de prisión de más de cinco años y califica el resto en otras dos categorías: menos graves y leves. Sin embargo, el artículo 570 bis distingue entre penas graves y "los demás casos".

requisitos; concretamente se impondrá la pena en su mitad superior cuando la organización esté formada por un número elevado de personas, cuente con armas o instrumentos peligrosos y dispongan de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que faciliten la ejecución del delito y la impunidad de los miembros de la organización. En caso de que concurran dos o más de estas circunstancias, se impondrá la pena superior en grado. Asimismo, también se establece la mitad superior cuando los delitos cometidos por la organización sean en contra de la vida o integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexual o la trata de seres humanos[456].

Respecto de la obtención de un beneficio económico o ventaja material, a lo largo de esta investigación se ha analizado y defendido que, si bien este requisito no ha sido recogido expresamente en la definición de organización criminal que proporciona el artículo 570 bis, es una característica inherente a su finalidad delictiva tratándose de delincuencia común organizada. No hay más que ver a qué se dedican la mayoría de ellas (tráfico de drogas, blanqueo, robos…) para concluir que esa obtención de lucro está presente. La razón de esta omisión tiene que ver con el hecho de que la definición legal de organización criminal remite tanto a esta clase de asociacionismo delictivo como a organizaciones terroristas, por remisión del artículo 571 al artículo 570 bis, cuya finalidad primaria se desmarca de la obtención de un beneficio económico o ventaja material por la comisión de delitos.

Centrándonos en las conductas típicas, el legislador español ha ido más allá del marco de mínimos exigido internacionalmente, al no limitar las conductas de segundo nivel a la participación activa. El artículo 570 bis CP es un tipo penal omnicomprensivo que castiga toda función, rol o mera integración con la organización, incluido el hecho de ser un mero integrante pasivo o miembro no activo de esta. Ahora bien, en esta investigación se defiende, como lo hace un sector de la doctrina, que la "pertenencia pasiva" no debería tipificarse. La mera existencia de la organización criminal tiene virtualidad para lesionar la seguridad colectiva, pero la aportación de cada miembro al mantenimiento de la misma debe restringirse a una función o contribución concreta. Nos posicionamos, con ello, en la postura de que el comportamiento del sujeto que toma parte debe ayudar tanto con el

[456] Para profundizar en los tres elementos que agravan la pena es de interés el análisis realizado por CERRADA MORENO, M.: *Criminalidad organizada…op, cit.*, pág. 141 y ss., destacando entre otros, los problemas que pueden surgir entre el 570 bis. 3 y las agravantes específicas. Un ejemplo sería la de las cuestiones controvertidas, además de las ya mencionadas, que pueden acaecer al no utilizar la misma nomenclatura que se recoge en otros preceptos del Código Penal ("homicidio y lesiones") y en el artículo 570 bis ("delitos contra la vida o la integridad de las personas").

mantenimiento de la organización, como en la comisión del delito fin. Y es que el hecho de castigar la conducta de la simple integración, sin poder probar ninguna contribución orientada a esta finalidad delictiva, resulta difícilmente justificable a la luz de los principios de lesividad, intervención mínima y proporcionalidad.

Por su parte, las conductas típicas en los delitos de terrorismo y en el delito de asociación ilícita son en parte asimilables, según se ha analizado, a las que recoge el artículo 570 bis. Ahora bien, en el caso de los grupos criminales no se diferencian niveles de responsabilidad, limitándose el legislador a castigar la constitución, financiación e integración en el grupo. Esta respuesta parece coherente, en la medida en que no resulta necesaria la graduación de responsabilidad en estos casos, puesto que la diferencia entre la organización y el grupo criminal radicaría, precisamente, en la falta de permanencia y/o estructura de la segunda. En ese caso, la penalidad únicamente variará en base a la gravedad del delito fin.

En referencia al terrorismo, la finalidad por la que se cometen delitos, según se ha dicho, permite distinguir estas organizaciones, *a priori*, de las organizaciones criminales dedicadas a la delincuencia común, por lo que la cuestión se reconduce nuevamente a la convivencia, si es que esta fuera posible, del delito de pertenencia a una organización criminal con el delito de asociación ilícita. Según se ha visto, existen diferencias de calado en cuanto a las conductas típicas en cada caso, que llevan a una incriminación más restrictiva en el delito de asociación ilícita, al dejar fuera la mera integración, formar parte o pertenencia no activa, por un lado, así como por el hecho de que la colaboración con la asociación ilícita, económica o de otra naturaleza, deberá ser relevante, condición que no exige el artículo 570 bis CP. Es de destacar que, además de ofrecer una tipificación más restrictiva, el delito de asociación ilícita se castiga, en general, con una menor penalidad, teniendo presente, por lo demás, que en él no se prevén circunstancias agravantes a diferencia del delito de pertenencia a una organización criminal. Cuestión distinta, a la hora de valorar la necesidad o no de convivencia entre ambas figuras, será si la apariencia de legalidad y, relacionado con esto, el bien jurídico protegido en cada caso, son criterios que permitirían dotar de ámbito propio a ambos tipos penales, algo que se abordará en la última parte de esta tesis. Se puede concluir, pues, en este momento que, aunque existen ámbitos de coincidencia entre las distintas figuras analizadas para abordar el fenómeno de la delincuencia común organizada, destacan también importantes diferencias en cuanto a su ámbito de punición, como es particularmente el caso del delito de asociación ilícita.

Además, en la incriminación seguida en el artículo 570 bis el legislador español ha ido más allá de lo requerido desde la esfera internacional; en este concreto caso y según el análisis realizado, la integración pasiva no debería recogerse por las razones ya expuestas, es decir, la contribución del sujeto al mantenimiento de la organización y a la comisión del delito fin debe ser efectiva, en caso contrario, su comportamiento no afecta bien jurídico alguno.

Una vez analizadas las conductas típicas, deberán ponerse en conexión con el tema relativo a la autoría y la participación, si bien previamente resulta necesario siguiendo el análisis sistemático del delito de pertenencia a una organización criminal realizar, de forma sucinta, algunas consideraciones en torno al tipo subjetivo del artículo 570 bis.

### 4. Tipo Subjetivo

El artículo 10 CP dispone que "*son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*"; por su parte, el artículo 12 establece que "*las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley*". De ello se deriva que en el delito de pertenencia a una organización criminal no cabe la imprudencia, es decir, para que el sujeto sea condenado por ese delito debe realizarlo dolosamente.

Tal y como afirma BOCANEGRA MÁRQUEZ, el legislador español ha seguido en ese sentido los lineamientos de la normativa supranacional, ya que tanto la DM de 2008, como la Convención de Palermo de 2000 instaban a los Estados a tipificar las conductas que "*de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad de la organización delictiva o de su intención de cometer delitos en cuestión participe activamente en las actividades ilícitas de la organización*" y la "*conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer delitos en cuestión"*, participe activamente tanto en actividades ilícitas del grupo delictivo organizado, como en otras actividades del grupo delictivo organizado, "*a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita*", respectivamente[457].

El sujeto debe conocer, por tanto, la finalidad de la agrupación y querer formar parte de ella. En ese sentido afirma FARALDO CABANA que el individuo es consciente de

[457] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J: *Los delitos de organización… op. cit*., pág. 262.

que dicha organización o grupo tiene como objetivo o finalidad la comisión de delitos[458]. En la misma línea, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, respecto del delito de asociación ilícita, mantenía que ese elemento "intelectivo" del dolo exige tres requisitos: en primer lugar, el sujeto ha de ser consciente de que se "afilia", "funda", "dirige" o "preside" una asociación; en segundo lugar, debe saber que dicha asociación es ilícita; y, por último, debe ser consciente de la ilicitud de su conducta, saber que el ordenamiento penal prohíbe el mismo[459]; elementos que, en nuestra opinión, resultan extrapolables igualmente al caso del artículo 570 bis.

Matiza también GARCÍA-PABLOS DE MOLINA que, concretamente, en el caso de la asociación que tenga como finalidad la comisión delictiva (artículo 172.2º CP de 1973, artículo 515.1º en el actual CP), basta con que el afiliado sepa que la asociación persigue dicha finalidad delictiva, es decir, que quiera afiliarse y se afilie sabiendo que esa conducta es ilícita, pero no es necesario que quiera realizar los delitos programados, ni que apruebe o consiente los mismos[460].

Mismo planteamiento sigue BOCANEGRA MÁRQUEZ en cuanto a los delitos de los artículos 570 bis y ter del CP, al precisar que el sujeto tiene el conocimiento y la voluntad de promover, constituir, organizar, participar activamente o colaborar en una organización criminal, así como la de constituir, integrar o financiar el grupo criminal, sin que ello implique que deba conocer los actos delictivos concretos ejecutados o los que se van a ejecutar. Estima la autora que es suficiente que realice el aporte correspondiente a la conducta típica en cuestión conociendo la finalidad delictiva de la agrupación[461]. Sería, precisamente, este aspecto un elemento que permitiría distinguir el delito de pertenencia y la figura de la conspiración, puesto que en ese último el dolo del conspirador apunta al delito concreto, es decir, el sujeto actúa con ánimo de "autor", al ser la conspiración una "coautoría anticipada", mientras que el "afiliado" en la asociación comete dolosamente el tipo para integrarse en aquella[462].

No obstante, el dolo directo, en opinión de BOCANEGRA MÁRQUEZ, no sería aplicable automáticamente a todas las conductas tipificadas en los artículos 570 bis y ter del CP y para ello precisa que en el caso de colaborar y financiar, habida cuenta de la no

[458] FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas y… op. cit.*, pág. 271.
[459] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.,* pág. 307.
[460] *Ibidem*, pág. 308.
[461] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J: *Los delitos de organización… op. cit*., pág. 264.
[462] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.,* pág. 309.

vinculación permanente del sujeto a la agrupación, sería posible realizar la conducta imprudentemente, o por lo menos, con dolo eventual. La autora pone de ejemplo dar información relevante a una persona sin tener o no la seguridad de que pertenece a una agrupación delictiva, pero sospechándolo (dolo eventual) o no sospechándolo, pero pudiendo haberlo sospechado (comportamiento negligente). Mientras que la primera conducta se castigaría como conducta dolosa, la segunda sería atípica al no tipificarse la imprudencia en estos delitos[463].

## 5. Autoría y participación en el delito de pertenencia a una organización criminal

### 5.1. Cuestión previa

Tal y como manifiesta QUINTERO OLIVARES el autor del delito es el sujeto cuya conducta se describe en cada tipo del delito[464]. Se considera, pues, autor aquel que por sí mismo, totalmente o parcialmente, ejecuta las acciones tipificadas en la parte especial del Código penal[465]. De manera que el autor se diferencia, así, de la figura del partícipe que, en función de su contribución, podrá ser inductor, cooperador necesario o cómplice.

Frente al concepto dogmático de autor, el artículo 28 CP expresa quiénes son autores, así como asimila en términos de pena a algunos partícipes por la importancia de su contribución en el delito. En concreto, el art. 28 establece lo siguiente:

> *"Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.*
>
> *También serán considerados autores:*
>
> *a) los que inducen directamente a otro u otros para ejecutarlo*
>
> *b) los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado."*

Por su parte, el artículo 29 recoge la figura de la complicidad, considerando como cómplices aquellos que *"no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*".

No debe obviarse, en ningún momento, que el artículo 570 bis castiga la pertenencia a la organización criminal de manera autónoma a la intervención del sujeto en el delito fin

---

[463] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J: *Los delitos, de organización… op. cit*., pág. 263. Considera la autora que no sucede lo mismo en materia de terrorismo al sancionarse en el artículo 577.3 CP la colaboración con las actividades o finalidades de una organización o grupo terrorista cuando se produce por imprudencia grave.

[464] QUINTERO OLIVARES, G.: "Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LXXI*, 2018, pág. 77.

[465] PIVA TORRES, G.E y GRANADILLO MALAVE, A.: *El dominio del hecho en Derecho Penal. Referencia a la autoría en la Criminalidad Organizada,* Bosch Editor, Barcelona, 2019, pág. 24.

que se cometa a través de aquella. Por tanto, cabe entender que los miembros de la organización podrán ser juzgados como autores por la pertenencia al grupo, según el nivel de responsabilidad o funciones que ostenten, por un lado, y también como autores o partícipes respecto del delito fin, ya que, aunque no hayan sido los autores principales del mismo, con su contribución han podido ayudar a cometer el delito concreto. Por ello, no se debe confundir la responsabilidad por pertenecer a la organización, siempre que, como hemos concluido anteriormente, esa pertenencia sea activa, siendo también objeto de castigo la colaboración, que aquí se defiende que deberá ser relevante y eficaz, con la responsabilidad derivada de los delitos que pueden llegar a ejecutarse, es decir, los delitos fin. En relación con estos deberá acudirse a las reglas generales de autoría y participación[466]. En el mismo sentido se pronuncia la Circular 2/2011 FGE, añadiendo que para castigarse la pertenencia a una organización criminal no es necesario que el sujeto tenga conocimiento de todos y cada uno de los actos concretos ejecutados por cada miembro de la organización[467].

Hay que considerar, como afirma FARALDO CABANA, que los delitos referidos a una organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita se encontrarían dentro de lo que se conocen como delitos plurisubjetivos de convergencia[468]. Los delitos son plurisubjetivos cuando conceptualmente exigen la intervención de más de un sujeto. Ahondando en esto, dentro de esa categoría habría dos clases: estarían, por un lado, los delitos de convergencia, donde las conductas se dirigen a un mismo objetivo típico, entre los que entrarían los que nos ocupan, y, por otro lado, los delitos de encuentro, donde encajan las conductas que, a pesar de ser complementarias, persiguen un objetivo distinto[469]. Pertenecer a una organización que tiene como finalidad la comisión de delitos supone estar conforme con ese objetivo, las personas integrantes en cualquiera de los roles asumidos son conscientes de que forman parte de un grupo que cometerá acciones ilícitas y quieren ser parte de ello.

Los sujetos condenados por el artículo 570 bis lo serán, por tanto, siempre como autores, puesto que debido a todas las conductas típicas que en ella se regulan de forma omnicomprensiva (promover, constituir, organizar, coordinar, dirigir, participar activamente, formar parte y cooperar), cualquier comportamiento encajaría a título de

[466] CERRADA MORENO, M: *Criminalidad organizada... op. cit.*, pág. 136.
[467] Circular 2/2011 de la Fiscalía General… *op. cit.*, pág. 10.
[468] FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas… op. cit*., pág. 350.
[469] *Ibidem*, pág. 350.

autoría en alguna de ellas, si bien con una diferente penalidad en atención, por un lado, a la gravedad del delito fin y, por otro, al nivel de responsabilidad que ostente el sujeto. Respecto de la contribución de cada uno en el delito fin, sí que habrá que acudir, por su parte, a las reglas de la autoría y participación, como se ha dicho.

En aras de poder concluir si esa afirmación es acorde con los principios legitimadores del Derecho Penal, la conducta de pertenencia y su conexión con el delito fin merecen un análisis más detallado.

### 5.2. La autoría y su relación con la conducta de pertenencia a una organización criminal

Una de las cuestiones controvertidas que plantea el artículo 570 bis es delimitar qué, por qué y cómo se castigan las conductas que en él se contemplan. En el apartado anterior se han analizado las diferentes modalidades típicas que recoge el tipo; en este momento nos centraremos fundamentalmente en las conductas de segundo nivel, en la que se castiga la participación, formar parte y cooperar con la organización. Como se ha visto, el hecho de formar parte de la organización criminal es la conducta que mayor controversia suscita, debido a que el legislador ha pretendido sancionar tanto el comportamiento activo, que se materializa en muy diferentes contribuciones y aportaciones, como el pasivo o mero integrante no activo de la organización. Además, a ello hay que sumarle la dificultad que entraña relacionar la pertenencia a la organización con las cuestiones relativas a la autoría o participación respecto del delito fin[470].

En torno a esta cuestión, SANTA RITA TAMÉS define la pertenencia como hecho o circunstancia de formar parte de un conjunto, como una clase, un grupo, una comunidad, una institución…[471]. Según ello, la pertenencia y tomar parte, es decir, ser miembro, podrían considerarse sinónimos[472]. Por su parte, afirma CERRADA MORENO que la pertenencia, además de con la jerarquía, debe estar relacionada con la estabilidad o

[470] Pongamos como ejemplo una organización que se dedica al robo violento en domicilios. En ese caso, resulta complicado justificar la participación en una sustracción de objetos en una concreta vivienda de una persona que en principio no aporta nada a la agrupación, es decir, una persona que no financia la agrupación, ni que haya participado en la ideación, ni en el acto concreto, una persona que desde el inicio ha sido integrante de la organización pero que en la práctica su aportación haya sido nula, únicamente "ha hecho bulto".

[471] SANTA RITA TAMÉS, G.: *El delito de organización terrorista… op. cit.*, pág.591.

[472] En este sentido, el hecho de que el legislador utilice diferente terminología en las agravantes especificas a la hora de determinar la conducta (pertenecer, en el seno…) no sería inconveniente para argumentar cuál es el comportamiento que pretende tipificar el legislador: formar parte, pertenecer o integrar en una agrupación que tenga como finalidad la comisión de delitos, independiente de la aportación "real" al delito fin.

permanencia, con la vocación de participación en hechos futuros o disponibilidad para ello [473]. En conexión con esto, resulta interesante destacar el que se hable de "disponibilidad". ¿El hecho de estar disponible es suficiente para castigar esa conducta?; ¿cómo se garantiza que esa disponibilidad se puede materializar y no quede en una mera participación pasiva? En este sentido, la STS 396/2019, de 24 de julio de 2019, establece que para ser considerado autor de un delito de pertenencia "*no hace falta que todos los participantes realicen cada uno de los elementos del tipo, sino que aporten individualmente lo que sea una contribución esencial para el funcionamiento del sistema*"[474].

Pero ¿de qué manera contribuye esa "pertenencia" a lesionar el bien jurídico colectivo y poner en peligro el delito fin?

Tal y como explica CANCIO MELIÁ la integración en la organización supone una pérdida de control del sujeto, convirtiéndose la actuación colectiva de la organización en la conducta de cada uno de sus miembros. No existiría, así, una transferencia injustificada de la responsabilidad, ya que la aportación personal del autor individual puede ser aprehendida, jurídico-penalmente, a través de la prestación a la organización hecha a título de miembro colectivo[475]. Considera el autor que la integración en el colectivo comporta un desplazamiento de la definición de la "esfera privada" y el miembro al integrarse en la organización ha "adaptado" su comportamiento de tal modo que ya no es posible una interpretación como conducta irrelevante. Se integra en una organización y esa integración le hace partícipe del colectivo[476], considerando en todo caso que la integración supone una prestación que deberá ser activa.

Por su parte, REQUEJO CONDE ve clara la distinción entre colaboración y miembro: la primera se agota cuando se verifica un apoyo material a la organización de relevancia típica, necesaria para el mantenimiento del proyecto delictivo; mientras que la pertenencia requerirá un conocimiento cierto sobre el funcionamiento interno de la organización[477]. Respecto de los líderes, defiende la autora que tienen capacidad de influencia en los demás y pueden decidir y asegurar la ejecución de los hechos. Por ello, el fundamento

[473] CERRADA MORENO, M: *Criminalidad organizada... op. cit.*, pág. 140
[474] STS 396/2019, de 24 de julio de 2019, nº de recurso 10619/2018. Ponente: Juan Artemio Sánchez Melgar.
[475] CANCIO MELIÁ, M.: "El injusto de los delitos de organización"*…op .cit.*, pág.70.
[476] *Ibidem*, pág. 72. En cualquier caso, la conducta del miembro no queda limitada a la forma de integración "pasiva", sino que exige una actualización clara y permanente.
[477] REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos…op. cit.*, pág. 133.

agravatorio del liderazgo está en la mayor capacidad de agresión al bien jurídico, mayor responsabilidad en el seno de la organización y la dificultad de su detención. A su vez, la dificultad de contar con una prueba directa sobre la estructura interna de la organización y conocer lo que hace cada sujeto, conlleva a acudir a la prueba indiciaria[478]; según se ha visto anteriormente.

FARALDO CABANA se muestra favorable a prever penas contra los promotores, directores, fundadores, presidentes y miembros activos. En cambio, no considera que la cooperación económica, o de cualquier otra clase, deba ser entendida como autoría, ya que en ese caso las conductas como la tentativa de cooperación en la fundación de una asociación se convierten en punibles y ello constituye un excesivo adelantamiento de las barreras de tutela[479]. La autora destacaría la eliminación en estos delitos de las reglas generales relativas a la punición de la participación delictiva, ya que se castigan a título de autor conductas que deberían calificarse como cooperación necesaria, complicidad e inducción, pero la amplitud con la que se describe el artículo 570 bis no lo hace posible[480], posición que compartimos plenamente. Considerando que defendemos que el bien jurídico protegido en el delito de organización criminal es, en primera línea, la seguridad colectiva, pero también el bien jurídico del delito fin al que aquella se dedica, el primero en términos de lesión, este último como puesta en peligro concreto, anteriormente hemos recalcado que el comportamiento del sujeto debe ayudar al mantenimiento de la organización, por lo que esa aportación debe manifestarse en una conducta o prestación activa. En este sentido, aunque la colaboración implica una prestación activa, no parece justificado aglutinarla junto con los demás comportamientos tipificados en concepto de autoría, ya que, como explica FARALDO CABANA, supondría un excesivo adelantamiento de la tutela penal en caso de tentativa.

En conexión con este análisis, para profundizar en la responsabilidad como autor del miembro de la organización criminal, resulta imprescindible mencionar el planteamiento de SILVA SANCHEZ. Debido a su extensión y visión global, se le otorgará un apartado propio a continuación.

[478] *Ibidem*, pág.137.
[479] FARALADO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas… op. cit*., pág. 351.
[480] *Ibidem*. La autora define el delito del artículo 570 bis como un delito permanente, lo que supone que no es posible que recaigan sobre el mismo sujeto varios delitos por delito de pertenencia o dirección, a no ser que hubiera habido un abandono de la organización y transcurrido un tiempo hubiera vuelto (pág. 343).

### 5.3. La teoría de la "pertenencia" o "intervención" del delito de pertenencia a una organización criminal de Silva Sánchez.

En relación con el delito de pertenencia a una organización criminal, SILVA SÁNCHEZ parte de la distinción entre un modelo de "transferencia" (imputación individual de un fenómeno colectivo) y otro del "hecho propio" (atribución de la responsabilidad dependiendo de su actividad favorecedora a la comisión de delitos), teniendo esta última algunas variantes según las reglas del delito cometido y la responsabilidad "a través de la organización" [481]. Con esta premisa, afirma el autor que la organización tiene una doble función: garantizar la pervivencia del riesgo creado por un miembro, así como garantizar la conexión de dicho riesgo con el generado por los intervinientes en un hecho delictivo concreto. En este sentido, la comisión de ese delito concreto dependerá de un tercero, por lo que la diferencia estribaría en la exigencia de una referencia al hecho integrante del delito fin, aunque sea de modo abstractamente mediato. Según SILVA SÁNCHEZ esta teoría sería una adaptación de la teoría general de la intervención a la existencia de las organizaciones criminales, lo que puede propiciar que aportaciones naturalísticas alejadas de la ejecución del hecho mantengan una plena conexión normativa con aquel que justifique una imputación a título de intervención. Ello supone un relativo distanciamiento de los presupuestos naturalísticos clásicos de la intervención (en concreto con la teoría de la participación)[482].

Ahondando en esta tesis, el autor diferencia entre la pertenencia pasiva y la activa: respecto de la pasiva entiende SILVA SÁNCHEZ que los partidarios del modelo de transferencia deberían pensar que esta pertenencia es de por sí necesaria como delitos de estatus, y, sin embargo, no es así. Por ello defiende que no existe un modelo de transferencia puro, sino que está matizado por la intervención de algún género de intervención activa[483]. Concluye el autor reconociendo que la distinción entre colaborador externo y miembro resulta confusa, y que la diferenciación parece corresponderse más con un modelo de transferencia de responsabilidad que con un modelo de responsabilidad

[481] SILVA SÁNCHEZ, J.M: "¿"Pertenencia" o "Intervención"? del delito de "pertenencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de organización" en el delito", en TOLEDO Y UBIETO, E.O./GURDIEL SERRA, M./CÓRTES BECHIARELLI, E.: *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág.1081.

[482] *Ibidem*, p. 1084. De todas maneras, en relación con la atribución de responsabilidad por el delito fin, recuerda SILVA que no puede hacerse responsable a todos los miembros de todos los actos, sino de aquellos cuya actuación favorecedora, institucionalizada y canalizada en la organización, se proyecta de modo mediato (a través de la organización) en un hecho concreto.

[483] *Ibidem*, pág. 1089.

por el propio hecho[484]. En este último, la responsabilidad de los colaboradores puede adoptar tres modalidades de intervención:

1. Convencional (hechos delictivos concretos realizados en el marco de la organización).

2. A través de la organización (en los referidos delitos concretos)

3. Intentada y a través de la organización (en los referidos delitos fin de la organización)

En la primera de las modalidades se les imputa por delitos que han contribuido de modo directo, pero en la segunda y tercera están más identificadas con un "rol" y se les permite imputar todos los hechos delictivos que se cometan en la organización, "*con independencia del modo concreto en que se exprese la contribución institucionalizada al sistema, el hecho de ejercer un rol funcional a éste determina que el sistema como tal, al proyectarse sobre un hecho delictivo concreto (que se convierte por ello en un "hecho de la organización"), proyecte también la aportación institucionalizada del miembro a la organización criminal como favorecimiento precisamente de dicho hecho*"[485].

Mientras no se haya iniciado la ejecución de los delitos fin, habrá que determinar si la conducta de "intervención a través de la organización" es una conducta de coautoría o participación intentada. Para SILVA SÁNCHEZ las actividades de favorecimiento en ese caso constituyen la figura de "autoría por dominio de organización"[486].

En resumidas cuentas, SILVA SÁNCHEZ es partidario de entender que la organización afecta a la protección de los bienes jurídicos de los delitos específicos que constituyen su fin, de manera que considera la organización como un estado de las cosas de naturaleza preparatoria. Ello no niega la dimensión institucionalizada de la organización, además de su capacidad de "alargar" el alcance de la organización de sus miembros. Este planteamiento, por tanto, justificaría la intervención en la organización. Entiende que la organización, como estado de cosas favorecedor del hecho delictivo concreto cometido luego por alguno de sus miembros, debe mostrar idoneidad, en virtud a la dotación de medios, hombres y estructura. Ese modelo, además, permitiría a juicio

[484] *Ibidem*, pág. 1087.
[485] *Ibidem*, pág.1090.
[486] *Ibidem*, pág.1091. Esa participación intentada solamente será defendible cuando los delitos fin tuvieran una gravedad suficiente que justificase el adelantamiento de las barreras de intervención penal. A los colaboradores se les aplican las mismas reglas que a los miembros y en caso de que no sea grave el delito fin, se les imputará por el delito concreto cometido a título de "participación a través de la organización".

de este autor fundamentar más convincentemente la atribución por la responsabilidad personal de cada miembro, haciéndoles responsables de su propia actuación y no "por ser parte de un sistema asocial" que afectaría a la paz pública[487].

Existen divergencias en la doctrina a la hora de fundamentar la responsabilidad penal: quienes defienden el castigo ya por la mera pertenencia o colaboración, transfiriendo la responsabilidad por ser miembro; quienes lo vinculan a una calificación de su conducta como título autónomo por su intervención en los delitos concretamente cometidos o de futura comisión en el ámbito de la organización; o quienes consideran la vinculación con la organización como factor agravante de una responsabilidad previamente establecida, conforme a las reglas de imputación por los delitos cometidos mediante la organización[488]. Conforme a lo anterior, la misma falta de unanimidad que ocurre en relación al bien jurídico, se da en referencia a la atribución de la autoría del delito del artículo 570 bis. En cualquier caso, una vez planteadas las distintas posturas sobre esa atribución, SILVA SANCHEZ llega a las siguientes conclusiones:

- Los miembros "pasivos" no responden criminalmente.

- Los esporádicamente activos pueden responder por delitos concretos en los que se proyecte de manera directa o indirecta su actitud favorecedora.

- Los miembros institucionalmente activos responderán a título de coautoría o participación en cualquiera de los delitos que se correspondan con el delito fin; es "intervención a través de una organización" y es una categoría complementaria del "dominio de la organización" propio de los "aparatos de poder". Para ello:

- La actuación institucionalmente funcional a la organización es "actualizada" por esta a propósito del delito concreto.

-La dimensión conscientemente institucional implica un dolo alternativo/cumulativo de contribuir a cualquiera de los delitos fin de la organización

-La participación a través de la organización debe contener un riesgo relevante para los bienes concretos lesionados.

- La pertenencia "activa" solamente debería castigarse como "participación (intentada) a través de la organización" en los casos en que los delitos fin de la organización fueran de gravedad. En todo caso, solo podrá castigarse por los tipos de pertenencia la conducta

[487] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "La "intervención a través de la organización… *op. cit.*, pág. 99.
[488] *Ibidem*, pág. 107.

que de haberse iniciado la ejecución del delito fin concreto, habría podido ser considerada participación en ese delito[489].

Debe tenerse presente que este planteamiento que determina la autoría de la participación en una agrupación criminal ha sido desarrollado por SILVA con anterioridad a la introducción del artículo 570 bis CP, pero sigue siendo relevante hoy en día. Sin embargo, tal y como se ha analizado, el delito de pertenencia a una organización criminal, en los términos en los que ha sido redactado por el legislador, imposibilita castigar la pertenencia por otra vía que no sea la autoría, lo que supone una cuestionable extensión de la responsabilidad penal a situaciones en las que con la conducta no se obtenga lo pretendido, como por ejemplo en el caso, anteriormente mencionado, del envío de armas a una organización sin llegada a su destino. Como se ha manifestado, si con la existencia de una organización criminal se lesiona la seguridad colectiva, además de existir un peligro concreto para los bienes jurídicos de los delitos fin, partimos de la base de que la conducta o contribución del sujeto debe ser eficaz para ayudar al mantenimiento de la organización, si bien calificarlo de autor en todo supuesto supone, automáticamente, que sea aplicable la tentativa. Por ello, a pesar de tipificarse conductas de muy distinto significado, entendemos que no todas ellas tienen la misma capacidad lesiva, no siendo necesario considerarlas todas como autoría.

Partimos de la base de que ya en el año 2004 SILVA SÁNCHEZ diferenciaba la actividad del miembro en base a su contribución, así como al grado de gravedad del delito fin. Según se ha analizado, tanto la normativa internacional como europea instaban a que la tipificación del delito de pertenencia tuviera como finalidad delitos considerados graves, algo que el legislador español no ha tenido en cuenta puesto que la gravedad del delito es exclusivamente un factor de distinción de la penalidad. Igualmente, el art. 570 bis, como se ha visto castiga toda tanto la pertenencia activa como pasiva, con las críticas que respecto de esta última se han realizado.

Esta teoría, planteada hace casi 20 años, lleva a conclusiones similares desde otros planteamientos que anteriormente se han expuesto. A este respecto, reiteramos nuestra avenencia con la defensa de que el comportamiento del sujeto miembro de la organización debe ser activo para que sea susceptible de ser castigado, es decir, debe favorecer el mantenimiento de la organización y la comisión del delito fin. Ello casaría con el concepto de "miembros institucionalmente activos" que expresa SILVA SÁNCHEZ. En cualquier

[489] *Ibidem*, págs. 117 y ss.

caso, la participación en la organización debe suponer un riesgo relevante para el bien jurídico del delito fin, por lo que la "participación" adquiere un sentido doble: por ser partícipe de una agrupación criminal, pero también por entender que esa participación no tiene por qué ser siempre a título de autor. Sin embargo, debido a la amplitud de verbos que recoge el artículo 570 bis, cualquier tipo de relación con la organización supondría su castigo como autor, obviándose por parte del legislador que, determinados comportamientos, como la cooperación, encajarían mejor con las reglas generales de la autoría y la participación, lo que en ocasiones puede conllevar su consideración como cooperadores necesarios o cómplices del delito de pertenencia a una organización criminal.

Respecto del delito fin, entendemos que aquí no plantea problemas de aplicación las reglas generales sobre la autoría y la participación. Así lo defiende también SILVA SÁNCHEZ en el marco de su planteamiento, algo que es compatible con la incriminación de los delitos de pertenencia a una organización o grupo criminal.

### 5.4. ¿Es aplicable la teoría del dominio de organización o del autor detrás del autor al jefe de la organización en el delito fin?

Otra de las cuestiones que deben considerarse en relación con el artículo 570 bis es la relación que existe entre el delito fin cometido por un miembro de la organización y el jefe de la agrupación. Es decir, tal y como expone REQUEJO CONDE, en las organizaciones criminales las relaciones humanas, tanto en su planificación como en su ejecución, en referencia a su responsabilidad penal, son hacia arriba y hacia abajo, ya que el jefe, por regla general, no interviene en la ejecución de los delitos cometidos y, además, los que los ejecutan lo harán movidos por una orden del superior jerárquico[490]. Sobre esta cuestión, la autora considera útil acudir a la teoría del dominio del hecho y, en concreto, al autor mediato por dominio de organización o autor detrás del autor desarrollado por ROXIN, ya que el ejecutor ocupa una posición subordinada, intercambiable o fungible, de manera que la ejecución se facilita debido a la férrea disciplina y códigos de amedrentamiento existentes en las organizaciones criminales[491].

En este sentido, ROXIN considera ese hecho realizado en un contexto en el que existe un dominio de la voluntad, como dominio de la organización por parte del jefe no

[490] REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos del delito de… op. cit.*, pág. 131.
[491] *Ibidem*, pág. 133.

ejecutor, por el cual la iniciativa puesta en marcha por el sujeto de detrás se realiza con independencia de la persona del ejecutor. En cualquier caso, afirma que hay que ser cauteloso para denominar a un grupo como un "aparato de poder", marco en el que ROXIN desarrolla su teoría sobre el dominio de la organización, puesto que si se reúne media docena de personas para cometer delitos en común y eligen a uno de ellos como cabecilla no podría calificarse de aparato de poder. La razón estriba en que en esos casos la comunidad se basa en relaciones individuales reciprocas entre intervinientes y, además, no tiene esa existencia independiente del cambio de los miembros que presupone en tales casos esta forma específica del dominio de la voluntad[492]. Sin embargo, dadas las características que definen a la organización criminal, con una pluralidad de sujetos estructurada jerárquicamente y con división de funciones, al existir fungibilidad entre los miembros sí que se daría esa independencia, por lo que podría entenderse aplicable la teoría de ROXIN y, por ende, considerar al jefe autor mediato.

No mantiene, sin embargo, la misma postura MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, al entender que de modo alguno puede admitirse una autoría mediata basada en la nota característica de la fungibilidad del instrumento. Este autor considera que, incluso a partir de la propia idea del dominio del hecho, la construcción de la autoría mediata por aparatos organizados de poder debe ser rechazada. Las posibilidades garantizadas de la persona de atrás de ver realizado su plan a través de la organización, con independencia de la concreta persona del ejecutor, no pueden, según él, sustituir la efectiva o real ausencia de dominio en el caso concreto (y, por ende, tales posibilidades no son suficientes para fundamentar la autoría). Además, no habría figura legal que permitiera imputar como autor al sujeto de detrás, cuando existe plena autonomía del de delante[493].

En consecuencia, las personas que ejecuten los delitos fin cometidos mediante la organización criminal, serán castigadas como autores, y habrá que demostrar la manera en la que han colaborado el resto de miembros de la organización; como se ha manifestado, en ese caso, deben acudirse a las reglas generales de la autoría y la participación. La aplicación de la teoría del dominio de organización en el delito tipificado en el artículo 570 bis CP resulta atractiva si tenemos en mente agrupaciones en las que los jefes únicamente se limitan a crear la organización y manejarla desde atrás.

[492] ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7º edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A, Madrid 2000, pág. 270.
[493] MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C: *La autoría en derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código Penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 74 y ss.

No obstante, la realidad dista de esa idea, puesto que, en ocasiones, por ejemplo, en el delito de tráfico de drogas, los encargados o jefes suelen contribuir activamente en la comisión del delito fin[494]. Por ello, en estos casos no presenta especiales problemas su consideración como autor del delito concreto.

En cualquier caso, tal y como manifiesta REQUEJO CONDE, la aplicación de la teoría del dominio de la organización cuando quienes estén en ese primer nivel de responsabilidad no tengan una implicación directa en ese delito fin, sería útil de cara a fundamentar su condena. Sin embargo, un sector de la doctrina, entre quienes se encuentra MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, se decantaría por calificar al dirigente de coautor[495]. Entiende la autora que al introducir en el año 2010 la pertenencia a una organización criminal se ha determinado que la conducta (la pertenencia) es ya de por si delictiva, por lo que cada sujeto deberá responder por dos delitos: respecto del delito final aplicando las reglas de autoría y participación y ello en concurso real con un delito de organización o grupo criminal, según las características de esa agrupación[496]. Matiza que son coautores, por lo tanto, los que conscientemente realizan una parte esencial para la ejecución del plan global, siempre que tengan un dominio funcional del hecho.

### 5.5. Toma de postura

Las cuestiones controvertidas que plantea la atribución a título de autoría en el delito de pertenencia a una organización criminal, dada la amplitud con la que el legislador español ha incriminado las conductas típicas y, vinculado con ello, de qué manera afecta ello al bien jurídico protegido es, sin duda, otra muestra más de los problemas que este delito plantea en atención a los principios y categorías penales. En este sentido, el legislador ha tipificado una pluralidad de conductas que, debido a su amplitud[497], su realización determina que el sujeto será responsable penalmente del delito de pertenencia

[494] Según la práctica judicial es habitual que los jefes de la organización trafiquen o realicen actividades que tengan relación directa con la compra venta de la droga. No obstante, este delito recoge, en esencia, un concepto unitario de autor, ya que es un delito de actividad que tipifica toda contribución al comercio ilícito de droga, por pequeña que sea. Algo, que, por cierto, es extrapolable al delito del artículo 570 bis, puesto que como hemos manifestado, la amplitud de verbos que recoge el precepto, castiga directamente con la autoría cualquier comportamiento relacionado con la organización criminal.

[495] MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: "La responsabilidad criminal de los miembros de una organización o grupo criminal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 24-25, 2022, pág. 11. Disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-25.pdf.

[496] *Ibidem*, pág. 12.

[497] Recordamos que los comportamientos que se tipifican son: promover, constituir, organizar, coordinar, dirigir, participar activamente en la organización, formar parte de ella y cooperar económicamente o de cualquier otro modo (en caso de la organización criminal) y constituir, financiar e integrar (en el caso del grupo criminal)

a una organización criminal, en todo caso, a título de autoría. Ahora bien, esta atribución no resulta tan simple, según se ha defendido, ya que habría que justificar de qué manera cada una de esas participaciones afecta al bien jurídico protegido, la seguridad colectiva, además de tener virtualidad para poner en peligro el bien jurídico del delito fin, cuestión en la que la doctrina se muestra partidaria de realizar una interpretación restrictiva, de manera que aunque la amplitud de las modalidades típicas hacen que todas ellas sean objeto de castigo, eso no significa que automáticamente formar parte de una organización criminal debe suponer por defecto la condena como autor.

Así, compartimos la idea de FARALDO CABANA de considerar cooperador necesario o cómplice a la persona que coopere con la organización. El caso de la tentativa en la cooperación de la fundación de una organización resulta clarificador para poner en cuestión la autoría directa en la modalidad de cooperación con la organización criminal. La excesiva ampliación de la intervención penal que ello supondría pondría en entredicho principios y categorías básicas del Derecho penal. Las reglas de la autoría y la participación con las que se cuenta deberían ser aplicables también para el delito tipificado en el artículo 570 bis, ya que si bien entendemos que los comportamientos activos que favorecen el mantenimiento de la organización criminal merecen castigo en la medida en que se lesiona ya el bien jurídico seguridad colectiva, entendida como el estado de peligro para futuros bienes jurídicos, eso no condiciona la necesidad de modular la responsabilidad penal en función de la concreta contribución del sujeto.

Conforme a lo anterior, destacamos que el comportamiento del sujeto debe ser activo para tener capacidad de lesionar el bien jurídico, sin perjuicio del concreto título de atribución de la responsabilidad penal, según se acaba de defender. Ello implica que una pertenencia o integración en la organización no activa que no favorezca al mantenimiento de la organización, y, por ende, no tenga virtualidad para afectar a la seguridad colectiva, carece de reproche penal. Ya antes de incorporarse el delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis SILVA SÁNCHEZ defendía la tesis de que la pertenencia no activa no debía ser objeto de castigo, postura que es refrendada por la doctrina mayoritaria. Además, desde la esfera internacional, según se ha visto, se insta a los estados a incriminar aquellas conductas que impliquen una pertenencia activa en la organización. Por todo ello, no se comparte que el legislador español la haya tipificado en este delito. Y es que el artículo 570 bis presenta, en este sentido, afinidad con la incriminación llevada a cabo en el delito de tráfico de drogas, en cuanto que se trata de

un delito omnicomprensivo que abarca cualquier conducta o estado del sujeto en relación con la propia organización criminal.

No obstante, en lo que sí existe consenso es que para la imputación de responsabilidad respecto del delito fin son de aplicación las reglas generales de la autoría y la participación. Al igual que para ser castigado por el delito del artículo 570 bis el comportamiento activo del miembro debe favorecer al mantenimiento de la organización, en el caso del delito fin debe ayudar en su comisión y, en base a esa contribución, habrá de ser castigado a título de autor o participe. Y es que, al igual que para ser condenado por el artículo 570 bis el comportamiento propio debe tener virtualidad para lesionar la seguridad colectiva, la condena por el delito fin también debe estar justificada en que la aportación personal favorezca la lesión del bien jurídico concreto protegido por el delito fin.

Llegados a este punto, entendemos que con el delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis se lesiona la seguridad colectiva, además de poner en peligro el bien jurídico del delito fin, y, por ello, la tipificación autónoma de pertenencia a una organización criminal podría encontrar justificación, según se defendió en su momento. Esa tipificación autónoma debe ser respetuosa con los principios inspiradores del Derecho Penal, por lo que las reglas de la autoría y la participación deben tener cabida al efecto de atribuir responsabilidad penal al sujeto perteneciente de la organización en función de su responsabilidad y contribución al mantenimiento de esta. En ese sentido, compartimos la idea de que la modalidad de cooperación no debería ser castigada directamente como autoría en todo caso, así como abogamos por penar únicamente el comportamiento activo que favorezca el mantenimiento de la organización.

Caso particular analizado es la posibilidad de imputar a título de autoría al jefe o dirigente de la organización criminal por la comisión del delito fin. En este sentido, y en relación con la rentabilidad que ofrece la teoría del dominio de la organización desarrollada por ROXIN, en la medida en que no se pueda demostrar la implicación ejecutiva del jefe en él, la misma ofrece una fundamentación solvente para considerarlo autor o coautor junto con el ejecutor o ejecutores del delito fin.

Una vez analizados los elementos típicos del artículo 570 bis, y teniendo en cuenta las conclusiones alcanzadas en relación a los aspectos controvertidos que suscitan, se está en condiciones de abordar en el próximo Capítulo la pregunta principal de esta investigación: ¿es necesaria la convivencia de todas las figuras que tipifican la delincuencia común

organizada o grupal? Para ello se va a realizar un análisis comparado entre el artículo 570 bis y otras figuras que también dan respuesta a este fenómeno, a saber, los delitos de asociación ilícita y pertenencia a un grupo criminal, así como respecto de la codelincuencia, la conspiración y la previsión de agravantes específicas en determinados delitos. Por otro lado, también se analizará la relación entre el artículo 570 bis y el delito fin de la organización criminal.

# CAPÍTULO V. RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 570 BIS Y OTRAS FIGURAS AFINES. CUESTIONES CONCURSALES.

## 1. Introducción

Durante la elaboración de esta investigación ha sido constante la mención a la relación existente entre el delito de pertenencia a una organización criminal y otras figuras del Código Penal, puesto que constituye el objeto central de esta investigación en el que ahora nos embarcamos en su parte final. Hasta este momento, se han puesto las bases para este análisis, al ir desgranando y analizando algunas afinidades y divergencias con unas y otras figuras, a la luz fundamentalmente del concepto de organización criminal, el interés tutelado en el artículo 570 bis, así como las modalidades típicas que en él se recogen. En este capítulo, teniendo en cuenta el análisis realizado y algunas de las conclusiones a las que se ha llegado, se intentará dar una respuesta a la cuestión de si existe un ámbito de aplicación propio de las distintas figuras que dar respuesta jurídico-penal a la delincuencia o criminalidad organizada, con apoyo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Para ello se recordará que, en su parte especial, el panorama actual que ofrece el Código Penal para sancionar penalmente la delincuencia común organizada es el siguiente: tras la LO 5/2010 se tipifican de forma autónoma la pertenencia a una organización criminal (art. 570 bis) y a un grupo criminal (art. 570 ter), independientemente de la responsabilidad en el delito que vaya a realizarse mediante la agrupación; por otro lado, a lo largo del articulado del Libro II del Código Penal se prevén agravantes específicas donde las penas de algunos delitos se agravan cuando el delito lo realiza un miembro de una organización, agrupación o grupo criminal, según la concreta redacción que presenten estas agravantes. Además de ello, sigue en vigor el artículo 515 del CP relativo al delito de asociación ilícita, en concreto el primer apartado por el que se castigan la que tenga por objeto cometer algún delito o, después de constituida, promueva su comisión.

Por su parte, la parte general del Código recoge en el artículo 17.1 la conspiración para delinquir, consistente en que dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, situación que únicamente se castigará en los casos previstos por ley, como por ejemplo en la trata de seres humanos (art. 177 bis), en la receptación y el blanqueo de capitales (art. 304), en los delitos contra la salud pública (art.373), en el delito de asociación ilícita (art. 519) o en el delito de terrorismo (art. 579), entre otros, rebajando la pena en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate. Y, a su

vez, no debemos obviar que el Código Penal cuenta con la figura de la coautoría, al definir en su artículo 28 que son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

En este Capítulo se analizará la convivencia del artículo 570 bis con las figuras mencionadas, al objeto de poder entender si actualmente es necesaria la existencia de todas ellas, específicamente en relación con el delito de asociación ilícita y las agravantes específicas referidas a la delincuencia organizada. Para ello se estudiarán las diferencias entre ambas y se realizará una aproximación a la práctica jurisprudencial, debiendo prestar especial atención al artículo 8 CP para resolver la concurrencia de algunas de ellas.

En primer lugar, se estudiará la convivencia del artículo 570 bis con el delito de asociación ilícita del artículo 515; posteriormente se realizará una comparativa entre la pertenencia a organización criminal y grupo criminal y de este último con una situación de codelincuencia, así como se profundizará sobre las diferencias del artículo 570 bis con la conspiración. También se estudiarán aquellos delitos que tienen prevista en su tipificación la agravante especifica por pertenencia a una agrupación, organización o grupo criminal y la convivencia, en concurso de normas, entre estas últimas y los tipos autónomos de pertenencia a una organización y grupo criminal de los artículos 570 bis y ter, respectivamente. Para finalizar, se realizará un análisis del concurso de delitos existente entre los delitos fin, es decir, los delitos que han sido objeto de la organización o el grupo criminal y su relación con el delito de pertenencia a una organización criminal.

## 2. Convivencia del delito de pertenencia a una organización criminal con el delito de asociación ilícita

### 2.1. Consideraciones previas

Hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010 se ha señalado que la vía para dar respuesta a la comisión de delitos en el marco de una agrupación criminal se encontraba fundamentalmente en el delito de asociación ilícita[498], que habría demostrado su insuficiencia para ofrecer una respuesta adecuada a estas situaciones por ser reminiscencia, entre otras causas, de una legislación dictatorial creada para perseguir al delincuente político[499]. En este sentido, la organización criminal y la asociación ilícita comparten unas notas comunes en cuanto al número de miembros, estabilidad, reparto de

[498] Al margen de algunas agravantes por organización que se contemplaban en determinados delitos según se ha expuesto. *Vid.* Capítulo I, 3.2.

[499] GARCÍA RIVAS, N./LAMARCA PÉREZ, C.: "Organizaciones y grupos criminales… *op. cit*., pág. 505.

funciones, concierto entre sus componentes y finalidad de comisión de delitos de forma reiterada. Ya se ha visto que, concretamente, el artículo 570 bis CP recoge el concepto legal de organización criminal, siguiendo la estela de la normativa internacional en esta cuestión, entendiendo como tal "*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".*

Mientras, el artículo 515 relativo al delito de asociación ilícita no establece definición alguna sobre lo que debe considerarse como tal, y como se recordará esta se ha ido construyendo con base en los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales[500], que, como veremos, le otorga similares características que la organización criminal. En ese sentido, la STS 470/2017[501], en relación con unos hechos realizados con anterioridad a la reforma del 2010, entiende no aplicable el delito de pertenencia a una organización criminal, por impedirlo el principio de irretroactividad penal, y sí un delito de asociación ilícita, argumentándolo de la siguiente manera:

> *"Es evidente la existencia de la organización y la modalidad comisiva exige la jerarquía en el reparto y control de las funciones encomendadas (...) Son, por ello, requisitos del delito del art. 515.1º CP : 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; c) la consistencia o permanencia, en el sentido de que el acuerdo asociativo sea duradero, y no puramente transitorio; y d) el fin de la asociación, que en el caso del art. 515.1º CP , inciso primero, 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 ( SSTS núm. 69/2013, de 31 de enero , 544/2012, de 2 de julio , 109/2012, de 14 de febrero , 740/2010, de 6 de julio , 50/2007, de 19 de enero , 415/2005, de 23 de marzo , 421/2003, de 10 de abril , 234/2001, de 23 de mayo , ó 1/1997, de 28 de octubre )".*

Mismas características que, a priori, se desprenden de la organización criminal del artículo 570 bis.

Concretamente, el primer apartado del artículo 515 establece que "Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión". Es esta asociación la que entraña la principal controversia en cuanto a su relación con el delito de pertenencia a una organización criminal, debido a que ambas agrupaciones, como se ha manifestado anteriormente, tienen la misma finalidad: la comisión de delitos como expresión de delincuencia común organizada. Por su parte, la asociación ilícita cuenta respecto del grupo criminal con una nota diferenciadora, esto es, la característica de la estabilidad. Así lo expresa LLOBET ANGLÍ, quien hace alusión al Preámbulo de la LO 5/2010 sobre la incorporación de la figura del grupo criminal, al entender que el mismo se debe a la

[500] *Vid*, Capítulo I, 3.1.
[501] STS 470/2017, de 22 de junio, nº de recurso 1836/2016. Ponente: Andrés Martínez Arrieta.

incapacidad de la asociación ilícita para responder a todos los supuestos de asociaciones criminales de carácter transitorio[502].

Volviendo a la relación entre las figuras de organización criminal y asociación ilícita, ambos tipos son coincidentes en lo que sancionan penalmente: la agrupación permanente y estructurada que tiene como objetivo la comisión de delitos, conforme al análisis comparado llevado a cabo en el Capítulo anterior de esta tesis, donde se apuntaba como uno de los elementos diferenciadores la no tipificación de la conducta pasiva en el caso de la asociación ilícita[503]. Sin embargo, a pesar de todas las reformas posteriores a la LO 5/2010, el legislador no ha eliminado ese primer apartado del artículo 515. La distinción del bien jurídico protegido en cada caso, el origen de esa agrupación (intrínsecamente o no delictivo) y/o la concurrencia de cualquier ideología, son factores que se han alegado para mantener la permanencia de ambas figuras. A continuación, se tratará cada una de esas cuestiones. Pero previo a este análisis, conviene apuntar que el legislador, en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, ha expresado la incapacidad del delito de asociación ilícita para responder a las distintas agrupaciones u organizaciones criminales. Señala que el hecho de considerar que la asociación ilícita suponga una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación del artículo 22 CE no responde a la letra ni al espíritu de la norma. Ello se debe a que, en base a lo recogido en la Constitución, donde se declara la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, cualquier agrupación con finalidad delictiva puede conceptuarse como asociación. Sin embargo, según la Exposición de Motivos las organizaciones y grupos no son necesariamente "asociaciones" que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes de forma jurídica o dotadas de ella simplemente para ocultar su actividad y buscar su impunidad. Ello parece indicar que el legislador ha tomado postura, en realidad, más que por una distinción basado en el bien jurídico, en el hecho de que la asociación adopte, aparentemente, personalidad jurídica; dimensión formal o institucional que recuerda a la distinción de los artículos 31 bis y 129 en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica, sometidas a distinto régimen penal. Resulta, pues, necesario, analizar el planteamiento asumido por el legislador para

[502] LLOBET ANGLÍ, M.: "Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones y grupos criminales y delitos de terrorismo", en SILVA SÁNCHEZ, J.M (Dir.)/ PASTOR MUÑOZ, N (Coord.): *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 694.

[503] *Vid*. Capítulo IV, 3.3.2, estableciendo el delito de asociación ilícita una tipificación más restrictiva que el artículo 570 bis, castigada, además, con una menor penalidad.

fundamentar el mantenimiento del delito de asociación ilícita y su convivencia con el artículo 570 bis, pero no es el único planteamiento de diferenciación, ni está exento de controversia, como se comprobará a lo largo de los siguientes epígrafes.

### 2.2. Posibles criterios de distinción entre el delito de pertenencia a una organización criminal y el delito de asociación ilícita

#### 2.2.1. Bien jurídico protegido

Al igual que ocurre con el delito de pertenencia a una organización criminal, no existe acuerdo a la hora de determinar el bien jurídico que se protege con el delito de asociación ilícita. Entre quienes defienden que lo que se protege es un bien colectivo y no constituye un acto preparatorio de los delitos fin perseguidos por la organización, se discrepa acerca de si lo que se pretende tutelar es el correcto ejercicio del derecho de asociación, el orden público, la seguridad ciudadana, la seguridad pública o la seguridad interior del Estado, como alternativas más empleadas[504]. Se observa, así, que la discusión sobre el bien jurídico del artículo 570 bis va en paralelo de la que ya venía existiendo en el delito de asociación ilícita.

Así, el legislador defiende, según se acaba de indicar *supra*, que el bien jurídico tutelado es el recto derecho de asociación en los términos que señala la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, justificando su existencia por estar configurado como una manifestación del ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación consagrado en el artículo 22 CE, mientras que para en el caso de las organizaciones criminales que tipifica el artículo 570 bis del Código Penal, el objeto de protección lo conceptúa en el orden público.

A este respecto, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA ha analizado las distintas posturas sobre el objeto de protección del delito de asociación ilícita. Según este autor, el bien jurídico en este caso dista de los intereses concretos y singulares que pueda lesionar el programa asociativo. El titular del bien jurídico es el Estado y con este delito se trata de proteger la institución estatal[505]. Para este autor, no es tan importante la denominación de ese bien jurídico, puesto que dependiendo del Título o Capítulo donde se haya ubicado el delito en el Código Penal, la interpretación acerca de su objeto de tutela ha variado, por lo que hay que tener en cuenta que esa ubicación "no determina el objeto de la tutela

[504] FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas…*, *op. cit*, pág. 201.
[505] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A: *Asociaciones ilícitas… op. cit.,* pág. 145.

penal, sino el marco de la acción típica y algunas características secundarias de la misma". Ahora bien, no ve inconveniente en que ese bien jurídico sea la seguridad del Estado[506]. Por su parte, VERA SÁNCHEZ distingue en base a tres características la asociación ilícita de la organización criminal: bien jurídico, apariencia de legalidad y finalidad lícita o no. En lo que se refiere al bien jurídico protegido entiende que con la tipificación de la asociación ilícita se protege el derecho de asociación, mientras que con el artículo 570 bis es el orden público[507]. Misma opinión comparte MUÑOZ CUESTA, al manifestar que en base a la ubicación concedida en el Código Penal, los bienes jurídicos protegidos son el correcto ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el caso del artículo 515 y el orden público en el caso del 570 bis[508].

Por parte de la jurisprudencia, señala la STS 1057/2013[509] la vocación generalista que le atribuía al artículo 515.1º y en su desarrollo jurisprudencial establece que

> "*el bien jurídico protegido por este precepto lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de la asociación, comportando los supuestos tipificados claras extralimitaciones al ejercicio constitucional del mismo. Serán distintos el bien jurídico protegido por el tipo de asociación ilícita y aquél que se protege a través de la posterior acción delictiva que se cometa, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que busca una finalidad ya inicialmente delictiva*".

En esta misma línea, la STS 544/2012[510] expone que antes de la reforma del año 2010 el Tribunal Supremo entendía que el bien jurídico en el delito de asociación ilícita era doble: el abuso del derecho de asociación y el orden público. Tras haberse incorporado los delitos de pertenencia a una organización y a un grupo criminal, en el delito de asociación ilícita únicamente se entiende protegido el abuso del derecho de asociación:

---

[506] *Ibidem*

[507] VERA SÁNCHEZ, J.S.: "Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales", en CORCOY BIDASOLO M./MIR PUIG S. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal… op.cit..,* pág. 1717.

[508] MUÑOZ CUESTA, F.J, "Organizaciones y grupos criminales… *op. cit.*, pág. 4.

[509] STS 1507/2013, de 12 de diciembre de 2013, nº de recurso 372/2013. Ponente: Juan Saavedra Ruíz. Esta resolución justifica la conservación de la figura de la asociación ilícita tras la reforma del 2010 utilizando el mismo argumento recogido en la STS 544/2012 que a continuación se menciona.

[510] STS 544/2012, de 2 de julio, nº de recurso 10063/2012. Ponente: Julián Sánchez Melgar. Recoge la sentencia que resulta necesaria la finalidad de la comisión de delitos, en plural, para la aplicación del 570 bis o ter. Esta cuestión será planteada más adelante como punto de diferencia con la codelincuencia. Asimismo, finalmente se absuelve por asociación ilícita al entender que la agrupación es inherente al delito (falsificación de monedas) y no podría haberse hecho de otro modo. De hecho, el artículo 386 del Código Penal (falsificación de monedas y efectos timbrados) no agrava la pena del sujeto por pertenecer a una agrupación, sino que directamente establece que "*si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades, el juez o el tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código*".

*"Ahora bien, la exclusión propugnaba por el art. 22.2 de nuestra Carta Magna, hace necesario el mantenimiento del tipo penal previsto en el art. 515,1º del Código Penal, si bien su interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación, por lo que las características del mismo, condicionan su aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de participes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación".*

En cualquier caso, tampoco es unánime la idea de que el bien jurídico protegido sea de naturaleza colectiva. Al igual que lo planteado con el delito de pertenencia a una organización criminal, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ manifiesta lo problemático que resultan los delitos de peligro abstracto, ya que con ellos se criminalizan conductas previas al Derecho Penal nuclear castigándose los actos preparatorios de los futuros delitos, lo que puede suponer la concurrencia de competencias excepcionales de investigación preliminar, pudiendo llegar a vulnerar el derecho a la intimidad y libertad de los investigados[511].

En base a ello, nos encontramos ante la misma disyuntiva que en el delito de organización criminal: no existe unanimidad acerca de cuál es el bien jurídico protegido. En ambas subyace la idea de que el bien jurídico que se protege por su mera existencia es distinto al bien jurídico del delito fin. Si se considera la ubicación sistemática de ambos delitos, el bien jurídico en el caso de la asociación ilícita se concreta en el derecho de asociación y el bien jurídico del delito de pertenencia a una organización criminal en el orden público. No obstante, compartimos la opinión de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA que mantiene que la ubicación en el Libro II del Código Penal no determina siempre el objeto de la tutela penal. De hecho, en esta investigación hemos concluido que el bien jurídico protegido en el artículo 570 bis es, en realidad, doble. Por un lado, la seguridad colectiva entendida como el estado de peligro que supone para bienes futuribles cometidos en el desarrollo del programa criminal; bienes jurídicos de los delitos fin cuya puesta en peligro también es protegida por el artículo 570 bis. Este mismo objeto de tutela sería, a nuestro juicio, extensible al delito de asociación ilícita en referencia a su apartado primero[512]; la afinidad en las conductas, incluso siendo más restrictivas en el ámbito de la asociación ilícita, trae consigo que el objeto de protección sea idéntico y no ofrezca, en base a ello, un criterio adecuado de distinción entre ambas figuras.

[511] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: "Función político criminal del delito de asociación para delinquir… *op. cit.*, pág. 647.

[512] Se recordará que en la controversia en torno al bien jurídico tutelado en el delito de asociación ilícita, un importante sector de la doctrina lo relacionaba con la seguridad del Estado. Fundamental, en este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas… op. cit*., págs.143-144.

### 2.2.2. Origen de la agrupación

Más allá del bien jurídico, la forma de constitución es otro factor importante para la distinción entre ambas figuras, como también apunta la Exposición de Motivos de la LO 5/2010. Se señala que la asociación ilícita ha podido ser constituida legalmente, mientras que la organización criminal es intrínsecamente delictiva. Pero si se toma en consideración este aspecto, resultaría entonces cuestionable que las consecuencias accesorias que cabe imponer a esta última clase de agrupaciones, al margen de la atribución de responsabilidad individual, tengan límites temporales, como sucede con la clausura de los locales, para la que se establece un plazo no superior a cinco años[513]. De igual manera, si se considera que la organización criminal carece de personalidad jurídica, de poco servirá la sanción de disolución, puesto que no tiene sentido hacer desaparecer algo que jamás ha existido jurídicamente. Sin embargo, no parece del todo claro que la organización criminal carezca de personalidad jurídica por ser de aplicación las consecuencias accesorias del artículo 129, en la medida en que existirían otros delitos en el Código Penal en los que la aplicación del régimen de consecuencias accesorias se refiere a personas jurídicas, contradiciendo la distinción conforme al criterio de la personalidad jurídica del régimen general de los artículos 31 bis y 129[514].

Esta disfunción en las consecuencias jurídicas aplicables a la propia asociación puede hacer comprender posiciones como la de MUÑOZ CUESTA, quien manifiesta que la asociación tiene una forma jurídica que se desvía de la finalidad lícita desde su origen o posteriormente. Mientras, la organización criminal puede o no tener esa forma jurídica, siendo su finalidad exclusiva la perpetración de delitos[515]. LUZÓN CÁNOVAS, por su parte, entiende que el criterio del origen de la agrupación puede resultar insuficiente cuando la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 permite considerar a las organizaciones criminales "de forma o apariencia jurídica"[516].

La importancia que el legislador parece otorgarle a esa apariencia de legalidad llevaría consigo, en aras de respetar el principio de proporcionalidad, que se aplicase el principio

[513] El artículo 570 quater 1º establece que los jueces o tribunales acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias del artículo 33.7 en relación con el artículo 129 del CP que acoge el régimen de consecuencias accesorias para entes sin personalidad jurídica.
[514] GIL NOBAJAS, M.S.: "Personas jurídicas versus entidades sin personalidad jurídica… *op. cit.*, págs. 23 y ss.
[515] MUÑOZ CUESTA, F.J, "Organizaciones y grupos criminales… *op. cit*., pág. 4.
[516] LUZÓN CÁNOVAS, M.: "La tipificación penal de la organización y grupo criminal… *op. cit.*

de especialidad en el concurso entre los artículos 570 bis y 515[517]. Considerando la penalidad de cada una de ellas (pudiendo llegar a prisión entre cuatro y ocho años, incluso subir en grado, por la pertenencia a una organización criminal, y entre y dos y cuatro años de prisión para el caso de la asociación ilícita), la aplicación del principio de especialidad premiaría que la organización hubiera utilizado la apariencia de legalidad para cometer el delito[518]. Lo cierto es que resulta sorprendente la abismal diferencia existente entre las penas que se asignan a cada delito, pudiéndose llegar a crear una asociación y realizar durante un tiempo acciones lícitas y más tarde pasar a cometer los delitos que desde el inicio se han querido llevar a cabo, pero para que la pena sea menor se han evitado llevar a cabo al principio. No parece, en consecuencia, adecuada la diferencia que existe entre las penas, atendiendo únicamente al criterio de la forma en la que han sido constituidas estas agrupaciones[519]; es decir, si desde el principio ha tenido una finalidad delictiva o esa finalidad ha surgido después.

Muestra de ello es la STS 261/2019, que confirma la condena por asociación ilícita por las actividades ilegales llevadas a cabo mediante una asociación declarada legal y previamente inscrita en el registro público en relación con los denominados club de cannabis. Entiende el Alto Tribunal que el responsable se valió de la apariencia de legalidad que le propiciaba el reconocimiento administrativo para servirse de la asociación como "pantalla" para desarrollar sus actividades ilegales; la asociación contaba con una actividad continuada, con varios trabajadores, local para su desarrollo... Se da por ello un abuso del derecho de asociación, que a juicio de la jurisprudencia, como se ha señalado, es el contenido del injusto del delito, junto con la concurrencia de diversos requisitos: pluralidad de individuos, vocación de permanencia y una organización existente y duradera[520]. En cualquier caso, la tipificación de estas asociaciones que tienen como finalidad el consumo controlado de cannabis entre sus miembros sigue siendo un asunto controvertido, como pone de manifiesto la STC nº 146/2017[521].

---

[517] LLOBET ANGLÍ, M.: "Tenencia, tráfico y depósito… *op. cit*., pág. 694.

[518] Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado… *op. cit*., pág.18.

[519] Tampoco estaría justificada esa gran diferencia en base al bien jurídico protegido, cuestión controvertida como se ha analizado *supra*.

[520] STS 261/2019, de 24 de mayo, nº de recurso 551/2018. Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina. La sentencia confirma la condena por delito contra la salud pública y asociación ilícita, este último únicamente al presidente, a miembros de una asociación de autoconsumo de cannabis por incumplir la normativa (consumo en interior, registro de usuarios…) de ese tipo de asociación. Entiende el Alto Tribunal que la finalidad no era ese autoconsumo, sino la venta de droga.

[521] STC nº 146/2017, de 14 de diciembre del 2017, nº de recurso 1659/2016. Ponente: Santiago Martínez-Vares García. Se otorga amparo a los miembros de la asociación que fueron condenados por tráfico de

Por su parte, merece mención particular la sentencia nº 214/2018, caso "Gürtel-FITUR", en la que el Tribunal Supremo ratifica, entre otros, el delito de asociación ilícita al comprender como tal un "*entramado de sociedades, estructurado y jerarquizado, para participar en licitaciones públicas con vulneración de la legislación administrativa y los principios de transparencia que deben guiar la acción administrativa*"[522]. En el mismo sentido, la STS 437/2018[523] castigó también por el delito del artículo 515 a un grupo de personas que se servían de una empresa de alquiler de vehículos para cometer delitos: "*El hecho probado refiere la organización jerárquica de los miembros que se integraban en la empresa y la realización de conductas desde una determinada estructura organizativa como una finalidad de la realización de hechos delictivos, elementos que suponen la aplicación del tipo penal de la asociación ilícita objeto de condena."*

Sin embargo, a pesar de no contar con esa apariencia de legalidad, con carácter previo a la reforma de la LO 5/2010 también se castigó por el delito de asociación ilícita bandas como los "Latins Kings"[524]. Pero, tras la reforma sí que ha habido condenas por

drogas y asociación ilícita en el Tribunal Supremo (tras revocarse la absolución de la Audiencia Provincial de Bizkaia). Después el Supremo los absolvió de ambos delitos. No obstante, es preciso apuntar que la reciente STS nº 380/2020, de 8 de julio del 2020, recurso nº 4006/2018. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, ha ratificado la SAP Madrid nº 471/2018, de 18 de junio de 2018, por la que se condena por tráfico de drogas y asociación ilícita a miembros de una asociación de fumadores. Se considera la existencia del delito de asociación ilícita debido a que buscaron un lugar idóneo para llevar a cabo el favorecimiento, que estaba planificado a través de los estatutos, dando apariencia de legalidad. Contaba con cierta infraestructura, con vocación de estabilidad y permanencia. En este caso no se aprecia error invencible, al contrario que en casos similares.

[522] STS 214/2018, de 8 de mayo del 2018, nº de recurso 10311/2017. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. Mismo argumento recoge el Alto Tribunal en la STS 507/2020, de 14 de octubre, del Caso Gürtel, recurso nº 10575/2018 P. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Asimismo, en el año 2022 la Audiencia Nacional ha dictado sentencia en referencia a otra pieza separada de la trama Gürtel, recogiendo los mismos argumentos para calificar los hechos como delito de asociación ilícita, pero no aplicándose a los dos acusados por haber sido ya condenados por ese delito (STS 214/2018). Argumenta la Audiencia que la organización es todo una y la variación temporal se corresponde con la dinámica de los hechos en cada pieza, por lo que concurre la triple identidad requerida (que infringiría el principio non bis in ídem y la cosa juzgada), ya que es inherente a este delito la permanencia en el tiempo cuya prolongación no puede dar nuevas condenas en SAN 8/2022 de 5 de abril, procedimiento abreviado 275/2018. Ponente: Mª Dolores Hernández Rueda.

[523] STS 437/2018, de 3 de octubre, nº de recurso 1619/2017. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. En el año 2022 la Audiencia Nacional ha dictado sentencia en referencia a otra pieza separada del trama Gürtel, recogiendo los mismo argumentos para calificar los hechos como delito de asociación ilícita, pero no aplicándose a los dos acusados por haber sido ya condenados por ese delito (STS 214/2018). Argumenta la Audiencia que la organización es todo una y la variación temporal se corresponde con la dinámica de los hechos en cada pieza, por lo que concurre la triple identidad requerida (que infringiría el principio non bis in ídem y la cosa juzgada), ya que es inherente a este delito la permanencia en el tiempo cuya prolongación no puede dar nuevas condenas en SAN 8/2022 de 5 de abril, procedimiento abreviado 275/2018. Ponente: Mª Dolores Hernández Rueda.

[524] STS 693/2012, de 19 de septiembre del 2012, nº de recurso 1883/2011. Ponente: José Manuel Maza Martin. La instrucción del caso comenzó en el año 2006, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010.

pertenencia a organización criminal en bandas callejeras por estar organizadas de modo jerárquico, con cierta estructura, vocación de permanencia y con la finalidad de cometer delitos contra bandas rivales, como se aprecia en la STS 824/2016[525] o en la reciente STS 242/2022[526], en la que es de destacar que, además de la pena de prisión por pertenencia a una organización criminal, se establezca al condenado la inhabilitación especial para todas las actividades o negocios jurídicos relacionados con la organización durante un periodo de 8 años[527].

Respecto de estas bandas criminales, resulta interesante traer a colación la postura de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, al afirmar que por parte de la doctrina se aconseja considerar la organización criminal reservada para la delincuencia de los adultos y no para el caso de estas bandas, mayoritariamente delincuencia juvenil, por ser posible su reinserción y no ser la finalidad la obtención del lucro económico[528].

Con independencia de lo anterior, recientemente la SAN 14/2022[529] ha condenado por delito de asociación ilícita, por tratarse de hechos anteriores a la reforma de 2010, al miembro de una agrupación de la Unión Soviética, los denominados ladrones de ley (*Vor a Zakone*), que se había extendido por distintos países europeos conformando una compleja red que atentaba contra bienes y personas, traficaba con armas y drogas y

[525] STS 824/2016, de 3 de noviembre del 2016, recurso nº 878/2016. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. El Tribunal recalca la amplia zona de influencia y el esquema organizativo caracterizado por una mayor complejidad que se mantiene a lo largo del tiempo. Asimismo, la STS 596/2019, de 3 de diciembre de 2019, nº de recurso 2266/2018. Ponente: Juan Artemio Sánchez Melgar, en que se condena por pertenencia a organización criminal a miembros de una banda latina por entender que la estructura de la banda es rígida y piramidal, la palabra del dirigente se obedece sin cuestionarlo (bajo amenaza de castigo, incluso físico) y cada integrante tiene sus roles perfectamente definidos.

[526] STS 242/2022, de 16 de marzo, nº de recurso 10702/2021. Ponente Vicente Magro Servet.

[527] La banda a la que pertenecía el condenado es el *Dominican Don´t Play* (DDP), considerada organización criminal por el Tribunal Supremo el 14 de octubre del 2019. El condenado disparó, sin que tuviera oportunidad de defenderse, a otro sujeto, siendo condenado por el delito de asesinato, tenencia ilícita de armas y el 570 bis.1 (pertenencia a organización criminal), 2b (disponer de armas o instrumentos peligrosos) y 3 (delitos contra la vida o integridad de las personas, la libertad, libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos). El Tribunal Supremo rebajó la pena al entender que, al contrario de la notoriedad de la organización criminal, no constaban acreditadas las referencias a las agravaciones del 2b y 3. Por ello, rebaja la pena de 4 años, 3 meses y 1 día de prisión a 2 años de prisión y la de inhabilitación especial de 10 años y 3 meses y 1 día a 8 años. Sobre esta última pena no entendemos su razón de ser, máxime cuando la organización es determinada como organización criminal por el propio Tribunal Supremo. ¿Qué sentido tiene el límite temporal de las actividades en ese caso? Si se trata de una organización intrínsecamente delictiva, posibilitar actividades mediante la misma no sería legítimo en ningún caso.

[528] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L: "Problemas de interpretación de los tipos de organización criminal y grupo criminal estudio a la luz de la realidad criminológica y jurisprudencial", en PÉREZ ÁLVAREZ, F./ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L (Dirs.)./ DÍAZ CORTÉS, L.M. (Coord.): *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas. Memorias del Proyecto I.F.O Ilegal Flow Observation JUST/2011/ISEC/DRUGS/AG/37671*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág.111.

[529] Sentencia de la Audiencia Nacional 14/2022 de 19 de julio, sumario 15/2018. Ponente: Francisco Javier Vieira Morante

siempre con la intención de obtener un beneficio económico, a una pena de prisión de 3 años y 6 meses de prisión por vía del artículo 517, a pesar de que se trataba de una organización criminal por cumplir con los requisitos del artículo 570 bis CP. Estas resoluciones, en consecuencia, ponen de manifiesto que el criterio de la apariencia jurídica no ha sido determinante para la jurisprudencia a la hora de condenar por el delito de asociación ilícita.

Por su parte, para finalizar con este criterio referido a la característica de la apariencia de legalidad, REQUEJO CONDE mantiene que el criterio de diferenciación entre las figuras de los artículos 515 y 570 bis, dada la amplitud de presupuestos que contempla el artículo 515, ha sido la de aplicar el principio de mayor rango punitivo del artículo 8.4 a favor de la organización criminal cuando existe una naturaleza intrínsecamente delictiva, carente de personalidad jurídica o solamente creada con la finalidad de ocultar la actividad y facilitar la impunidad; y, por otro lado, la aplicación del principio de especialidad del artículo 8.1 a favor de la asociación ilícita, cuando es una asociación que después de constituida promueva su comisión delictiva[530].

Esa distinción en el origen de la organización o asociación puede entenderse, en principio, como una justificación por parte del legislador para mantener ambas figuras. El hecho de que, por ejemplo, las bandas criminales hayan pasado de ser castigadas por el delito de asociación ilícita a serlo como pertenecientes a una organización criminal es una muestra de ello. Pero tras el análisis realizado se concluye que, en realidad, hasta ahora, no se le había otorgado ninguna importancia al origen de la agrupación para determinar el castigo por el delito de asociación ilícita. De hecho, la STS 379/2017 ratifica la condena por pertenencia a grupo criminal a sujetos que llevaban a cabo una estafa aprovechándose para ello de su taller mecánico donde, anterior y simultáneamente al hecho delictivo, actuaban de forma lícita y claramente contaba con apariencia de legalidad[531].

Aunque en este momento se está analizando la distinción entre el delito de asociación ilícita y de pertenencia a una organización criminal, se recordará que la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 dispone que tanto las organizaciones como los grupos criminales son agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva. Sin

[530] REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos… op. cit.*, pág. 78.
[531] STS 379/2017, de 25 de mayo de 2017, nº de recurso 1311/2016. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.

embargo, resulta contradictorio, entonces, que en estos delitos se prevean penas de inhabilitación especial para el ejercicio de actividades relacionadas con la organización que define el artículo 570 quater. Si la organización es ilegal desde el primer momento carece de sentido legitimar las actuaciones que mediante la misma se llevan a cabo, máxime cuando la ley posibilita la disolución de estas agrupaciones. Y es que esa es precisamente una de las diferencias que alega el legislador entre ambas figuras: la apariencia de legalidad. No resulta coherente ni convincente, por tanto, permitir actividades en una organización o relacionadas con una organización que se ha constituido criminalmente, según el legislador, desde un principio.

Además, a ello se le suma lo que se ha expuesto sobre la "ventaja" que supondría esa apariencia de legalidad de cara al principio de especialidad en el concurso de normas; tampoco resulta convincente "premiar" a la agrupación que ha contado con apariencia legal. Por ello, no compartimos que el origen de la agrupación sea una justificación para que sigan existiendo simultáneamente los delitos de asociación ilícita y de pertenencia a organización criminal.

### 2.2.3. Ideología

A pesar de que a la ideología no se le ha otorgado gran relevancia a la hora de distinguir ambas figuras, merece, a nuestro juicio, una mención propia. Si bien es verdad que la mayoría de autores y la jurisprudencia, al igual que la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, se centra en el bien jurídico y la apariencia de legalidad de la agrupación para diferenciar ambas figuras, resulta interesante el planteamiento que realiza VELASCO NÚÑEZ en este aspecto, concretamente la exclusión de la concurrencia de cualquier ideología dentro de la organización al limitarse únicamente a la comisión de delitos[532].

La reforma de la LO 5/2010, con la supresión del artículo 515.2[533] y 516[534], supuso que la pertenencia a una organización terrorista pasara desde el asociacionismo ilícito a los delitos contra el orden público dentro del terrorismo, regulado en los artículos 571 al

[532] VELASCO NÚÑEZ, E.: "Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la Reforma Penal en la L.O 5/2010", en *La Ley Penal*, núm. 86, octubre 2011, pág. 6.

[533] Artículo 515.2º: "*Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas".*

[534] Artículo 516: "*En los casos previstos en el número 2º del artículo anterior, se impondrán las siguientes penas: 1º A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años. 2º A los integrantes de las citadas organizaciones la de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público de seis a catorce años."*

580 CP. VELASCO NÚÑEZ afirma que esto significa que las manifestaciones modernas del terrorismo se desvinculan del mero asociacionismo político (ETA, GRAPO) y no de la ideología compleja (yihadismo, nacionalismo, grupos antisistema…) [535] . Esa concurrencia de ideología se daría por tanto en los delitos de terrorismo actualmente, en contraposición del delito de organización criminal.

Por su parte, de cara a no dejar vacío de contenido el artículo 515, REQUEJO CONDE entiende que habría que atender, considerando la naturaleza de los delitos que promueve la asociación, a que el fin último no sea la obtención de un lucro ilícito, elemento que, como venimos defendiendo a lo largo de esta investigación, es intrínseco a la propia organización criminal que tiene por objeto la comisión delictiva y que los textos internacionales mencionan expresamente como característica propia de aquella, sino la subversión política (por ejemplo, en los delitos contra la Constitución si existe una extralimitación del derecho de asociación), reservando para las organizaciones criminales la delincuencia más grave capaz de desestabilizar la propia democracia[536].

### 2.2.4. Toma de postura

Conforme se ha reiterado a lo largo de esta investigación, mientras que el artículo 570 bis establece una definición legal de lo que debe entenderse por organización criminal, no ocurre lo mismo en lo relativo a la asociación ilícita, cuyo concepto y características ha sido fruto de la doctrina y la jurisprudencia. Tomando este punto de partida, en el caso de la organización criminal la finalidad principal que debe cumplir es la de cometer delitos, funcionando para ello de manera concertada y coordinada. Esa coordinación puede traducirse, según se ha analizado en el Capítulo anterior, en puestos de mando y participantes activos. Por su parte, en la asociación ilícita este mismo esquema se reproduce. Es habitual que dentro de una asociación cada miembro tenga establecidas sus funciones y, en la mayoría de los casos, ello supone la existencia de jefes y subordinados. Según se ha expuesto, si bien es cierto que la asociación puede contar con una apariencia de legalidad, tampoco significa que la organización criminal carezca necesariamente de

[535] VELASCO NÚÑEZ, E.: "Crimen organizado, Internet y nuevas tecnologías", en PÉREZ-CRUZ MARTIN, A.J/FERREIRO BAAMONDE, X. (Dirs.): *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional) A Coruña, 2 y 3 de junio 2011*, Universidad de A Coruña, 2012, pág. 248.
[536] REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos… op. cit.*, pág. 75.

ella y a la inversa, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia existente en torno a esta cuestión.

Además del criterio de la apariencia de legalidad, también se ha aducido como argumento para justificar la convivencia del delito de asociación ilícita y del delito de pertenencia a una organización criminal el distinto bien jurídico protegido en cada caso. En este sentido, considerando la modificación realizada mediante la LO 5/2010 en la que se suprimieron las bandas armadas dentro del delito de asociación ilícita, pasando a convertirse en delitos de terrorismo y siendo, según su ubicación, el bien jurídico protegido el orden público, se ha visto que la distinción de ambas figuras delictivas en relación con este criterio se diluye. Asimismo, la nota referida a la ideología que expresamente se requiere en los delitos de terrorismo ya se ha visto que es uno de los criterios que diferencia la organización terrorista de la organización criminal dedicada a la delincuencia común, cuya finalidad principal a la hora de cometer delitos es la obtención de un beneficio o ventaja material. Ahora bien, se recordará una vez más que la definición que prevé el artículo 570 quater incluye igualmente a las organizaciones terroristas, por los que esta característica referida a la finalidad pretendida con la comisión delictiva no ha sido recogida expresamente en esta definición, si bien es intrínseca en lo que a la delincuencia común organizada se refiere.

En definitiva, por las razones expuestas en los apartados precedentes, esto es, debido a la controversia que existe tanto en relación al bien jurídico, así como la poca efectividad de esa "apariencia de legalidad" en la práctica, no compartimos que alguno de ellos se erija como argumento suficiente para justificar hoy en día la coexistencia de los delitos tipificados en los artículos 515 y siguientes y 570 bis CP. En torno a esta cuestión, algunos autores defenderían la eliminación del delito de asociación ilícita en el Código Penal, al entender que el tipo recogido en el artículo 515 se integraría en el nuevo artículo 570 bis que tipifica la pertenencia a una organización criminal[537]. En esa línea, BOCANEGRA MÁRQUEZ refleja perfectamente la situación actual al entender que la asociación ilícita se ha convertido, tras la reforma de la LO 5/2010, en una figura condenada al ostracismo al reprimir los artículos 570 bis y ter del CP la totalidad de las agrupaciones dedicadas a delinquir con vocación de permanencia en el tiempo[538].

[537] ROPERO CARRASCO, J.: "La necesaria armonización legislativa… *op.cit.,* pág. 122.
[538] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J: "La asociación ilícita de finalidad delictiva: ¿una figura condenada al "ostracismo"?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 25-1, 2023, pág. 40.

En nuestra opinión, estamos de acuerdo con la postura de eliminar el artículo 515.1 CP, y es que la existencia de los dos delitos supondría así una duplicidad de sanción penal, por lo que no se comprende que a día de hoy no se haya efectuado la supresión del delito de asociación ilícita o, al menos, una delimitación más precisa de su ámbito de aplicación por parte del legislador. Además de las razones expuestas, otro de los argumentos que nos lleva a abogar por la eliminación del primer apartado previsto en el delito de asociación ilícita es el hecho de que el artículo 570 quater mantiene que en caso de concurso de normas será aplicable el artículo 8.4 del Código Penal: "*en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con la pena menor*". Sobre ello se incidirá más adelante, es decir, si el criterio de alternatividad debe ser directamente aplicado o solamente en defecto de los anteriores. No obstante, la intención del legislador, *a priori*, es su aplicación directa, algo incompatible con la coexistencia de la organización criminal y la asociación ilícita: conforme a las penas que recoge el artículo 570 quater siempre será de aplicación el artículo 570 bis frente al artículo 515. Es por ello contradictorio el comportamiento del legislador de pretender aplicar directamente el artículo 8.4 y seguir tipificando el delito de asociación ilícita. En cualquier caso, tal y como manifiesta BOCANEGRA MÁRQUEZ, los tribunales han sido reacios a la aplicación del delito de asociación ilícita, debido a su conexión en su momento con la esfera política, ya antes de la incorporación de los artículos 570 bis y ter en el Código Penal tras la LO 5/2010[539].

Con todo, y a pesar que en esta investigación se llega a la conclusión de que realmente no existe un criterio que permita convincentemente defender la coexistencia de ambas figuras delictivas, ello no significa que estemos de acuerdo con la incriminación seguida por el legislador en el artículo 570 bis CP. Precisamente, cuando en el Capítulo anterior se han comparado las conductas típicas de este delito con el delito de asociación ilícita, si bien guardan una identificación parcial, es más restrictiva en el caso de este último delito. Según se analizó, resulta altamente cuestionable la amplitud con la que el legislador ha castigado la "pertenencia" a la organización criminal, propugnándose que en cualquier caso la necesidad de una prestación activa relevante. Del mismo modo, también el castigo de la colaboración económica o de otra índole, debería restringirse a los casos en que resulte relevante y eficaz. Y, por otro lado, el artículo 570 bis, a diferencia

[539] *Ibidem*

del delito de asociación ilícita, regula varias agravantes que no tienen correlativa previsión en el delito de asociación ilícita.

### 3. Convivencia entre las figuras de organización criminal, grupo criminal, codelincuencia y conspiración

Se ha apuntado en diversas ocasiones que el legislador ha definido lo que constituye una organización criminal, pero no lo ha hecho de igual manera con el grupo criminal, es decir, "define" negativamente lo que debe de entenderse por grupo criminal: la reunión 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.

Ello hace que se complique a su vez la distinción del grupo criminal con la codelincuencia, puesto que la legislación "permite" al grupo criminal no tener las dos o alguna de las siguientes características: el carácter estable y la repartición de tareas o funciones. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria se decanta por mantener, en parte, la primera de esas características, esto es, el carácter estable, tal y como recoge la STS 495/2015 para la aplicación del artículo 570 ter: "*si bien no se dio la estabilidad que la organización exige, sí esa mínima extensión y maduración que permite afirmar que nos encontramos en una "formación no fortuita" algo más que el mero concierto para la comisión inmediata de un delito que nos reconduciría a coautoría*"[540].

En aras de poder clarificar la diferencia entre ambas figuras, en primer lugar, teniendo en cuenta las características de la organización criminal que se han analizado en el anterior Capítulo, se estudiará su diferencia con el grupo criminal y en segundo lugar se comparará este último con una situación de codelincuencia. Como tercer apartado, se realizará una breve mención a la conspiración, al ser una figura en la que concurre igualmente un acuerdo de voluntades con la finalidad de cometer un delito. Además de con el delito de pertenencia a una organización criminal, la distinción se realizará también con la asociación ilícita, ya que debido a la larga vida de este delito el Código Penal, la comparación entre ambas ya ha sido objeto de tratamiento en la doctrina y jurisprudencia.

[540] STS 495/2015, de 29 de junio, nº de recurso 1282/2014. Ponente: Ana María Ferrer García. En esta sentencia se establece que el artículo 515 ha servido como una especie de cajón de sastre, mientras que ahora será aplicable de forma residual, cuando no sea de aplicación el artículo 570 bis.

### 3.1. Distinción entre organización criminal y grupo criminal.

Según se ha visto, el Código Penal establece una definición negativa de grupo criminal, al entender como tal el que no reúna alguna o algunas características de la organización criminal, en los términos que señala el artículo 570 ter CP. Sobre ello, el profundo estudio realizado por BOCANEGRA MÁRQUEZ presenta las características que servirían para diferenciar ambos tipos de agrupación, a pesar de no ser ninguna suficiente por sí sola para decantar la balanza a favor de uno u otro concepto: la complejidad de los delitos fin y los medios materiales empleados o la disposición de la agrupación; los medios personales de la agrupación: el número y características de los integrantes o colaboradores y la relación entre los mismos; el ámbito territorial de actuación; el concreto modelo organizativo de la agrupación y la autorregulación[541].

Considerando lo anterior, la autora se decanta por delimitar la organización criminal como la agrupación dedicada a delinquir con vocación de estabilidad, bajo un reparto de roles y que tenga un carácter mafioso, entendiendo como tal que haga un uso sistemático de la corrupción y del blanqueo de capitales con la finalidad de conseguir beneficios. De esa manera se justificarían las mayores penas asignadas a esta figura, puesto que además del peligro que suponen para la sociedad, lo serán también para el correcto funcionamiento de las instituciones y mercados, poniendo incluso en peligro la calidad democrática del país. En definitiva, según el planteamiento que sobre el bien jurídico defiende esta autora, se definiría como un delito de lesión al orden público institucional[542]. Por su parte, la autora considera el grupo criminal como la estructura con vocación de estabilidad que se dedica a cometer delitos que, sin suponer una amenaza a ese orden público institucional, suponen un peligro para la sociedad[543]. Por nuestra parte, tal y como anteriormente se ha mencionado, defendemos que la distinción entre las figuras de organización criminal y grupo criminal no radica en el objeto de tutela (en la práctica los grupos criminales no se limitan únicamente a la delincuencia en pequeña escala), en ambos casos concretado en la seguridad colectiva, sino en determinadas características como la estructura y estabilidad[544].

---

[541] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J: "Organizaciones criminales, grupos criminales y conspiración para delinquir. En la búsqueda de criterios para su delimitación", *Revista Ciencia Jurídica y Política*, nº10, 2019, págs. 117 y ss.
[542] *Ibidem*, pág. 125.
[543] *Ibidem*, pág. 126.
[544] *Vid.* Capítulo III, 2.2.3.1.

Resulta, a su vez, conveniente remarcar que la idea de la permanencia de la organización no significa que deba estar ligada a cada miembro en particular, sino a la organización en sí, considerando la fungibilidad entre los miembros. La permanencia es la que hace posible poder realizar más de un delito, independientemente de qué persona lo haga. En ese sentido, la STS 948/2022, de 13 de diciembre, argumentaba la no existencia de una organización y/o grupo criminal en los siguientes términos:

> *"No existen indicios bastantes sobre la existencia de una trama o un concierto entre los investigados o terceros para un reparto arbitrario de fondos públicos que implicara una serie de decisiones específicas para tal fin. No existe indicio de que se repartieran de forma organizada o planeada los fondos a una red clientelar previa o, lo que es equivalente, que el reparto que se dice arbitrario de fondos fuera el mecanismo para la creación de una red clientelar o ambas cosas a la vez. No consta un grupo organizado a tal fin, por lo que resulta de las actuaciones practicadas y las sospechas no se han concretado en indicios de consistencia. La hipótesis de que la igualdad de modus operandi durante tanto tiempo requiere de tal concierto es una conjetura quizá razonable, pero insuficiente para dar por hecha tal organización.*
>
> *Tampoco se aprecia la existencia de un concierto y coordinación de tareas entre sus miembros que pudieran sustituirse entre ellos, sino que todo giraba bajo la órbita del Sr. Maximiliano, sin sustitución en tarea alguna del mismo, de manera que bien por medio de contratos de trabajo, bien con la utilización de comisionistas, en determinadas tareas de gestión de los fondos percibidos, no se aprecia la existencia de dicha figura delictiva.*
>
> *Tampoco, de los actos posteriores a 23 de diciembre de 2010, se aprecian las figuras de " organización " o "grupo criminal"*"[545].

En la misma línea, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ establece que para no confundir la mera coautoría con el grupo criminal se requiere una mínima estructura criminal, es decir, un mínimo de estabilidad[546]. La autora entiende que, a la hora de distinguir la organización y grupo criminal, no puede obviarse totalmente el requisito de "carácter estable o por tiempo indefinido"; por ello, el grupo criminal podría carecer solamente del reparto definido de tareas[547]. Esa permanencia, mantiene ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, no puede interpretarse solamente como un criterio temporal, sino que se trata de un requisito material de estabilidad, de existencia como grupo (principio de autoconservación); es decir, no se trata de una suma aritmética de personas, sino de una estructura organizada que tiene un objetivo común: el programa criminal[548]. En ese sentido, la visualización de

[545] STS 948/2022, de 13 de diciembre, nº de recurso 4721/2021. Ponente: Susana Polo García.

[546] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L: "Problemas de interpretación… *op. cit.*, pág.138. Además de ello, la autora recuerda las once características que recoge Europol, ya analizadas en el Capítulo II, y mantiene que, si se dan todas, claramente estaríamos ante una organización criminal. Al igual que Bocanegra Márquez, analiza la jurisprudencia en base a los cinco elementos mencionados; así Zúñiga Rodríguez distingue los once indicadores de Europol para esa labor.

[547] *Ibidem*, pág. 116. Resume la autora el grupo criminal como agrupación menor, sin estructura estable, pero con cierta permanencia; será aplicable para los casos en los que no es posible probar todos los conceptos de la organización criminal, pero que constituye un grupo organizado que tiene la finalidad de cometer delitos.

[548] *Ibidem*, pág. 112.

la permanencia está en las estructuras (medios materiales y personales) preparadas para delinquir y que demuestren esa vocación de permanencia (cantidades de dinero injustificado, bienes ilícitos, medios utilizados para delinquir, utilización de instrumentos sofisticados…)[549].

Por su parte, REQUEJO CONDE mantiene que, en ocasiones, para considerar grupo criminal, existe una organización interna estructurada, pero sin permanencia temporal[550], trayendo a colación la STS 719/2013, de 9 de octubre. Esta resolución distingue según el ámbito de aplicación de las organizaciones criminales y el grupo criminal del siguiente modo:

> "1*a) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del art 570 bis. 2a) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del art 570 ter."* [551]

En esta línea, el Auto del Tribunal Supremo de 6 de julio del 2011, configura el grupo criminal como "*una figura de carácter residual frente a la organización criminal que sólo requiere cierta permanencia y una estructura básica, pero no requiere una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo, ni continuidad en la condición de miembro*" [552]. Resulta de interés igualmente la STS 35/2017, en la que se condena por organización criminal aun no habiendo una estructura jerárquica o piramidal, pero se aprecian roles y dos niveles de actividad claramente diferenciadas, lo que le otorga mayor entidad ofensiva que el grupo criminal[553].

La jurisprudencia, tal y como se ha dicho, entiende el grupo criminal como una figura residual respecto de la organización criminal, siendo necesaria una labor

[549] *Ibidem*, pág.113.
[550] REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos… op, cit.*, pág. 81.
[551] STS 309/2013, de 1 de abril, nº de recurso 11151/2012. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; y STS 719/2013, de 9 de octubre, nº de recuro 10566/2013. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón.
[552] Auto del Tribunal Supremo de 6 de julio del 2011, recurso nº 20216/2011. Ponente: Francisco Monterde Ferrer.
[553] STS 312/2017, de 3 de mayo, nº recurso 10307/2016. Ponente: Carlos Granados Pérez. Se desestimó el recurso contra la sentencia 109/2016 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que se condenó a miembros de una agrupación por prostitución, trata y pertenencia a organización criminal; ello al apreciarse la necesidad de medios personales y materiales para todo el circuito de traslado de mujeres nigerianas para obligarlas a prostituirse.

individualizadora de cada caso. La mera pluralidad de personas, aún con cierta planificación, no constituye una organización criminal, ni tampoco un grupo criminal.[554]

Asimismo, se ha mencionado que la agravante de pertenecer a una agrupación en el delito de tráfico de drogas del artículo 369 bis requiere la constatación de las mismas características que definen la organización criminal, pues en caso contrario será aplicable el tipo básico, o agravado, en algunos casos, de darse alguna de las circunstancias del artículo 369 en concurso con el delito de pertenencia a un grupo criminal del artículo 570 ter. A este respecto, resulta aclaradora la STS 41/2017, al desprenderse la existencia de un grupo criminal, y no de una organización criminal, por ser una agrupación o unión de personas con la finalidad de cometer concertadamente delitos (tráfico de drogas), con estabilidad temporal o por tiempo indefinido, a pesar de que la complejidad de la estructura organizativa no alcance los niveles necesarios para alcanzar la existencia de una organización criminal[555]. En la misma línea, la STS 184/2023, de 15 de marzo, en la que, mencionando anteriores sentencias del Tribunal Supremo, apunta que el grupo criminal solo requiere de dos elementos:

a. pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas

b. finalidad criminal: pues debe tener por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos.

> "*... el grupo deberá presentar una cierta estabilidad, aunque sea menor de la exigida para la organización criminal, lo que permitiría apreciar su existencia aun cuando su formación tenga por objeto la comisión de un solo delito, siempre que esté presente una cierta complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares*"[556].

En conexión con esta resolución, es destacable que la jurisprudencia reciente mencione el hecho de que el grupo criminal pueda tener como objeto la comisión de un solo delito, siempre que cuente con cierta complejidad, ya que precisamente una de las características que distingue el grupo criminal de la codelincuencia es la comisión de un único delito para este último caso.

[554] STS 128/2015, de 25 de febrero, nº de recurso 1222/2014. Ponente: Joaquín Giménez García.
[555] STS 41/2017, de 31 de enero, nº de recurso 1001/2016. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. En los casos en los que se venía acusando por el 369 bis y condenarse por el 570 ter, el Tribunal entiende que no se infringe el principio acusatorio ya que el delito de pertenencia a un grupo criminal es homogéneo al delito por el que se acusaba y contiene las mismas exigencias típicas, aunque en menor número y es menos grave.
[556] STS 184/2023, de 15 de marzo de 2023, nº de recurso 6074/2021. Ponente: Carmen Lamela Diaz.

Por su parte, mantiene el Tribunal Supremo, en la sentencia nº 161/2022[557], que para la condena por pertenencia a un grupo criminal es suficiente el propósito bien establecido de cometer delitos de forma concertada entre los integrantes del grupo, no siendo necesario que en cada caso se produzca, como elemento o requisito previo, la condena por alguno o algunos delitos. La resolución referencia a la sentencia de instancia, SAP Gipuzkoa 196/2019[558], para dar por acreditados los elementos del tipo delictivo en que se añade la nota numérica (eran siete miembros de un clan familiar que se dedicaba al tráfico de drogas) para diferenciar la organización criminal del grupo criminal, concretamente, establece que:

> *"Lo expuesto nos muestra que los miembros de la familia Leocadia Segundo Pilar Adolfo Marí Trini (excepto Jacinta), junto con Millán y Octavio tenían una continua relación y una ausencia de trabajo lícito remunerado. Al menos durante el tiempo en el que duraron las investigaciones efectuadas por la Ertzaintza, se pudo comprobar que todos ellos pusieron en común su tiempo y su dedicación para la actividad del tráfico de drogas.*
>
> *Así todas las operaciones que se realizaban eran supervisadas por Marí Trini, quien además daba las órdenes necesarias para que se llevasen a cabo, y, en ausencia de ésta, era su hija Pilar la encargada de controlar los viajes que se efectuaban desde España a Perú con dinero y, desde Perú a España con droga, igualmente tanto Pilar como Octavio y Leocadia se encargaban de reclutar a personas dispuestas a efectuar dichos viajes a cambio de dinero, así como de ofrecer el necesario apoyo en sus traslados hasta y desde el aeropuerto, correspondiendo dicha labor a Adolfo en Perú una vez que dichas personas llegaban a ese país, siendo todos ellos igualmente de recepcionar o entregar las maletas que llevaban o traían esas personas mientras que Millán, al margen de algún traslado puntual de personas, también se encargaba del tratamiento y corte de la sustancia que se recibía en España.*
>
> *La finalidad de la banda que conformaban era la de cometer delitos. Consta una cierta estabilidad en la existencia de la banda y un reparto de funciones, aunque no se trata de un elevado número de miembros, lo que nos llevará a considerar que conformaban un grupo criminal, compuesto por los referidos acusados."*

La sentencia del Tribunal Supremo confirma esta última, por lo que parece que la agrupación que, a pesar de contar cierta estabilidad y un reparto de funciones, no cuenta con un elevado número de personas, puede ser calificado como grupo criminal. Elemento de distinción que no había sido referenciado hasta el momento.

Asimismo, respecto del conocimiento interno entre los miembros de la banda, la STS 150/2022, de 22 de febrero[559], recoge:

> *"El precepto 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 atribuyan. La concertación a que se refiere aquel precepto no evoca, ni siquiera en su significado genuinamente gramatical, la proximidad física entre aquellos que se conciertan. Dicho de forma más gráfica, el acuerdo de voluntades y la asunción de cometidos pueden realizarse a distancia, sin necesidad de compartir el mismo escenario. Es más, no son*

[557] STS 161/2022, de 23 de febrero del 2022, nº de recurso 486/2020. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
[558] SAP Gipuzkoa 196/2019, de 14 de noviembre del 2019, nº de recurso 1043/2018. Ponente: Ana Moreno Galindo.
[559] STS 150/2022, de 22 de febrero, nº de recurso 575/2020. Ponente: Andrés Palomo del Arco.

*descartables los casos en los que esa falta de conocimiento personal entre quienes delinquen concertados sea la consecuencia de una elemental estrategia delictiva orientada a evitar la delación".*

La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo invita a reflexionar acerca de la estructura interna que puede tener la agrupación para que sea considerada grupo criminal, y no organización criminal. A pesar de llevar a cabo durante un largo periodo de tiempo hechos delictivos en distintos territorios, con el correspondiente reparto de funciones entre sus miembros que ni siquiera se conocen entre sí, se determina la condena por pertenencia a un grupo criminal, cuando según esas características, *a priori*, podría encajar en el concepto de organización criminal. De hecho, en la STS 734/2022, de 15 de julio[560], sobre las lesiones producidas por tres personas durante el periodo de un año a empresarios que les debían dinero, establece lo siguiente:

*"En el caso, se produce incuestionablemente el requisito de la pluralidad delictiva, pues fueron muchas las infracciones criminales cometidas por el grupo. El concierto entre los tres es evidente, y resulta meridianamente de los hechos probados. La prolongación en el tiempo, neutraliza los intentos de que tal unión sea fortuitamente organizada, a modo de codelincuencia ocasional. Y los elementos de estabilidad y reparto de funciones, que aunque esbozados sin duda alguna en el relato histórico de la sentencia recurrida, no son precisos para la tipificación de los hechos como grupo criminal".*

Así, aun cumpliendo con la estabilidad y el reparto de funciones, se condena por grupo criminal. Es importante apuntar en este momento que, al igual que ocurre con la cuantificación de la pena, los tribunales se ciñen a los escritos de acusación, por lo que cuando los hechos son calificados como delito de pertenencia a grupo criminal, no podría, condenar por organización criminal[561].

Por su parte, en la STS 35/2020[562] se subraya la comisión de una pluralidad de delitos por parte de la organización y del grupo, y por ello:

*"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. ... En el caso enjuiciado se estima acreditado que había un concierto previo de voluntades entre los acusados Leoncio , Julio , Javier , Jacinto , Jesús y Lázaro , para llevar a efecto la estafa apreciada, con un reparto de funciones directamente dirigidas a la consecución del fin ilícito, pero no consta que hubiera una prolongación temporal de la existencia de grupo para la ejecución de varios delitos; lo único acreditado es la comisión conjunta por los mencionados acusados de un único hecho delictivo, el de estafa, no pudiéndose descartar que se tratara de un concierto puntual para la comisión inmediata del delito, supuesto de mera codelincuencia. Por ello la sentencia será absolutoria en relación con el delito de pertenencia a grupo criminal de todos los acusados en la presente causa."*

Sobre esa diferencia entre el grupo criminal y la codelincuencia se incidirá en el siguiente apartado.

[560] STS 734/2022, de 15 de julio, nº de recurso 3909/2020. Ponente: Julián Sánchez Melgar.
[561] Por el contrario, como se ha visto, sí sería posible lo contrario por respetar el principio acusatorio.
[562] STS 35/2020, de 6 de febrero, nº de recurso 2062/2018. Ponente: Vicente Magro Servet.

Finalmente, por parte de la Fiscalía, en su ya mencionada Circular 2/2011, la distinción entre la organización y el grupo criminal radica en que este último puede carecer tanto de la permanencia en la estabilidad temporal y/o estructura organizativa perfectamente definida[563].

Del análisis expuesto, y a modo de síntesis, se parte de que la figura de grupo criminal es residual respecto de la organización criminal, en atención a las características que definen esta última en relación con su estructura interna y reparto o división de funciones o roles, estabilidad y permanencia, en la que o siempre resulta sencillo establecer una clara línea divisoria, ni resultan ser compartimentos estancos. Por ello, se exigen una valoración individualizada en cada caso concreto y valorar en qué medida alguno de estos aspectos aparece más "diluido", con apoyo en otras variables vinculadas a ellos, como ámbito geográfico o espacial de actuación, gravedad de la actividad delictiva a la que se dedica o número de personas involucradas. En todo caso, para acreditar la existencia de grupo criminal no puede renunciarse a un mínimo de presencia de estas características, en la medida en que determinan igualmente la diferenciación con situaciones de mera codelincuencia, cuestión que se pasa a abordar a continuación.

### 3.2. El grupo criminal: ¿clara diferencia con la codelincuencia?

Siguiendo con el esquema previo, si se entiende que el grupo criminal no debe cumplir con la estabilidad temporal ni con la estructura rígida de la organización criminal, o con alguna de ellas, aun posicionándose más, tanto la jurisprudencia y la doctrina, por la falta de estructura rígida, en los términos anteriormente expuestos, es necesario distinguir esta figura de la codelincuencia, a pesar de no ser objeto directo de esta investigación.

Uno de los elementos más claros para diferenciar ambas figuras es el número de personas que participan en el delito; sin embargo, el hecho de que sean tres o más personas, no significa que directamente sea aplicable la figura del grupo criminal, y para su criterio diferenciador habrá de tener en cuenta los antecedentes internacionales, principalmente el Convenio de Palermo y la DM JAI/841/2008. Según los mismos, la codelincuencia es únicamente aplicable, además de si solo se trata de un concierto de dos personas, cuando se haya formado fortuitamente para la comisión de un delito[564]. Merece,

[563] Circular 2/2011 de la Fiscalía… *op. cit.*, pág.12.
[564] STS 309/2013, de 1 de abril, nº de recurso 11151/2012. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

en este punto, la mención del voto particular emitido por el Magistrado Andrés Martínez Arrieta en la sentencia, ya analizada anteriormente STS 920/2016, en la que se condenaba a dos personas por pertenencia a una organización criminal, en el que se recordará que, al igual que en el grupo criminal, el mínimo de personas es de tres. En este caso también formaban parte otras personas que no habían sido juzgadas en la causa. Según el Magistrado, al no conocerse la identidad de estas últimas, ni el grado de participación en la agrupación, no pudiendo determinar su aportación, no procede tipificarlo por vía del 570 bis. Así, entiende que de los hechos se desprende que dos personas acometen una aventura delictiva, valiéndose de otras para la realización de actos materiales, pero que no tienen esa finalidad común para la realización del delito. Ese matiz es importante, puesto que, en caso contrario, según la interpretación de la sentencia, el Magistrado mantiene que podría interpretarse que todo supuesto de codelincuencia, cuando fuera de más de tres personas, supone la tipificación de organización criminal y ello iría en contra de su esencia, al caracterizarse por la realización del delito a través de un entramado social, más allá de la suma de personas individuales que la conforman.

Por su parte, REQUEJO CONDE considera que cuando haya únicamente dos personas y el concierto se dirija a la comisión de uno o más delitos, siempre será codelincuencia. Si hay al menos tres personas y la finalidad es la comisión de un solo delito de una forma concertada o simultánea, espontánea o aleatoria, también será codelincuencia, y la comisión de más de un delito de forma reiterada podrá calificarse como grupo criminal[565]. Esa sería, pues, una segunda característica para singularizar estas figuras: el hecho de que se cometa o no más de un delito. En el caso en que, por ejemplo, cuatro personas se concierten para llevar a cabo un único delito, en principio sería una situación de codelincuencia, mientras que realizar más de un acto delictivo, si no se cumple esa estabilidad temporal ni una estructura organizada con el reparto de tareas, debería castigarse por los delitos cometidos, por una parte, y por la pertenencia a un grupo criminal del artículo 570 ter, por otra.

La STS 719/2013[566] ahonda en esta línea recordando la importancia de tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo, por lo que debe considerarse, en todo momento, que tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión

[565] REQUEJO CONDE, C.: *Aspecto básicos…, op. cit.*, pág. 91.
[566] STS 719/2013, de 9 de octubre, nº de recuro 10566/2013. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón.

de una pluralidad de hechos delictivos, y que cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito específico será un supuesto de codelincuencia:

> *"La tipificación autónoma del grupo criminal tiene por objeto 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. (…) En este sentido, cabe considerar comprendidos en la definición de grupo criminal, los supuestos de organizaciones " de carácter transitorio " o que actúan " aun de modo ocasional" que se habían venido incorporando en diversos subtipos agravados por pertenencia a organización criminal en la parte especial del Código Penal y sobre los que se había pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ofreciendo una interpretación restrictiva de tales supuestos, señalando que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una "mínima permanencia" que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelincuencia.".*

En el mismo sentido se pronuncia la STS 950/2013, al entender que en el grupo criminal es suficiente una "mínima permanencia" que lo permite distinguir de la codelincuencia[567].

Siguiendo con otros elementos para la distinción del grupo criminal con un supuesto de codelincuencia, REQUEJO CONDE aclara que los supuestos de coautoría aditiva, cuando al haberse dado comienzo a la ejecución del delito, posteriormente otro u otros ensamblan su actividad a la del primero para lograr su consumación, no constituyen un grupo criminal, al no existir el acuerdo previo necesario que este último requiere. Tampoco cuando la idea criminal resulta prácticamente simultánea a la ejecución del delito[568].

Ahora bien, a pesar de que en el plano teórico puede parecer bastante sencilla la distinción entre el grupo criminal y la codelincuencia, la práctica deja entrever la dificultad de distinguir ambas figuras. Muestra de ello son algunos supuestos de tráfico de drogas que se lleva a cabo mediante personas que forman parte de la misma familia. En general, para esos supuestos se ha empleado la figura de grupo criminal[569]. Sin embargo, en ocasiones se ha reducido la condena por apreciar un supuesto de

[567] STS 950/2013, de 5 de diciembre, nº de recurso 10269/2013. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.
[568] REQUEJO CONDE, C: *Aspectos básicos…, op. cit.*, pág. 89. La autora recuerda que una de las características del artículo 570 quater es la disolución del grupo, lo que carecería de sentido ante una simple codelincuencia.
[569] STS nº 714/2016 de 26 de septiembre del 2016, nº de recurso 1969/2012. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. Esta resolución señala que los traficantes forman un grupo familiar sin tareas específicas, donde no hay una estructura notable compleja, ni distribución especifica de tareas y cuentan con medios escasos de comunicación y transporte, no siendo posible llevar a cabo operaciones que alcancen cierta envergadura.

codelincuencia. Encontramos, entre otras, la STS 271/2014, de 25 de marzo[570], en la que se revoca la SAP Barcelona, de 31 de julio del 2015, que condenaba a un grupo de personas que se dedicaba a adquirir cocaína en el extranjero para distribuirlo y venderlo en España, por un delito contra la salud pública del artículo 369.1.5º por apreciarse notoria importancia, así como por delito de pertenencia a un grupo criminal del artículo 570 ter, además de aplicarse la agravante de reincidencia. El Alto Tribunal los absuelve del delito de pertenencia al grupo criminal por no existir más prueba que la distribución de una bolsa de cocaína y no de otras conductas delictivas conjuntas y comprenderlo como codelincuencia.

Esta resolución es criticada por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, quien manifiesta la incapacidad jurisprudencial para entender el fenómeno de la criminalidad organizada. Tal y como explica la autora, en casa de los condenados se encontró kilo y medio de cocaína distribuida en paquetes, es decir, una estructura idónea para seguir traficando. Ello, no concuerda con la STS 576/2014, de 18 de julio, que establece que quienes realicen de manera continua actividades de tráfico de drogas, conforman un grupo criminal, no pudiendo calificarse como codelincuencia[571].

Siguiendo con el delito de tráfico de drogas, el Tribunal Supremo sí ha confirmado la condena por aplicación del artículo 368 en concurso real con el artículo 570 ter en las siguientes sentencias: por una parte, la ya mencionada STS 714/2016. En ella, excepto al acusado que traía la droga, a los demás se les condena por pertenencia a grupo criminal del artículo 570 ter. En segundo lugar, la STS 1035/2013[572], en la que se modifica la calificación de organización criminal del artículo 369.1.2º en su redacción vigente en aquel entonces, por grupo criminal. Ello, al entender que se trata de un grupo familiar sin tareas específicas, sin estructura de notable complejidad, ni distribución especifica de tareas y medios escasos de comunicación y transporte. Esa familia llevó a cabo operaciones de venta durante días puntuales que no alcanzaron los dos meses, y entiende la Sala que "*no suele aplicar el subtipo agravado de organización en los supuestos en los*

[570] Sentencia del Tribunal Supremo nº 271/2014, de 25 de marzo de 2014, nº de recurso 10892/2013. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. La sentencia afirma que los grupos criminales son formas de concentración que no encajan en las organizaciones criminales, pero que sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.

[571] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 271/2014, de 25 de marzo (ROJ STS 1396/2014). Grupo criminal, codelincuencia y reincidencia. Tres conceptos próximos en la criminalidad organizada", *Ars Iuris Salmanticensis,* Vol. 2, nº 2, 2014, págs. 291-294.

[572] STS 1035/2013 de 14 de enero de 2014, nº de recurso 1969/2012. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

*que, aun concurriendo con cierta estructura organizativa, esta por su propia enjundia y complejidad no permite llevar a la práctica operaciones de tráfico con sustancias estupefacientes que alcancen una notable envergadura*". En último lugar, la STS 241/2017[573], en la que se condena también por aplicación del artículo 570 ter a parte de los 30 procesados de una banda que se dividía en tres ramas fundamentales: península, zona Tarragona y Mallorca. A los que organizaban todo el entramado se les condenó por el delito de tráfico de drogas y pertenencia a un grupo criminal, y a los que vendían únicamente por el delito de tráfico de drogas.

Por su parte, es reseñable la sentencia nº 379/2017 del Tribunal Supremo[574]. En este caso, los empleados de un taller mecánico, puestos en común acuerdo, manipulaban las órdenes de reparación para, entre otras actividades, facturar horas de un mecánico que en realidad estaba trabajando en otro vehículo respecto del que no se fichaba o se hacían reparaciones de vehículos propios o de terceros sin facturar. La Audiencia Provincial de Zaragoza, el 18 de mayo del 2016, condenó a los acusados por el delito de estafa continuada y pertenencia a un grupo criminal. El Alto Tribunal absuelve de la pertenencia a un grupo criminal por entender que, a pesar de la colaboración, priman más los comportamientos individuales, "*en suma, que se necesite la colaboración de varios es presupuesto pero no es condición que determine necesariamente la concurrencia del tipo delictivo que describe el artículo 570 ter del Código Penal*".

Igualmente, absuelve por grupo criminal la STS 774/2015[575], en relación con cuatro personas que asaltaron una vivienda para robar, matando a la mujer e hiriendo al hombre, resultando de interés lo que recoge la sentencia:

> *"Evidentemente ya se adelantó que, basta la existencia de este ilícito, de acuerdo con la propia descripción del tipo contenida en el precepto (art. 570ter), la comisión de una sola infracción delictiva, pero siempre que además se presenten notas que acrediten, más allá de esa concreta comisión, que existía una previa vocación de cierta persistencia en la actividad delictiva conjunta por parte de quienes actuaban agrupadamente (…) Si existiera acreditación de que en ese breve período de tiempo los acusados hubieren llevado a cabo actos que pusieran de relieve que no se trataba de un simple concierto para la exclusiva comisión del robo concreto que nos ocupa, sino que sus designios iban más allá, concurriendo la voluntad de configurar el referido grupo, como por ejemplo mediante la adquisición de medios o instrumentos para sus actuaciones conjuntas o la existencia de planificación de futuras actuaciones infractoras, etc., la condena sería posible al no requerirse para ella, por otra parte, más que la culminación por los integrantes de ese grupo de un solo ilícito como elemento de cierre para completar la tipicidad de la figura delictiva, de acuerdo con lo ya reiterado."*

[573] STS 241/2017, de 5 de abril del 2017, nº de recurso 1054/2016. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.
[574] STS 379/2017, de 25 de mayo del 2017, nº de recurso 1311/2016. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.
[575] STS 774/2015, de 16 de diciembre del 2015, nº de recurso 10349/2015. Ponente: José Manuel Maza Martin.

Misma línea ha seguido el TS posteriormente en la sentencia nº 369/2018, en la que a alguno de los condenados a los que se les condenó, además de por tráfico de drogas (art. 368 del CP), por el delito de pertenencia a un grupo criminal (art. 570 ter del CP), se les absuelve de este último delito[576]. Uno de los argumentos utilizados por el Alto Tribunal es que tanto la organización como el grupo criminal están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello, cuando se forma una agrupación de personas para la comisión de un delito específico, estaríamos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización. El Tribunal llega a esta conclusión al entender que los tipos penales, al definir la organización y el grupo criminal, recogen la finalidad de cometer delitos en plural, no solamente uno, sin olvidar, claro está, las notas de la permanencia y/o la estructura de la agrupación[577].

Además de ello, el grupo exige que se participe del agrupamiento y el hecho de que la participación en el delito sea esperada y efectiva no conlleva necesariamente la integración en el grupo. Por tanto, se excluye la aplicación de artículo 570 ter CP cuando no se participa en las decisiones, ni se obtienen beneficios de la operación, así como cuando no se puede establecer cuáles son las funciones dentro de la agrupación.

Tampoco se ha aplicado la pertenencia a un grupo criminal en temas de tráfico de drogas en las SSAN nº 25/2016[578] (la calidad de partícipe de un delito programado en una organización no convierte necesariamente al participe en un miembro de la organización) y nº 27/2016[579] (únicamente se acredita una sola operación, la concentración del sujeto no vas más allá de la meramente esporádica u ocasional) y en la STS 278/2006[580] (previa a la reforma de 2010, pero interesante al entender que únicamente estamos ante una codelincuencia debido a la escasa cuantía de la droga ocupada y sin más medios que los propios para la manipulación, en donde únicamente participaban tres personas).

[576] STS 369/2018, de 19 de julio de 2018, nº de recurso 10447/2017. Ponente: Luciano Varela Castro.
[577] No obstante, debemos recordar en este punto la reciente STS 184/2023, analizada anteriormente, en el que se apuntaba que el grupo criminal también podría tener como objetivo un único delito, siempre que fueses de cierta complejidad.
[578] SAN 25/2016, de 22 de septiembre del 2016, nº de recurso 2/2015. Ponente: Julio de Diego López.
[579] SAN 27/2016, de 1 de septiembre del 2016, nº de recurso 8/20165. Ponente: Clara Eugenia Bayarri García.
[580] STS 278/2006, de 10 de marzo de 2006, nº de recurso 845/2005. Ponente: José Manuel Maza Martin.

Fuera del ámbito del tráfico de drogas, la STS 408/2022, de 26 de abril[581], ha absuelto del delito de pertenencia a grupo criminal a siete personas que robaron en una vivienda, por tratarse de un único delito; para ello, hace uso de la siguiente argumentación:

> *"A pesar de que tales elementos parecieran significar la actuación en grupo, es lo cierto que únicamente se da cuenta de la ideación para la planificación y distribución de funciones entre los acusados para la comisión de un solo delito, no para la comisión de varios delitos, como necesariamente debe quedar probado (y esto no consta en los hechos probados). En efecto, incluso las llamadas telefónicas, son referidas al suceso juzgado, y a ninguno otro más.*
>
> *La reunión previa de la madrugada del día en que tienen lugar los hechos parece lógica para llevar a cabo el asalto y repartirse las funciones, lo que no permite definir el grupo más allá de la mera coautoría.*
>
> *Con respecto a los cuatro vehículos a los que se hace referencia, en el hecho probado solamente habla de que hacen uso de varios vehículos en sus desplazamientos, sin identificarlos. Además, el robo se comete con un vehículo propiedad de Antonieta (que debe ser la hermana de uno de los acusados) y con una furgoneta robada.*
>
> *Se desplazan desde diversos sitios sin más especificaciones. Con respecto a las comunicaciones que el día de autos y en meses posteriores mantienen entre ellos, no se concreta qué tipo de comunicaciones ni su contenido. Tampoco consta que tuvieran medios de comunicación especializados o que dispusieran de muchos y variados móviles con esta finalidad. Por lo demás, el reparto de papeles es consustancial también a la coautoría. Y llama poderosamente la atención que la finalidad del asalto tuviera por objeto robar hachís, que precisamente ni se halló ni tenía nada que ver con los moradores asaltados.*
>
> *Con respecto a las armas utilizadas, a tenor del hecho probado, se expone que portaban "armas e instrumentos peligrosos", que, en realidad, no se describen.*
>
> *Solamente se refiere a un martillo, instrumento cuyas características desconocemos, ganzúa, una barra u otro objeto contundente.*
>
> *Por último, ninguno de los acusados tiene antecedentes por robo, sino por lesiones, seguridad vial y uno de ellos por salud pública".*

Por su parte, la Audiencia Provincial de Valencia, en la sentencia de fecha 10 de marzo de 2020, condena por tráfico de drogas en concurso real con pertenencia a un grupo criminal a miembros de un clan familiar, si bien la sentencia se deriva de una conformidad, por lo que no se especifica en la misma las razones de aplicar el artículo 570 ter[582].

Sin embargo, la SAP Barcelona nº 415/2019 sí aclara las razones por las que se aplica el delito de pertenencia al grupo criminal a algunos de los acusados por tráfico de drogas y no a todos[583]. Entiende que el grupo criminal no puede considerarse como un "cajón de sastre" de "si no cabe la organización criminal, cabe el grupo criminal", y es que para la existencia de grupo criminal debe haber un mínimo de reparto de tareas y un mínimo de

[581] STS 408/2022, de 26 de abril del 2022, nº de recurso 10709/2021. Ponente: Julián Sánchez Melgar.
[582] SAP de Valencia 145/2020, de 10 de marzo del 2020, nº de recurso 154/2017. Ponente: Francisco Javier García-Miguel Aguirre.
[583] SAP de Barcelona nº 415/2019, de 7 de junio de 2019, nº de recurso 13/2018. Ponente: Inmaculada Concepción Cerezo Cintas.

acuerdo de voluntades con permanencia, pero no con la duración que exige la organización. En este caso aplica el tipo penal a tres de los acusados por la concurrencia de más de dos personas, finalidad de comisión concertada de delitos (no se trataba de una única entrega) y con cierta estabilidad y permanencia en el tiempo, concretamente desde septiembre del 2015 a enero del 2016. Las conversaciones telefónicas mantenidas entre los acusados, sus encuentros personales y la incautación de sustancias estupefacientes, dinero y objetos destinados a la preparación de la droga, ponen de manifiesto, a juicio del tribunal, prueba de cargo suficiente para la comisión del delito de pertenencia a grupo criminal.

En la misma línea, la STS 243/2021[584] ratifica la sentencia de 20 de noviembre de 2018 de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en la que, habiéndose solicitado la pena por pertenencia a organización criminal, se condena por pertenencia a grupo criminal. El Tribunal responde a la alegación del recurrente de que se trataba de un caso de codelincuencia:

> *"De la jurisprudencia citada, y solo en lo que aquí interesa, podemos decir que ese requisito de la estructura es un elemento común tanto a la organización como al grupo criminal, que, en el caso de la primera, precisa de una estabilidad o que se constituya por tiempo indefinido, mientras que en el del segundo, si bien presenta un cierto carácter de estabilidad, esta será menor, porque, sin negar tampoco una cierta permanencia, esta no se proyecta con una vocación indefinida para el futuro, de ahí que, de la misma manera que el debate entre organización y grupo es razonable, el hecho de haber empleado ese término, necesariamente, lleva a descartar la hipótesis de la codelincuencia que se pretende en el motivo, porque esta es producto de un acuerdo ocasional, esporádico o fortuito para la inmediata comisión de un delito.*
>
> *En el caso, no cabe hablar de codelincuencia porque estamos ante un plan que idean los acusados para introducir en Fuerteventura una importante cantidad de droga procedente de Marruecos y luego distribuirla por la Isla, para lo cual precisaban de una cierta estructura, que permite considerarles integrados en el grupo criminal por el que se les condena."*

Asimismo, la reciente SAN 10/2022, de 20 de julio, en referencia a una estafa en relación con la creación de una empresa ficticia con la finalidad de obtener un datáfono y realizar pagos fraudulentos con tarjetas de crédito extranjeras, utilizando para ello el método *Punching* y *OpenBelle*, confirma la condena por pertenencia a un grupo criminal. A pesar de las alegaciones de la parte defensora de no proceder la aplicación del artículo 570 ter por la falta del numérico que exige el tipo, la Sala confirma la sentencia de instancia, argumentando que:

> *"Respecto del elemento numérico que exige el Art. 570 ter CP de que el grupo lo conformen más de dos personas, señalar:*
>
> *1) que el número de integrantes de este (que deben ser más de dos) ha de relacionarse con la actividad delictiva global pretendida -en este caso conseguida- y concertada en el pactum scaeleris y no, como*

[584] STS 243/2021, de 17 de marzo, recurso nº 2316/2019. Ponente: Ángel Luis Hurtado Adrián.

*propone el recurrente, con su atomización en función a la aportación concreta que realice cada uno de los respectivos copartícipes. Esa es la razón por la que, por ejemplo, la STS 369/2018, de 9/07/2018 exige que los componentes del grupo criminal no sean ajenos a las decisiones del mismo ni al resultado de la actuación concertada por él, cuestión por la que mal lo puede ser el recurrente cuando dos personas le llaman para ir, y le reportan después el resultado de la gestión del cobro de lo participado cuando, por otras ocupaciones, no puede acudir en persona a reclamarlo.*

*2) que no es necesario que estén identificados todos los integrantes de cada grupo partícipe -ver al respecto el ejemplo que condena la STS 920/2016 de 12/12/2016 - y,*

*3) que ni siquiera es imprescindible que se conozcan entre sí, mientras todos coadyuven y cooperen en la ejecución de parte de la cadena cuyo conjunto conlleve al resultado final pretendido: en este caso, la obtención de la mayor defraudación posible.*

*De manera que, aunque sólo apreciásemos lo aportado por los componentes nigerianos de las tramas operadas a través de las empresas ficticias Mitete y Cádiz Bereber, y aunque les desligásemos de la obtención engañosa de los datafonos achacándosela tan solo al grupo de los españoles, el hecho de que al menos Fabio, Balbino y el propio recurrente ( Luis Pedro) se reportasen y fuesen a obtener las ganancias ilícitas que fueron a reclamar en el viaje a El Coronil (11.600 euros) conseguidas a través de la acción de cada uno de los grupos, gracias a que ellos aportaron los mendaces instrumentos bancarios de pago usados, ya les hace integrantes del mismo, conformando uno, con más de los dos elementos humanos exigidos por la norma."*[585]

Como se ha analizado, la casuística existente da lugar a que la línea que distingue las figuras de organización criminal, grupo criminal y codelincuencia en ocasiones sea difusa. Mientras que la distinción entre la figura de organización criminal y el grupo criminal se basa en la falta de estabilidad y/o estructura de esta última, las recientes sentencias del Tribunal Supremo, a pesar de recoger ambos componentes, abren la puerta a que agrupaciones que, *a priori*, cumplen los requisitos para ser consideradas organizaciones criminales sean calificadas como grupos criminales. En el mismo sentido, en el caso de conductas de tráfico de drogas llevada a cabo por clanes familiares, independientemente del ámbito territorial en el que actúan, en general no implica su consideración como organización o grupo criminal, a pesar de que son conductas similares a hechos en los que sí se ha castigado por la vía de los artículos 570 bis o 570 ter CP.

### 3.3. Conspiración para delinquir

La conspiración supone también un acuerdo de voluntades para cometer un delito. En principio, no debería plantear problemas la distinción de esta figura de la pertenencia a una organización criminal, pues únicamente centrándonos en la definición de esta última, en concreto, el número mínimo de personas y la finalidad de la comisión de más de un delito, ponen de manifiesto las divergencias entre ambas. Y es que el artículo 17 CP

[585] SAN 10/2022, de 20 de julio, nº de recurso 7/2022. Ponente: Eloy Velasco Núñez.

establece que la conspiración concurre "cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo".

CORCOY BIDASOLO concibe la conspiración como una coautoría anticipada[586], siendo sus requisitos, siguiendo a la jurisprudencia, los siguientes: la previsión legal expresa que recoge su castigo en el delito que pretenden cometer; el concurso de dos o más personas que reúnan las condiciones para ser autores del delito proyectado; el concierto de voluntades entre ellas; la resolución ejecutiva de todas y cada una de ellas; el lapso de tiempo relevante entre la resolución y la acción ejecutiva que permita la firmeza de la resolución, de manera que no hay conspiración en el acuerdo mutuo surgido espontáneamente si se aprecia la posibilidad de realización inmediata; la actuación dolosa de cada concertado; la viabilidad del proyecto delictivo; que no se haya dado comienzo a la ejecución, pero sí que los conspiradores decidan el desarrollo de una actividad precisa y concreta; y que no concurra el desistimiento voluntario[587].

Por su parte, RODRÍGUEZ MOURULLO ubica la conspiración en el ámbito de los actos preparatorios que puede alcanzar el rango de punible, ya que, al implicar en la decisión de cometer delitos a otras personas, representan un plus de peligro a las resoluciones manifestadas por un sujeto individual. Destaca el autor la consideración de la excepcionalidad de los actos preparatorios punibles en el Código de 1995 por alienarse en la mejor tradición liberal acorde con la situación política[588].

La conspiración resulta incompatible con la iniciación ejecutiva del delito, ya que ello supondría ya la presencia de coautores o participes de un delito intentado o consumado, tal y como señala LEANDRO VIEIRA DA COSTA[589]. Esa sería, pues, la diferencia con la codelincuencia, la fase en la que se ubica el hecho. Mientras que la conspiración estaría en la fase preparatoria y una vez empiece la ejecución quedaría consumida en ella, la codelincuencia se aprecia, como hemos visto, en esta fase ejecutiva del delito. Por otro lado, a diferencia de la organización o grupo criminal, tanto en la conspiración como en

[586] CORCOY BIDASOLO, M.: "Artículo 17", en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal… op.cit..*, pág. 98.
[587] *Ibidem*, pág. 99.
[588] RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Lib. I. –Tit.I. De la infracción penal", en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/ JORGE BARREIRO, A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 80. Debe tenerse presente que el Código Penal de 1973 castigaba los actos preparatorios con carácter general para cualquier delito.
[589] LEANDRO VIEIRA DA COSTA, P.: "Artículo 17*"*, en MORALES GARCÍA, O./FERNÁNDEZ PALMA, R./ÁLVAREZ FEIJÓO, M: *Código Penal con Jurisprudencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 144.

la codelincuencia es suficiente el acuerdo de dos personas para cometer un concreto delito.

No obstante, aunque sea de manera sucinta, es importante apuntar que tanto la jurisprudencia como la doctrina han comparado la conspiración con la asociación ilícita y con la organización criminal. Concretamente, en la anteriormente mencionada STS 852/2016 se analiza la diferencia entre la conspiración y la asociación ilícita: en la conspiración existe un acuerdo previo para delinquir, cuenta con un carácter inestable de su existencia y se concreta en el delito a realizar, mientras que en el delito de asociación ilícita deben apreciarse las notas de estabilidad y permanencia del acuerdo, así como se presenta una cierta inconcreción sobre los delitos que se pretender ejecutar.

En el ámbito doctrinal, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ manifiesta que la diferencia entre la asociación ilícita y la conspiración reside en el carácter organizativo del primero frente al carácter coyuntural de la conspiración[590]. Por su parte, VERA SÁNCHEZ añade a esa diferencia la concreción de los actos a realizar en la conspiración frente a la imprecisión de la asociación ilícita[591]. A su vez, hay que considerar el castigo expreso para los actos preparatorios que recoge el artículo 519[592].

A diferencia de la conspiración, el delito de asociación ilícita se consuma antes de ejecutar el programa criminal, al igual que ocurre con el delito de pertenencia a una organización criminal, es decir, la consumación viene antes de vulnerar los bienes jurídicos singulares. Mientras, la conspiración carece de autonomía estructural, siendo una coautoría anticipada que obliga a ponerlo en referencia con el tipo consumado, de manera que se entiende como un expediente para extender el campo de protección de los respectivos tipos penales[593]. Al contrario de lo que sucede con el delito de asociación ilícita, y por extensión, con los artículos 570 bis y ter, donde las formas de participación condicionan la sanción, en la conspiración no se responde por "participar" en la

[590] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: "Función político criminal del delito de asociación para delinquir…", *op, cit.,* pág. 647. Esa falta de estabilidad en la conspiración en contraposición del grupo criminal ha sido también anteriormente recogida, referenciando a Bocanegra Márquez.
[591] VERA SÁNCHEZ, J.S.:" Artículo 515… *op. cit.*, pág. 1621.
[592] Artículo 519: "*La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores*".
[593] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, pág.141.

conspiración, se "concierta" con otros el delito y se ejecuta, sin distinguir entre los mismos, recibiendo todos el mismo trato[594].

En la misma línea se sitúa la anteriormente analizada STS 719/2013 a la hora de distinguir las figuras de organización criminal y conspiración, entendiendo que en la conspiración (comportamiento aislado y determinado en el tiempo que se agota en la comisión de un concreto delito) quienes se conciertan para cometer un delito resuelven ejecutarlo ellos mismos, ya sea a título de autores o interviniendo como participes, y queda absorbida por la comisión o ejecución del delito posterior, mientras que el tipo penal de pertenencia a una organización criminal castiga a todos sus integrantes con independencia de los sujetos concretos que tomen parte directa en la ejecución de los delitos que constituyen su objeto y se castigan separadamente. Y es que, tal y como apunta REQUEJO CONDE, mientras que en la conspiración solamente se castiga a los conspiradores que tengan que ver directamente con el hecho, en el caso de la organización criminal se castiga a todos los miembros, dada la amplitud de conductas y roles que el tipo penal recoge, sin perjuicio de la postura aquí defendida de propugnar una restricción típica al respecto; por otro lado, la conspiración se castiga únicamente en delitos graves[595], reduciendo la pena en uno o dos grados referida a la pena establecida para el delito consumado, y la organización o grupo criminal se castiga en relación con cualquier delito fin con una pena autónoma. Asimismo, en el caso de la organización, y también en el grupo criminal, el mínimo de personas exigido es de tres, y en la conspiración es suficiente que haya dos, como supuesto de codelincuencia anticipada que es[596].

Ha de señalarse que anteriormente se han analizado las diferencias existentes entre organización y grupo criminal. En este sentido, BOCANEGRA MÁRQUEZ señala que el grupo criminal cuenta también con cierto carácter de estabilidad y, precisamente, identifica ese elemento como diferenciador de la conspiración para delinquir, ya que esa existencia de la agrupación estable o permanente en el tiempo con la finalidad de delinquir

[594] *Ibidem*, pág.238.

[595] El Código Penal castiga la conspiración en los siguientes delitos: homicidio y sus formas (art. 141), lesiones (art. 151), tráfico de órganos (art.156 bis), detenciones ilegales y secuestros (art. 168), trata de seres humanos (art. 177 bis), robo, extorsión, estafa, apropiación indebida (art. 269), alteración de precios del mercado e información privilegiada (art. 285 quater), blanqueo de capitales (art. 304), tráfico de drogas (art. 373), delitos contra la administración pública (art. 445), rebelión (art. 477), delitos contra la corona (art. 488), asociación ilícita (art. 519), sedición (art. 548), atentado, resistencia y desobediencia (art. 553), terrorismo (art. 579), delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (art. 585), delitos contra la comunidad internacional (art. 615)

[596] REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos…, op. cit.*, pág. 91

es lo que reside en el injusto de la organización como del grupo criminal[597]. Recuerda la autora que las organizaciones y grupos criminales son máquinas delictivas que no se extinguen tras la comisión de un delito, como ocurre con la conspiración[598]. Como venimos diciendo, es precisamente esa estabilidad, así como la idoneidad de los medios e instrumentos con los que cuenta la organización criminal, lo que conduce a la lesión del bien jurídico seguridad colectiva. Ahora bien, al igual que sucede con la conspiración, hemos mantenido que el artículo 570 bis conlleva igualmente un adelanto de las barreras de protección penal de los bienes jurídicos de los delitos fines que cometa la organización. En este sentido, el legislador, a la hora de tipificar la conspiración, lo hace previendo su castigo expresamente en determinados delitos, mientras que el artículo 570 bis abre la posibilidad de aplicar este tipo penal a cualquier finalidad delictiva. Ello resulta coherente considerando que el artículo 570 bis, como se acaba de señalar, también protege un bien jurídico autónomo y no se limita exclusivamente a expresar un adelantamiento de la protección del bien jurídico protegido en el delito fin, al contrario que la conspiración. De hecho, aunque en ambas figuras está presente una anticipación de la barrera de protección penal, la distinción se encuentra en que el artículo 570 bis hay que entenderlo desde una concepción mixta en cuanto al objeto de tutela, y la conspiración únicamente constituye un acto preparatorio para la protección del bien jurídico del delito planeado. Relacionado con lo que se acaba de señalar, hay que tener presente que, de acuerdo con la jurisprudencia, no cabría condenar por el artículo 570 ter cuando se lleva a cabo un único delito fin, dado que se exige una pluralidad delictiva, residiendo en este aspecto otro elemento de distinción entre ambas figuras.

### 3.4. Recapitulación y valoración final

Si anteriormente se han analizado los diversos criterios que tratarían de ofrecer una respuesta a la actual convivencia del delito de asociación ilícita con el delito de pertenencia a una organización criminal, sin que ninguno de ellos ofrezca, a nuestro juicio, una respuesta satisfactoria al respecto, este tercer apartado ha tenido como pretensión analizar los elementos de distinción de las figuras de organización criminal y grupo criminal y, a su vez, los criterios que permitirían delimitar este último frente a una situación de codelincuencia y, específicamente, de la figura de la conspiración para

[597] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J.: "Organizaciones criminales… *op. cit.*, pág. 126.
[598] BOCANEGRA MÁRQUEZ, J.: *Los delitos de organización… op. cit.*, pág. 95.

delinquir. En este momento, corresponde valorar si entre ellas se produce algún solapamiento entre ellas o poseen un ámbito de aplicación propio en cada caso.

Respecto del delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis, podría considerarse que con ello se incrimina la criminalidad organizada "profesional". Para ello el legislador ha tomado en consideración las características referidas a su estructura, estabilidad y distribución de tareas entre los miembros que la conforman. Todo ello facilita la comisión del objetivo delictivo; se trataría de una criminalidad a "gran escala", tal y como la describe BOCANEGRA MÁRQUEZ, de carácter mafioso, y que conlleva a que el ámbito territorial de actuación de estas agrupaciones sea, en principio, más amplio que el de los grupos criminales[599].

El artículo 570 bis establece como elementos para la existencia de una organización criminal su estabilidad, así como la repartición de tareas de manera concertada y coordinada. No es necesario que el grupo criminal cumpla con estos requisitos, según la interpretación que doctrina y jurisprudencia realiza en cuanto a su diferenciación, según se ha analizado, de manera que, aunque más diluida, se requiere un mínimo de estructura y estabilidad en el caso del grupo. En todo caso, tanto en la organización como el grupo criminal es necesaria la unión de tres o más personas, así como la finalidad delictiva que constituye su razón de ser. Sin embargo, como se acaba de señalar, la nota de la permanencia temporal o de la estabilidad del grupo criminal se ha aducido en varias ocasiones como signo distintivo respecto de la codelincuencia. Además de ello, el número de participantes, necesariamente más de dos, y, en general, la comisión de más de un delito, son otras características que servirán para distinguir a la organización y al grupo criminal de la mera codelincuencia. A su vez, el análisis jurisprudencial realizado ha puesto de manifiesto que la intervención en la comisión de un delito no conlleva automáticamente que, además, suponga la integración del sujeto en la organización o grupo y, por tanto, implique una atribución de responsabilidad penal por vía de los artículos 570 bis o ter CP. En conexión con lo anterior, en las resoluciones judiciales analizadas en relación con los delitos de tráfico de drogas, el Tribunal Supremo ha estimado la no concurrencia de grupo criminal al no haberse probado más de una distribución de droga, a pesar de contar la agrupación con una estructura idónea para seguir traficando. Asimismo, se han ratificado condenas por pertenencia a grupo criminal

[599] *Ibidem*, pág. 98.

en el caso de clanes familiares que no contaban con una estructura compleja o cuando las sustancias estupefacientes no alcanzaban una notable envergadura; y finalmente, no se ha aplicado la agravante de organización criminal a pesar de tratarse de un grupo que tenía dividido en tres zonas la península para la distribución de la droga.

Lo anterior pone de manifiesto la dificultad de trazar las líneas que separen estas tres figuras de manera clara. Si en el plano teórico las características mencionadas anteriormente sirven como base de distinción, la práctica judicial muestra que no siempre resulta sencillo conceptuar estas figuras, máxime si tenemos en cuenta la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se han introducido elementos que anteriormente no habían sido objeto de valoración en la distinción entre la presencia de una organización o grupo criminal, como es el número de los miembros con los que cuenta la agrupación. Si bien en una primera aproximación, conforme a la definición que ofrece el artículo 570 ter, los requisitos de la estabilidad y la estructura organizativa interna resultan claves para diferenciar la organización del grupo criminal y, a su vez, también aparecen como elementos que mínimamente deben apreciarse en el caso concreto para distinguir al grupo de la codelincuencia, se han analizado algunas resoluciones en las que, contando con ambos elementos, se ha condenado por grupo criminal, cuando *a priori* la calificación debería haber sido la de pertenencia a organización criminal. En cualquier caso, no debe obviarse que el juez o tribunal está sujeto al escrito de calificación de la acusación y, así como es posible condenar por pertenencia a grupo criminal cuando la acusación lo ha sido por pertenencia a organización criminal, en base al principio acusatorio no existe posibilidad de condenar por pertenencia a organización criminal si se ha solicitado la pertenencia a grupo criminal. Mientras que la codelincuencia queda bastante alejada de la organización criminal, el grupo criminal aparece entre medias de una y otra figura, de manera que apreciar en la práctica las diferencias con ambas puede resultar complejo. En ese sentido, la STS 719/2013 sobre grupo criminal, entendiéndola como la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial limitado, con objetivos delictivos de menor entidad que los de la organización criminal, lo ubica en esa mitad del camino.

No obstante, a pesar de ser conscientes de que en la práctica resulta compleja esta labor diferenciadora, compartimos la categorización realizada por BOCANEGRA MÁRQUEZ reconociendo un carácter mafioso a la organización criminal en contraposición del grupo

criminal[600]. Entendemos que la respuesta jurídico-penal frente a ambas figuras son necesarias, como propone la normativa internacional, máxime debido al amplio radio de situaciones que pueden tener cabida entre los extremos de una mera situación de codelincuencia y la presencia de una organización criminal, como pone de manifiesto el análisis de la realidad criminológica[601]. Cuestión distinta es la manera en la que se castiga la llamada "pertenencia" tanto a una organización como a un grupo criminal, independientemente ahora del delito fin al que se orienten, que, como se ha manifestado, resulta cuestionable en atención a los principios legitimadores del Derecho Penal, tanto por la amplitud con la que se tipifican las conductas típicas, como por la penalidad que se les asigna.

En lo que a la figura de la conspiración para delinquir se refiere, entendemos la misma como una situación de codelincuencia anticipada que queda subsumida en el delito posterior que se ejecuta y únicamente es objeto de castigo cuando el delito pretendido no ha entrado en fase ejecutiva, es decir, como mínimo tentativa. En ese caso, se castigará con la pena inferior en uno o dos grados de la pena establecida para el delito previsto, algo que encuentra su razón de ser en la protección adelantada del bien jurídico del delito fin, debido a la peligrosidad puesta de manifiesto en el hecho de hacer partícipes a más de una persona en la futura comisión del delito en un estadio aún muy alejado de la consumación. Por el contrario, con el delito de pertenencia a una organización criminal y la acreditación de las características que configuran esta, con ello ya se lesiona un bien jurídico de naturaleza colectiva que en el marco de esta investigación hemos identificado con la seguridad jurídica, poniendo además en peligro concreto los bienes jurídicos protegidos en los delitos fin. Por ello, superada la fase preparatoria del delito fin, la respuesta jurídico penal es apreciar un concurso de delitos entre el artículo 570 bis y el delito fin, al no ser coincidente el objeto de protección en ambos casos.

Al igual que sucede en una situación de codelincuencia, en la conspiración es suficiente con la concurrencia de dos personas y la intención de cometer un delito concreto. En consecuencia, la figura de la conspiración para delinquir es compatible tanto con la codelincuencia, por suponer una situación de codelincuencia adelantada, como con las figuras de organización y grupo criminal. Por una parte, porque lógicamente la conspiración para delinquir se sitúa en un plano temporal diferente de la codelincuencia,

[600] *Ibidem*
[601] *Vid.* Capítulo II, 2.2.

que concurre una vez iniciada la fase ejecutiva del delito cuando se ha superado la planificación de este. Por otra parte, los mismos argumentos utilizados para diferenciar un caso de codelincuencia de las figuras de organización y grupo criminal (número mínimo de personas, estabilidad o permanencia en el tiempo, concreción del delito pretendido…), más el hecho de que la conspiración queda absorbida por el delito que posteriormente se ejecuta, confirman que, a pesar de que en ocasiones la línea que separa unas u otras puede ser tenue, la coexistencia de todas ellas resulta compatible, puesto que tienen un ámbito de aplicación propio por dar respuesta a fenómenos diferentes. De nuevo, sin perjuicio de las críticas a la que, lógicamente, se pueden someter a todas ellas y que, en el ámbito de esta investigación, se han puesto de manifiesto en el análisis de los elementos del tipo penal recogido en el artículo 570 bis.

## 4. Convivencia del delito de pertenencia a una organización criminal con las agravantes específicas

### 4.1. Introducción

El Código Penal cuenta con la agravante especifica de pertenecer a una organización o grupo criminal en un buen número de delitos; algunas de ellas previstas en nuestra ley penal incluso con anterioridad a que la LO 5/2010 introdujera la tipificación autónoma de la pertenencia a una organización o grupo criminal de los artículos 570 bis y ter. Asimismo, con posterioridad a esa fecha se han incorporado nuevas agravantes en la misma dirección en las sucesivas reformas realizadas al Código Penal [602]. En consecuencia, resulta necesario analizar y valorar en este momento la posible convivencia entre estas agravantes específicas y los tipos autónomos de los artículos 570 bis y ter, al igual que se ha realizado con otras figuras que castigan la delincuencia grupal. Ello con el objetivo de concluir si está justificada la existencia de todas estas previsiones y, en su caso, conocer de qué manera se resuelve el concurso de normas que se producirá.

Tal y como se ha manifestado a la hora de analizar el bien jurídico protegido en el delito de pertenencia a una organización criminal, el mismo, entendido como seguridad colectiva, además del bien jurídico protegido en el delito fin, difiere del objeto de tutela cuando se trata de la aplicación de estas agravantes específicas. En ese último caso, se pone de manifiesto un mayor desvalor de acción del concreto delito en el que se prevé

[602] *Vid.* Capítulo I, 3.2. y Capítulo II, 4.6.

aquella, siendo el bien jurídico protegido el mismo que el que se protege en el tipo penal aplicable[603].

Conviene ya advertir que la terminología con que se redactan esas agravantes no es uniforme, lo que exige examinar individualmente cada una de ellas en aras a dilucidar si el concurso de normas que se plantea lo es con el artículo 570 bis o con el 570 ter. Concretamente, en ocasiones el legislador detalla la agravante en términos de "una asociación incluso de carácter transitorio", como sucede en el delito de manipulación genética del artículo 162 CP, por lo que ha de valorarse la concurrencia de esta previsión con el artículo 570 ter referido al grupo criminal, pero también con la organización criminal del 570 bis, puesto que el adverbio "incluso" que menciona el artículo 162 ampara ambas posibles agrupaciones. En otras ocasiones, se determina en la agravante específica "el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza", como sucede en el delito de financiación ilegal de partidos políticos del artículo 304 ter CP. Según esta descripción, la agravante englobaría, también, tanto a una organización como a un grupo criminal, dependiendo de las características que tuviera la agrupación que se dedicase a esos fines. Por el contrario, en el caso de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, el artículo 399 bis CP menciona "en el marco de una organización criminal", por lo que entraría en concurso únicamente con el 570 bis.

Para la aplicación del concurso de normas, por tanto, hay que atender a lo dispuesto en el artículo 570 quater, según el cual cuando las conductas de los artículos 570 bis y ter estén comprendidas en otro precepto del Código Penal, será de aplicación la regla cuarta del artículo 8 CP. Su aplicación práctica se estudiará a la luz de la jurisprudencia, después de individualizar el contenido de cada agravante específica, tanto para clarificar si va referida a una organización o a un grupo criminal, así como para visualizar las consecuencias punitivas de cada una de ellas. Además de la falta de homogeneidad en la terminología y redacción utilizada, las penas que se aplican son también dispares; una muestra más de lo farragosa que resulta la tipificación que el legislador español da actualmente a la delincuencia organizada tras las sucesivas ampliaciones del ámbito de punición que se han producido.

[603] Entre otros, tal y como manifiesta LUZÓN CÁNOVAS en el caso de las agravantes específicas, las mismas abarcan el desvalor de la conducta de tipo básico. En *La tipificación penal de la organización y grupo criminal... op. cit.*

Previo a entrar en este estudio, se realizará una breve referencia a las agravantes específicas del tráfico de drogas y blanqueo de capitales. Ambas agravantes, como sabemos, están previstas en nuestro ordenamiento jurídico incluso antes de promulgarse el Código Penal de 1995 y, además, el delito de tráfico de drogas es el comportamiento que mayor número de condenas ocupa por organización criminal, por lo que entendemos justificado su análisis particularizado.

### 4.2. Agravantes en el blanqueo de capitales y en el tráfico de drogas

Según se expuso en el Capítulo I de esta investigación, la agravante por delincuencia organizada en el delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1973 tenía su origen, a su vez, en el tráfico de drogas. Concretamente, mediante la LO 8/1992, de 23 de diciembre se introdujeron nuevos apartados al artículo 344 bis, relativo al delito de tráfico de drogas, en el que se castigaba ocultar o encubrir las ganancias provenientes de esas conductas y, específicamente en su apartado j), que dicho comportamiento se llevase a cabo por personas que pertenecieran a una organización dedicada a tales fines[604]. La versión actualmente vigente del Código Penal tipifica en el artículo 301 el blanqueo de capitales y en el artículo 302 la agravante por pertenencia a una organización dedicada a esos fines. En cualquier caso, la redacción actual sigue haciendo alusión a los beneficios provenientes del tráfico de drogas en el blanqueo de capitales, en el sentido que se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan origen en algunos de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Tal y como mantiene MESTRE DELGADO, la amplísima previsión del artículo 301 está dirigido a impedir que el dinero generado por conductas delictivas, y en especial la generada por grupos organizados y en el ámbito del narcotráfico, quede legitimado[605].

Respecto del artículo 302, se recoge la pertenencia "a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos". A este respecto, SUÁREZ GONZÁLEZ, aludiendo a gran parte de la doctrina, establece que como organización debe entenderse cualquier

[604] Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas. BOE de 24 de diciembre de 1992, nº 208, págs. 43861 y ss.

[605] MESTRE DELGADO, E.: "Tema 13. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", en LAMARCA PÉREZ, C.: *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson SL, Madrid, 2020, pág. 563. Apunta el autor la complejidad del sistema sancionador establecido para el blanqueo de capitales, tanto por sus amplias posibilidades, como por el concurso entre el blanqueo y el delito por el que provienen los bienes objeto del blanqueo.

grupo de personas que, con continuidad y permanencia, actúan con la finalidad de encubrir u ocultar el origen ilícito de los bienes, que ayudan a los responsables a eludir las consecuencias de sus actos o que oculten o encubran la verdadera naturaleza, destino, movimiento, ubicación o derechos sobre dichos bienes. Asimismo, apunta a que no es necesario que la organización se dedique de forma exclusiva a esos objetivos; puede también desarrollar otras actividades[606].

La relación entre el blanqueo de capitales, el tráfico de drogas y el crimen organizado es innegable. De hecho, como hemos manifestado, el narcotráfico ocupa el mayor número de condenas por organización criminal, grupos criminales y grupos integrados en organizaciones[607]. En este sentido, el Capítulo I de esta investigación ha expuesto tanto la evolución de la historia de esta agravación en el tráfico de drogas como en el blanqueo de capitales, así como la interpretación que de las mismas ha realizado la jurisprudencia. Con la aprobación del Código Penal de 1995, el artículo 369.6º establecía la agravante por pertenecer a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio y después la misma conducta paso a tipificarse en el artículo 369.2º[608]. La aprobación de la LO 5/2010 trasladó la agravación al artículo 369 bis y, a pesar de que en los anteproyectos previos el mismo artículo conceptuaba lo que debía entenderse por organización, al final el legislador optó por no regularlo en ese precepto, y únicamente se establece que cuando los hechos descritos en el artículo 368 hayan sido realizados por quienes pertenecen a una organización delictiva, las penas se agravarán en los marcos penales que asigna el artículo 369 bis[609].

---

606 SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: "Lib. II-Tit. XIII. Delitos contra el patrimonio", en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/JORGE BARREIRO, A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 866.

607 REQUEJO CONDE, C: *Aspectos básicos…op. cit.*, pág. 110. La autora recuerda que el fenómeno del narcotráfico se encuentra vinculado al del contrabando (artículo 2.3ª de la Ley Orgánica 12/1995) y se castiga con la pena superior en grado cuando sea cometido en beneficio de entidades u organizaciones de las que pueda derivarse mayor facilidad para su comisión.

608 Art. 369.2º: "*El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional*".
Actualmente este apartado no se ha suprimido, y en su lugar, se agrava el comportamiento cuando "*el culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito*". Se critica por parte de la doctrina que el legislador no haya señalado si esas actividades organizadas en las que participa el culpable deben reunir el carácter de ilícito. Entre otros CARUSO FONTÁN, V: "Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de las organizaciones criminales", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, 2015. Disponible en https://www.iustel.com//v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415807&d=1

609 La definición de organización respecto del delito de tráfico de drogas se recogió en el artículo 369 bis en el Anteproyecto del 2006, el Proyecto del 2007 y el Anteproyecto del 2008. Concretamente, se establecía como organización delictiva "*una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer los delitos a que se*

En este sentido, la STS 239/2012 recoge la evolución de la agravante de pertenencia a una organización criminal en el delito de tráfico de drogas. Señala el Alto Tribunal que, si bien antes la organización reunía también las características de "transitoria" y "ocasional", tras la reforma del 2010 debe considerarse para la aplicación de esta agravación la estabilidad de la agrupación[610]. Y es que la organización que tipifica el artículo 369 bis posee las mismas características que acoge la definición del artículo 570 bis, en base a la STS 334/2012[611]. La sentencia señala que tras la reforma de 2010 debe considerarse que la definición legal que ha de operar debe ser la que se recoge en el artículo 570 bis, es decir, no será aplicable cuando el consorcio es meramente transitorio u ocasional, ni cuando los integrantes sean parte de un grupo criminal. Apunta, a su vez, a los complejos problemas concursales que supone la convivencia entre los artículos 369 bis y el 570 bis; sin embargo, en esa sentencia no se resuelven por no concurrir en el caso concreto una organización criminal.

Interesa en este punto remarcar la STS 93/2016, referenciada en varias sentencias posteriores, ya que sintetiza la doctrina de la Sala del subtipo agravado del 369 bis.[612] Según esta sentencia, el subtipo agravado es aplicado cuando los autores actúen dentro de una estructura que está caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos. El reemplazo entre unos y otros asegura la supervivencia del proyecto criminal independientemente de las personas integrantes de la organización (lo que permite hablar de empresa criminal) y eso, por un lado, dificulta la persecución del delito y, por otro, aumenta la posibilidad de su comisión, por lo que resultaría justificada la exacerbación de la pena. Así, se sintetizan los elementos que integran la organización en los siguientes términos:

> *"a) existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida;*
> *b) empleo de medios de comunicación no habituales;*
> *c) pluralidad de personas previamente concertadas;*
> *d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones;*
> *e) existencia de una coordinación;*
> *f) debe tener, finalmente, la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido."*

*refiere el párrafo anterior".* Después, el Proyecto del 2009, que culminó en la LO 5/2010, se limitó a agravar la conducta del tráfico de drogas cuando lo realizase el perteneciente a una organización criminal. Actualmente solamente se define la organización criminal en el artículo 570 bis CP.

[610] STS 239/2012, de 23 de marzo de 2012, nº de recurso 1232/2011. Ponente: José Ramón Soriano Soriano.

[611] STS 334/2012, de 25 de abril del 2012, nº de recurso 11535/2011. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

[612] STS 93/2016, de 17 de febrero, nº de recurso 405/2015. Ponente: Carlos Granados Pérez.

Asimismo, recoge la sentencia que, tras la reforma de 2010 por la que se suprime el artículo 369.1.2º en relación con las organizaciones transitorias y se crea, como se ha manifestado, el artículo 369 bis) habrá que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

> *"a. La agravación se produce exclusivamente cuando quienes ejecutan las conductas descritas en el art 368 pertenecen a una organización criminal.*
>
> *Ha de operarse con la definición legal de organización que ahora se plasma en el nuevo art. 570 bis: "A los efectos de este Código, se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como..."*
>
> *La organización ha de estar integrada, en consecuencia, por un mínimo de tres personas, no siendo suficiente con dos ( art. 570 bis del C. Penal ).*
>
> *Se ha suprimido de la agravación para la ejecución del delito el consorcio meramente transitorio u ocasional, ajustándose así el subtipo a la exigencia de estabilidad que impone el nuevo art. 570 bis del C. Penal al definir la organización.*
>
> *La agravación no comprende a quienes simplemente formen parte de un grupo criminal, tal como aparece definido en el art 570 ter.*
>
> *Se amplían las conductas que se especificaban en el antiguo 369.1. 2º, pues allí se exigía la pertenencia del culpable a una organización que tuviera como finalidad difundir tales sustancias y productos, mientras que la actual redacción de la agravación del art. 369 bis cubre la totalidad de las conductas previstas en el art 368 (actos de cultivo, elaboración o tráfico, así como promover, favorecer o facilitar su consumo ilegal), que van más allá de la simple distribución material. Se recogen, pues, sustancialmente en la definición legal los caracteres que asumía la jurisprudencia supra citada, en cuanto que se requiere una pluralidad de personas (tres o más), estabilidad en el tiempo, y una actuación concertada y coordinada con distribución de tareas y reparto de roles o funciones entre sus distintos componentes.*
>
> *Ha de sopesarse también que el nuevo art. 570 bis 1 del C. Penal equipara punitivamente a quienes participan activamente en la organización con los que forman parte de ella o cooperaran económicamente o de cualquier otro modo .*
>
> *El nuevo subtipo agravado de organización previsto en el art. 369 bis del C. Penal suscita complejos problemas concursales con la nueva regulación de las organizaciones criminales en el art. 570 bis, dada la posibilidad de que se dé un concurso de normas entre el nuevo subtipo agravado de organización ( art. 369 bis), de una parte, y de otra el concurso real del delito contra la salud pública ( arts. 368 y 369 del C. Penal ) con el nuevo tipo de organización criminal, con sus relevantes agravaciones específicas de penas ( art. 570 bis, apartados 1 y 2). Tal concurso de normas habrá de dirimirse, con arreglo al art. 570 quáter.2, aplicando el supuesto que tenga asignada una mayor pena ( art. 8.4 del C. Penal )".*

En este sentido, la STS 982/2016 argumenta la aplicación del artículo 369 bis al desarrollarse la actividad (adquirir droga en países sudamericanos y trasladarlo a España) en un ámbito internacional, con medios más sofisticados que los utilizados por los grupos criminales y con división de tareas entre los miembros, pues cada miembro contaba con una labor especifica en cada lugar[613]. Por su parte, la reciente SAN 13/2023 argumenta la aplicación del artículo 369 bis describiendo como "plan orquestado" la introducción de droga en España "por varias personas que actúan en concierto", en donde destaca la distribución de cometidos, el componente transnacional, que la actividad tiene lugar en

[613] STS 982/2016, de 11 de enero, nº de recurso 511/2016. Ponente: Joaquín Giménez García.

diferentes lugares, la estabilidad de la organización, la disposición de medios idóneos, la utilización de distintas embarcaciones y los numerosos medios que facilitan las actividades delictivas[614]. Asimismo, la STS 367/2023 justifica la existencia de una organización criminal por su estructura normalizada y establecida, reparto de funciones en el que cada miembro tenía una tarea asignada, estabilidad temporal y coordinación entre las personas ubicadas en Marruecos, Francia y Madrid para el tráfico de drogas[615]. También en esta línea se pronuncia la STS 468/2020, en la que afirma que el tribunal de instancia recoge acertadamente qué acusados pertenecen a la organización y qué acusados se excluyen.

Concretamente, argumenta para justificar la pertenencia a la organización:

> *"Consta en los hechos probados la existencia de un grupo compacto y estable, en cuya secuencia se disponía de tales en función de que se requiriese sus servicios, y se cita a la recurrente entre los integrantes de la organización. Se fija la participación de la recurrente en varios hechos concretos, participando en reuniones, entregando documentos sobre barcos y envíos, participando en las tareas de adulteración de la cocaína, y aportando sus datos para el blanqueo. Todo ello supone concretar su participación en una estructura que se prolonga en el tiempo".*

Asimismo, para justificar la pertenencia de otro de los acusados:

> *"Existen conversaciones que implican al recurrente con los hechos que en la pluralidad operativa de la organización caracterizaban un proceder de concurso entre los que integran la organización y que son relacionados en los hechos probados. La multiplicidad de conversaciones habidas que les incriminan con el uso de un lenguaje encriptado permiten concluir al Tribunal la culpabilidad, como ocurre en este caso. No existe la pretendida confusión que se alega con otras personas. Las investigaciones conducen al recurrente como uno de los operadores de la organización, además de existir un acto de aprehensión de droga probado, además del conjunto hallado que entra en el ámbito de la organización y su comunicabilidad, una vez que al Tribunal le lleva la convicción de esta pertenencia. No se trata de indicios aislados, sino de datos directos, de intervenciones telefónicas que se contrastan con hechos concretos y de la cita y presencia del recurrente en las conversaciones sin duda alguna de su identidad, como ha valorado el Tribunal. El proceso de valoración es acertado pese a la queja casacional."*

Por el contrario, al constar únicamente una actuación concreta, no se condena por el 369 bis respecto de otros sujetos ya que:

> *"Constan en los hechos probados la participación en la organización, y en otros casos donde no se reconoce la pertenencia a la organización, como es el de José Enrique por su actuación concreta (hecho nº 12), pero esa corresponsabilidad por el entramado que supone la pertenencia al ente organizativo hace atraer la agravante de notoria importancia derivada de la droga incautada que consta en los hechos probados a los partícipes en el operativo"*[616].

[614] SAN 13/2023, de 12 de junio, procedimiento ordinario 3/21. Ponente: Joaquín Delgado Martin.
[615] STS 367/2023, de 18 de mayo, nº de recurso 4207/2021. Ponente: Vicente Magro Servet.
[616] STS 468/2020, de 23 de septiembre, nº de recurso 4103/2018. Ponente: Vicente Magro Servet. La sentencia hace un resumen muy elaborado de la jurisprudencia para fijar las diferencias entre las figuras de organización criminal y grupo criminal.

Sin embargo, la anteriormente mencionada STS 495/2015 entiende que no es aplicable el artículo 369 bis al no darse la estabilidad que la organización exige; por el contrario, sí se da esa mínima extensión y maduración que permite afirmar que nos encontramos ante una "formación no fortuita", es decir, algo más que el mero concierto para la comisión inmediata de un delito, es decir, algo más que una mera codelincuencia, por lo que concurre un delito de pertenencia a un grupo criminal del artículo 570 ter.

En la misma línea se mantiene, la STS 371/2014[617] por la que se condena a los miembros de una familia que se dedicaba al tráfico de drogas en el barrio por pertenencia a un grupo criminal. Precisamente, el tribunal condena por el artículo 570 ter al no cumplir con las exigencias que requiere el concepto de organización criminal, a pesar de que la acusación solicitase la aplicación del artículo 369 bis. Es interesante destacar la argumentación sobre el principio acusatorio en esta sentencia: no se infringe el mismo por tratarse de un delito homogéneo, pues contiene las mismas exigencias típicas en menor número y ser menos grave. A este respecto, se recalca que en ocasiones las acusaciones suelen solicitar la condena por aplicación del artículo 369 bis, solicitando subsidiariamente el delito de pertenencia a un grupo criminal (art. 570 ter) junto con el típico básico. En parte, debido a las dudas que suscita, como hemos analizado en esta investigación, la aplicación práctica de estas figuras. No obstante, aun en el caso de no solicitar la aplicación del 570 ter y pedir únicamente el 369 bis, también es posible su aplicación, como señala la STS 371/2014.

Resulta, pues, acertado lo manifestado por REQUEJO CONDE en cuanto a la jurisprudencia sobre el narcotráfico. Tal y como afirma, existen oscilaciones entre las sentencias al condenar por pertenencia a grupo y no por organización, aun cuando están delimitadas las funciones, o haya vocación de desarrollo de una pluralidad de acciones de narcotráfico, o haya varias cedulas independientes pero interconectadas…[618]. Por nuestra parte, compartimos totalmente la postura de la autora. Tal y como se ha analizado previamente en este Capítulo en torno a las diferencias entre la organización y el grupo criminal y la codelincuencia, la mayoría de las resoluciones que se han estudiado han sido en relación con el tráfico de drogas, como se ha dicho por ser el delito por el que más

[617] STS 371/2014, de 7 de mayo, recurso nº 1132/2013. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. En la ya analizada STS 41/2017 también argumentaba el Tribunal Supremo que no se infringe el principio acusatorio por las mismas razones.
[618] REQUEJO CONDE, C: *Aspectos básicos… op. cit*., pág. 111.

veces se ha condenado la delincuencia organizada, apuntándose ya entonces las divergencias existentes entre un plano teórico de distinción y la praxis judicial.

A ello hay que sumar que la Disposición Transitoria Segunda de la LO 5/2010 posibilita la revisión de las sentencias firmes tras la entrada en vigor de la LO 5/2010[619]. Plantean, en ese sentido, GALLEGO SOLER y VERA SÁNCHEZ la posibilidad de revisión de sentencias en los casos en que se hubiera condenado conforme a la anterior redacción del art. 369.1.2º previa a la reforma de 2010, es decir, considerando el carácter transitorio de la organización[620]. Sin embargo, si tenemos en cuenta lo que unas líneas más arriba se acaba de señalar, la condena por grupo criminal, figura afín a lo tipificada entonces en el artículo 369.1. 2º, a pesar de haberse solicitado solamente por organización delictiva, no infringe el principio acusatorio.

Para finalizar, otro ejemplo de la compleja regulación que existe en torno a la delincuencia organizada y grupal y, en concreto, en relación con el tráfico de drogas, es, según CARUSO FONTÁN, lo llamativo que resulta que el artículo 369 bis únicamente

---

[619] Disposición Transitoria Segunda de la LO 5/2010:
*"1. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta Ley.*
*Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.*
*2. No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida.*
*Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.*
*Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda exclusivamente pena de multa.*
*3. No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta Ley.*
*4. En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta Ley."*
[620] GALLEGO SOLER, J.I/VERA SÁNCHEZ, J.S.: "Artículo 369 bis", en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal… op.cit.,* pág. 1277.

haga referencia al artículo 368 y no a los artículos 369[621] y 370[622]. Según la autora, en esos casos no queda claro qué pena debería imponerse en caso de que el que pertenezca a una organización delictiva haya incurrido además en alguna de las agravaciones que contemplan los artículos 369 y 370: por una parte, se podrían valorar ambas circunstancias de acuerdo con las reglas del concurso de delitos (real o ideal) y, como segunda posibilidad, se podría considerar la concurrencia de un concurso de normas según el principio de alternatividad y, así, entender que el artículo 369 bis ya contempla el desvalor propio de las posibles agravaciones en las que pueda incurrir el infractor[623], postura esta última mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia.

Las agravantes específicas previstas en el blanqueo de capitales y en el tráfico de drogas no son las únicas que resultan controvertidas en cuanto a su evolución legislativa, y su convivencia con las figuras autónomas de pertenencia a una organización criminal y

---

[621] Artículo 369 del Código Penal:
*"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:*
*1.ª El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.*
*2.ª El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.*
*3.ª Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.*
*4.ª Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación.*
*5.ª Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.*
*6.ª Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.*
*7.ª Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabituación o rehabilitación, o en sus proximidades.*
*8.ª El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho."*

[622] Artículo 370 del Código Penal:
*"Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:*
*1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.*
*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.*
*3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.*
*Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.*
*En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito."*

[623] CARUSO FONTÁN, V: "Problemas concursales en relación... *op. cit.* La segunda opción es por la que se guía la autora, al igual que la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2011, solución que entiende que logra evitar la excesiva exacerbación penal.

grupo criminal. Eso último ocurre, también, con las restantes agravantes específicas que en esta materia contempla el Código Pena en relación a los artículos 570 bis y ter. Sobre ello trata el siguiente apartado.

### 4.3. Otras agravantes específicas. Planteamiento de la cuestión

Previo al estudio de la convivencia entre las agravantes específicas y los tipos autónomos de pertenencia a una organización y/o grupo criminal, en este apartado se incidirá en tres aspectos en relación con ellas: conducta típica, referencia expresa en la agravación a una organización y/o grupo criminal en base a la redacción que recoge cada una de ellas, y la penalidad. Ello, con la finalidad de delimitar, en la medida de lo posible, su ámbito de aplicación a los efectos de su coexistencia con los artículos 570 bis y ter CP.

Los delitos que cuentan con agravantes específicas actualmente vigentes en el Código Penal son los siguientes: homicidio (art. 138.2.a), asesinato (art. 140.1.3), tráfico ilícito de órganos (art. 156 bis.6), manipulación genética (art. 162), trata de seres humanos (art. 177 bis 6), agresiones sexuales a menores de 16 años (art. 181.5.h), prostitución (art. 187.2.b), prostitución de menor de edad o persona con discapacidad (art. 188.3.f), corrupción de menores (art. 189.2.f), revelación de secretos (art. 197 quater), hurto (art. 235.1.9), robo (art. 240.2), robo en casa habitada (art. 241.4), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262.2), daños informáticos (art. 264.2.1/264 bis.2), propiedad intelectual (art. 271 c), propiedad industrial (art. 276 c), corrupción en los negocios (art. 286 quater c), blanqueo de capitales (art. 302.1), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 ter), delitos contra la Hacienda Pública (art. 305.2.a/305 bis.1.b), delitos contra la Seguridad Social (art. 307 bis), delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis.3.a), fraude de medicamentos (art. 362 quater 3), narcotráfico (art. 369 bis), tráfico de precursores (art. 371.2), falsificación de monedas y efectos timbrados (art. 386.4) y falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo (art. 399 bis).

En total son 28 agravantes específicas que recrudecen la pena de 28 delitos cuando se cometen mediante una agrupación delictiva. En todo caso, entre estas agravantes existen disparidades que hacen necesario un análisis individual de cada delito, si se quiere obtener una visión integral de la respuesta penal a la delincuencia organizada en nuestra legislación penal.

En este apartado se apuntarán los aspectos más reseñables de lo confuso que supone la regulación de las agravantes específicas, debido a la falta de uniformidad entre ellas. Tal y como venimos manifestando durante toda la investigación, la respuesta que el legislador otorga a la delincuencia grupal no es sencilla en cuanto a la cantidad de figuras que existen actualmente en la legislación penal para castigarla. Desde el principio, se ha destacado la vigencia de las agravantes específicas y ahora se pretender dejar constancia de su concreta tipificación, que como se verá, dificulta, todavía más, poder establecer un marco normativo coherente en cuanto a la delincuencia grupal.

Debido a la diversidad en la conducta, concepto y penalidad, se va a anexar al término de la investigación un documento con la normativa que regula cada comportamiento grupal. Además de las agravantes específicas se recogerán las demás figuras (pertenencia a una organización criminal, pertenencia a un grupo criminal, asociación ilícita, terrorismo, codelincuencia y conspiración). Ahora, en este apartado, se procede a resaltar las ideas principales respecto de las agravantes específicas.

### 4.3.1. Técnica legislativa seguida en las agravantes específicas

En el Capítulo IV se han analizado las modalidades típicas que se castigan en el delito autónomo de pertenencia a una organización criminal y se ha comparado las mismas con la regulación que ofrece, a su vez, los delitos de pertenencia a grupo criminal, asociación ilícita y terrorismo. En su momento se expuso que el tipo autónomo del artículo 570 bis mantenía dos niveles de responsabilidad: por un lado, quienes promueven, constituyen, organizan, coordinan o dirigen la organización y, por otro lado, quienes participan activamente en la organización, forman parte de ella o cooperan económicamente o de cualquier otro modo con la misma, con las críticas que se realizaron en torno a la amplitud con la que este delito castiga toda relación con la organización criminal y las conclusiones que se alcanzaron al respecto[624].

Una de las diferencias existentes entre las agravantes que ahora se analizan es, precisamente, que no siguen una regulación homogénea respecto de la integración, función o rol que se exige con la organización o agrupación. Además de utilizar en algunos casos el verbo pertenecer, en otros participar, o en ocasiones el ser miembro, también hay que apuntar que algunos delitos imponen penas mayores cuando el delito fin es cometido en el marco de la organización por el jefe. Concretamente, el legislador

[624] *Vid*. Capítulo IV, 3.

aumenta la pena por cometer el delito mediante una organización en el caso de jefes, administradores o encargados en el tráfico ilícito de órganos (art. 156 bis), en la trata de seres humanos (art. 177 bis), blanqueo de capitales (art. 302), delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis), narcotráfico (art. 369 bis) y tráfico de precursores (art. 371). Asimismo, en el caso de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 ter) se aumenta la pena para las "personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones".

Parece que el legislador ha castigado con mayor penalidad la conducta del dirigente de una organización en los delitos cuya comisión es habitual que se realice en el marco de una organización criminal. No obstante, las mencionadas agravantes específicas no referencian únicamente a las organizaciones criminales. Por ejemplo, de la literalidad de la agravante que prevé el delito de tráfico ilícito de órganos se recoge la imposición de la pena superior en grado cuando el culpable "perteneciere a una organización o grupo criminal dedicado a la realización de tales actividades", es decir, habrá que considerar también la agravante especifica cuando estemos ante un grupo criminal que se dedica al tráfico ilícito de órganos. Ello hace plantearse lo siguiente: si la distinción entre organización y grupo criminal es, en la mayoría de los casos, la existencia o no de una estructura estable y la división de tareas y, de hecho, en el delito autónomo de pertenencia a un grupo criminal no se diferencian los niveles de responsabilidad, ¿qué es lo que conlleva al legislador a tipificar en un mismo delito la posibilidad de que sea también castigado por grupo criminal y, a la vez, establecer penas superiores para los jefes, administradores o encargados? [625] Ello es muestra de la exacerbación punitiva anteriormente mencionada.

Es de destacar que, a su vez, mientras en el artículo 570 bis se utilizan los verbos típicos promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir, las agravantes especificas se limitan a mencionar el rol de jefes, encargados y administradores, salvo en el caso de la financiación ilegal de partidos políticos[626]. Asimismo, en cuanto al segundo nivel de responsabilidad, tipificándose en el artículo 570 bis la participación activa, formar parte o cooperar económicamente o de cualquier otro modo, las agravantes específicas

[625] Tal y como mantiene FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, pág. 374, no es posible aplicar un concurso real entre el delito de organización o grupo criminal y los tipos agravados por la pertenencia o dirección de una organización.

[626] En ese caso se recoge en el apartado segundo que la pena se impondrá en la mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones.

mencionan ser miembros, participar, cometerse en el seno de una organización o cometerse en el marco de una organización.

En este sentido, en el Capítulo IV se concluyó nuestra disconformidad con el hecho de tipificar y castigar la mera participación pasiva en la organización criminal, pues consideramos que es necesario que la contribución a la agrupación deba sea activa y determinante. Pues bien, en el caso de las agravantes especificas en la mayoría de ocasiones lo que se castiga es la pertenencia a una agrupación. Aunque también en el caso del hurto (art. 235.1.9), robo (art. 240.2) y robo en casa habitada (art. 241.4) se castiga el hecho de que sean "miembros de una organización o grupo que se dedique a la comisión de esos delitos"; o "participar" en relación con la financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 ter); o "que se haya cometido en el seno de una organización…", en el caso de agresiones sexuales contra menores de 16 años (art. 181.5.h), revelación de secretos (art. 197 quater), corrupción en negocios (art. 286 quater), delitos contra Hacienda Pública (art. 305 bis.1.b), delitos contra Seguridad Social (art. 307 bis) y delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis); o, por último, "en el marco de una organización…", en daños informáticos (art. 264) y falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo (art. 399 bis).

Todo ello plantea dificultades de convivencia entre estas agravantes y los artículos 570 bis y ter, al no quedar claro qué rol concreto pretende castigar el legislador, por ejemplo, en el caso de tipificar el hecho ocurrido en el "marco de una organización" no se cuestiona qué rol debe jugar el acusado dentro de ese marco. Igualmente, en los casos en los que no se recoge la agravante llevada a cabo por el jefe, por ejemplo, en el delito de robo, no es descabellado plantearse la opción, dentro de la complejidad que por sí ya aporta la regulación, de que al dirigente se le aplique el tipo autónomo del 570 bis junto con el tipo básico y al resto de miembros la agravante especifica. Esto es, esta regulación dispar resulta disfuncional y dificulta enormemente su aplicación práctica, entorpeciendo tanto la solicitud de las acusaciones como la interpretación de los Tribunales. Sobre dicha convivencia se profundizará posteriormente.

#### 4.3.2. Referencia a la organización o al grupo criminal

Resulta imprescindible examinar con mayor profundidad cada agravante específica para conocer si, en caso de resultar aplicable, la concurrencia de un concurso de normas lo sería con delito autónomo del delito de pertenencia a una organización criminal, con el

de grupo criminal, o con ambos. Ya se mencionaba en la analizada STS 719/2013 que las agravantes específicas introducían cada vez más referencias a los grupos criminales, apuntando el "carácter transitorio" o "el acuerdo no ocasional". En este caso también, se sigue la misma tendencia sobre la falta de uniformidad en la redacción del contenido de las agravantes.

Al igual que se ha seguido en el epígrafe anterior, a continuación, se sistematizan estas agravaciones con la finalidad de establecer las figuras con las que puede existir un concurso de normas; concretamente, se van a sistematizar en cuatro categorías.

En primer lugar, concurren las agravantes específicas que referencian pertenecer a "*una organización o asociación*[627]*, incluso de carácter transitorio*", por lo que puede interpretarse que la agravante entra en juego tanto en el caso de presencia de una organización criminal como de grupo criminal. Ocupan esta clasificación los siguientes delitos: manipulación genética (art. 162), trata de seres humanos (art. 177 bis 6), prostitución de menores o de personas con discapacidad (art. 188.3.f), corrupción de menores (art. 189.2.f), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262.2), delitos contra la propiedad intelectual (art. 271 c), delitos contra la propiedad industrial (art. 276 c) y la falsificación de monedas y efectos timbrados (art. 386.4)

En segundo lugar, solamente una agravante específica se refiere a participar en "*estructuras u organizaciones cualquiera que sea su naturaleza*". Al igual que el grupo anterior, en este caso podrá ser aplicable tanto para una organización como grupo criminal. El delito en cuestión es la financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 ter)[628].

En tercer lugar, se ubicarían las agravantes que recogen la participación o pertenencia a "*organización o grupos criminales*", por lo que al igual que las anteriores, entrarán en concurso con el artículo 570 bis o con el artículo 570 ter, dependiendo del caso. En este grupo están el homicidio (art. 138.2.a), el asesinato (art. 140.1.3), el tráfico ilícito de órganos (art. 156 bis 6), los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años (art. 181.5.h), la prostitución (art. 187.2.b), la revelación de secretos (art. 197 quater), el hurto (art. 235.1.9), el robo (art. 240.2), robo en casa habitada (art. 241.4), corrupción en

[627] Por parte de la doctrina ha puesto de manifiesto la total identidad que puede verificarse entre los conceptos de organización y asociación, tal y como afirma CARUSO FONTÁN, V.: "Problemas concursales en relación… *op. cit.*

[628] El mismo delito incurre también en "solitario" respecto de la conducta, puesto que es el único que castiga el "participar", como anteriormente se ha recogido.

los negocios (art. 286 quater c), fraude de medicamentos (art. 362 quater 3), los delitos contra Hacienda Pública (art. 305bis1.b) y los delitos contra la Seguridad Social (art. 307 bis).

En último lugar se sitúan las agravantes que no mencionan el concepto "grupo", ni "transitorio" ni "de cualquier naturaleza". Ello conduce a interpretar que para la aplicación de la agravante deberán darse los requisitos propios de una organización criminal que define el artículo 570 bis. En concreto, estas agravantes establecen lo siguiente:

- arts. 264.2.1/ 264 bis.2: Daños informáticos. Organización criminal.
- art. 302.1: Blanqueo de capitales. Organización dedicada a los fines señalados.
- art. 318 bis. 3.a): Delitos contra los derechos de los extranjeros. Organización que se dedicare a la realización de tales actividades.
- art. 369 bis: Narcotráfico. Organización delictiva.
- art. 371.2: Tráfico de precursores. Organización dedicada a los fines en él señalados.
- art. 399 bis: Falsificación de tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago. Organización criminal.

Debe señalarse que la interpretación que se ha realizado respecto de las figuras delictivas con las que entrarían en concurso estas agravantes, es coincidente con la valoración realizada por autoras como FARALDO CABANA [629] y REQUEJO CONDE[630].

Establece el artículo 570 quater que cuando las conductas previstas en los artículos 570 bis y ter estuvieran comprendidas en otro precepto del Código, siendo el caso de las agravantes específicas, será de aplicación el artículo 8.4 en relación con el concurso de normas en función de la penalidad asignada en cada caso. En base a ello, habrá que dilucidar, en primer lugar, si será de aplicación la agravante específica o el tipo autónomo (570 bis o ter). En caso de que prevalezca el tipo autónomo, por establecer una mayor penalidad, entraría en concurso de delitos con el delito cometido en el marco de la organización o grupo en cuestión. Si, por el contrario, el concurso de normas se resuelve

[629] FARALADO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas… op. cit.*, pág. 364.
[630] REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos… op. cit*., págs. 180 y ss.

a favor de la agravación específica que contempla el delito, se aplicaría exclusivamente este, agravado por esta circunstancia, sin concurrir en este supuesto concurso de delitos[631].

### 4.3.3. Penalidad

Como era de esperar, la falta de homogeneidad de las agravantes especificas respecto de su contenido, así como la relación concursal existente con los artículos 570 bis y ter, se reproducen en lo que a la penalidad se refiere. Cierto es que, al agravar delitos tan dispares, y a la luz del objeto de tutela en cada caso, ello será determinante para la penalidad que se le asigne al tipo básico. Un ejemplo de ello es el delito de asesinato (art. 140.1.3), que en caso de que sea cometido por una persona que pertenezca a una organización o grupo criminal podrá castigarse con la prisión permanente revisable.

Por su parte, en ocasiones se establece la penalidad por concurrir la circunstancia agravatoria, estableciendo un nuevo maro penal frente al que presenta el tipo básico. Esto sucede en los delitos de corrupción de menores (artículo 189.2.f), hurto, robo o robo en casa habitada (artículos 235.1.9, 240.2 y 241.4, respectivamente), daños informáticos (artículos 264.2. y 264 bis.2), contra la propiedad intelectual (artículo 271 c), contra la propiedad industrial (artículo 276 c), financiación ilegal de partidos políticos (artículo 304 ter), contra la Hacienda Pública (artículo 305 bis), contra la Seguridad Social (artículo 307 bis), contra los derechos de los extranjeros (artículo 318 bis) y narcotráfico (artículo 369 bis).

El legislador opta, en otros casos, por imponer la pena en la mitad superior del tipo como en los delitos de abuso sexual y agresiones a menores de 16 años (artículo 181.5.h), prostitución (artículo 187.2.b), corrupción en los negocios (artículo 286 quater)[632], blanqueo de capitales (artículo 302.1), tráfico de precursores (artículo 371.2), y falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo (artículo 399 bis).

Otras veces, se opta por subir en grado le pena, como en el homicidio (artículo 138.2.a), tráfico ilícito de órganos (artículo 156 bis), trata de seres humanos (artículo 177 bis), prostitución de menores o personas con discapacidad (artículo 188.3.f), revelación de secretos (artículo 197 quater) y fraude de medicamentos (artículo 362 quater).

[631] Ello en líneas generales en lo referente a la conducta de pertenencia a una organización o grupo criminal. Cuestión distinta será que los hechos juzgados comprendan, además, otros tipos del Código Penal. En esos casos, sea el delito autónomo o sea la agravante específica, entrarían en concurso de delitos con el otro delito.

[632] Esta agravante especifica dispone literalmente: "*se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado*".

Además de esta sistematización, mención particular merece la penalidad que se asigna a los jefes, administradores o encargados, como ya se ha expuesto anteriormente[633], en cuyo caso se opta por imponer la pena en la mitad superior o, en ocasiones, subir la pena un grado.

Aunque no constituye el objeto específico de esta tesis, debe señalarse que resulta, a todas luces, imposible establecer un criterio coherente que haya guiado al legislador en cuanto a la penalidad que corresponden a todas estas agravantes: en ocasiones se recurre a establecer un marco penal específico, en otras la pena se fija en la mitad superior del delito base, pero en otras se asigna la pena superior en grado. Ello sin considerar que además de las penas de prisión, algunas de ellas cuentan también con multa o inhabilitación absoluta para el ejercicio. Todo ello, junto a lo que anteriormente se ha analizado respecto de la falta de homogeneidad en el contenido de las agravantes que ahora son objeto de estudio, pone de manifiesto la cuestionable técnica legisladora de nuestro legislador para abordar un fenómeno tan relevante político-criminalmente, como es la delincuencia organizada.

Pues bien, a lo anterior hay que sumarle que, además, algunas agravantes especificas llevan consigo la imposición, referida a la propia organización (o, en su caso, grupo criminal), bien de consecuencias accesorias *ex* artículo 129, bien de penas por vía del artículo 31 bis CP, en función, en principio, de que la agrupación tenga o no personalidad jurídica. Concretamente, podrá ser aplicable el artículo 129 en los delitos de manipulación genética (art. 162), alteración de precios en concursos y subasta pública (art. 262.2) y en la falsificación de moneda y efectos timbrados (art. 386.4). No obstante, el artículo 570 quater menciona expresamente la posibilidad de aplicar el artículo 129 en los delitos de pertenencia a organización y grupo criminal[634]. Ello, indudablemente, lleva a plantearnos si es posible que, además de a las agravantes vinculadas a los artículos 162, 262.2 y 386.4, también para el resto de delitos que contemplan una agravación por esta circunstancia les resulte aplicable el artículo 129. No hay que obviar que lo que se considera a efectos de penalidad es la existencia de un grupo u organización criminal, por lo que, si el artículo 570 quater recoge esa consecuencia respecto de los artículos 570 bis y ter, cabe plantearse si es posible extender aquella previsión al resto de agravantes. En cualquier caso, debe

[633] *Vid.* en este mismo Capítulo, 4.3.1.

[634] Artículo 570 quater.1:
*"Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código."*

tenerse presente que el ámbito de aplicación del artículo 129 es, con carácter general, una entidad sin personalidad jurídica, mientras que el artículo 31 bis, previsto respecto de algunos delitos que también prevén agravación por existir organización y, en su caso, grupo criminal, lo será para las entidades que cuenten con personalidad jurídica. Afirma GARCÍA DEL BLANCO que ello plantearía problemas de aplicación del artículo 570 quater en relación, por ejemplo, con el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis, en el que se prevé la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas[635]. No obstante, ambos regímenes confluyen, parcialmente, en cuanto a las consecuencias jurídicas imponibles, como consecuencias accesorias o como penas, conforme al artículo 33.7 CP[636]. Quedan fuera de su posible imposición tratándose de entes sin personalidad jurídica, la multa y la disolución, tal y como dispone el artículo 129 CP. A pesar de todo lo expuesto, en nuestra opinión razones de legalidad vetan la posibilidad de acudir al artículo 129 cuando su aplicación no está expresamente prevista en el concreto delito cometido en el marco de la organización, o no es posible acudir a él por preverse en el

[635] GARCÍA DEL BLANCO, V.: "Trata de seres humanos y criminalidad organizada", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Volumen LXVIII, 201*4, pág. 232

[636] Artículo 33.7:

7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas ellas la consideración de graves, son las siguientes:

*"a) Multa por cuotas o proporcional.*

*b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*

*c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

*d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

*e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*

*f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*

*g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

*La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.*

*La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa."*

delito la responsabilidad penal de personas jurídicas pero, en el caso concreto, el ente implicado carece de personalidad jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador prevé la aplicación del artículo 31 bis[637] en supuestos en los que el delito recoge agravante específica por organización en el tráfico ilícito de personas (art. 177 bis), prostitución (art. 187.2.b), prostitución de menores o

[637] Artículo 31 bis:
*"1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*
*a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*
*b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*
*2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:*
*1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;*
*2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;*
*3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y*
*4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª*
*En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.*
*3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.*
*4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.*
*En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.*
*5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:*
*1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*
*2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*
*3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*
*4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*
*5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.*
*6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios".*

personas con discapacidad (art. 188.3.f), corrupción de menores (art. 189.2.f), daños informáticos (art. 264), blanqueo de capitales (art. 302.1), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 ter), delitos contra Hacienda Pública (art. 305 bis), delitos contra la Seguridad Social (art. 307 bis), delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 bis), narcotráfico (art. 369 bis)[638] y falsificación de monedas y efectos timbrados (art. 386.4).

En atención a lo anterior, entiende DE LA CUESTA ARZAMENDI que la técnica legislativa seguida en el artículo 570 quater es defectuosa. Según el autor, este precepto ordena imponer la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquiera de las consecuencias de los artículos 33.7 y 31 bis, cuando este último lo que establece los criterios de imputación para las personas jurídicas y, por su parte, el artículo 33.7 establece las "penas" para personas jurídicas, distinguiéndolas de las consecuencias para entidades sin personalidad jurídica del artículo 129[639]. Ahora bien, en realidad el artículo 570 bis se refiere a los artículos 33.7 y 129, no menciona el artículo 31 bis, y, además, según se ha indicado anteriormente, las consecuencias accesorias para entes sin personalidad jurídica coinciden con las penas para personas jurídicas a excepción de la disolución y la multa. Es en relación con la disolución en lo que la regulación del artículo 570 bis encuentra, a nuestro juicio, su disfuncionalidad, al remitirse al régimen propio de entidades sin personalidad jurídica, lo que, en principio, parece corresponderse con la naturaleza fáctica de una organización y un grupo criminal que, por regla general, no tendrá reconocimiento jurídico y, en consecuencia, no se comprende el sentido de su disolución, cuando jurídicamente constituye la pena de muerte aplicable a las personas jurídicas. A menos que se considere que no hay razón para excluir la posibilidad de que

[638] Respecto de las consecuencias en el caso de la agravante del narcotráfico, hay que considerar que van en línea con lo solicitado desde la esfera europea, concretamente la DM 2004/757/JAI en la que se insta a las partes a tomar las medidas necesarias para considerar la responsabilidad de las personas jurídicas. Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, *Diario Oficial de la Unión Europea,* de 11 de noviembre de 2004, nº L2004-82645.

[639] DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "Tratamiento de la delincuencia organizada en España: en particular, tras la reforma penal del 2010", *Revista criminalidad,* enero-abril, Vol. 55 (1), 2013, pág.90. Sobre la imposición de estas consecuencias, ya se había manifestado el autor años antes al tratar los retos y límites de la criminalidad organizada. Concretamente, en cuanto al debate sobre la criminalidad económica y los hechos delictivos cometidos a través de una organización, mientras se producían importantes reformas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Comprendía que sin romper el principio *societas delinquere non potest* el Código Penal abría la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica a través de las consecuencias accesorias del artículo 129. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L: "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en GUTIÉRREZ–ALVIZ CONRADI, F./VALCÁRCE LÓPEZ, M.: *La cooperación internacional… op. cit.*, pág. 107.

el ente criminógeno posea personalidad jurídica, lo que podría justificar la previsión de la medida de disolución, pero no, en principio, la remisión al artículo 129 CP, en esencia reservado a situaciones en los que la entidad carece de personalidad jurídica.

Todavía en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mantiene REQUEJO CONDE que en relación con esta cuestión no se ha previsto una responsabilidad penal expresa como sujeto activo del delito, aun cuando la organización haya adoptado forma de empresa criminal, mientras que en otros delitos que cuentan con la agravante especifica sí que existe una previsión concreta de la responsabilidad de la persona jurídica como en los delitos de trata (artículo 177 bis.7), tráfico de órganos (artículo 156 bis.7) o tráfico de drogas (artículo 369 bis). Hasta el año 2010 las consecuencias accesorias del artículo 129 se aplicaron más a la criminalidad organizada que a la empresarial, para las que habían sido creadas. Ello hizo que se fueran ampliando las normas relativas a decomiso, a fin de interrumpir el flujo financiero encaminado al blanqueo de capitales. Sin embargo, a pesar de la profusa legislación en ese sentido, las condenas a personas jurídicas en España no han sido muy significativas en número[640].

GIL NOBAJAS, por su parte, cuestiona la eficacia de los artículos 129 y 33.7 al entender que el legislador ha aglutinado bajo un mismo paraguas agrupaciones sin personalidad jurídica muy dispares para luego equipararlas bajo el mismo catálogo de sanciones para todas ellas. En esa línea, mantiene la autora que resulta difícilmente imaginable que el juez o tribunal imponga a la organización criminal una intervención judicial o una inhabilitación especial para obtener ayudas o subvenciones públicas, máxime cuando salvo la prohibición de actividades, el resto de las sanciones tiene una duración temporal[641].

### 4.3.4. Valoración personal

No parece discutible que la comisión de un delito mediante una agrupación de personas facilita su realización, lo que acorde con nuestra postura conlleva la necesidad de ofrecer una respuesta jurídico-penal adecuada. Por ello, no debe extrañar, en una primera aproximación, que el Código Penal disponga de un elenco de previsiones para hacer frente a este fenómeno. No es posible que un único precepto pueda englobar la comisión de delitos llevados a cabo en el marco de la delincuencia criminal, de manera que, al igual

[640] REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos… op. cit.*, pág. 139.

[641] GIL NOBAJAS, S.: "Respuesta penal a la criminalidad empresarial en supuestos de explotación laboral", en BENITO SÁNCHEZ, D./GÓMEZ LANZ. J.: *Sistema penal y exclusión social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pág. 197.

que vemos posible la convivencia entre las figuras de organización criminal, grupo criminal, codelincuencia y conspiración, también creemos defendible la existencia de un ámbito de aplicación propio de las agravantes específicas que se han analizado.

Aunque se profundizará sobre ello en la última parte de esta investigación, que se va a abordar a continuación, la convivencia entre los tipos autónomos que contemplan los artículos 570 bis y ter y las agravantes especificas aspira a cumplir con que los compromisos internacionales en materia de delincuencia organizada adquiridos por España, existiendo, a nuestro juicio, razones para su coexistencia, como se defenderá. No obstante, esto no significa que, a la luz del análisis realizado, no quepa criticar la regulación que presentan las agravantes específicas, que siguen una técnica de tipificación farragosa y, en ocasiones, disfuncional, principalmente en lo que respecta al criterio seguido para establecer la penalidad, la ausencia de un concepto homogéneo de organización criminal, así como en la delimitación de los roles o funciones que se castigan por vía de la agravación, lo que conduce a la confusión legislativa y complican la práctica jurisprudencial[642].

El legislador ha optado por tipificar de manera desordenada toda conducta delictiva asociativa o grupal, sin caer en la cuenta de las contradicciones y dificultades de interpretación y aplicación que puedan darse en el conjunto de estas previsiones. En este sentido, en primer lugar, habría que resolver el concurso de normas que se produce entre estas agravaciones y el artículo 570 bis (e, igualmente, el artículo 570 ter) en base a la regla de la alternatividad del artículo 8.4. Sin embargo, no existe unanimidad sobre si directamente debería de optarse por la penalidad más grave, como requiere este principio, o únicamente se impondrá la pena más grave cuando no sea posible aplicar los anteriores criterios que también se especifican en el artículo 8, aspecto en el que nos centraremos en la última parte del presente Capítulo. Además de ello, el cálculo de las penas imposibles se presenta una labor compleja. Muestra de ello, como se verá, es que, en las resoluciones analizadas, apenas se menciona la razón por la que se opta por el delito autónomo de

[642] Entendemos que es suficiente como muestra de la compleja regulación los tres subgrupos analizados, pero, además, tampoco existe homogeneidad respecto a lo que debe dedicarse la organización. En este sentido, se menciona "*se dedicase a la realización de tales actividades*" (art. 177 bis), "*se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza*" (art. 235.1.9), "*que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual*" (art. 271 c), o que los "*hechos que se refieren a los artículos de esta Sección*" (art. 286 quater). FARALDO CABANA mantiene que la finalidad no debe entenderse como la única a la que puede estar dedicada la organización, ya que eso supondría una restricción injustificada de su ámbito de aplicación, puesto que rara vez hay casos de exclusividad a una concreta actividad ilícita; es suficiente que se dedique a ese fin aunque sea ocasionalmente. En *Asociaciones ilícitas…, op. cit.*, pág. 373.

pertenencia o por la agravante específica. De hecho, tampoco las acusaciones, en general, realizan una profunda labor de comparación de la penalidad asignada a los tipos penales en juego, la aplicación del concurso de normas y la posibilidad de penas alternativas; por su parte, los Tribunales tampoco suelen entrar en profundidad en esta cuestión. Algo que no debiera extrañar si tenemos en consideración la poco sistemática regulación en lo que concierne a las agravantes específicas en los términos que se han analizado en este apartado.

Conforme lo anterior, aunque defendemos que es posible justificar la presencia de estas agravantes específicas junto a la regulación que ofrece el delito de pertenencia a una organización criminal y, por extensión de un grupo criminal, también lo es que sería conveniente que todas ellas siguieran una tipificación homogénea, con el mismo contenido y redacción, en los delitos en los que se prevean. Ello evitaría dejar tanto a la interpretación y facilitaría la convivencia entre las distintas figuras que dan respuesta a la delincuencia organizada.

### 4.4. Convivencia entre la organización criminal y las agravantes específicas

Cuando en la reforma de 2010 el legislador introdujo los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal, era consciente de que ya existían otras previsiones en el Código Penal que ya daban cobertura a la comisión de delito en el marco de la delincuencia organizada. Prueba de ello es que incorporó, además, el artículo 570 quater que, entre otros aspectos, establecía que en caso de que los hechos estuvieran comprendidos en otro precepto del Código," será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8". Como es conocido, el artículo 8 regula el llamado concurso de leyes o de normas, estableciendo una serie de criterios que deben considerarse para determinar qué norma será de aplicación y no incurrir en un prohibido doble castigo. Los criterios que en él se contemplan son las reglas de especialidad (8.1), subsidiariedad (8.2), consunción o absorción (8.3) y, en defecto de los anteriores, alternatividad (8.4).

El principio de especialidad dispone que el precepto especial se aplicará con preferencia al general; el principio de subsidiariedad supone que el precepto subsidiario se aplicará únicamente en defecto del principal, sea declarada esa subsidiariedad expresamente o sea tácitamente deducible; el principio de consunción o absorción mantiene que prevalece el precepto penal más amplio o complejo, en el que se absorben las infracciones consumidas en él; y, por último, el principio de alternatividad establece

que, en caso de no poderse aplicar los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con menor pena.

El hecho de que el legislador apunte directamente al apartado cuarto del artículo 8, sugiere que su intención es castigar con la pena más grave siempre, pero no debe obviarse que la regla de la alternatividad únicamente es de aplicación, según la literalidad del artículo 8, en defecto de los anteriores criterios. De ahí que la solución que ofrece el artículo 570 bis no cuenta con una posición de unanimidad por parte de la doctrina.

REQUEJO CONDE mantiene que en base al artículo 570 quater debe primar la pena más grave por imperativo legal, concretamente deberá valorarse qué penalidad es más alta: la de la agravante específica o el concluyente tras realizar el concurso de delitos entre el 570 bis o ter y el tipo básico[643]. Mismo punto de vista mantiene CARUSO FONTAN, en atención a la mención expresa que hace dicho precepto al apartado cuarto[644]. Por su parte, CERRADA MORENO defiende que, de acuerdo con la prelación de reglas que dispone el artículo 8, primero habría que atender al principio de especialidad para resolver el concurso[645], al igual que FARALDO CABANA, quien tomando como campo de análisis las agravantes previstas en el delito de blanqueo y, fundamentalmente del delito de trata, justifica que el concurso de normas se resolvería por el principio de especialidad a favor del tipo penal agravado por organización, salvo que no se haya iniciado la ejecución de los delitos o no pueda probarse en el proceso[646]. GARCÍA ALBERO opina igualmente que la aplicación artículo 8.4 debe hacerse en todo caso de modo subsidiario, al entender que la apelación al 8.4 "*significa, textualmente, remisión al art. 8 en su*

[643] REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos… op. cit.,* pág. 126. Recuerda la autora que ello tendrá consecuencias para la reincidencia, puesto que el artículo 22.8 establece que "*hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza*". Es decir, dependiendo qué norma se aplique, la reincidencia como agravante genérica será de aplicación o no. Mismo apunte realizaba Zúñiga Rodríguez a la hora de analizar la anteriormente analizada STS 271/2014.

[644] CARUSO FONTÁN, V.: "Problemas concursales en relación… *op. cit*.

[645] CERRADA MORENO, M.: *Criminalidad organizada…op. cit.*, pág. 176.

[646] FARALDO CABANA: *Asociaciones ilícitas…op. cit.*, pág. 366, con abundante doctrina. La autora menciona en esta línea a Fernández Hernández, Pérez Cepeda, Rodríguez Devesa, Sánchez García de Paz o Carbonell Mateu. Relacionado con el delito de asociación ilícita, por su parte, la misma autora mantiene que el concurso de leyes entre la asociación para delinquir del 515.1º y otra clase de asociaciones que tipifica el artículo 515 se resuelve aplicando el principio de especialidad, puesto que los últimos aluden a que sea una especie concreta de delitos, como una forma específica de violencia, por ejemplo (pág. 358). Asimismo, respecto de la relación entre la asociación ilícita y los delitos cometidos en su seno, la autora destaca que, tras la redacción dada por la LO 4/1980, el Código Penal de 1973 establecía en el artículo 174 que "*dichas penas se impondrán en su grado máximo cuando se hubiere cometido algún delito contra la vida o la libertad de las personas, sin perjuicio de la pena que por éstos correspondiere*". Hoy en día no existe ninguna mención a esto en la redacción vigente del delito de asociación ilícita.

*totalidad*"[647]. En el mismo sentido, aplicándolo al artículo 369 bis referido al narcotráfico, GALLEGO SOLER y VERA SÁNCHEZ mantienen que el concurso de normas con el 570 bis debería resolverse en virtud del principio de especialidad y en consecuencia aplicarse el 369 bis, en base a los artículos 8.1 y 8.4 del Código Penal[648].

Estos planteamientos en favor de la regla de la especialidad son, a nuestro juicio, fundamentales para argumentar la validez de la coexistencia de las agravantes específicas y los tipos autónomos. Los artículos 570 bis y ter tipifican la pertenencia a una organización y grupo criminal independientemente de que se lleguen a cometer los delitos fin que constituyen su objeto. Para los casos en los que no se haya iniciado la ejecución del delito fin o no se pueda probar la involucración de un sujeto concreto en él, estos tipos penales posibilitan la condena cuando hay pruebas de ser miembro de la agrupación, dando respuesta, así, a los compromisos internacionales adquiridos. Por su parte, en base al 570 quater, en caso de poder probar la implicación en el delito concreto que cuente con la agravante, será de aplicación dicha agravante.

No obstante, la regla de la especialidad tampoco está exenta de objeciones, tal y como señala ESCUCHURI AÍSA. Así, por ejemplo, en el caso de daños informáticos, a los miembros de la organización, cuya implicación directa en el delito fin no se haya podido demostrar, y en base al artículo 570 bis, se les impondrá una pena entre tres y seis años de prisión, mientras para el dirigente que haya intervenido en la comisión del delito informático la pena a imponer oscila entre dos años y un día y tres años de prisión[649]. Ahora bien, entendemos que este tipo de incongruencias no deberían desvirtuar la prevalencia de la regla de la especialidad, puesto que, como se ha analizado con anterioridad, el problema tiene, a nuestro juicio, su origen en la deficiente técnica legislativa que ha seguido el legislador en su afán por ofrecer una contundente respuesta penal a la criminalidad organizada.

Otra apreciación en cuanto a la resolución del concurso de normas es la que realiza LUZÓN CÁNOVAS al manifestar que cuando el culpable pertenezca a una organización, incluso de carácter transitorio, como así se prevé en la agravante que se contempla en el delito de trata, el concurso de normas deberá ser resuelto conforme al criterio de absorción

[647] GARCÍA ALBERO, R.: "De las organizaciones y grupos…", *op. cit.,* pág. 1884.
[648] GALLEGO SOLER, J.I/VERA SANCHEZ, J.S.: "Artículo 369 bis… *op. cit.*, pág. 1277.
[649] ESCUCHURI AÍSA, E.: "Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del Codigo Penal español en relación con la delincuencia organizada", en *Revista de derecho y proceso penal,* Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 169.

o consunción del artículo 8.3. En base a ello, el precepto legal más amplio consume a otro más simple; además, en ese caso afirma el autor que no entraría en contradicción con el artículo 570 quater, ya que aplicar el 8.4 tendría la misma consecuencia[650]. Pero, a nuestro juicio, la solución que la autora aporta a este caso específico no tiene por qué resultar extrapolable a cualquier supuesto.

Para la Fiscalía, sin embargo, no existe duda de que siempre debe primar la penalidad más grave, conforme al texto legal, y así lo argumenta en la Circular 2/2011. En la misma se recoge que:

> *"La aplicación del criterio de alternatividad para resolver el conflicto de normas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 570 quáter CP, resulta justificada conforme a los principios de proporcionalidad y de congruencia de la pena resultante tras la resolución del concurso, ya que la preferente aplicación del criterio de especialidad frente al de alternatividad conduciría a privilegiar con una menor penalidad a aquellas agrupaciones que revistan una cierta formalidad asociativa con independencia de la gravedad de los delitos que persigan, lo que llevaría a la absurda consecuencia que se premiaría el mayor desvalor de la conducta criminal que supone la utilización de una apariencia de legalidad que normalmente será un factor que favorece el desenvolvimiento de los fines delictivos de la organización[651]."*

El argumento utilizado por la Fiscalía es válido cuando se comparan las figuras de organización criminal y asociación ilícita, puesto que, se recordará, la apariencia de legalidad ha sido uno de los criterios diferenciadores entre ambas. Ahora bien, si en esos casos se aboga por la aplicación directa de la alternatividad, carece de todo sentido mantener la vigencia del artículo 515.1º, puesto que nunca prevalecería sobre el artículo 570 bis.

En lo que respecta a los Tribunales, estos se limitan a responder a las alegaciones de las partes, quienes solicitan las condenas, en ocasiones, considerando el tipo autónomo del 570 bis o ter junto con el delito fin y, en otras, las agravantes específicas. Por ejemplo, tal y como se ha expuesto anteriormente, en la STS 371/2014 se solicitaba la aplicación del artículo 369 bis, pero se condenó por vía del artículo 570 ter y del tipo básico del artículo 368, al entender que no se reunían las características de una organización criminal, además de resultar más benévolo para el acusado, así como no infringir el principio acusatorio. En relación con esto, resulta reseñable, en este punto, la STS

---

[650] LUZÓN CÁNOVAS, M.: *La tipificación penal de la organización y el grupo criminal… op. cit.* Destaca que no en todas las agravantes funcionaría el principio de consunción como solución idéntica al de alternatividad, como sucede en el delito contra la propiedad intelectual. En este supuesto critica la directa aplicación del 8.4 según el 570 quater, puesto que se condenaría por el delito autónomo del 570 bis, pero sería la agravante específica la que abarcaría el desvalor de la conducta contra los derechos de la propiedad intelectual, como el de participación como dirigente en la organización que sirve de soporte para la ejecución de tales delitos.

[651] Circular 20/2011 de la Fiscalía General del Estado…*op. cit.*, pág. 18.

596/2021[652], que confirma la sentencia nº 188/2018 de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 20 de noviembre, en la que se detalla el modo de proceder en el concurso de normas en un caso de robo[653]. Concretamente, se recoge lo siguiente:

> "Es decir, en el presente caso, sucede respecto del grupo criminal que puede sancionarse como delito autónomo - artículo 570 ter del Código Penal - y que la misma circunstancia se utiliza para agravar las conductas de algunos de los delitos contra el patrimonio - artículo 235.9º del Código Penal , por remisión del artículo 241.4 del Código Penal -; por ello, nos encontramos ante un concurso de normas a resolver de acuerdo con lo que establece el artículo 570 quater.2, párrafo 2º, trascrito, es decir, según la regla 4ª del artículo 8 del Código Penal, que determinará la imposición de la pena más grave; y en el caso de los robos, no hay duda que la previsión más grave es que se aplique la modalidad agravada de esta figura, por lo que habrá de obrarse en consecuencia aplicando el robo agravado, como se verá posteriormente."

En consecuencia, se imponen a los condenados penas de entre cinco y seis años de prisión:

> "En cuanto a la individualización de las penas a imponer, hemos de indicar que de conformidad con el artículo 241.4 del Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777), nos movemos en una pena de dos a seis años de prisión, que en el caso de los acusados Leoncio , Pascual y Oscar , por aplicación del artículo 74.1 del Código Penal, se eleva a la horquilla de cuatro años y un día a seis años de prisión, y en el de Leoncio, se eleva, nuevamente, por mor de lo dispuesto en el artículo 66.1.3ª del Código Penal, al concurrir en el mismo una circunstancia agravante, de cinco años y un día a seis años de prisión, y así, acordamos imponer las siguientes penas."

La sentencia de instancia fue recurrida en apelación y el TSJ de Extremadura incidió en la correcta aplicación de las penas al entender que la tecnificación y sofisticación llevadas a cabo por el grupo criminal suponían un plus de peligrosidad, que junto con otras circunstancias de los hechos, justificaban la pena[654].

Se ha estimado procedente exponer este caso debido a la interpretación que de la misma han realizado la Audiencia Provincial, el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo, al no ser muy común justificar, con claridad y precisión, los problemas que acarrea la regulación de las agravantes específicas y los tipos autónomos. No obstante, es llamativo que, aun acreditándose de que se trataba de una agrupación que "*actuaba a lo largo de una gran parte de la geografía española",* el concurso se estableciera con el delito de pertenencia a grupo criminal y no con el de organización criminal. Sin embargo, también conviene tener en consideración, como se ha venido argumentando a lo largo de esta investigación, las dificultades existentes en la aplicación

[652] STS 596/2021, de 6 de julio de 2021, nº de recurso: 3914/2019. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
[653] SAP Badajoz 188/2018 de 20 de noviembre, Sección tercera. Ponente: María Dolores Fernández Gallardo.
[654] STJ Extremadura 14/2019, de 2 de julio, nº de recurso 13/2019. Ponente: Jesús Plata García.

práctica del complejo mosaico de previsiones que castigan la delincuencia organizada, así como la tendencia del Tribunal Supremo de calificar como grupo criminal agrupaciones que, aunque con una apreciación más difusa, cuentan con las características recogidas en el artículo 570 bis.

Siguiendo con la cuestión del concurso de normas, la mayoría de resoluciones se limitan a argumentar de manera sucinta la razón por la que opta por una u otra alternativa, en aplicación directa del artículo 570 quater y, en consecuencia, de la regla de la alternatividad Así, la ya mencionada STS 93/2016 establece:

> *"el nuevo subtipo agravado de organización previsto en el art. 369 bis del C. Penal suscita complejos problemas concursales con la nueva regulación de las organizaciones criminales en el art. 570 bis, dada la posibilidad de que se dé un concurso de normas entre el nuevo subtipo agravado de organización ( art. 369 bis), de una parte, y de otra el concurso real del delito contra la salud pública ( arts. 368 y 369 del C. Penal ) con el nuevo tipo de organización criminal, con sus relevantes agravaciones específicas de penas ( art. 570 bis, apartados 1 y 2). Tal concurso de normas habrá de dirimirse, con arreglo al art. 570 quáter.2, aplicando el supuesto que tenga asignada una mayor pena ( art. 8.4 del C. Penal )".*

Es de interés, por ofrecer un claro razonamiento en cuanto a la individualización de la pena, la STS 746/2022[655], en la que por la parte recurrente se alegaba que no se había respetado la aplicación del mínimo punitivo del artículo 369 bis, siendo contestado por el Alto Tribunal que:

> "En el caso, la imposición de la pena es correcta, puesto que como se indica, la pena se impone conforme al art. 369 bis del Código Penal, que establece que cuando los hechos descritos en el art. 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva se impondrán, entre otras, las penas de prisión de 9 a 12 años, debiéndose imponer a los jefes, encargados o administradores de la organización la pena superior en grado, es decir, prisión de 12 años y 1 día a 18 años. El acusado, según se desprende del relato fáctico, es el jefe de la facción española, por lo que la pena mínima es la de 12 años y 1 día, siendo la impuesta de 13 años de prisión una pena proporcionada, dentro del grado inferior de la misma, y excediendo del mínimo legal, por tener en cuenta la Sala la gran cantidad de droga aprehendida, extremo que no se tiene en cuenta para determinar la pena a imponer en el art. 369 bis."

Por otra parte, respecto de las agravantes que se prevén en el artículo 570 bis, concretamente que la organización lleve a cabo delitos contra la vida o la integridad de las personas, libertad, libertad sexual o la trata de seres humanos, GARCÍA ALBERO defiende que incurrir accidentalmente en un delito más grave no basta para seleccionar la pena agravada, sino que debe ser el objetivo o dedicación preferente[656]. Por su parte, respecto del subtipo del apartado b) del artículo 570 bis, es decir, disponer de armas o instrumentos peligrosos, mantiene LUZÓN CÁNOVAS que podría entrar en concurrencia con el delito de tenencia ilícita de armas, produciéndose un concurso de

[655] STS 746/2022, de 21 de julio, recurso nº 10067/2022. Ponente: Susana Polo García.
[656] GARCÍA ALBERO, R: "De las organizaciones y grupos… *op.cit.*, pág. 1879.

normas. En este supuesto, entiende que debería resolverse a favor de la aplicación del subtipo agravado del artículo 570 bis en aplicación del principio de especialidad, primer criterio de aplicación del art. 8.1 CP. No obstante, aunque compartimos la postura que mantiene la prevalencia de reglas del artículo 8, particularmente la regla de la especialidad, resulta problemática en atención al tenor literal del art. 570 quáter CP[657]. Y es que, tal y como señala LUZÓN CÁNOVAS, la distinta terminología utilizada por el legislador al describir los tipos penales, dificultan la coherencia interpretativa, por lo que estima que con la creación de las figuras organización criminal y, sobre todo, de grupo criminal, debería prescindirse de establecer figuras agravadas basadas en los mismos[658]. En cualquier caso, debería considerarse el principio de especialidad a tenor de la prelación de reglas del artículo 8, pero no estaría exenta de problemas puesto que en algunos casos como en el 197, los tipos cualificados pueden resultar más benévolos en términos de penalidad. Por ello, y como se ha concluido anteriormente, compartimos la postura GARCÍA ALBERO de que los desajustes penológicos deben ser asumidos como consecuencia de la desidia del legislador[659].

No obstante, razones de legalidad impiden, a nuestro juicio, aplicar directamente la regla de la especialidad para resolver en concurso de normas entre el delito autónomo de pertenencia y el tipo agravado del delito fin, por lo que de *lefe ferenda* debería suprimirse de la previsión del artículo 570 quater sobre la penalidad más grave, a lo que debería acompañarse una revisión de los marcos penales (y contenido) de las agravaciones específicas.

### 4.5. Recapitulación y toma de postura

Desde la aprobación del Código Penal de 1995, ha ido en aumento en las sucesivas reformas que ha sufrido el listado de delito que prevén, con uno u otro contenido, la agravante de cometerse, con carácter general, mediante una agrupación de personas. Actualmente, se cuenta en el Código Penal con 28 tipos penales que prevén una agravación específica por dicha circunstancia. Pero su convivencia con los tipos autónomos de los artículos 570 bis y ter, según se ha tratado de fundamentar, puede tener una razón justificada. Los artículos 570 bis y ter tipifican la pertenencia a una organización y grupo criminal independientemente de que se lleguen a cometer los delitos

[657] LUZÓN CÁNOVAS, M.: "La tipificación penal de la organización y grupo criminal… *op. cit.*
[658] *Ibidem*
[659] GARCÍA ALBERO, R: "De las organizaciones y grupos… *op.cit.*, pág. 1884.

fin que constituyen su objeto. Como se argumentó en su momento, si aún no se ha iniciado la ejecución del delito fin o no se puede probar la involucración de un sujeto concreto en él, estos tipos penales posibilitan la condena cuando hay pruebas de ser miembro de la agrupación.

Cuestión distinta es encontrarle una lógica a la razón por la que algunos delitos cuentan con esta agravación y otros no. Bien es verdad que la mayoría de ellas, como pueden ser los delitos de narcotráfico o trata de seres humanos, son proclives a recurrir a un agregado, agrupación u organización de personas para su realización. No obstante, llama la atención que en otros casos, como por ejemplo la estafa, que por sus características no es infrecuente que involucre tramas de delincuencia organizada, no cuente con una agravante en esta dirección[660]. Sin perjuicio de las razones que han llevado al legislador a la selección del catálogo de delitos en los que se prevé esta previsión agravatoria, cuando esta no exista habrá de recurrirse a la respuesta que ofrecen los delitos autónomos de los artículos 570 bis o ter, que entrarán en concurso de delitos con el correspondiente delito fin. Pero si el delito sí cuenta con agravante específica habrá que resolver el concurso de normas o, en su caso (cuando incurran también otros tipos penal), un concurso de delitos.

Para los supuestos en los que se produzca un concurso de normas entre la agravante en el delito fin y el delito de pertenencia a una organización criminal o, en su caso, grupo criminal, se ha visto que la jurisprudencia no incide demasiado en este aspecto y opta por aplicar directamente la pena más grave en virtud del artículo 8.4 CP, en atención a lo dispuesto en el artículo 570 quater, que obliga por su aplicación directa sin atender al orden de prelación de criterios del artículo 8. No obstante, no toda la doctrina comparte esta interpretación. Parte de ella considera que, en base a la literalidad del artículo 8, el principio de alternatividad únicamente deberá ser aplicable en defecto de los anteriores criterios, por lo que, en lo que se refiere a la convivencia del delito de pertenencia con una organización criminal y las agravantes específicas de los delitos fin, y en base al artículo 8.1 sobre el principio de especialidad, estas últimas serían de aplicación desplazando al artículo 570 bis. Lo anterior parece llevar a la conclusión que, si siempre

[660] *Vid.* Capítulo II, 2.3.1., en el que se ha analizado que ya desde el año 2010 en Andalucía la estafa ocupaba el tercer puesto en los delitos llevados a cabo mediante una agrupación de personas. Doce años después, todavía no se ha tipificado la agravante específica en este delito; a pesar de la existencia de numerosas resoluciones, parte de ellas analizadas en esta investigación, en las que ha condenado a miembros de una organización, entre otros, por el delito de estafa.

fueran de aplicación las agravantes específicas en virtud del principio de especialidad, no sería necesaria la tipificación autónoma del delito de pertenencia a una organización o grupo criminal. Sin embargo, a nuestro juicio esto no es así. Por una parte, debido a que no todos los delitos cuentan con una agravación específica en este sentido y, por tanto, en caso de cometerse el mismo mediante una agrupación u organización criminal, la respuesta penal resultaría insatisfactoria si no existieran los artículos 570 bis y ter. Por otro lado, debemos considerar que, en atención a los compromisos internacionales adquiridos, y en caso de no poder demostrar la implicación directa en el delito fin, las agravantes específicas no permitirían condenar al miembro de la agrupación.

Es por ello que defendemos la coexistencia de las agravantes específicas y los tipos autónomos para ofrecer una respuesta adecuada a la criminalidad organizada. Además, ya se ha manifestado que las penas recogidas en los artículos 570 bis y ter son, a nuestro juicio, demasiado elevadas, teniendo en cuenta la amplitud con la que el legislador ha incriminado la "pertenencia", incluyendo la mera integración no activa, por lo que la aplicación del principio de especialidad ayudaría, en principio, a una aplicación más acorde con el principio de proporcionalidad de las penas. Ahora bien, no hay que olvidar la farragosa regulación que presenta el mosaico de agravaciones específica según se ha analizado anteriormente, en la que no se ha seguido una fórmula unitaria, lo que dificulta enormemente su aplicación práctica. Tal vez ello puede hacer comprender que el legislador haya recurrido al principio de alternatividad en el artículo 570 quater, sin someterse a la prelación de reglas del artículo 8 CP.

Anteriormente nos hemos mostrado favorables a eliminar la figura de la asociación ilícita para la comisión de delitos, tipificada en el primer apartado del artículo 515, por entender que castiga, en esencia, el mismo fenómeno delictivo y, en esencia, las mismas conductas, aunque con importantes diferencias, que el delito de pertenencia a una organización criminal. Ahora bien, respecto de las agravantes específicas abogamos por su mantenimiento en el Código Penal, pero no celebramos su regulación actual por entenderla innecesariamente farragosa y disfuncional. A nuestro juicio, deberían unificarse los criterios y contenido de estas, sobre todo en cuanto al fenómeno asociativo o grupal que en ellas se establece para que todas puedan entrar en concurso de normas tanto con el artículo 570 bis como con el artículo 570 ter. Asimismo, tampoco se comparte el hecho de que en algunos casos se castigue a los jefes, encargados o administradores con una pena superior y en otros no. A nuestro juicio, por coherencia con la regulación

que ofrece el artículo 570 bis, también en las agravaciones específicas debiera preverse siempre una penalidad mayor para los sujetos que se encuentran en un primer nivel de responsabilidad. Para esa última disparidad también podría plantearse como alternativa que a los dirigentes se les aplique el tipo autónomo cuando la agravante específica no cuente con ello, pero volvemos a insistir en la preocupante diferencia que ello conllevaría en términos de penalidad. De cara a establecer una mínima coherencia entre las normas implicadas, sería necesaria a nuestro juicio una ardua labor de revisión de las penas, tanto del tipo autónomo de pertenencia a una organización criminal y, por extensión, de pertenencia a un grupo criminal, como de las agravantes específicas, aunque somos conscientes que debido a la diferencia existente entre los delitos fin que cuentan con esta agravante (desde hurtos a asesinatos) no parece posible alcanzar una solución ideal al respecto.

Se finalizará la última parte de este Capítulo con otra de las cuestiones, relacionadas con lo analizado hasta el momento, que es necesario plantear, en concreto, la relación existente entre el delito autónomo de pertenencia y el delito fin cometido, es decir, la concurrencia de un concurso de delitos. A continuación, se pasa a analizar este aspecto que cierra la presente investigación.

## 5. Los delitos cometidos a través de la organización criminal: concurso de delitos

### 5.1. Introducción

En este apartado se estudiará la convivencia entre los delitos cometidos a través de una organización criminal y su relación con el tipo autónomo del 570 bis. Para ello, debe considerase una situación de concurso de delitos, es decir, debe tenerse en cuenta la relación existente entre las figuras delictivas implicadas. Como es sabido, el concurso de delitos puede ser real, ideal o medial. El concurso real concurre cuando varios hechos cometidos por una persona constituyan varios delitos para lo que se atendrá a la suma de las penas impuestas en cada una de ellas. Por su parte, el concurso ideal existirá cuando un mismo hecho es constitutivo de dos o más delitos y, por último, el concurso medial supone que uno de los delitos es medio para cometer otro delito.

El artículo 77 del Código Penal establece cómo se determina la pena en el caso de un concurso ideal y medial[661]. Para el primero, conforme al apartado 2 de dicho precepto, se

[661] Artículo 77 CP:

determinará la pena en la mitad superior de la infracción con la pena más grave; y, en el segundo, se impondrá la pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, para la infracción más grave, según el apartado 3. En ambos casos, la pena no podrá exceder de lo que correspondería si se penasen separadamente las infracciones.

En este punto hay que diferenciar algunas cuestiones:

- En caso de que la misma conducta se castigue tanto por la agravante especifica como por el tipo autónomo de pertenencia junto con el tipo básico del delito fin cometido, únicamente podrá aplicarse una de ambas opciones. Si, conforme a lo dispuesto en el artículo 570 quater, la balanza se decanta a favor de la concurrencia de delitos, habrá que analizar si el concurso resultante entre el artículo 570 bis y el delito fin es real, ideal o medial.
- Cuestión distinta es que sean también aplicables las agravantes específicas que se recogen en el artículo 570 bis[662].
- Es necesario considerar, igualmente, cuáles son los objetivos de la organización, es decir, si además del delito fin, tiene otras finalidades ilícitas.

De acuerdo con estas precisiones, se analizará, por una parte, la postura doctrinal para plantear las distintas alternativas que suscita el concurso de delitos y después se pasará a estudiar la práctica jurisprudencial en este aspecto.

### 5.2. Posición doctrinal

Al igual que ocurre con la cuestión del concurso de normas entre los artículos 570 bis y 570 ter y las agravantes específicas que contemplan la comisión de un delito como expresión de la delincuencia común organizada, por parte de la doctrina no existe

---

*"1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.*
*2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.*
*3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior".*

[662] Art. 570 bis.2 CP:
*"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".*

tampoco unanimidad a la hora de establecer qué tipo de concurso de delitos debe primar entre el artículo 570 bis y el delito fin. Como señala CUENCA GARCÍA, el punto de partida que siempre habrá que considerar, a fin de respetar el principio de ofensividad, es que la organización esté dotada de una "estructura organizativa adecuada" que vaya más allá de los delitos cometidos mediante la agrupación, ya que únicamente en esos casos podría recurrirse al concurso entre ambos delitos[663].

En este sentido, afirma CARUSO FONTÁN la posibilidad de aplicar un concurso ideal, puesto que el hecho de pertenecer a una organización criminal es un delito permanente y en el caso del concurso ideal se debe exigir que el delito instantáneo sirva al mantenimiento de la situación antijurídica que el delito permanente representa[664]. En todo caso, recuerda LLOBET ANGLÍ que no estamos antes una coincidencia material entre los tipos penales, ya que las agravantes específicas se refieren a hechos ejecutados y no solamente a la pertenencia a una organización o grupo criminal. Por ello se da una identidad parcial de acción que parte de la doctrina entiende que debe resolverse conforme al concurso ideal[665].

Diverge parcialmente la postura de FARALDO CABANA, que distingue entre concurso ideal o real dependiendo de si el delito cometido es inherente al fundamento o mantenimiento del estado antijurídico creado por el delito permanente (es decir, si el delito cometido es necesario para la organización criminal, como puede ser la tenencia de armas en el caso de una organización armada) o no. En el primero de los casos existe unidad de hecho y se resolverá mediante el concurso ideal, en consonancia con lo mantenido por CARUSO; sin embargo, en el segundo de los casos, la autora opta por el concurso de real delitos.[666]. SILVA SÁNCHEZ, por su parte, distingue tres situaciones: por un lado, si ambos tipos se realizan con hechos distintos; o con único hecho y, en ese último, si el hecho está dotado de idoneidad *ex ante* plural o de idoneidad singular. En

[663] CUENCA GARCÍA, M.L.: "Criminalidad organizada tras…" *op. cit*., pág. 66
[664] CARUSO FONTÁN, V: "Problemas concursales en relación… *op. cit*. En su estudio menciona el *efecto abrazadera* considerando la idea de Jakobs apropiada en el caso de pertenencia a una organización con multiplicidad de actos de tráfico en relación al concurso real. Alude igualmente a este efecto abrazadera, para evitar que el delito permanente sea valorado más de una vez para determinar la pena, CERRADA MORENO, M.: *Criminalidad organizada…op. cit.,* pág. 188.
[665] LLOBET ANGLI, M.: "Capítulo 41. Delitos contra el orden público…. *op. cit*., pág. 1891.
[666] FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas…op. cit.*, pág. 361

función de ello, la solución podrá ser el concurso real, ideal o concurso de leyes, sin que quepa una solución única[667].

Además de la posibilidad de aplicar el concurso ideal, señala CARUSO FONTÁN que hay quien también estima la posibilidad de un concurso medial entre la pertenencia a la organización criminal y el tipo básico. Ello se argumenta con dos hipótesis: por un lado, al no exigirse que para la consumación del delito de pertenencia que el delito perseguido llegue a cometerse, ni que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo; y, por otro lado, al entender que la organización constituye el medio concreto en el caso concreto para llevar a cabo el delito fin concreto[668]. TAMARIT SUMALLA, en este sentido, lo ejemplariza con el delito de asociación ilícita, al entender que en caso de que se haya iniciado la fase ejecutiva del delito perseguido los hechos se calificarían como concurso de delitos con relación medio-fin[669].

La cuestión se complica cuando entran en juego los subtipos agravados del propio artículo 570 bis, así como cuando la organización lleva a cabo otros delitos. Sobre ello, REQUEJO CONDE plantea que debería aplicarse la pena más grave entre el subtipo agravado por organización que pueda dedicarse a otros fines o el tipo básico respectivo en concurso real con el 570 bis, además de cualquier otro delito que haya cometido en el seno de la misma organización, sin valorar de nuevo la agravante de pertenencia a organización, si la hubiera[670].

En los casos en los que el autor pertenezca a una organización que se dedicare a "otras actividades", además de la contemplada en el tipo agravado imputado al autor, afirma LUZÓN CÁNOVAS que estaríamos ante un concurso real de delitos, por lo que la cuestión estriba en si existiría la posibilidad de imponer la penalidad correspondiente al subtipo agravado, además de la correspondiente a la organización criminal, sin vulnerar el principio *non bis in ídem.* Si, además de los delitos que sirven de fundamento de la aplicación del subtipo agravado, la organización tiene como finalidad la comisión de otros delitos, la condena por el artículo 570 bis o ter, según LUZÓN CÁNOVAS, no conculcaría ese principio cuando al describir el subtipo agravado el legislador se refiera a organizaciones, asociaciones o grupos criminales "que se dedicaren a tales actividades",

[667] SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "¿"Pertenencia" o "Intervención"? … *op. cit*., pág. 1090.
[668] CARUSO FONTÁN, V: "Problemas concursales en relación… *op. cit.*
[669] TAMARIT SUMILLA, J.: "Artículo 515", en QUINTERO GONZALEZ.G/ MORALES PRATS.F.: *Comentarios al Código Penal… op. cit.*, pág. 1693.
[670] REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos… op .cit*., pág. 127

ya que el desvalor de una organización más compleja que se dedique también a otro tipo de actividades delictivas, no quedaría incluido en esa agravación[671].

En todo caso, tal y como mantiene ZÚÑIGA RODRÍGUEZ el concurso de estos tipos penales poner de manifiesto, de nuevo, la difícil convivencia de las distintas previsiones que dan respuesta a la criminalidad organizada, entre ellas y, en lo que ahora se ha analizado, los concretos delitos fin de la organización, algo que resulta extrapolable, como a continuación se analizará, en la aplicación judicial, ya ante supuestos similares los tribunales resuelven de manera distinta[672].

### 5.3. Posición jurisprudencial

Por parte de la jurisprudencia, se muestra una clara predilección hacia el concurso real. Un ejemplo de ello es la STS 641/2018, en la que se confirma la sentencia por la que se condenaba por un delito de pertenencia a organización criminal del artículo 570 bis del CP y por un delito de robo del artículo 238 CP a un miembro de una banda dedicada a robar en distintas ciudades, mientras que a otros dos de los miembros solamente se les castigaba por la pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis CP, al no haber prueba de su implicación en el robo. Entiende el Tribunal que el hecho de no ser condenados por el robo no impide la condena del artículo 570 bis del CP respecto de estos dos, puesto que son dos hechos independientes para lo que la prueba será distinta en cada una de ellas[673].

El delito de robo cuenta con la agravante de pertenencia a organización y grupo criminal en el artículo 240.2 en relación con el artículo 239.9º, castigándolo con pena de prisión de 2 a 5 años; la pertenencia a organización criminal en ese caso se castiga con pena de prisión de 3 a 6 años. Sin ofrecer mayores explicaciones, se optó por la pena más grave, es decir, por aplicar el artículo 570 bis. En este caso concreto, a los sujetos que no participan en el robo no les sería de aplicación la agravante específica y la conducta de la pertenencia a la organización quedaría cubierta mediante la exclusiva aplicación del artículo 570 bis. No obstante, para el resto de sujetos que sí participaron en el robo podría ser de aplicación la agravante específica, en base al principio de especialidad, lo que

[671] LUZÓN CÁNOVAS, M.: "La tipificación de organización y grupo criminal… *op. cit*. Sin embargo, tal y como mantiene la autora, algunas agravantes como la del artículo 264.3.1º (daños informáticos) y la prevista en el artículo 197.8 (revelación de secretos) no se acota que estén dedicadas "a la realización de tales actividades", sino queda abierta a la comisión del delito en el marco o en el seno de la misma.
[672] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Instrumentos… op. cit*, pág. 92.
[673] STS 641/2018, de 13 de diciembre de 2018, nº de recurso 947/2018. Ponente: Andrés Martínez Arrieta.

supondría un beneficio para ellos, pero acarrearía grandes diferencias en la penalidad respecto de los condenados por la mera pertenencia (y no el robo), que sorprendentemente tendrían mayor pena.

En el mismo sentido, se aplica un concurso real de delitos entre una estafa continuada en concurso medial con falsedad documental y el delito de pertenencia a una organización criminal en la STS 92/2017[674]. Se condena por 5 años de prisión y multa de 10 meses por la estafa continuada y falsedad documental y a 3 años de prisión por la pertenencia a una organización criminal, argumentando por el Tribunal lo siguiente:

> *"Penalidad que se efectúa dada la gravedad de la actividad delictiva continuada de los acusados, las consecuencias jurídicas y económicas que comportan, la difícil reparación de los perjuicios irrogados, y es la solicitada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular respecto de dichos delitos".*

En la anteriormente mencionada STS 641/2016 se confirma la condena por estafa y por pertenencia a una organización criminal en concurso real, algo acertado considerando que la estafa no cuenta con agravante alguna de realizar el hecho mediante una agrupación. Por su parte, la falsedad documental tampoco cuenta con una agravante en este sentido, por lo que la STS 92/2017 más arriba mencionada, opta por aplicar un concurso de delitos.

El delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo sí que cuenta con agravante específica, concretamente por cometer los hechos en el marco de una organización criminal. Así, en la STS 649/2021 se analiza este delito en concurso ideal con un delito de estafa, y ello en concurso real con el de pertenencia a grupo criminal, pues al acreditarse la agrupación como grupo criminal, y no organización, no se debe recurrir al concurso de normas[675].

Por su parte, especial mención merece la STS 878/2016 donde la sentencia de instancia recoge literalmente:

> "Condenamos a Samuel Olegario y a Romeo Clemente como autores de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud (art. 368-1 del C. Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)) y de un delito de pertenencia a grupo criminal (art. 570, ter.1 b) del C. Penal ), que entran en concurso ideal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena, para cada uno de ellos: por el delito de tráfico de drogas de 3 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y multa de 3.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada 100 euros o fracción impagadas; y por el delito de grupo criminal, a la de 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y 2/14 partes de las costas a cada uno de ellos". [676]

[674] STS 92/2017, de 16 de febrero, nº de recurso 1245/2016. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón.
[675] STS 649/2021, de 19 de julio, nº de recurso 10217/2021. Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.
[676] STS 878/2016, de 22 de noviembre, nº de recurso: 795/2016. Ponente: Andrés Palomo del Arco.

La STS sobre esta cuestión mantiene:

> *"En autos, la motivación no es exhaustiva, pero sin embargo sí es suficiente. Pues se explica que resulta más conveniente al concurso medial calificado, penar por separado que aplicar la regla consistente en imponer la pena de la infracción más grave en su mitad superior, de forma que impone a Samuel Olegario y a Romeo Clemente por el delito contra la salud pública a cada uno de ellos, tres años de prisión y multa de 3.000 euros habida cuenta que la cantidad de droga intervenida no es muy elevada y las fechas en que acaecieron los hechos; y por el delito de grupo criminal, la pena de nueve meses de prisión, por cuanto tomaban las decisiones fundamentales mientras que el otro miembro del grupo actuaba dentro del grupo bajo las instrucciones o directrices de aquellos.*
>
> *La pena impuesta por el delito de tráfico de drogas, es la mínima, por lo que el recurso carece de objeto en relación a esta infracción; y la impuesta por el delito de pertenencia a grupo criminal, se aproxima a la mínima, pues el tramo imponible es de seis meses a dos años de prisión, donde la toma decisional, adicionada a la ulterior ejecutiva, sucintamente alegada, justifica suficientemente que alcance los nueve meses impuestos, aún muy próximos al umbral mínimo."*

Es decir, tal y como establece el artículo 77.2 CP, en caso de que la suma de las penas sea inferior a la mitad superior de la pena más grave, se optará por la primera opción, como ha argumentado en este caso el Tribunal. Como se ha manifestado, no es habitual encontrar una argumentación detallada en las resoluciones judiciales a la hora de explicar la razón por la que se opta por una u otra alternativa. Por ello, al igual que hemos traído a colación fragmentos literales de la STS 596/2021 sobre el concurso de normas, creemos conveniente hacer lo mismo con esta resolución en cuanto al concurso de delitos.

Por su parte, en la STS 695/2021[677] se aplica la agravante del 177 bis en concurso medial con un delito de prostitución forzada. En relación con el delito de trata se aprecia la concurrencia de la agravante y se condena por cada uno de los delitos a 4 años a la mayoría de los condenados. Ni la sentencia de la Audiencia Nacional, del 13 de octubre del 2020, ni la del Tribunal Supremo entran a fondo en el concurso de normas ni de delitos.

Resulta, a su vez, interesante la posición del Tribunal Supremo al ratificar la penalidad impuesta en dos casos, a pesar de que el cálculo para fijar la pena fuera distinto. En ambos casos se condena por tráfico de drogas y pertenencia a grupo criminal. En la ya mencionada STS 243/2021 se recoge:

> *"La sentencia de instancia condenó a Casimiro, como autor de un delito de tráfico de drogas, en la modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud, notoria importancia, mediante embarcación cometido por funcionario público, previsto y penado en los arts. 368 pf.I; 369.1.5ª; 370.3º; 372, y 374 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777), en concurso de normas con el delito de grupo criminal de los artículos 570 ter 1.b) pf. Final y 570 quáter 1 y 2 CP, en relación con el art. 8.4, a la pena de 9 años de prisión, inhabilitación absoluta durante 11 años y multa de 3.450.536 €."*

[677] STS 695/2021, de 15 de septiembre, nº de recurso 10137/2021. Ponente: Javier Hernández García.

La sentencia de instancia, de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 20 de noviembre de 2018, no razona el cálculo realizado para llegar a fijar los 9 años de prisión, reproduciéndose en los mismos términos en la resolución del Tribunal Supremo. Mientras, la STS 716/2022[678] ratifica la SAP Madrid de 2 de diciembre de 2019, posteriormente confirmada por el Tribunal Superior de esa comunidad el 11 de septiembre del 2021, en el que se establece:

> *"Que debemos condenar y CONDENAMOS al acusado en esta causa Epifanio como autor responsable de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud (cocaína) en su modalidad agravada de notoria importancia, previsto y penado en el art. 368 y 369.5 a CP, y de un delito de pertenencia a grupo criminal, previsto y penado en el art. 570 Ter IB) CP concurriendo las atenuantes simples de drogadicción y dilaciones indebidas, a las siguientes penas: por el delito contra la salud pública CUATRO AÑOS DE PRISIÓN con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de SETECIENTOS TREINTA MIL EUROS (730.0009 con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 30 días de arresto, y CUATRO MESES DE PRISIÓN con su accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el delito de pertenencia a grupo criminal y al pago de 2/16 partes de las costas".*

En ese caso, al igual que en el anterior que se ha analizado, el Tribunal Supremo se limita a recoger lo que mantiene la sentencia de instancia. La segunda sentencia deja claro que el concurso de delitos se ha resuelto mediante concurso real, pero ni la resolución de instancia ni la del Tribunal Supremo recogen qué tipo de concurso se ha seguido para imponer los nueve años de la STS 243/2021.

Respecto de las agravantes que recoge el artículo 570 bis cabe mencionar la STS 910/2021[679]. En la misma se condena en concurso real por el delito de pertenencia a una organización criminal y el delito de amenazas, considerando para ello las agravantes de instrumentos peligrosos (570 bis 2.a) y tener como fin la comisión de delitos contra la integridad de las personas (570 bis 3), con aplicación de la atenuante de las dilaciones indebidas, a la pena de prisión de 4 años, tres meses y un día por el delito de pertenencia y a la pena de 6 meses por el delito de amenazas.

### 5.4. Recapitulación y toma de postura

En este apartado se ha analizado el concurso de delitos que concurre entre el tipo autónomo y el delito fin. Al igual que sucede con el concurso de normas, del análisis realizado se desprende que no existe en la doctrina una postura unitaria en torno a esta cuestión, de manera que se defienden, en realidad, todas las posibilidades de concurso de delitos: hay quienes consideran que tiene que ser real, quienes aboga por aplicar un concurso ideal o quien apoya el medial, además de encontrar con autores que defienden

[678] STS 716/2022, de 13 de julio, recurso nº 5111/2020. Ponente: Andrés Martínez Arrieta.
[679] STS 910/2021, de 24 de noviembre, nº de recurso 5854/2019. Ponente: Ángel Luis Hurtado Adrián.

la posibilidad de que exista una u otra clase de concurso de delitos en función de las particularidades del caso.

Esta disparidad de planteamientos se debe en parte, a nuestro juicio, a la confusa y compleja situación normativa existente respecto de la criminalidad organizada. Y es que, como se ha mantenido al inicio del estudio de esta concreta cuestión, previamente a valorar la existencia de un concurso de delitos entre el artículo 570 bis y el delito fin, deben ser tenidos en cuenta varios aspectos específicos que van a determinar esta cuestión, en concreto: habrá que valorar el concurso de normas existente entre la aplicación del tipo agravado por organización o el tipo autónomo de pertenencia junto con el delito fin, según lo dispuesto en el artículo 570 quater. De concurrir esta última situación, habrá de analizarse si el concurso existente entre el delito fin y el artículo 570 bis es de naturaleza real, ideal o medial. Además, también deberá tenerse presente si concurre alguna de las agravantes que se prevén en el artículo 570 bis referida al número de personas, disposición de armas o instrumentos peligrosos o medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte. Por último, igualmente habrá que tener presente si, además del delito fin, la organización lleva a cabo otras actividades ilícitas.

La pretensión de este análisis ha sido la de sistematizar el marco normativo de la delincuencia organizada en el Código Penal, focalizando la atención en el delito de pertenencia a una organización criminal y su relación con otras figuras afines. Como se ha visto, a medida en que se ha avanzado en este análisis, se han puesto de relieve las incoherencias y disfuncionalidades que surgen de las relaciones entre las distintas figuras delictivas, al margen de las cuestiones controvertidas que el propio artículo 570 bis suscita a la luz de los principios y categorías penales. En este momento, las relaciones concursales entre las distintas normas son nuevamente muestra de las deficiencias de la legislación penal y, como no podía ser de otra manera, este mismo esquema se reproduce en lo que se refiere al tratamiento del concurso de delitos entre el delito fin y el delito de pertenencia a una organización criminal.

Como manifiesta ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, no son pocas las dificultades a la hora de resolver las relaciones concursales en estos delitos. Muestra de ello es que, junto a las distintas posturas que se han expuesto en el ámbito doctrinal, la jurisprudencia tampoco sigue siempre una respuesta unitaria en torno a esta cuestión[680]. Cierto es que en la

[680] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "Problemas de interpretación… *op. cit*., pág. 92.

mayoría de las ocasiones se opta por la aplicación de un concurso real entre el artículo 570 bis y el delito fin, solución, por lo demás, extrapolable igualmente en cuanto a la relación concursal que se pueda producir entre el delito fin y el artículo 570 ter. No obstante, parece apreciarse en esta posición jurisprudencial la aplicación de la penalidad más beneficiosa para el condenado, tal y como se desprende de la STS 878/2016 analizada, por la que, admitiendo la presencia de un concurso ideal, se condena por la suma de las penas por separado de cada delito, tal y como requiere el artículo 77.2. Igual respuesta a favor del concurso ideal, por lo demás, se ha apreciado en las resoluciones analizadas cuando la calificación ha venido determinada por el delito fin agravado por organización y otro delito. A esta disparidad de respuesta en las resoluciones analizadas hay que sumar, por lo general, la ausencia de una motivación detallada que entre a razonar por qué se resuelve en favor de una clase concreta de relación concursal, limitándose a aplicar lo que las partes han solicitado. Como colofón, cuando entran en juego alguna de las agravantes prevista en el artículo 570 bis respecto del delito de pertenencia, o cuando la organización tiene como finalidad otra actividad ilícita, además del delito fin, las interpretaciones y el margen para la solución concursal aumentan.

Con este escenario, entendemos que, *a priori*, la solución más convincente es considerar a la organización como medio para la comisión del delito fin; concretamente, la agrupación operaría como instrumento para cometer el delito, lo que nos lleva a defender la solución, sostenida por un sector de la doctrina, de que existe un concurso medial entre el artículo 570 bis y el delito fin. Por ello, estaría justificada su aplicación al no ser necesario el inicio de la fase ejecutiva del delito perseguido y al comprender que la organización constituye el medio concreto para llevar a cabo el delito fin. En cualquier caso, debido a la ya mencionada falta de una formula unitaria en la respuesta que el ordenamiento jurídico otorga a la delincuencia organizada, habría que valorar el caso concreto para valorar si la respuesta en favor del concurso medial resulta adecuada en atención a las particularidades que presente.

No obstante, alegar que el concurso de delitos entre el delito fin y el delito de pertenencia a una organización criminal debe ser medial no agota todos los problemas que se han ido analizando a lo largo de este trabajo y sobre los que se ha tomado postura. La finalidad de esta investigación ha sido la de aproximarse a la regulación en torno a la delincuencia organizada y grupal, a partir del delito de pertenencia a una organización criminal, así como abordar y dar respuesta a los principales problemas que se plantean en

cuanto a su convivencia y en qué medida la coexistencia de todas estas figuras jurídico-penales es posible.

## CONCLUSIONES

**1.** En el año 2010 nuestro ordenamiento jurídico penal tipificó los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal con la introducción de los artículos 570 bis, ter y quater mediante la LO 5/2010. La necesidad de armonización de los ordenamientos penales nacionales en relación con la criminalidad organizada se venía solicitando en el plano internacional desde hacía más de una década. Concretamente, ya la Convención de Palermo de 2000 ponía de manifiesto la necesidad de que los ordenamientos penales nacionales incriminaran la pertenencia a una estructura y grupo criminal, recogiendo las características que debían reunir estas figuras en la búsqueda de una respuesta armonizada.

En el caso español, la fuente internacional inmediata de la regulación penal actualmente vigente en esta materia proviene de la Decisión Marco 2008/841/JAI, que, a su vez, recoge en esencia la regulación de la Convención de Palermo. Ello pone de manifiesto el tiempo tardado por el legislador español en dar cumplimiento a los requerimientos de la ONU para introducir en el Código Penal español los artículos 570 bis y ter relativos a la pertenencia a una organización y grupo criminal, respectivamente.

**2.** No obstante, la preocupación por parte del legislador español de dar respuesta penal a la delincuencia organizada no es nueva, siendo muy anterior al Código Penal actual y a los compromisos internacionales surgidos de la Convención de Palermo de 2000 y de la DM de 2008. Con el Código Penal de 1822 se tipificaba ya la comisión de delitos mediante una cuadrilla de malhechores, primer antecedente histórico para dar respuesta a este fenómeno, y la tendencia de castigar con mayor severidad la comisión delictiva mediante una agrupación de personas fue en aumento con la incorporación paulatina de otras figuras jurídico-penales. Desde el primer Código Penal de 1822 hasta el actualmente vigente, es decir, en los siete que se han promulgado desde entonces, siempre se ha tipificado, con sus peculiaridades en cada caso, la delincuencia asociativa, como por ejemplo sancionar penalmente la disidencia con el régimen político vigente o el robo llevado a cabo mediante una agrupación de personas.

**3.** El término asociación ilícita se emplea por primera vez en nuestra historia legislativa penal en el Código Penal de 1848, y desde entonces ha sido constante su castigo en el ordenamiento jurídico penal. Esta figura no ha sido nunca definida por el legislador,

habiendo sido resultado del desarrollo doctrinal y jurisprudencial, contando con las mismas características que la figura de organización criminal definida en el artículo 570 bis.

Además del delito de asociación ilícita, con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, el legislador español había introducido agravaciones específicas referidas a la delincuencia organizada en algunos delitos. Además de la tradicional agravación por cuadrilla recogida en el delito de robo, destacan particularmente las agravantes por organización en los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de bienes, que siguen existiendo en nuestra legislación penal desde que se introdujeron por vía de reforma al Código Penal de 1973. A día de hoy, son ya 28 los delitos que cuentan con una agravación específica de esta índole.

Junto al delito de asociación ilícita y estas agravantes específicas, deben tenerse presente, además, la existencia de otras figuras jurídico-penales con las que pueden entrar en colisión. Así, se castiga la conspiración para delinquir en el artículo 17 CP. Igualmente, la comisión delictiva como expresión de una forma de criminalidad organizada no debe confundirse con una situación de codelincuencia, sometida a las reglas generales de autoría y participación de los artículos 28 y 29 CP.

El panorama normativo descrito se completa, a partir de la reforma del año 2010, con la introducción de los delitos de pertenencia a una organización y a un grupo criminal de los artículos 570 bis y 570 ter, respectivamente. En consecuencia, la diversidad de normas penales para dar respuesta a la criminalidad organizada y otras figuras afines hace surgir problemas de delimitación y convivencia entre todas ellas.

**4.** Desde distintas instancias internacionales se ha venido alertando desde hace décadas de las nefastas consecuencias que la criminalidad organizada tiene para la sociedad, lo que habrían impulsado las iniciativas normativas internacionales para que los Estados introduzcan en sus legislaciones penales previsiones dirigidas a combatir toda manifestación de criminalidad organizada. Los datos internacionales analizados en esta investigación han puesto de manifiesto que este fenómeno es una preocupante realidad que afecta a gran parte de la población. En el caso español, por su parte, el análisis de datos comparando la situación previa a la reforma de 2010 hasta fechas recientes en relación a esta clase de delincuencia va en sintonía con la tendencia internacional. Los informes del Ministerio Fiscal, así como las investigaciones llevadas a cabo por otros organismos, subrayan la alta incidencia de la delincuencia organizada en nuestro

territorio. Con todo, no es posible cuantificar con exactitud la incidencia de esta clase de delincuencia, debido a las diferentes aproximaciones que realizan los distintos organismos implicados, pero su alta prevalencia es, en todo caso, innegable, y en la que destaca su carácter transnacional y lo mutable de su estructura. La criminalidad organizada actuaba en el año 2010 y lo sigue haciendo en la actualidad, por lo que otorgar una respuesta jurídico-penal efectiva resulta necesaria.

**5.** La dificultad en la persecución y enjuiciamiento de la delincuencia organizada ha conllevado la creación de cuerpos especiales dentro de los organismos de seguridad; de la misma manera, el Ministerio Fiscal cuenta con una Fiscalía especializada, la Fiscalía especial contra la corrupción y la criminalidad organizada. Ahora bien, sería conveniente que, en consonancia, existieran también juzgados especializados en esta materia, tal y como propugna un sector de la doctrina. Estos juzgados estarían destinados a tramitar delitos llevados a cabo por una organización criminal, ya que, debido a sus características, son los que mayor grado de especialización requieren para su persecución y enjuiciamiento.

No obstante, la especialización judicial también resulta necesaria a la luz de la normativa existente, al objeto de ofrecer una adecuada interpretación de las distintas previsiones que dan respuesta a la criminalidad organizada y deslindar su ámbito de aplicación y una eventual condena por una u otra figura, con los problemas que plantean las relaciones concursales existentes. Para ello, es imprescindible tener una visión global de toda esta delincuencia con los recursos que ofrece el Código Penal para combatirla, en atención a las particularidades y tipologías que presenta. Se ha visto en esta investigación que, en la práctica, la distinción entre las diferentes figuras que castigan la comisión delictiva mediante una agrupación de personas presenta contornos difusos.

En cualquier caso, la atribución de competencia a un órgano judicial especializado podría conllevar una saturación en su actuación. Por ello, esta propuesta debe acompañarse de una importante inversión de medios económicos y personales, que dependerá, en última instancia, de la voluntad política de combatir eficazmente este fenómeno delictivo.

**6.** La tipificación de los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal, que culminó con la introducción de los artículos 570 bis y ter en el Código Penal a raíz de la LO 5/2010, de 22 de junio, no resultó una labor sencilla. El estudio de los textos

prelegislativos previos a esta reforma, han puesto de manifiesto lo complejo de este proceso, si tenemos en cuenta las modificaciones ocurridas en cuanto a la ubicación en el texto penal, delimitación y contenido de la pertenencia a una agrupación criminal. En relación con las características que cabe conferir a la agrupación sometida a castigo penal, los anteproyectos y proyectos existente han oscilado en conferirle carácter transitorio o no, a pesar de que tanto la Convención de Palermo de 2000 como la Decisión marco de 2008 ya recogían dos clases de agrupaciones criminales.

A este respecto, el Anteproyecto de 2008 tipificaba exclusivamente la pertenencia a una organización criminal que tuviera carácter transitorio. Ello podría interpretarse en el sentido de que con esta regulación únicamente se pretendía cubrir jurídico-penalmente situaciones que no tuvieran cabida en el delito de asociación ilícita, aplicable únicamente a organizaciones de carácter permanente. No obstante, la opción final del legislador dio lugar a castigar tanto la pertenencia a una organización como a un grupo criminal, con las dificultades que ello plantea, en relación con el artículo 570 bis, para diferenciarlo particularmente del delito de asociación ilícita del artículo 515.

En lo relativo a su ubicación sistemática, la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 argumentaba que este tipo de agrupaciones lesionaban el orden público y, por ello, se justificaba su ubicación en el Título XXII del Libro II del Código Penal. No obstante, no fue hasta el Proyecto del 2009 que estos delitos ocuparon este lugar en la legislación penal, pues hasta entonces los anteriores textos prelegislativos definieron un título propio para esta incriminación, con diferente denominación: "De las organizaciones y grupos criminales" en el Anteproyecto de 2006, a "De las agrupaciones criminales" en el Anteproyecto del 2008. Cambio de ubicación en relación con las dudas del legislador español sobre qué clase de agrupación delictiva incriminaba, teniendo en cuenta las diferenciaciones realizadas en la normativa internacional y europea y la pervivencia del delito de asociación ilícita, y que parecía afectar de lleno en el objeto de tutela y su diferencia con el protegido por vía del artículo 515 CP.

**7.** En conexión con lo anterior, la determinación del bien jurídico protegido en el delito de pertenencia a una organización criminal es uno de los aspectos más controvertidos que presenta el artículo 570 bis. A pesar de que la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se tome postura por la lesión del orden público, por parte de la doctrina existen diferentes planteamientos en cuanto a su concreción. Por su parte, la jurisprudencia no aporta

significativamente a este debate, limitándose a asumir el orden público como objeto de tutela en los términos recogidos por la Exposición de Motivos.

Sobre la discusión doctrinal existente, las tres vías para abordar esa cuestión son, en primer lugar, que el delito de pertenencia a una organización criminal supone la lesión de un bien jurídico colectivo por la mera pervivencia de esta; en segundo lugar, que con este delito se anticipa la barrera de protección penal para proteger el bien jurídico del delito fin; y, en último lugar, una concepción mixta que entrelaza ambas posturas. Por esta última postura nos hemos decantado en esta tesis, al entender que el artículo 570 bis supone ya la lesión de un bien jurídico colectivo, definido como seguridad colectiva, y supone, a su vez, la puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido por el delito fin, ya sea este último colectivo o individual. Se trata, pues, de un delito pluriofensivo.

Asimismo, el hecho de que la concurrencia entre el delito de pertenencia a una organización criminal y el delito fin de la organización deban resolverse conforme a un concurso de delitos y no de normas, reafirma que la seguridad colectiva es un bien jurídico con autonomía propia, diferente del protegido en el delito fin.

**8.** En consideración de la postura que asigna al delito de pertenencia a una organización criminal la protección del orden público, del análisis realizado en esta investigación se concluye que, tanto extramuros del Derecho Penal, como dentro del propio Título XXII del Código Penal, nos encontramos ante un concepto que plantea dificultades de concreción, puesto que no existe una acepción unívoca ni una posición unánime al respecto, en general, y particularmente en relación con cada uno de los delitos que integran los así denominados globalmente "Delitos contra el orden público". El orden público es susceptible de soportar distintas interpretaciones al no tratarse de un concepto estático, es decir, su interpretación varía en base a las coordenadas sociopolíticas del momento. Así, en sentido amplio, implica el sometimiento al ordenamiento jurídico, en cuanto al marco constitucional, las leyes y las decisiones legítimas, como presupuesto para el ejercicio de los derechos fundamentales; pero también alude al ejercicio correcto de la función pública. Siguiendo otras acepciones más restrictivas, apela a la tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida cotidiana, la normalidad de la convivencia con uso pacífico de los derechos, el orden en la calle, todas ellas en estrecha conexión con términos como son la paz pública o la seguridad colectiva. Esta evolución del cuestionable concepto de orden público al de seguridad colectiva frente a los riesgos que

expresa por su propia existencia la organización criminal, resulta, a nuestro juicio, un planteamiento más apropiado en la labor de delimitación del objeto de protección del delito de pertenencia a una organización criminal.

**9.** Sobre la tesis que plantea que con el delito de pertenencia a una organización criminal meramente se estaría castigando un acto preparatorio del delito fin, se considera, acorde con la doctrina, que con ello el artículo 570 bis constituiría una pre-preparacion o proto-participación respecto de aquel, concluyéndose que, entonces, sería suficiente con responder penalmente por vía de una agravación específica en la actividad delictiva cometida en el marco de la organización. Sin embargo, por otra parte, se ha justificado que la existencia de la organización supone un nivel de peligro superior al facilitar la perpetración delictiva, por su facilidad en la planificación y comisión de delitos, el posterior encubrimiento de sus miembros, debilitar las posibilidades de la víctima y/o asegurar un determinado resultado delictivo. En cualquier caso, concebir el delito de pertenencia a una organización criminal como mera anticipación de la barrera punitiva del delito fin resulta cuestionable y no permitiría justificar esta incriminación.

**10.** La seguridad colectiva, como bien jurídico con sustantividad propia, se entiende como el estado de peligro para futuros bienes jurídicos, que se ponen en peligro por el programa criminal, un estado de cosas que autónoma y anticipadamente garantiza la protección de bienes jurídicos de naturaleza individual y colectiva. Además, en esta investigación se defiende que este bien jurídico de naturaleza colectiva se protege tanto en relación con la pertenencia a una organización criminal como a un grupo criminal. No obstante, el artículo 570 bis no protege exclusivamente este bien jurídico colectivo, puesto que su tutela lleva consigo la anticipación de la barrera de protección de otros bienes jurídicos del colectivo social, mostrando este planteamiento, por lo demás, afinidad con la línea doctrinal que defiende que el bien jurídico protegido en los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, también ubicado en el Título XXII del Código Penal es también la seguridad colectiva. Precisamente, delimitar el bien jurídico tutelado en el artículo 570 bis en la seguridad colectiva lleva a cuestionar su ubicación en este Título XXII, en la medida en que existe en el Código Penal el título XVII dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva. No hay que olvidar que, con anterioridad a la versión definitiva que se aprobó con la LO 5/2010, la pertenencia a una agrupación

criminal, con uno u otro contenido, se incluía en un Título independiente a continuación de los delitos contra la seguridad colectiva, tal y como sucedía en los anteproyectos de 2006 y 2008, así como en el Proyecto de 2007.

**11.** La determinación del bien jurídico tutelado, configurándose el delito de pertenencia a una organización criminal como delito pluriofensivo, supone un necesario punto de partida para valorar la necesidad y legitimidad de esta incriminación. La capacidad lesiva frente a la seguridad colectiva, así como la potencialidad concreta para afectar al bien jurídico del delito fin del programa criminal de la organización, entendemos que permiten justificar su relevancia penal conforme, a pesar de los problemas dogmáticos que ello plantea. El Derecho Penal se enfrenta a un cambio en el que las actividades individuales han pasado a ser globales, como es el crimen organizado económico. Ahora bien, ello no supone renunciar a los principios y categorías penales. En este sentido, las penas que establece el artículo 570 bis resultan excesivas si se considera que únicamente se castiga la pertenencia a la organización independientemente de la participación en el delito fin, de hecho. En el caso de que la pertenencia pueda llevar aparejada una pena mayor que el delito fin, infringe el principio de proporcionalidad.

**12.** En lo que al concepto de la organización criminal se refiere, y a pesar de ser uno de los aspectos prioritarios para alcanzar una respuesta penal armonizada en las regulaciones penales estatales, el legislador penal español solo pasó a prever una definición legal de organización y grupo criminal en el Proyecto de 2009, no existiendo tal en los anteriores textos prelegislativos. A este respecto, el Anteproyecto de 2006 sí que contemplaba en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas una definición de organización criminal, pero esta era dudosamente extrapolable a otras normas que también tipificaban la comisión de un determinado delito en el marco de una organización y, con carácter general, al 385 bis del Anteproyecto de 2006, en relación con la pertenencia a una organización o grupo criminal.

La regulación finalmente aprobada con la reforma de 2010 ha optado con acierto por introducir en los artículos 570 bis y ter lo que debe entenderse por organización y grupo criminal, definición que parece extrapolable a cualquier agravante específica por organización, de manera que ello ha supuesto, igualmente, la supresión de la definición de organización criminal prevista para los delitos de tráfico de drogas.

Así, se entenderá por organización criminal la agrupación estable y estructurada, de más de dos personas que tiene como finalidad la perpetración de delitos. El grupo criminal debe contar también con la reunión de más de dos personas y tener ese objetivo de comisión de delitos, sin embargo, podrá carecer de las demás características. Con ello, la organización criminal se equipara al grupo delictivo organizado que tipificaba la Convención de Palermo y a la organización delictiva de la DM 2008/841/JAI, mientras que el grupo criminal hace lo propio con el grupo estructurado y la asociación estructurada.

Conforme a esta diferenciación de tipologías de agrupación en que se manifiesta la criminalidad organizada, en esta tesis se defiende que la distinción entre organización y grupo criminal reside exclusivamente en sus características definitorias, algo que en la práctica no siempre presenta una diferenciación clara, y no, como plantea un sector de la doctrina, en su objeto de protección, entendiendo que en ambos casos se protegen tanto la seguridad colectiva como los bienes jurídicos de los delitos fin cometidos en el marco de ambas clases de agrupaciones.

**13.** En conexión con lo anterior, la definición de organización dada por la LO 5/2010, que acoge a su vez la definición del Proyecto de 2009, recoge en lo fundamental los requisitos enumerados por la normativa internacional (número de miembros, finalidad de cometer actividades ilícitas, carácter permanente y división de tareas en su caso), con dos excepciones. Por un lado, no acoge la característica de que la organización pretenda lograr un beneficio económico o ventaja material, si bien este elemento, a pesar de no exigirse expresamente, estaría presente implícitamente en la medida en que en la organización criminal dedicada a la delincuencia común encontraría su móvil en la obtención de un beneficio o ganancia ilícita; por otro lado, la aplicación del artículo 570 bis y, por extensión, 570 ter no se limita por el marco penal asignado al delito que comete la organización o grupo.

Sobre estas dos características, en esta investigación se ha concluido que la razón principal por la que el legislador español no ha incorporado explícitamente que la organización tenga como objetivo la obtención de un beneficio económico o ventaja material se debe a que la definición de organización criminal del artículo 570 bis es aplicable, igualmente, a las organizaciones terroristas, tal y como dispone el artículo 571 CP, siendo que estas últimas no persiguen directamente esta finalidad lucrativa, sino los fines específicos señalados por la ley. Por ello, y al no limitar la gravedad del delito fin

para delimitar la incriminación de la organización criminal, el legislador español ha recogido un concepto de esta, así como de grupo criminal, más amplio que el que define la normativa internacional, lo que refleja su intención de querer evitar cualquier actividad delictiva de estas agrupaciones, independientemente de la gravedad del delito fin, lo cual puede poner en entredicho algunos de los principios legitimadores del Derecho Penal, en particular el principio de proporcionalidad.

**14.** De la equiparación legal parcial de las conductas incriminadas en relación con la organización y grupo criminal y del análisis jurisprudencial realizado, es posible establecer una distinción entre ambas agrupaciones en base a la falta de estructura, esto es, al reparto de tareas respecto del grupo criminal. La nota de estabilidad o permanencia servirá, a su vez, para delimitar la presencia de un grupo criminal con una situación de codelincuencia. En esencia, para que exista una organización criminal esta debe contar con estabilidad y estructura, mientras que el grupo criminal se define legalmente por la carencia de alguna o algunas de las características propias de la organización criminal, lo que principalmente se expresa en la nota de la estabilidad. Por su parte, en una situación de codelincuencia, además de que es suficiente un mínimo de dos personas, no está presente ninguna de esas características y, además, la finalidad será la perpetración de un único delito. En consecuencia, será el número mínimo de miembros y la perpetración de delitos en plural, lo que, en principio, distinguirá un supuesto de codelincuencia de una agrupación criminal. No obstante, mientras que el artículo 570 bis prevé, en todo caso, que la organización se dedique a la comisión de delitos, en plural, no sucede lo mismo en relación con el artículo 570 ter, puesto que para el grupo criminal la ley sí hace alusión a la comisión de uno o varios delitos en el apartado 1.c de dicho artículo. Ahora bien, en la práctica, cuando la reunión de personas tiene como finalidad la comisión de un único delito, los tribunales optan por calificarlo de un supuesto de codelincuencia, con independencia del número de participantes en él.

Al margen de lo anterior, y a pesar que el principal elemento diferenciador entre la organización y el grupo criminal se ha venido residenciando en el carácter estable de la primera frente al segundo, la práctica judicial reciente pone de manifiesto determinados elementos de valoración que anteriormente no eran considerados, como es la no existencia de un número elevado de personas, a pesar de apreciarse estabilidad y reparto de las funciones en la agrupación, para entender que se trata de un grupo criminal y no de una organización. Por ello, resulta necesaria una valoración individualizada en cada caso, si

bien en la mayoría de los supuestos analizados el órgano judicial se suele decantar por la calificación presentada en los escritos de acusación, lo que, además, hace posible condenar por pertenencia a grupo criminal del artículo 570 ter cuando se ha solicitado la pena por pertenencia a organización criminal del el 570 bis, pero no al revés.

**15.** Por su parte, el enjuiciamiento en materia de tráfico de drogas en conexión con el artículo 369 bis, cuando los hechos se realizan por quienes pertenecen a una organización delictiva, ha servido a la jurisprudencia para delimitar fundamentalmente las figuras de organización criminal, grupo criminal y codelincuencia. Los delitos de tráfico de drogas son, además, los que conllevan un mayor número de condenas a nivel estatal en relación con el crimen organizado, lo que se corresponde con el hecho de que la agravante específica de cometerse estos delitos mediante una agrupación de personas fue, junto a la prevista para el blanqueo de bienes, de las primeras en introducirse en nuestra legislación penal, estando vigente el Código Penal de 1973, sin perjuicio de las numerosas modificaciones que ha sufrido desde entonces.

A pesar de que tras la aprobación de la LO 5/2010 y la introducción de los delitos de pertenencia a una organización y grupo criminal, ha desaparecido la definición de organización delictiva que se contenía en la agravación específica en los delitos de tráfico de drogas, esta comparte las mismas características que la organización criminal definida en el artículo 570 bis, de manera que la concurrencia entre esta agravación y el delito de pertenencia a una organización criminal ha de resolverse por la vía de un concurso de normas entre el artículo 369 bis y 570 bis. Ahora bien, en caso de que la agrupación dedicada al tráfico de drogas se caracterice como grupo criminal, y no como organización, será de aplicación un concurso de delitos entre el 570 ter y el correspondiente delito de delito de tráfico. Por último, cuando no quede clara la estabilidad de la agrupación se tratará de una situación de codelincuencia en este ámbito delictivo. Pero, aunque teóricamente es posible establecer una línea divisoria entre todas estas figuras, en la práctica la distinción se presenta en ocasiones confusa, como se pone de manifiesto en algunas resoluciones judiciales.

Lo anterior encuentra una de sus causas en que los tribunales no suelen entrar a profundizar sobre las razones por las que concurre una u otra figura, limitándose en ocasiones, como acaba de recogerse en la conclusión anterior, a lo que las partes solicitan. Además, el complejo mosaico normativo en torno a la delincuencia organizada dificulta igualmente la labor judicial.

**16.** En lo que a las conductas típicas que castiga el delito de pertenencia a una organización criminal, la tipificación que contempla el artículo 570 bis y, por extensión, el artículo 570 ter, al igual que sucede con la definición de organización y grupo criminal, va más allá de lo solicitado por la esfera internacional. Tanto a nivel europeo, como a nivel internacional, se solicitaba a los Estados que tipificasen la pertenencia a una agrupación que tuviera como finalidad la comisión de delitos y que, para ello, la pertenencia se calificase como activa. A este respecto, en cuanto al comportamiento que lleva a cabo el miembro de la organización criminal, el Código Penal determina dos niveles de responsabilidad, concretamente, en un primer nivel se sitúa la promoción, constitución, organización, coordinación y dirección de la organización, mientras que en un segundo nivel se sitúan las conductas de participar activamente, formar parte o cooperar económicamente o de cualquier otro modo en la organización. La división de esos roles o funciones por responsabilidades ya se manifestaba tanto en la Convención de Palermo de 200 como en la DM de 2008, con exclusión del mero hecho de formar parte de la organización, además de no distinguirse la penalidad en atención a estos roles en el plano internacional y europeo.

Nos encontramos, por lo tanto, ante un tipo penal onmicomprensivo en cuanto a las conductas punibles, en la que, en la línea de lo que ocurre en materia de tráfico de drogas o de terrorismo, se castiga todo comportamiento o conexión con la organización criminal, algo cuestionable en atención al principio de proporcionalidad.

**17.** Mención especial merecen los comportamientos de segundo nivel (participar activamente, formar parte o cooperar económicamente o de cualquier otro modo con la organización). Por una parte, respecto de la participación activa entendemos que se refiere a que la conducta del sujeto ayuda al mantenimiento de la agrupación y facilita la comisión del delito fin. Consecuentemente, nos mostramos partidarios de la eliminación de la conducta de formar parte, es decir, la mera participación pasiva. Este comportamiento, cuya sanción no aparece recogida en la normativa internacional, y respecto del que no puede probarse una contribución orientada al objetivo delictivo de la agrupación, choca con los principios de lesividad, intervención mínima y proporcionalidad del Derecho Penal. Por su parte, en cuanto a la colaboración con la organización, entendemos que para que se castigue debe ser una cooperación puntual y,

en todo caso, resultar eficaz. Además, en este último comportamiento, deberían de ser aplicables las reglas de autoría y participación, como más adelante se mencionará.

**18.** La razón por la que en el delito de pertenencia a un grupo criminal no se distingan los dos niveles de responsabilidad que se tipifican en el artículo 570 bis, radica en la propia definición de grupo que recoge la ley. Establece el artículo 570 ter que este no debe reunir alguna o algunas características de la organización criminal, salvo la unión de dos o más personas y la finalidad de la perpetración concertada de delitos. Por ello, no es necesario que concurra el requisito referido a la estabilidad de la agrupación y/o el reparto de funciones, a pesar que una presencia mínima de dichos elementos parece necesaria para distinguirlo de una posible situación de codelincuencia. En cualquier caso, y con base en estos elementos parece justificarse que el artículo 570 ter no recoja distintos niveles de responsabilidad, al no ser imprescindible la presencia de roles de mando. No obstante, la clandestinidad en la que actúan estas agrupaciones puede dificultar conocer el alcance de la contribución de cada participante y puede conllevar a que comportamientos de distinta responsabilidad (en la medida en que el artículo 570 ter tipifica los comportamientos de constituir, financiar e integrar) se castiguen con la misma pena. Además, también en el caso de la pertenencia a un grupo criminal la participación pasiva no debería tampoco castigarse, por las mismas razones que se han defendido en relación con la organización criminal.

**19**. El legislador ha pretendido que todas las conductas que se castigan en el delito de pertenencia a una organización criminal lo sean a título de autor. En esta investigación, no se comparte esta postura, puesto que, en consonancia con el planteamiento defendido en torno al objeto de tutela de este delito, no todas poseen la misma capacidad lesiva para la seguridad colectiva y los bienes jurídicos tutelados en los delitos fin. En este sentido, se defiende, según se ha concluido anteriormente, que el comportamiento del sujeto debe ayudar al mantenimiento de la organización, por lo que esa aportación debe manifestarse en una conducta o prestación activa. Además, aunque la colaboración implica una prestación activa, no parece justificado aglutinarla junto con los demás comportamientos tipificados en concepto de autoría. El sujeto que colabora con la organización, siempre que, su atribución fuera eficaz, debería ser castigado como cooperador necesario o cómplice, puesto que, de otra manera, supondría un injustificado adelantamiento de la

barrera penal en caso de tentativa. Piénsese en el colaborador que envía armas a una agrupación pero que no llegan, por razones ajenas a él, a su destino.

Por otro lado, las reglas generales sobre autoría y participación entran en juego respecto del delito fin, de acuerdo con la posición mayoritaria de la doctrina. Caso particular es el jefe de la organización, en la medida en que no siempre lleva a cabo una contribución ejecutiva en el delito fin o esta no puede demostrarse. En estos supuestos, un sector de la doctrina apela a la rentabilidad que ofrece la teoría del dominio de la organización para considerarlo igualmente autor junto con los ejecutores del delito fin cuando no se pueda demostrar la implicación ejecutiva del jefe en él.

**20.** En cuanto a la convivencia entre el artículo 570 bis y el delito de asociación ilícita, tipificado este último en el ordenamiento jurídico-penal español desde el Código Penal de 1848, surge un posible solapamiento en lo que atañe a las asociaciones ilícitas recogidas en el artículo 515.1º, esto es, las que tienen por objeto cometer algún delito o después de constituidas promuevan su comisión, como expresión de delincuencia común organizada. Las posibilidades de encontrar un ámbito propio de punición versan, principalmente, en relación con el propio concepto de asociación ilícita y sus diferencias con la organización criminal, el bien jurídico protegido y las conductas incriminadas en cada caso.

A diferencia de lo que sucede con la figura de la organización criminal, el concepto de asociación ilícita ha sido determinado a lo largo del tiempo por la doctrina y la jurisprudencia, no siendo posible encontrar aquí un criterio de diferenciación, puesto que ambas figuras comparten las mismas características en cuanto al número de integrantes, estabilidad, reparto de tareas y finalidad de cometer delitos. En realidad, con base a esta definición común, el delito de asociación ilícita habría servido como base de estudio para abordar algunas de las cuestiones controvertidas que presenta el artículo 570 bis, lo que nos pone en la pista de que, en realidad, se plantea un solapamiento en la respuesta jurídico-penal para esta clase de agrupaciones.

**21.** Rechazada una posible delimitación de figuras basada en el propio concepto de asociación ilícita frente al de organización criminal, la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 justifica su coexistencia en la distinción de los bienes jurídicos protegidos en cada caso, de manera que el orden público vendría a ser tutelado por el artículo 570 bis y el

derecho de asociación en el artículo 515. Vinculado con esto, el legislador apela igualmente al origen intrínsecamente delictivo de la organización criminal.

En torno a este criterio de diferenciación, hay que tener presente que la LO 5/2010 modificó el contenido del artículo 515, sacando de las asociaciones ilícitas a las bandas armadas, que pasaron a castigarse por delitos de terrorismo, y pasando a ser también para estas agrupaciones el orden público, en teoría, el objeto tutelado. Ello pone de manifiesto la dificultad para que el bien jurídico sirva como criterio de distinción, ya que se defiende que, en ambos casos, en relación con asociaciones u organizaciones dedicadas a la delincuencia común, es el mismo, esto es, la seguridad colectiva, así como los bienes jurídicos de los delitos fin. Por otro lado, sobre la apariencia de legalidad de la asociación ilícita respecto de la organización criminal, este es un elemento no determinante, puesto que la asociación cuente con apariencia de legalidad, esto es, con personalidad jurídica, no significa que la organización criminal necesariamente carezca de ella, a pesar de ser intrínsecamente delictiva. La asociación ilícita también puede tener, desde su inicio, una naturaleza puramente criminógena. Del análisis jurisprudencial realizado, además, se desprende que no ha habido inconveniente en condenar por asociación ilícita agrupaciones que carecían de personalidad jurídica, supuestos que una vez que se incorporaron los artículos 570 bis y 570 ter, han pasado a considerarse organizaciones criminales.

**22.** No siendo convincentes ninguno de los criterios de delimitación que se han planteado para tratar de justificar la convivencia del delito de asociación ilícita y de pertenencia a una organización criminal, sí que se encuentran diferencias importantes en lo relativo a las conductas tipificadas que se prevén en ambos casos. Aunque, en esencia, es posible advertir una identificación entre ellas, el delito de asociación ilícita no castiga las conductas de coordinación y, lo que es más relevante, el mero formar parte de esta o participación pasiva. Junto a esto, presenta una incriminación más restrictiva igualmente en cuanto a la colaboración, en la medida en que debe ser en todo caso relevante. Nos encontramos, por tanto, que el delito de asociación ilícita presenta una incriminación más restrictiva en cuanto a los comportamientos que en él se castigan en comparación con el delito de pertenencia a una organización criminal. En consecuencia, el artículo 570 bis castigaría más supuestos que el delito de asociación ilícita, algo que, según se ha concluido anteriormente, no es defendible desde los principios y categorías penales, además de prever tipos agravados que tampoco contempla el artículo 515.

**23.** Por todo lo anterior, y con independencia de la cuestionable incriminación que presenta el delito de pertenencia a una organización criminal en relación con las conductas típicas y la penalidad que se les asigna, entendemos que no existen razones para mantener en el Código Penal el delito de asociación ilícita cuando esta tiene por finalidad la comisión de delitos, expresión de una criminalidad común organizada. El aparente "respeto" de nuestro legislador hacía una figura con tanta tradición en nuestro Código Penal no justificaría su mantenimiento, teniendo en cuenta, además, la poca aplicación que ha tenido en nuestros tribunales. Se impone un argumento más, y es que el legislador ha optado por resolver el concurso de normas que pudiera surgir entre el delito de pertenencia a una organización criminal con otra previsión que también diera respuesta al mismo supuesto con la aplicación del artículo 8.4, es decir, la regla de la alternatividad según la cual el precepto penal más grave excluirá los que se castiguen con pena menor. Según esto, siempre sería aplicable el artículo 570 bis frente a la asociación ilícita del artículo 515.1º.

A día de hoy, con la existencia del delito de pertenencia a una organización criminal y, de nuevo, a pesar de la necesidad de una reforma que restringiera su ámbito de punición conforme a las conclusiones alcanzadas previamente, carece de sentido mantener el numeral 1º del artículo 515, por lo que abogamos por su supresión de cara a "descongestionar", en cierta medida, la farragosa regulación que presenta el Código Penal español en relación con la criminalidad organizada.

**24.** La conspiración para delinquir, prevista en el artículo 17 CP y castigada en los delitos en los que así se prevea, no plantea, en principio, problemas de delimitación con el delito de pertenencia a una organización criminal. La conspiración únicamente es punible en los supuestos en los que expresamente se haya previsto, rebajándose en este caso pena en uno o dos grados a la señalada en el delito correspondiente, lo que es relevante en los supuestos en que no se llegue a entrar en la fase ejecutiva del delito fin. Ahora bien, si se lleva a cabo el delito, como consumación o tentativa, la conspiración quedará absorbida al entrar en la fase ejecutiva del mismo. El carácter inestable de la conspiración, la concreción para la comisión de un único delito, el castigo a quienes tengan directamente que ver con el hecho delictivo y el número mínimo de dos personas, son requisitos que lo alejan enormemente de la figura de la organización criminal e, incluso, del grupo criminal. Asimismo, en relación con el tipo subjetivo, mientras que en la conspiración se

proyecta sobre delito concreto que se pretende cometer, en el caso del delito de pertenencia a una organización criminal, alcanza el ser partícipes de la agrupación a sabiendas de su finalidad delictiva, no siendo necesario el conocimiento y voluntad referido a la comisión de todos los delitos fin.

Por otro lado, entre los delitos que castigan la conspiración, la legislación actualmente vigente incluye, cuestionablemente, el delito de asociación ilícita, pero no, con acierto, los de pertenencia a una organización o grupo criminal. Como se ha manifestado, los artículos 570 bis y ter, en línea con la concepción mixta defendida en esta tesis que les atribuye carácter pluriofensivo, protegen el bien jurídico seguridad colectiva pero, a su vez, ya implican una protección del bien jurídico del delito fin.

**25.** En materia de terrorismo, el artículo 571 remite al apartado 1 del artículo 570 bis para considerar las características que se predican de una organización terrorista, de manera que para ser considerada como tal debe contar con tres o más personas, tener un carácter estable o por tiempo indefinido, y existir un reparto de tareas de manera concertada y coordinada, además de la finalidad de cometer delitos. Ahora bien, la notable diferencia entre la organización terrorista y la organización criminal dedicada a la delincuencia común reside en la finalidad que se aspira conseguir con la comisión delictiva. En materia de terrorismo el propio artículo 571 señala los fines a los que aspira la banda terrorista, en el caso de la delincuencia común organizada, y según ya se concluyó, se busca un beneficio económico o material. Mientras que en los delitos de terrorismo adquiere especial relevancia la ideología de la agrupación, ese elemento no es determinante en la organización criminal, sino el de la obtención de un beneficio económico o ventaja material, que a pesar de no exigirse expresamente en el concepto de organización criminal, por tratarse de una definición que pretende dar cabida igualmente a las organizaciones terroristas, resulta implícito en la actividad delictiva de la organización criminal dedicada a la delincuencia común.

**26.** En la actualidad, el Código Penal prevé en 28 delitos agravaciones referidas a su comisión en el marco de alguna clase de agrupación criminal. Ello supone un incremento considerable en la previsión de estas agravaciones específicas, desde que en el Código Penal en 1995 se contemplaran en relación con los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales. Por la naturaleza de los delitos en los que se prevé esta agravación específica, se desprende que la búsqueda de beneficio económico constituye la razón que

mueve a la agrupación, siendo además ámbitos delictivos íntimamente conectados con formas de delincuencia organizada, como el narcotráfico, la trata de seres humanos o el fraude de medicamentos. Por ello no se comprende, entonces, la ausencia de esta clase de previsión agravatoria en algunos supuestos, como sucede con el delito de estafa.

*Sensu contrario*, el delito de abuso contra un menor de 16 años o el homicidio no parece que manifestaría, en principio, ese objetivo de lucro, a pesar de contar con agravación específica por pertenencia a organización o grupo criminal. Según se ha señalado, el concepto de organización criminal que ofrece el artículo 570 bis (y, por extensión, de grupo criminal) es más extenso que el que ofrecen las normas internacionales para combatir la delincuencia organizada. En todo caso, hay que tener presente que algunas bandas callejeras han sido objeto de condena por pertenencia a organización criminal del artículo 570 bis sin que del delito fin cometido se desprenda la obtención de un beneficio. No obstante, estas organizaciones suelen estar implicadas en actividades de tráfico de drogas, aunque el concreto delito fin que por el que se castigue no conecte directamente con una finalidad lucrativa, además de que los miembros suelen pagar cuotas de mantenimiento.

**27.** Especial tratamiento merece la relación existente entre las agravaciones específicas y el delito de pertenencia a una organización criminal. En este sentido, se parte de que el bien jurídico protegido cuando está implicada una agravación específica es el tutelado en el delito fin, es decir, en el caso de la agravante prevista para el delito de robo, la propiedad, o la libertad sexual en el caso de prostitución, con lo que el hecho de cometerse en el marco de una organización criminal implica un mayor desvalor de acción de la conducta. Para condenar al sujeto habrá de demostrarse, tanto la pertenencia a la organización como su implicación en el delito pretendido, mientras que para la condena por el artículo 570 bis es suficiente acreditar la pertenencia a la organización que tenga esa finalidad delictiva, independientemente de su implicación en la comisión del delito fin. Siguiendo este planteamiento se han justificado condenas a miembros de bandas que robaban en domicilios tanto por el tipo agravado (aplicado a quienes participaron directamente en la ejecución del delito fin) como por vía del artículo 570 bis (a quienes no se podía imputar el robo concreto, pero si acreditar su pertenencia a la agrupación) en un mismo supuesto.

El artículo 570 bis castiga la pertenencia a la organización criminal, con independencia de su contribución respecto del delito fin. Por ello, este tipo penal cubre supuestos a los

que no ofrece respuesta la previsión de las agravantes específica por organización, para el caso en que el sujeto no participa en la ejecución del delito fin, si bien, conforme a la postura defendida en esta tesis, la pertenencia a la organización habría de manifestarse en una prestación activa. Por su parte, la desaparición de estas agravaciones especificas implicaría que, ante un caso de organización criminal, siempre debería resolverse por la vía del concurso de delitos con el artículo 570 bis, cuyas penas resultan excesivamente altas, máxime cuando los tribunales abogan, mayoritariamente, por el concurso real para resolver esos casos. La aplicación de la agravante específica frente al artículo 570 bis resulta, en la mayoría de las ocasiones, más benévola para el acusado, por lo que su eliminación, a no ser que se modifiquen las penas que establece el art. 570 bis, supondría un perjuicio para el reo.

Por estas razones, se defiende la convivencia de las agravaciones específicas junto al delito de pertenencia a una organización criminal y, por extensión, a grupo criminal, teniendo en cuenta, además, que no todos los delitos cuentan con una agravante en este sentido. Únicamente con una reforma que, entre otros aspectos, modificara las penas previstas en los artículos 570 bis y ter, disminuyéndolas, y una resolución del concurso de delitos que se produce con el delito fin como concurso medial, podría ser una vía para abogar por la supresión de las agravantes específicas, algo que, por el momento, no resulta factible con la regulación penal vigente.

**28.** El artículo 570 quater establece que, cuando las conductas tipificadas en los artículos 570 bis y ter estuvieran comprendidas en otro precepto del Código, será de aplicación el artículo 8.4, castigando con la pena más grave. En este sentido, la jurisprudencia apenas llega a incidir en este aspecto, optando en la mayoría de las ocasiones por imponer la pena más grave según indica la ley. No obstante, la doctrina se muestra más crítica en torno a este aspecto, con diferentes posturas y soluciones.

En el marco de esta investigación, se parte de que el artículo 8 regula el concurso de normas conforme a una prelación de reglas, de manera que la regla de la alternatividad únicamente habrá de entrar en juego cuando no sean aplicables algunas de las reglas anteriores, siendo la primera de ellas la de la especialidad. Regla que se defiende que es la que determinaría la prevalencia de la respuesta que ofrece la agravación específica respecto del artículo 570 bis. Esta solución nos parece más acorde con el principio de proporcionalidad, puesto que aplicar directamente el principio de alternatividad y la pena más grave supondrá, por regla general, la condena por pertenencia a una organización

criminal, con penas que resultan excesivas, teniendo en cuenta, además, la amplitud con la que se han tipificado las conductas punibles.

**29.** Al margen de la controversia relativa al concurso de normas y la cláusula de aplicación del principio de alternatividad, la propia redacción que presentan las agravaciones específicas es un factor añadido a la dificultad de delimitación y aplicación de estas normas.

**29.1.** La falta de homogeneidad en el contenido y redacción de las agravantes específicas conlleva a que deba estudiarse individualmente cada una de estas previsiones para poder determinar si se plantea un concurso de normas con el artículo 570 bis o con el artículo 570 ter. En todo caso, para la apreciación del concurso habrá de considerarse, además, el concreto rol o función del sujeto en la agrupación criminal, puesto que algunas agravantes específicas diferencian este aspecto. En consecuencia, los términos de la comparación vienen determinados no solo por la concreta tipología de agrupación, sino igualmente por su clase de participación en esta. Así, algunas de estas agravantes, establecen una penalidad mayor tratándose de jefes, encargados o administradores, roles que se corresponderían con las conductas típicas de primer nivel de responsabilidad en el artículo 570 bis. Dicha diferenciación de roles debería haberse previsto, de manera uniforme, en las agravaciones específicas por organización criminal.

Con todo, es criticable que, en estos casos, el Código Penal español castigue con penas que exceden los máximos exigidos por la DM 2008/841/JAI que imponía un máximo de cinco años de prisión y el artículo 570 bis plantea la posibilidad de 8 años de privación de libertad para los altos cargos de la organización.

**29.2.** La penalidad que se atribuye a estas agravantes específicas por agrupación criminal no sigue una coherencia interna. Mientras que en ocasiones la pena se concreta señalando un marco penal concreto, en otros casos la concurrencia de la agravación supone elevar la pena del tipo básico a su mitad superior y, en algunos delitos, a la superior en grado. Por su parte, únicamente el asesinato prevé, en aplicación de esta agravación, la pena de prisión permanente revisable. Asimismo, como ya se ha señalado, algunas agravantes diferencian la penalidad en función del rol de sujeto, siendo mayor cuando se trata de jefes, administradores o encargados.

Al margen de las penas previstas para las personas físicas miembros de la agrupación, a esta regulación se suma que únicamente tres agravantes adicionan para la agrupación el régimen de consecuencias accesorias del artículo 129. Asimismo, otros diez delitos prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas del artículo 31 bis. A este respecto, hay que tener presente que el artículo 570 quater acuerda, por su parte, la disolución de la organización o grupo y, en su caso, la imposición de cualquiera otra de las consecuencias accesorias recogidas en el artículo 33.7 por remisión del artículo 129. Ello lleva a plantearse si fuera posible aplicar igualmente el régimen de consecuencias accesorias a cualquier supuesto en el que se prevé una agravación específica por cometerse en el marco de una agrupación criminal, cuando no se prevea expresamente. Razones de legalidad vetan esta posibilidad cuando no exista esta previsión expresa o no sea posible acudir a este régimen por preverse en el delito la responsabilidad penal de personas jurídicas pero, en el caso concreto, el ente implicado carece de personalidad jurídica.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación del régimen del artículo 129 del artículo 570 quater, surgen disfuncionalidades en cuanto a las consecuencias accesorias aplicables (como una inhabilitación especial para recibir ayudas públicas o la intervención judicial), por la propia naturaleza de estas agrupaciones, intrínsecamente delictivas.

**29.3.** El abanico de posibilidades, tanto en las relaciones concursales que se pueden producir, como en las penas asignadas, acarrea inevitablemente dificultades en la determinación y cálculo de las penas. A los problemas que surgen en la delimitación y aplicación de una u otra figura jurídica, hay que sumarle los ejercicios aritméticos que deben hacerse para solicitar una pena concreta. Cuestión que se complica aún más cuando entran en juego las agravantes específicas propias que recoge el delito de pertenencia a una organización criminal que recoge el artículo 570 bis.

A este respecto, del análisis jurisprudencial realizado se desprende que los tribunales, en general, se limitan a imponer la pena conforme a lo solicitado por las partes, lo que debido a la farragosa regulación en relación con la criminalidad organizada puede dar lugar a situaciones dispares. Aunque en esta investigación se defiende la convivencia de las agravaciones específicas con el delito de

pertenencia a una organización criminal, extensible igualmente al artículo 570 ter, una regulación homogénea en el caso de las agravaciones específicas aliviaría, en parte, el problema y ayudaría a unificar interpretaciones.

**29.4.** La resolución del concurso de normas en favor de la agravante especifica o del artículo 570 bis tiene, a su vez, consecuencias en materia de reincidencia. Para que esta sea de aplicación el culpable ha tenido que ser anteriormente condenado por un delito comprendido en el mismo título del Código y de la misma naturaleza. Esta circunstancia debe ser también considerada para solicitar una u otra figura, ya que influirá en la determinación final de la pena.

**30.** La condena por pertenencia a una organización o grupo criminal en base a los artículos 570 bis y ter respectivamente, conlleva analizar el concurso de delitos entre estos tipos penales y el delito fin. En términos generales, la jurisprudencia se inclina por calificarlo como concurso real, aunque también encontramos resoluciones que justifican la concurrencia de un concurso ideal. Hay que tener presente que el concurso real, en un ámbito en el que ya, de por sí, la elevada penalidad es cuestionable, acarrea penas excesivamente elevadas, situación que podría en parte remediarse considerando la aplicación de un concurso ideal o medial. En este sentido, esta investigación se posiciona a favor de resolver esta relación concursal como concurso medial, entendiendo que la organización es, en esencia, el instrumento utilizado para la comisión de delitos, es decir, como un medio para lograr la finalidad delictiva que la nueve, dado que, por lo demás, no resulta necesario que se haya dado inicio a la fase ejecutiva del delito pretendido para que se cumplan los elementos del tipo del artículo 570 bis.

No obstante, a las distintas posturas defendidas en la doctrina para resolver el concurso de delitos y la ausencia de doctrina jurisprudencial al respecto, en ocasiones se le suma el hecho de que, además, concurre alguna de las agravantes que recoge el propio artículo 570 bis, o sucede que la agrupación tiene como finalidad otra actividad ilícita, lo que amplia todavía más la posibilidad de las distintas soluciones concursales aplicables.

**31.** La farragosa regulación frente a la criminalidad organizada que ofrece nuestro Código Penal es consecuencia de la complejidad de este fenómeno. La difícil delimitación de las figuras jurídicas implicadas respecto del delito de pertenencia a una organización criminal

acarrea no poder tipificar en un único artículo la delincuencia grupal y la convivencia entre los diferentes tipos es inherente a esta realidad. Es necesaria la coexistencia de todos ellos, salvo el de la asociación ilícita por razones ya manifestadas, pero una revisión de las conductas y penalidades en los tipos autónomos facilitaría esa convivencia. Igualmente, la utilización de una terminología homogénea en las agravantes específicas disminuiría los márgenes para la interpretación, llevando consigo el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas acorde con los principios de nuestro ordenamiento jurídico penal.

# BIBLIOGRAFÍA

## DOCTRINA


- AA.VV.: *Cuadernos Penales José María Lidón. El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos Aspectos,* nº6, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: *El tipo del injusto en los delitos de mera actividad*, Editorial Comares, Granada, 2000.
- ALCUBILLA, E.A.: "El orden público y la seguridad ciudadana en la Constitución Española de 1978*"*, en IGLESIAS MACHADO, S. (Dir.): *La noción del orden público en el Constitucionalismo español*, Dykinson, Madrid, 2011.
- ALONSO ÁLAMO, M.: *Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los Derechos Humanos,* Universidad de Valladolid, 2014.
- ÁLVAREZ CID, J y T.: *El Código Penal de 1870*, Córdoba, 1908.
- ÁLVARÉZ GARCÍA, F.J./ GONZÁLEZ CUSSAC J.L.: *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ANARTE BORRALLO, E.: "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ, J.C/ANARTE BORRALLO, E. (Coords.): *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos,* Universidad de Huelva, 1999, págs. 13-58.
- ANTEQUERA, J.M.: *La codificación moderna en España,* Analecta Editorial, Madrid, 1886.
- ANTÓN ONECA, J.: "El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Pacheco", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo 3 (1965), págs. 473-496.

  - "Historia del Código Penal de 1822", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo 2 (1965), págs. 263-278.

- ARIAS HOLGUÍN, D.: *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP),* Iustel, Madrid, 2011.
- ASUA BATARRITA, A.: "Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental", en ECHANO BASALDUA, J.I. (Coord.): *Estudios jurídicos en memoria de José Maria Lidón,* Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 41-85.

- BENITO SÁNCHEZ, D.: *El delito de corrupción en las transacciones internacionales*, Iustel, Madrid, 2012.
- BESIO HERNÁNDEZ, M.: "Delitos contra el orden público", en CORCOY BIDASOLO, M.: *Manual de Derecho penal, parte especial. Tomo 1. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 821-865.
- BOCANEGRA MÁRQUEZ, J: "La asociación ilícita de finalidad delictiva: ¿una figura condenada al 'ostracismo'?", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-1 (2023), págs. 1-42.
    - *Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Bosch Editor, Barcelona, 2020
    - *Tratamiento jurídico penal de las organizaciones y grupos criminales. Cuestiones dogmáticas y de política criminal (Tesis Doctoral inédita),* Universidad de Sevilla, 2019. Disponible en https://idus.us.es/handle/11441/87607
    - "Organizaciones criminales, grupos criminales y conspiración para delinquir. En la búsqueda de criterios para su delimitación", en *Revista Ciencia Jurídica y Política*, 2019, págs. 109-126.
    - "Colaboración económica con organizaciones o grupos terroristas o criminales antes la producción de un mal. Vías para eximir de responsabilidad penal al 'colaborador obligado'", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 32, 2019, págs. 1-36.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: "Asociaciones y organizaciones criminales. Las disfunciones del art. 515.1º CP y la nueva reforma penal", en ÁLVAREZ GARCÍA, F. (Dir.): *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 725-758.
- CANCIO MELIÁ, M.: "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo", en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios sobre las reformas de Código Penal (operadas por la L.O 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero),* Civitas, Madrid, 2011, págs. 643-670.

    - "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*",* en CANCIO MELIÁ, M./ POZUELO PÉREZ, I. (Coords.): *Política Criminal en vanguardia, inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, págs. 245-284.

- "El injusto en los delitos de organización: peligro y significado", en *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 74,* Icade, Madrid, 2008, págs. 245-287.

- "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", en CANCIO MELIÁ, M./ SILVA SANCHEZ, J.M.: *Delitos de organización,* Editorial Montevideo, Buenos Aires, 2008, págs. 15-85.

- CANO PAÑOS, M.A.: "Los delitos de rebelión y sedición en el ordenamiento jurídico español y su eventual aplicación al proceso independentista catalán", en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, nº 5, 2019, págs. 1-44. Disponible en https://www.ejc-reeps.com/CANO%20PROCES.pdf
- CARUSO FONTÁN, V.: "Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 23, 2015.
- CARRETERO SÁNCHEZ, A.: "La organización y grupo criminal en la reforma del Código Penal", en *Diario La Ley,* Año XXXII, núm. 7560, 2 de febrero del 2011.
- CASANUEVA SANZ, I./ ECHANO BASALDUA, J.I./ GIL NOBAJAS, S.: "Agresiones al personal sanitario: consideraciones sobre la aplicación del delito de atentado", en ADROHER BIOSCA, S./DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F./CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R./VEIGA COPO A. (Coords.): *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 497-412.
- CERRADA MORENO, M: *Criminalidad organizada. Tratamiento policial y judicial*, J.M Bosch, Barcelona, 2020.
- CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal (Tomo III. Artículos 120-340 bis c)*, Ariel, Barcelona, 1972.
- COLINA RAMIREZ, E.I.: *Sobre la legitimación del Derecho Penal del riesgo,* Bosch Editor, Barcelona, 2014.
- COLOMER BEA, D.: "Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, págs. 1-28. Disponible en: *http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-18.pdf*
- CORCOY BIDASOLO, M.: "Artículo 17", en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015., págs. 97-101.

- CRUZ BLANCA, M.J.: *Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas,* Dykinson SL, Madrid, 2005.
- CUESTA PASTOR, P.: *Delitos obstáculo. Tensión entre la política criminal y teoría del bien jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002.
- DE CASTRO, F.: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la libertad", en *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 4, 1982, págs. 987-1086.
- DE LA CORTE IBAÑEZ, L. / GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.: *Crimen.org*, Editorial Ariel, 2010.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "Tratamiento de la delincuencia organizada en España: en particular tras la reforma penal de 2010", en *Revista criminalidad,* enero-abril, Vol.55 (1), 2013, págs. 81-98.

  - "El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites", en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F./ VALCÁRCE LÓPEZ, M.: *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada,* Universidad de Sevilla, 2001, págs. 85-126.

- DE LA MATA BARRANCO, N.: "Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social", en DE LA MATA BARRANCO, N./ DOPICO GOMEZ-ALLER, J./ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A./ NIETO MARTIN, A.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pág.529-591.

  -"El cumplimiento por el legislador español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas", en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.)/ DE LA MATA BARRANCO, N. (Coord.): *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs.161-224.

- DE OLIVEIRA DANTAS, L.R.: "Delitos de organización criminal: contenido del injusto y ámbito de protección", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 39, 2023, págs. 1-60.
- DEL CARPIO DELGADO, J.: "Extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales nacionales en materia de criminalidad grave con dimensión transnacional. Una primera aproximación", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Dir.)/ BALLESTEROS SÁNCHEZ, J. (Coord.): *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y terrorismo*, Dykinson, Madrid, 2021, págs. 391-410.

- DÍEZ FUENTES, J.M.: *El Trienio Liberal (1820-1823) en el reinado de Fernando VII*. Disponible en: https://www.cervantesvirtual.com/portales/trienio_liberal/contexto_historico/
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La política criminal en la encrucijada,* Euros Editores SRL, Buenos Aires, 2007.
- ESCUCHURI AÍSA, E.: "Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del Codigo Penal español en relación con la delincuencia organizada", en *Revista de derecho y proceso penal,* Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs.133-175.
- ESCUCHURI AÍSA, E./ RUEDA MARTÍN, M.A.: "Delitos contra el orden público II, organizaciones y grupos criminales, organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo", en ROMEO CASABONA, C.M/ SOLA RECHE, E./ BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.): *Derecho Penal. Parte especial: conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo,* Editorial Comares, Granada, 2016, pág. 817-835.
- FABIÁN CAPARRÓS, E.: "El blanqueo de capitales. Contexto, razones de su penalización, evolución en nuestro entorno de las iniciativas supranacionales", en DIEGO DIAZ-SANTOS, M.R./ FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad,* Colex, Madrid, 2003, págs. 133-185.
    - *El delito de blanqueo de capitales,* Colex, Madrid, 1998.
- FARALDO CABANA, P.: *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
    - "Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de Organización Criminal. La Ley 7/2003 de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", en RIVERA BEIRAS, I.: *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas,* Anthropos Editorial, Barcelona, 2005, págs. 1-33.
- FERNÁNDEZ BARRUTIA, J.: *Datos prácticos sobre el Código Penal de 1944. Exposición y breve comentario de las reformas del cuerpo legal no aludidas en su preámbulo. Cuadro de correspondencia de su articulado. Esquema comparativo de penalidad,* Imprenta Viuda de Juan Pueyo, Madrid, 1945.
- FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, J.: *Blanqueo de capitales y principio de lesividad,* Ratio Legis Ediciones, Salamanca, 2014.

- FUENTES OSORIO, J.L.: "Formas de anticipación de la tutela penal", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-08, 2006, págs. 1-40. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf
- GALLEGO SOLER, J.I.: "Artículo 302", en CORCOY BIDASOLO, M. /MIR PUIG, S. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 1047-1048.
- GALLEGO SOLER, J.I/ VERA SÁNCHEZ, J.S.: "Artículo 369 bis", en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, págs. 1276-1278.
- GALLO, S.P.: *Asociación ilícita y concurso de delitos*, Fabián J. Di Placido, Buenos Aires, 2003.
- GARCÍA ALBERO, R.: "De los delitos contra la salud pública", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (Artículos 234 a F.7º)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, 7ª edición, págs. 952-996.

  - "De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (Artículos 234 a DF 7ª)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, 7ª edición, págs. 1824-1864.
  - "De las organizaciones y grupos criminales", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.) *Comentarios al Código Penal español Tomo II, (Artículos 234 a DF 7ª)* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, 7ª edición, págs. 1865-1884.

- GARCÍA ARROYO, C.: "Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-12, 2022, págs. 32-33.
- GARCÍA CUENCA, M.L.: "Criminalidad organizada tras la reforma del Código Penal español: una visión desde el derecho italiano", en *La Ley Penal 93*, mayo 2017.
- GARCÍA DEL BLANCO, V.: "Trata de seres humanos y criminalidad organizada", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Volumen LXVIII, 2014, págs. 194-237.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.*: Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Casa Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1977.

- GARCÍA RIVAS, N./ LAMARCA PÉREZ, C.: "Organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater)", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): *Comentarios a la Reforma Penal 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 503-520.
- GIL NOBAJAS, M.S.: "Respuesta penal a la criminalidad empresarial en supuestos de explotación laboral", en BENITO SÁNCHEZ, D./GÓMEZ LANZ. J.: *Sistema penal y exclusión social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, págs. 173-204.
    - "Personas jurídicas versus entidades sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del código penal" en *Revista General de Derecho Penal*, nº 29, 2018, págs. 1-44.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L/ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ A.: "Sobre el concepto jurídico penal del terrorismo", en *Revista Teoría y Derecho*, nº3, 2008, págs. 34-58.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una nueva política en materia de espacio y orden público*, Tirant lo Blanch y Grupo de Estudios de Política Criminal, Valencia, 2016.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F.: "Recientes iniciativas políticas, legales y académicas contra la criminalidad organizada", en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F./ VALCÁRCE LÓPEZ, M. (Coords.): *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Universidad de Sevilla, 2001, págs. 23-32.
- HASSEMER, W.: "Riesgos y crisis del Derechos Penal moderno", en *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 45-1, 1992, págs. 235-250.
- HEFENDEHL, R.: "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros, bienes jurídico colectivos y delitos de peligro abstractos?", en *Anales de Derecho*, núm. 19, Universidad de Murcia, 2001, págs.148-158.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Bien jurídico y estado social y democrático: (el objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991.
- JAIME-JIMÉNEZ, O. / CASTRO MORAL, L.: "La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales", en *Revista CIDOB d´afers internacionals*, nº 91, 2010, págs. 173-194.

- JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentando y cotejado con el de 1870,* Imprenta de la Gaceta Regional, Salamanca, 1929.
- JIMÉNEZ CORTÉS, C.: "La lucha de la UE contra el actual crimen organizado: un reto esencial… pero difícil*",* en *Revista CIDOB d`Afers Internacionals*, nº111, diciembre 2015, págs. 35-56.
- KINDHÄUSER, U.: "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", en *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho, núm.1*, 2009, págs. 1-19
- LEANDRO VIEIRA DA COSTA, P.: "Artículo 17", en MORALES GARCÍA, O./ FERNÁNDEZ PALMA, R./ ÁLVAREZ FEIJÓO, M.: *Código Penal con Jurisprudencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 142-146.
- LLOBET ANGLÍ, M.: "Capitulo 41. Delitos contra el orden público", en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.): Memento *penal 2016*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, págs. 1881-1920.

  - "Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones y grupos criminales y delitos de terrorismo", en SILVA SANCHEZ, J.M (Dir.)/ PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.): *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma,* La Ley, Madrid, 2011, págs. 671-424.
- LÓPEZ-MUÑOZ, J.: *Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas,* Dykinson, Madrid, 2019.

  - *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Seguridad Ciudadana y Orden Público*, El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados. Madrid, 1992.
- LUZÓN CÁNOVAS, A.: "La responsabilidad de las personas jurídicas y la criminalidad organizada", en AA.VV.: *Cuadernos Penales José María Lidón. Reforma Penal: Personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa*, nº 8, Universidad de Deusto, 2011, págs. 45-70.
- LUZÓN CÁNOVAS, M: "La tipificación penal de la organización y grupo criminal. Problemas concursales", en *Revista de Jurisprudencia El Derecho,* nº3. Julio 2011. Disponible en: https://elderecho.com/la-tipificacion-penal-de-la-organizacion-y-el-grupo-criminal-problemas-concursales
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L/ ALBACAR LÓPEZ, J.L.: *Código Penal (comentarios y jurisprudencia),* Editorial Comares, Granada, 1990.

- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: "La responsabilidad criminal de los miembros de una organización o grupo criminal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2022, 24-25, 2022, págs. 1-32. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-25.pdf
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.*: La autoría en derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código Penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MATA Y MARTÍN, R.M.: *Bienes jurídico intermedios y delitos de peligro*, Editorial Comares, Granada, 1997.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.*: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Universidad Complutense de Madrid, 1993.
- MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho Penal en la sociedad de riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.
- MESTRE DELGADO, E.: "Tema 13. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", en LAMARCA PÉREZ, C.: *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson SL, Madrid, 2020, págs. 349-605.
- MILLITELLO, V.: "Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. /MÉNDEZ RODRÍGUEZ C. /DIEGO DÍAZ-SANTOS Mª R. (Coords.): *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001, págs. 177-186.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, parte general*, 10ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2015.
- MONTALVO ALBIOL, J.C.: "Concepto de orden público en las democracias contemporáneas", en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 22, 2010-II, págs. 197-222.
- MORALES PRATS, F./ GARCÍA SOLÉ, M.: "De los delitos contra la seguridad colectiva. De los delitos de riesgo catastrófico", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*

*(Artículos 234 a F.7º)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, 7ª edición, págs. 885-896.

- MORÁN BLANCO, S.: "La delincuencia organizada, un fenómeno transnacional en Iberoamerica", en MORÁN BLANCO, S./ ROPERO CARRASCO, J.;/ GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *Instrumentos internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada,* Dykinson, Madrid, 2011, págs. 16-64.
- MUÑOZ CUESTA, F.J.: "Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2011, págs. 33-44
- OLÁSOLO ALONSO, H.: "¿Se debe recurrir a los mecanismos de respuesta del derecho internacional penal para hacer frente a los delitos transnacionales?", en PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.): *Política Criminal ante el reto de la delincuencia transnacional,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 117-158.
- OLESA MUÑIDO, F.F.: "La cuadrilla como unidad delincuente en el vigente Código penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo 2, 1957. págs. 299-324.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: "El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)", en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.): *Derecho Penal del Estado Social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig,* La Ley, Madrid, 2010, págs. 911-986.
- PAREJO ALFONSO, M.: *Seguridad pública y Policía Administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado Administrativo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PIVA TORRES, G.E / GRANADILLO MALAVE, A.: *El dominio del hecho en Derecho Penal. Referencia a la autoría en la Criminalidad Organizada*, Bosch Editor, Barcelona, 2019.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: "Reformas y procesos de armonización de las leyes penales y procesales europeas en materia de criminalidad organizada", en BENITEZ ORTUZAR, I.F. (Coord.): *Reforma del Código Penal. Respuesta para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson S.L, Madrid, 2008, págs. 201-226.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966

- QUINTERO OLIVARES, G.: "Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXI, 2018, págs. 75-89.

  - "Articulo 302", en QUINTERO OLIVARES G. (Dir.)/MORALES PARTS, F. (Coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal,* Aranzadi, Pamplona, 2005, 4ª edición, págs. 1519-1521.

- REQUEJO CONDE, C.: *Aspectos básicos del delito de organización y grupo criminal. Los diez años de su tipificación en el Código Penal español,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- RIVERO ORTÍZ, R.: "Las Asociaciones criminales en la modificación del nuevo Código Penal. Ley Orgánica 5/2010 ¿es la reforma añorada?", en *La Ley*, 2011, nº78, págs. 43-51.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Lib. I. –Tit.I. De la infracción penal", en RODRÍGUEZ MOURULLO, G (Dir.)/ JORGE BARREIRO, A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal,* Civitas, Madrid, 1997, págs. 53-178..
- ROPERO CARRASCO, J.: "La Necesaria armonización legislativa en el tratamiento de la delincuencia organizada", en MORÁN BLANCO, S./ ROPERO CARRASCO, J./ GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *Instrumentos internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 65-125.
- ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7º edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A., Madrid 2000.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L.R.: "Crimen organizado y extranjería en España y Marruecos", en TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *Tratamiento jurídico penal de la criminalidad organizada en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 11-26.
- SALDAÑA Y GARCÍA Y RUBIO, Q.: *Comentarios al Código Penal de 1870,* Editorial Reus, Madrid, 1920.
- SAN MARTÍN LOSADA, L.: *Algunas observaciones sobre el nuevo código penal,* Editorial Reus S.A, Madrid, 1929.

  -*El Código Penal de 1928, su estudio y comparación con el de 1870,* Imprenta clásica española, Madrid, 1928.

- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: "Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales", en GOMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 1921-1935.

- "Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales", en CANCIO MELIÁ, M./ POZUELO PÉREZ, L. (Coord.): *Política Criminal en Vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, págs. 451-494.

- *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005.

- "Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el Derecho Penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en ARROYO ZAPATERO, L.A / BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (Coords.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Volumen II, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 645-682.

-*El moderno Derecho Penal y anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.D.: *La codificación en España: los códigos de 1848 y 1850*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004.
- SANTA RITA TAMÉS, G.: *El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, J.M Bosch Editor, Barcelona, 2015.
- SANTANA VEGA, D.M: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000.
- SANZ MULAS, N.: *El desafío de la criminalidad organizada*, Editorial Comares, Granada, 2006.
- SEQUEROS SAZATORNIL, F.: "El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución de, normativa doctrinal y jurisprudencial", *La Ley*, Madrid, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "La 'intervención a través de la organización', ¿una forma moderna de participación en el delito?", en CANCIO MELIÁ, M./SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Delitos de organización* Editorial Montevideo, Buenos Aires, 2008., pág. 87-120.
    - "¿'Pertenencia' o 'Intervención'? del delito de 'pertenencia a una organización criminal' a la figura de la 'participación a través de organización' en el delito", en TOLEDO Y UBIETO, E.O/GURDIEL SERRA, M./ CÓRTES BECHIARELLI, E.: *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 1069-1096.

- *La expansión del Derecho Penal, aspectos de la política industrial en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, 2ª edición.

- SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: "Lib. II-Tit. XIII. Delitos contra el patrimonio", en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/ JORGE BARREIRO, A (Coord.).: *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs.. 674-869.
- TAMARIT SUMILLA, J.: "Articulo 515", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español Tomo II (Artículos 234 a DF 7ª),* Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, 7ª edición, págs. 1689-1696.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.: "Delitos contra el orden público II", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo II, Volumen II,* Iustel, Madrid, 2011, págs. 319-342.

  - "Artículo 173", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. /RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coords.): *Código Penal comentado,* Ediciones Akal SA, 1990, págs. 403-405.

- TORÍO LÓPEZ, A.: "Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, serie 1, núm.3, 1981, págs. 825-848.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 2001.
- VALLE MUÑIZ, J.L./ MORALES GARCÍA, O.: "Articulo 369", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al nuevo código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, 4ª edición., págs. 1906-1923.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Doctrina y jurisprudencia del Código Penal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988.
- VELASCO NÚÑEZ, E.: "Crimen organizado, Internet y nuevas tecnologías", en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J./ FERREIRO BAAMONDE, X. (Dirs.): *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional) A Coruña, 2 y 3 de junio 2011*, Universidad de A Coruña, 2012, págs. 245-282.

  - - "Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la Reforma Penal en la L.O 5/2010" en *La Ley Penal*, núm. 86, 2011, págs. 30-39.

- "Los juzgados de alta criminalidad organizada" en *La Ley Penal*, nº 49, 2008, págs. 30-39.

- VERA SÁNCHEZ, J.S.:" Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales", en CORCOY BIDASOLO M./ MIR PUIG S. (Dirs.): *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 1716-1724.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Política criminal internacional: tráfico de drogas, trata de seres humanos y prostitución,* Editorial UOC, Barcelona, 2017.
- VIVES ANTÓN, T.: *Comentarios al Código Penal de 1995,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: "Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Dir.)/ BALLESTEROS SÁNCHEZ, J. (Coord.): *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y terrorismo,* Dykinson SL, Madrid, 2021, págs. 99-128.
    - "Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ L. /BALLESTEROS SÁNCHEZ, J. (Coords.): *Criminalidad organizada trasnacional: una amenaza a los estados democráticos",* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 91-138.
    - "Problemas de interpretación de los tipos de organización criminal y grupo criminal estudio a la luz de la realidad criminológica y jurisprudencial", en PÉREZ ÁLVAREZ, F./ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Dirs.)/ DÍAZ CORTÉS, L.M. (Coord.): *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas. Memorias del Proyecto I.F.O Ilegal Flow Observation JUST/2011/ISEC/DRUGS/AG/37671,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 91-138.
    - "Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 271/2014, de 25 de marzo (ROJ STS 1396/2014). Grupo criminal, codelincuencia y reincidencia. Tres conceptos próximos en la criminalidad organizada", en *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, nº 2, 2014, págs. 291-294.
    - *Criminalidad organizada y sistema del derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2008.

- ZURITA GUTIÉRREZ, A.: "Organización criminal y trata de personas: aspectos victimológicos ¿imputación a la víctima?", en OLMEDO CARDENETE, M./NÚÑEZ PAZ, M.A./SANZ MULAS, N./POLAINO-ORTS, M. (Dirs.): *Ciencia penal y generosidad. De lo mexicano a lo universal. Libro homenaje a Carlos Juan Manuel Daza Gómez*, Bosch Editor, Barcelona, 2021, págs. 627-645.

**JURISPRUDENCIA**

**Tribunal Constitucional**

- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 146/2017, de 14 de diciembre del 2017, nº de recurso 1659/2016. Ponente: Santiago Martínez-Vares García. ECLI:ES:TC:2017:146.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2001, 13 de diciembre de 2001, recurso nº 1486/1995. Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas. ECLI:ES:TC:2001:235.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995, de 8 de mayo, nº de recurso 1693/1992. Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer. ECLI:ES:TC:1995:66.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 33/1982, de 8 de junio de 1982 sobre conflicto de competencia nº 16/1982. Ponente: Ángel Latorre Segura. ECLI:ES:TC:1982:33.

**Tribunal Supremo**

- STS 367/2023, de 18 de mayo, nº de recurso 4207/2021. Ponente: Vicente Magro Servet. ECLI:ES:TS: 2023:2274.
- STS 184/2023, de 15 de marzo de 2023, nº de recurso 6074/2021. Ponente: Carmen Lamela Díaz. ECLI:ES:TS: 2023:1225.
- STS 948/2022, de 13 de diciembre, nº de recurso 4721/2021. Ponente: Susana Polo García. ECLI:ES:TS:2022:4500.
- STS 746/2022, de 21 de julio, recurso nº 10067/2022. Ponente: Susana Polo García. ECLI:ES:TS: 2022:3103.
- STS 734/2022, de 15 de julio, nº de recurso 3909/2020. Ponente: Julián Sánchez Melgar. ECLI:ES:TS:2022:3051.
- STS 716/2022, de 13 de julio, recurso nº 5111/2020. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. ECLI:ES:TS:2022:3006.
- STS 408/2022, de 26 de abril del 2022, nº de recurso 10709/2021. Ponente: Julián Sánchez Melgar. ECLI:ES:TS:2022:1941.

- STS 242/2022, de 16 de marzo, nº de recurso 10702/2021. Ponente Vicente Magro Servet. ECLI:ES:TS: 2022:1028.
- STS 161/2022, de 23 de febrero del 2022, nº de recurso 486/2020. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. ECLI:ES:TS: 2022:961.
- STS 150/2022, de 22 de febrero, nº de recurso 575/2020. Ponente: Andrés Palomo del Arco. ECLI:ES:TS: 2022:748.
- STS 910/2021, de 24 de noviembre, nº de recurso 5854/2019. Ponente: Ángel Luis Hurtado Adrián. ECLI:ES:TS: 2021:4265.
- STS 695/2021, de 15 de septiembre, nº de recurso 10137/2021. Ponente: Javier Hernández García. ECLI:ES:TS:2021:3458.
- STS 649/2021, de 19 de julio, nº de recurso 10217/2021. Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina. ECLI:ES:TS: 2021:3231.
- STS 596/2021, de 6 de julio de 2021, nº de recurso: 3914/2019. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. ECLI:ES:TS:2021:2728.
- STS 243/2021, de 17 de marzo, recurso nº 2316/2019. Ponente: Ángel Luis Hurtado Adrián. ECLI:ES:TS:2021:904.
- STS 507/2020, de 14 de octubre, del Caso Gürtel, recurso nº 10575/2018 P. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. ECLI: ES:TS: 2020:3191.
- STS 468/2020, de 23 de septiembre, nº de recurso 4103/2018. Ponente: Vicente Magro Servet. ECLI**:** ES:TS: 2020:2987.
- STS 380/2020 del Tribunal Supremo, de 8 de julio del 2020, recurso nº 4006/2018. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. ECLI:ES:TS:2020:2833.
- STS 35/2020, de 6 de febrero, nº de recurso 2062/2018. Ponente: Vicente Magro Servet. ECLI**:** ES:TS: 2020:272.
- STS 596/2019, de 3 de diciembre de 2019, nº de recurso 2266/2018. Ponente: Juan Artemio Sánchez Melgar. ECLI**:** ES:TS: 2019:4078.
- STS 459/2019, de 14 de octubre del 2019, Causa especial núm. 20907/17. Ponente: Manuel Marchena Gómez. ECLI:ES:TS:2019:2997.
- STS 396/2019 de 24 de julio de 2019, nº de recurso 10619/2018. Ponente: Juan Artemio Sánchez Melgar. ECLI: ES:TS: 2019:2572.
- STS 261/2019, de 24 de mayo, nº de recurso 551/2018. Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina. ECLI ES:TS: 2019:1717.

- STS 132/2019, de 12 de marzo de 2019, nº de recurso 10495/2018. Ponente: Eduardo de Porres de Ortiz Urbina. ECLI**:** ES:TS: 2019:1511.
- STS 641/2018, de 13 de diciembre de 2018, nº de recurso 947/2018. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. ECLI: ES: TS: 2018:4213.
- STS 437/2018, de 3 de octubre, nº de recurso 1619/2017. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. ECLI:ES:TS: 2018:4048.
- STS 369/2018, de 19 de julio de 2018, nº de recurso 10447/2017. Ponente: Luciano Varela Castro. ECLI: ES:TS: 2018:2960.
- STS 214/2018, de 8 de mayo del 2018, nº de recurso 10311/2017. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. ECLI: ES: TS: 2018: 1551.
- STS 492/2017, de 29 de junio de 2017, nº de recurso 10618/2016. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. ECLI**:** ES:TS: 2017:2654.
- STS 470/2017, de 22 de junio, nº de recurso 1836/2016. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. ECLI**:** ES:TS: 2017:3173.
- STS 379/2017, de 25 de mayo del 2017, nº de recurso 1311/2016. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar. ECLI:ES:TS:2017:2136.
- STS 362/2017, de 19 de mayo, nº de recurso 1867/2017. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. ECLI: ES:TS: 2017:2019.
- STS 312/2017, de 3 de mayo, nº recurso 10307/2016. Ponente: Carlos Granados Pérez. ECLI**:** ES:TS: 2017:1889.
- STS 241/2017, de 5 de abril del 2017, nº de recurso 1054/2016. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar. ECLI:ES:TS:2017:1583.
- STS 92/2017, de 16 de febrero, nº de recurso 1245/2016. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón. ECLI: ES:TS: 2017:483
- STS 41/2017, de 31 de enero, nº de recurso 1001/2016. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. ECLI: ES:TS:2017:365.
- STS 982/2016, de 11 de enero, nº de recurso 511/2016. Ponente: Joaquín Giménez García. ECLI:ES:TS: 2017:40.
- STS 920/2016, de 12 de diciembre, nº de recurso 604/2016. Ponente: Andrés Martínez Arrieta. ECLI**:** ES:TS: 2016:5309.
- STS 878/2016, de 22 de noviembre, nº de recurso: 795/2016. Ponente: Andrés Palomo del Arco. ECLI: ES:TS: 2016:5218.

- STS 852/2016, de 11 de noviembre del 2016, nº de recurso 10881/2015. Ponente: Alberto Jorge Barreiro. ECLI: ES:TS: 2016:4835
- STS 824/2016, de 3 de noviembre del 2016, recurso nº 878/2016. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. ECLI: ES:TS: 2016:4780.
- STS 798/2016, de 25 de octubre, nº de recurso 10224/2016. Ponente: Juan Saavedra Ruiz. ECLI: ES:TS:2016:4669.
- STS 714/2016 de 26 de septiembre del 2016, nº de recurso 1969/2012. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. ECLI**:** ES:TS: 2016:4171.
- STS 636/2016, de 14 de julio, nº de recurso 67/2016. Ponente: Cándido Conde Pumpido Touron. ECLI: ES:TS: 2016:3618.
- STS 178/2016, de 3 de marzo, nº de recurso 10848/2014. Ponente: José Ramón Soriano. ECLI**:** ES:TS: 2016:1275
- STS 134/2016, de 24 de febrero, nº de recurso 10229/2015. Ponente: Manuel Marchena Gómez. ECLI:ES:TS:2016:611.
- STS 93/2016, de 17 de febrero, nº de recurso 405/2015. Ponente: Carlos Granados Pérez. ECLI: ES:TS: 2016:616.
- STS 774/2015, de 16 de diciembre del 2015, nº de recurso 10349/2015. Ponente: José Manuel Maza Martin. ECLI:ES:TS:2015:5745.
- STS 644/2015, de 13 de octubre, nº de recurso: 10167/2015. Ponente: Carlos Granados Pérez. ECLI: ES:TS: 2015:4421.
- STS 495/2015, de 29 de junio, nº de recurso 1282/2014. Ponente: Ana María Ferrer García. ECLI:ES:TS:2015:3516.
- STS 338/2015, de 2 de junio de 2015, nº de recurso 2057/2015. Ponente: Juan Ramón Gómez Berdugo de la Torre. ECLI**:** ES:TS: 2015:2555.
- STS 128/2015, de 25 de febrero, nº de recurso 1222/2014. Ponente: Joaquín Giménez García. ECLI**:** ES:TS: 2015:1098.
- STS 637/2014, de 23 de septiembre, nº de recurso 10964/2012. Ponente: Andrés Palomo del Arco. ECLI:ES:TS:2014:4718.
- STS 371/2014, de 7 de mayo, recurso nº 1132/2013. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. ECLI:ES:TS:2014:1622.
- STS 337/2014, de 16 de abril del 2014, nº de recurso 10672/2013. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. ECLI: ES:TS: 2014:1745.

- STS 271/2014, de 25 de marzo de 2014, nº de recurso 10892/2013. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. ECLI: ES:TS: 2014:1396.
- STS 1057/2013, de 12 de diciembre de 2013, nº de recurso 372/2013. Ponente: Juan Saavedra Ruiz. ECLI: ES:TS: 2013:6561.
- STS 1035/2013, de 14 de enero de 2014, nº de recurso 1969/2012. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. ECLI:ES:TS:2014:220.
- STS 950/2013, de 5 de diciembre, nº de recurso 10269/2013. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar. ECLI**:** ES:TS: 2013:6211.
- STS 719/2013, de 9 de octubre, nº de recurso 10566/2013. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón. ECLI: ES:TS: 2013:4971.
- STS 309/2013, de 1 de abril, nº de recurso 11151/2012. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. ECLI: ES:TS: 2013:1840.
- STS 693/2012, de 19 de septiembre del 2012, nº de recurso 1883/2011. Ponente: José Manuel Maza Martin. ECLI:ES:TS:2012:5971.
- STS 544/2012, de 2 de julio de 2012, nº de recurso 10063/2012. Ponente: Julián Sánchez Melgar. ECLI: ES:TS: 2012:4686.
- STS 334/2012, de 25 de abril del 2012, nº de recurso 11535/2011. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro. ECLI: ES:TS: 2012:3095.
- STS 239/2012, de 23 de marzo de 2012, nº de recurso 1232/2011. Ponente: José Ramón Soriano Soriano. ECLI:ES:TS:2012:2553.
- Auto del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2011, recurso nº 20216/2011. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. ECLI:ES:TS:2011:7410A.
- STS 244/2011, de 5 abril de 2011, nº de recurso 11052/2010. Ponente Joaquín Giménez García. ECLI: ES:TS: 2011:2303.
- STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011, nº recurso 1315/2010. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez Luarca. ECLI**:** ES:TS: 2011:167.
- STS 290/2010, de 31 de marzo de 2016, nº de recurso 11475/2009. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. ECLI:ES:TS:2010:1555.
- STS 987/2009, de 13 de octubre de 2009, nº de recurso 10504/2009. Ponente: Joaquín Giménez García. ECLI: ES:TS: 2009:6448.
- STS 745/2008, de 25 de noviembre de 2009, nº de recurso 1902/2007. Ponente: Juan Ramón Berdugo de la Torre. ECLI: ES:TS: 2008:6627.

- STS 1030/2007 de 4 de diciembre del 2007, nº de recurso 759/2007. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. ECLI: ES:TS:2007:8289.
- STS 278/2006, de 10 de marzo de 2006, nº de recurso 846/2005, Ponente: José Manuel Maza Martin. ECLI: ES:TS: 2006:1631.
- STS 421/2003, de 10 de abril de 2003, nº de recurso 921/2001. Ponente: Juan Saavreda Ruiz. ECLI: ES:TS: 2003:2539.
- STS 234/2001, de 3 de mayo de 2001. Ponente Adolfo Prego de Oliver Tolivar. ECLI: ES:TS: 2001:3587.
- STS de 28 octubre 1997, rec. 880/1991. Ponente: José Augusto de Vega Ruíz. ECLI:ES:TS:1997:6410.
- STS de 25 septiembre 1985. Ponente: Luis Vivas Marzal. ECLI: ES:TS: 1985:975.

**Tribunal Superior de Justicia**

- STJ de Extremadura 14/2019, de 2 de julio, nº de recurso 13/2019. Ponente: Jesús Plata García. ECLI:ES:TSJEXT:2019:794.

**Audiencia Nacional**

- SAN 13/2023, de 12 de junio de 2023, procedimiento ordinario 3/21. Ponente: Joaquín Delgado Martin. ECLI:ES:AN: 2023:2837.
- SAN 14/2022, de 19 de julio de 2022, sumario 15/2018. Ponente: Francisco Javier Vieira Morante. ECLI:ES:AN:2022:3641.
- SAN 10/2022, de 20 de julio de 2022, nº de recurso 7/2022. Ponente: Eloy Velasco Núñez. ECLI:ES:AN: 2022:3695.
- SAN 8/2022, de 5 de abril, procedimiento abreviado 275/2018. Ponente: Mª Dolores Hernández Rueda. ECLI:ES:AN: 2022:1604.
- SAN 27/2016, de 1 de septiembre del 2016, nº de recurso 8/20165. Ponente: Clara Eugenia Bayarri García. ECLI:ES:AN:2016:3288.
- SAN 25/2016, de 22 de septiembre del 2016, nº de recurso 2/2015. Ponente: Julio de Diego López. ECLI:ES:AN: 2016:3464.
- SAN 54/1995, de 15 de septiembre, nº de recurso 51/1992. Ponente: Ángela María Murillo Bordallo. ECLI: ES:AN:1995:4.

**Audiencias provinciales**

- SAP Valencia 145/2020, de 10 de marzo de 2020, nº de recurso 154/2017. Ponente: Francisco Javier García-Miguel Aguirre. ECLI:ES:APV:2020:899.
- SAP Gipuzkoa 196/2019, de 14 de noviembre de 2019, nº de recurso 1043/2018. Ponente: Ana Moreno Galindo. ECLI:ES: APSS: 2019:1319.
- SAP Barcelona 415/2019, de 7 de junio de 2019, nº de recurso 13/2018. Ponente: Inmaculada Concepción Cerezo Cintas. ECLI:ES: APB: 2019:15551.
- SAP Badajoz 188/2018, de 20 de noviembre de 2018, Sección tercera. Ponente: María Dolores Fernández Gallardo. ECLI:ES:APBA:2018:1275.

## NORMATIVA

**Internacional**

- Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación del productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública, hecho en Moscú el 28 de octubre de 2011, *BOE*, de 30 de noviembre de 2015, nº 289.
- Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa de la lucha contra la delincuencia organizada, *Diario de la Unión Europea*, de 11 de noviembre de 2008, nº L 300.
- Decisión Marco 2007/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 15 de marzo de 2005, nº L68/49.
- Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, *Diario de la Unión Europea*, de 16 de marzo de 2005, nº 69.
- Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 11 de noviembre de 2004, nº L2004-82645.
- Decisión 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.

- 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, *Diario de la Unión Europea*, de 20 de enero de 2004, nº 13.
- Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 1 de agosto de 2002, nº 203.
- Convención, del 15 de noviembre de 2000, de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada. Instrumento de ratificación de España el 21 de febrero de 2002, *BOE*, 29 de septiembre de 2003, nº 233.
- Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena. Instrumento de ratificación de España, *BOE*, de 10 de noviembre de 1990, nº 270.
- Convención para la Prevención del Crimen Organizado de 1975.
- Acción común 98/733/JAI del Consejo, 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 las Comunidades Europeas , de 29 de diciembre de 1998, n° L 351.*
- Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia - Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 23 de enero de 1999, n° C 019.*
- Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptada por el Consejo el 28 de abril de 1997, *Diario Oficial de las Comunidades Europea* , de 15 de agosto de 1997, nº C 251/1.


**Interna**


- Constitución Española de 1978, *BOE,* 29 de diciembre de 1978, nº 311.
- Constitución de 1869, Gaceta de Madrid, 7 de junio de 1869, nº 158.
- Constitución de 1845, *Gaceta de Madrid,* 23 de mayo de 1845, nº 3904.
- Código Penal de 1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, BOE, 24 de noviembre de 1995, nº 281.

- Código penal de 1973. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, *BOE*, de 12 de diciembre de 1973, nº 297.
- Código Penal de 1944, *BOE*, 13 de enero de 1945, nº 13.
- Código Penal de 1932, *Gaceta de Madrid*, 5 de noviembre de 1932, nº 310.
- Código Penal de 1928, *Gaceta de Madrid*, 13 de septiembre de 1928, nº 257.
- Código Penal de 1870, Gaceta de Madrid, 31 de agosto de 1870, nº, 243.
- Código Penal de 1850, La Imprenta Nacional, Madrid, 1850.
- Código Penal de 1848, La Imprenta Nacional, Madrid, 1948.
- Código Penal de 1822, La Imprenta Nacional, Madrid, 1822.
- Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión
- Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, *BOE*, de 23 de diciembre de 2022, nº 307.
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, *BOE*, de 7 de septiembre de 2022, nº 215.
- Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, *BOE*, de 2 de julio de 2021, nº 157.
- Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional, . *BOE*, de 21 de febrero de 2019, nº 45.
- 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, *BOE*, de 31 de marzo de 2015, nº 77.
- Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, *BOE*, de 31 de marzo de 2015, nº77.
- Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, *BOE*, de 28 de diciembre de 2012, nº 312.
- Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, *BOE*, de 29 de enero de 2011, nº 25.

- 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, *BOE*, de 23 de junio de 2010, nº 152.
- Ley Orgánica 15/2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE,* 26 de noviembre de 2003, nº 283.
- Ley Orgánica 11/2003, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE*, de 30 de septiembre de 2003, nº 234.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE*, de 12 de enero de 2000, nº10.
- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *BOE*, de 12 de enero de 2000, nº10.
- Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Ámsterdam por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos anexos, firmado en Ámsterdam el día 2 de octubre de 1997, *BOE* de 17 de diciembre de 1998, nº 301.
- Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad- "Mossos d´Esquadra", *BOE*, de 12 de agosto de 1994, nº 192.
- Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, *BOE*, de 24 de diciembre de 1992, nº 308.
- Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana, *BOE*, 22 de febrero de 1992, nº 46.
- Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, *BOE*, 26 de marzo de 1988, nº 74.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE*, 2 de julio de 1985, nº 157.
- Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, *BOE*, 26 de marzo de 1985, nº 73.
- Ley Orgánica 8/1983, de 23 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, *BOE*, 27 de junio de 1983, nº 152.
- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, *BOE*, 23 de julio de 1989, nº 177.
- Ley 45/1959, de 30 de julio, de orden público, *BOE*, 31 de julio de 1959, nº 182.
- Nueva Ley de orden Público, *Gaceta de Madrid*, de 30 de julio de 1933, nº 211

- Código Civil: Real Decreto de 24 de julio de 1889, *Gaceta de Madrid*, de 25 de julio de 1889, nº 206.
- Ley de Orden Público de 1870, *Gaceta de Madrid*, 24 de abril de 1870, nº 114.

Textos prelegislativos

- Proyecto de 2009 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal., Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 27 de noviembre de 2009, nº 52.
- Anteproyecto del Código Penal del 2008 en AA.VV.: *Cuadernos Penales José María Lidón. El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos Aspectos*, nº6, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, págs. 379 y ss.
- Proyecto de 2007 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 15 de enero de 2007, nº 199.
- Anteproyecto del Código Penal de 2006, disponible en: http://www.juecesdemocracia.es/legislacion/ANTEPROYECTO%20REFORMA%20C%C3%93DIGO%20PENAL%202006.pdf

**INFORMES, CIRCULARES Y OTROS DOCUMENTOS**

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021-2025. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0170&from=EN.
- Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención de delito y justicia penal 1955-2010. Disponible en: http://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/55years_ebook_es.pdf
- Consejo de la Unión Europea. *Revisión del documento 6204/2/97 ENFOPOL, IV*, Bruselas, 2000. Disponible en: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10415-2000-INIT/es/pdf
- Consejo Fiscal. Informe del sobre el Anteproyecto de 2008 de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en: https://www.uv.es/limprot/boletin10/cf.pdf

- Consejo Fiscal. Informe sobre el Anteproyecto de 2006 de modificación del Código Penal, de 21 de noviembre de 2006.
- Consejo General Poder Judicial. Datos estadísticos sobre condenas. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Condenados--explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Penados-/
- Consejo General del Poder Judicial. Informe del Anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, 27 de marzo del 2014. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_de_Proteccion_de_la_Seguridad_Ciudadana.
- Consejo General del Poder Judicial. Informe sobre el Anteproyecto de 2008 para la modificación del Código Penal, de 26 de febrero de 2009.
- Consejo General del Poder Judicial. Informe sobre el Anteproyecto para la modificación del Código Penal, 18 de octubre de 2006.
- Europol. Evaluación de la criminalidad organizada. Disponible en: https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment
- Europol. La criminalidad organizada y el Covid 19. Disponible en: https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/how-criminals-profit-covid-19-pandemic
- Europol. *Serious and Organised Crime Threat Assessment. A corrupting influence: The infiltration and underming of Europe´s economy and society by organised crime*. Disponible en: https://www.europol.europa.eu/publication-events/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-socta-2021.
- Europol. Informe SOCTA 2017 sobre la evaluación de la amenaza de la criminalidad grave y la delincuencia organizada. Disponible en: https://www.dsn.gob.es/en/actualidad/sala-prensa/informe-sobre-evaluaci%C3%B3n-amenaza-criminalidad-grave-delincuencia-organizada
- Fiscalía General del Estado. Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, *Doctrina de la Fiscalía General del Estado*, FIS-C-2011-00002, 2 de junio del 2011.

- Fiscalía General del Estado. Memoria Fiscalía 2021. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html
- Fiscalía General del Estado. Memoria Fiscalía 2010. Disponible en: https://www.fiscal.es/documents/20142/ea336c13-693f-39e7-6668-e25099c011f2
- Fiscalía General del Estado. Instrucción 4/2006, del 12 de julio, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-I-2006-00004.pdf
- Ministerio de la Presidencia, Relación con las Cortes e Igualdad. *Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave (2019-2023). La seguridad es un proyecto en común*, Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado, 2019.
- Ministerio de la Presidencia, Relación con las Cortes e Igualdad. *Informe Anual de Seguridad Nacional 2018*, 2019.
- Ministerio del Interior. Datos sobre criminalidad, 2009. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/Documents/7feb6f0cbal_crimen_organizado_noviembre_presentacion.pdf
- Naciones Unidas. Informe sobre el mercado de la droga en época del Covid 19. Disponible en: https://wdr.unodc.org/wdr2020/en/exsum.html
- Observatorios de las bandas latinas en España. Informe sobre bandas latinas. Disponible en: https://bandaslatinas.com/informe/las-bandas-latinas-ingresan-96-me-anuales-en-cuotas-de-pertenencia-en-madrid/
- Secretaria General Técnica Centro de Publicaciones. *Estudio comparativo del Código Penal vigente y el Proyecto de Código penal de 1994*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994.
- United Nations. World Drug Report 2020. Disponible en: https://wdr.unodc.org/wdr2020/en/exsum.html

# ANEXO

En estas páginas se recogen los marcos penales del delito de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis y del resto de previsiones penales que castigan la delincuencia organizada: pertenencia a un grupo criminal, agravantes específicas y asociación ilícita. Se recoge, igualmente, la penalidad en relación con las organizaciones terroristas, codelincuencia y conspiración para delinquir.

## PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

### Artículo 570 bis:

- Altos mandos:
    - Delitos graves: 4-8 años de prisión
    - Demás casos: 3-6 años de prisión
- Resto de participantes:
    - Delitos graves: 2-5 años de prisión
    - Demás casos: 1-3 años de prisión
- Agravantes (número de miembros, armas o instrumentos peligrosos, medios tecnológicos):
    - Mitad superior
    - Superior en grado (si dos o más agravantes)
- Contra la vida o integrar de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual o trata de seres humanos:
    - Mitad superior

## PERTENENCIA A UN GRUPO CRIMINAL

### Artículo 570 ter

- Contra la vida o integrar de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual o trata de seres humanos:
    - Uno o más delitos graves: 2-4 años de prisión
    - Delitos menos graves: 1-3 años de prisión
- Otros delitos graves- otro delito grave:
    - 6 meses -2 años de prisión
- Resto de delitos o perpetración reiterada de delitos leves:
    - 3 meses -1 año de prisión
- Agravantes (número de miembros, armas o instrumentos peligrosos, medios tecnológicos):

- Mitad superior
- Superior en grado (dos o más agravantes)

**OTRAS CONSECUENCIAS PENALES APLICABLES A LOS DELITOS DE PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL**

**Artículo 570 quater**

- Disolución de la organización o grupo. En su caso: arts. 33.7 y 129
- Inhabilitación especial 6-20 años
- Aplicación del art. 8.4

**AGRAVANTES ESPECÍFICAS**

**Delitos**

Se recoge a continuación, la normativa que ha introducido las agravantes específicas en el Código Penal (se especifica el número del artículo vigente en la versión del Código Penal en el que se introdujo o del correspondiente texto prelegislativo)

CODIGO PENAL DE 1995:

(Anteriormente también la agravante en el delito de robo, pero desapareció)

- Blanqueo de capitales (art. 302).
- Tráfico de drogas (art. 369.6).

LEY ORGÁNICA 11/1999:

- Prostitución de menores (art. 187.3).
- Pornografía infantil (art. 189.8).

LEY ORGÁNICA 4/2000

- Trata de seres humanos (art. 318 bis).

LEY ORGÁNICA 15/2003

- Manipulación genética (art. 162).
- Alteración de precios en subastas y concursos públicos (art. 262.2).

- Delitos contra la propiedad intelectual/industrial (arts. 271.c y 276.c).
- Delitos contra Hacienda Pública (arts. 305.2.a/305 bis.1.b)
- Tráfico de precursores (art. 371.2)
- Falsificación de moneda (art. 386).

ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL DE 2006

- Abusos contra menores de 13 años (art. 181).
- Prostitución (art. 188).
- Revelación de secretos (art. 197).
- Daños informáticos (art. 264).
- Definición de organización delictiva (art. 369 bis).
- Falsificación de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro medio de pago distinto del efectivo (art. 399 bis).

ANTEPROYECTO DEL 2008

- Cambia de ubicación el delito de trata (art. 177 bis).

LEY ORGÁNICA 5/2010

- Recoge todas las agravantes anteriores.
- Introduce la pertenencia a una organización o grupo criminal (arts. 570 bis y ter), define lo que ha de entenderse por cada una de estas figuras.
- Elimina la definición de organización delictiva del 369 bis.

LEY ORGÁNICA 7/2012

- Delitos contra la Seguridad Social (art. 307 bis)

LEY ORGÁNICA 1/2015

- Homicidio (art. 138.2.a)
- Asesinato (140.1.3)
- Revelación de secretos (art. 197 quater)
- Hurto (art. 235.1.9)

- Robo (art. 240.2)
- Robo en casa habitada (art. 241.4)
- Corrupción en los negocios (art. 286 quater c)
- Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 ter)
- Fraude de medicamentos (art. 362 quater 3)

LEY ORGÁNICA 1/2019

- Tráfico ilícito de órganos (art. 156 bis)

**Organización criminal o grupo criminal**

Las agravantes específicas que se acaban de enumerar castigan la pertenencia tanto a una organización como a un grupo criminal. Las excepciones, que solo mencionan la figura de organización criminal son:

- 264.2.1/ 264 bis.2: Daños informáticos.
- 302.1: Blanqueo de capitales.
- 318 bis. 3.a): Delitos contra los derechos de los extranjeros.
- 369 bis: Narcotráfico.
- 371.2: Tráfico de precursores.
- 399 bis: Falsificación de tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo.

**Conducta en la agrupación criminal**

Algunas agravantes específicas diferencian el rol/función del sujeto en la agrupación a efectos de penalidad

Jefes, administradores o encargados (penal en la mitad superior o la superior en grado, dependiendo del delito)

- art. 156 bis: tráfico ilícito de órganos
- art. 177 bis: trata de seres humanos
- art. 302: blanqueo de capitales
- art. 304 ter: financiación ilegal de partidos políticos (dirigir)
- art. 318 bis: delitos contra los derechos de los extranjeros
- art. 369 bis: narcotráfico
- art. 371: tráfico de precursores.

Generalmente, se utiliza el término "pertenecer", salvo en las siguientes agravantes:

Ser miembros:

- art. 235.1.9.: hurto
- art. 240.2.: robo
- art. 241.4: robo en casa habitada

Participar

- art. 304 ter: financiación ilegal de partidos políticos

Cometerse en el seno de una organización…

- art. 181.5.h: agresiones sexuales contra menores de 16 años
- art. 197 quater: revelación de secretos
- art. 305 bis.1.b: delitos contra Hacienda Pública
- art. 307 bis: delitos contra la Seguridad Social
- art. 318 bis: delitos contra los derechos de los extranjeros.

Cometerse en el marco de una organización…

- art. 264: daños informáticos
- art. 399 bis: falsificación de tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo.

**Penalidad**

Prisión permanente revisable

- art. 140.1.3: asesinato

Años de prisión:

- art. 189.2.f: corrupción de menores 5-9 años
- art. 235.1.9: hurto 1-3 años
- art. 240.2: robo 2-5 años
- art. 241.4: robo en casa habitada 2-6 años
- art. 264.2: daños informáticos 2-5 años y multa
- art. 264 bis: daños informáticos 3-8 años y multa

- art. 271 c: delitos contra la propiedad intelectual 2-6 años, multa e inhabilitación especial
- art. 276 c: delitos contra la propiedad industrial 2-6 años, multa e inhabilitación especial
- art. 304 ter: financiación ilegal de partidos políticos 1-5 años
- art. 305 bis: delitos contra la Hacienda Pública 2-6 años y multa
- art. 307 bis: delitos contra la Seguridad Social 2-6 años y multa
- art. 318 bis: delitos contra los derechos de los extranjeros 4-8 años
- art. 369 bis: narcotráfico 9-12 años y multa

Mitad superior respecto del tipo básico:

- art. 181.5.h: agresión sexual contra menor de 16 años
- art. 187.2.b: prostitución
- art. 286 quater: corrupción en los negocios
- art. 302.1: blanqueo de capitales
- art. 371.2: tráfico de precursores
- art. 399 bis: falsificación de tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo

Subir en grado la pena:

- art. 138.2.a: homicidio
- art. 156 bis: tráfico ilícito de órganos
- art. 177 bis: trata de seres humanos
- art. 188.3.f: prostitución de menores o personas con discapacidad
- art. 197 quater: revelación de secretos
- art. 286 quater: corrupción en los negocios (posibilidad)
- art. 362 quater: fraude en los medicamentos

Concretar la horquilla de las penas en las agravantes específicas que imponen su pena en la "mitad superior" o "superior en grado" debe calcularse en base a la concreta calificación jurídica del delito fin.

Las anteriores penas son las correspondientes a las personas físicas que cometan el delito mediante una organización o grupo criminal. En los siguientes tres delitos no se prevén

penas contra los miembros, pero sí contra la agrupación, al ser de aplicación el artículo 129.

Artículo 129 (exclusivamente):

- art. 162: manipulación genética
- art. 262.2: alteración de precios en concursos y subasta pública
- art. 386.4: falsificación de moneda y efectos timbrados

Artículo 31 bis (persona jurídica):

- art. 177 bis: trata de seres humanos
- art. 187. 2.b: prostitución
- art. 188.3.f: prostitución contra menor o persona con discapacidad
- art. 189.2.f: corrupción de menores
- art. 264: daños informáticos
- art. 302.1: blanqueo de capitales
- art. 304 ter: financiación ilegal de partidos políticos
- art. 305 bis: delitos contra Hacienda Pública
- art. 307 bis: delitos contra la Seguridad Social
- art. 318 bis: delitos contra los derechos de los trabajadores
- art. 386.4: falsificación de monedas y efectos timbrados

Las diferencias entre imponer el correspondiente delito de pertenencia (organización o grupo criminal) en concurso real con el delito fin o imponer la agravante específica son, en ocasiones, muy significativas.

Un ejemplo es el delito de pornografía infantil. Supuesto: un alto cargo de organización criminal

- Tipo autónomo de pertenencia:

  art. 570 bis: jefe, delito grave contra la libertad sexual: 6-8 años

  art. 570 quater: disolución de la organización, arts. 33.7 y 129

  Tipo básico 189: 1-5 años de prisión

  La pena podría llegar a 13 años (8+5)

- Agravante específica:

Art. 189.2.f: 5-9 años de prisión

Conclusión: diferencia de 4 años de prisión.

A ello debe sumarse el complejo cálculo de las consecuencias accesorias y que en este caso la agravante especifica no cuenta con la tipificación de jefe, encargado o administrador.

**ASOCIACIÓN ILÍCITA (Artículos 515, 517, 518 y 520)**

- Altos mandos:
  - 2-4 años de prisión
  - Multa 12-24 meses
  - Inhabilitación especial 6-12 años
- Miembros activos:
  - 1-3 años de prisión
  - Multa 12-24 meses
- Cooperadores económicos o de cualquier otra clase
  - 1-3 años de prisión
  - Multa 12-24 meses
  - Inhabilitación cargo o empleo público 1-4 años
- Disolución de la asociación. En su caso: art. 129

**TERRORISMO (Artículo 572)**

- Altos mandos:
  - 8-15 de prisión
  - Inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena
- Resto de miembros:
  - 6-12 años de prisión
  - Inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena
- Penas específicas (a partir del art. 573 bis) dependiendo del delito cometido

**CODELINCUENCIA (Artículos 28 y 29)**

Cuando no concurran los requisitos de la organización o grupo criminal, será un supuesto de codelincuencia cuando dos o más personas hayan participado en un delito en grupo. En este caso, la pena no sufre variación respecto de la que correspondería por ser autor

individual (partiendo de la pena del correspondiente delito, se aplicarán las reglas generales sobre autoría y participación)

**CONSPIRACIÓN (Artículo 17)**

Cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo se castigará con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

Únicamente en los siguientes delitos se castiga la conspiración:

> Homicidio y sus formas (art. 141), lesiones (art. 151), tráfico de órganos (art.156 bis), detenciones ilegales y secuestros (art. 168), trata de seres humanos (art. 177 bis), robo, extorsión, estafa, apropiación indebida (art. 269), alteración de precios del mercado e información privilegiada (art. 285 quater), blanqueo de capitales (art. 304), tráfico de drogas (art. 373), delitos contra la administración pública (art. 445), rebelión (art. 477), delitos contra la corona (art. 488), asociación ilícita (art. 519), sedición (art. 548), atentado, resistencia y desobediencia (art. 553), terrorismo (art. 579), delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (art. 585), delitos contra la comunidad internacional (art. 615).