

La relación entre organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita tras las reformas de 2010 y 2015 en España

*Alri Zurita Gutiérrez**

Resumen: Resulta imperativo el estudio y delimitación de los nuevos tipos delictivos de organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita, referidos a la delincuencia organizada, que se han incorporado en la legislación española tras las reformas penales de 2010 y 2015. Estos tipos delictivos, por un lado, son similares y comparten elementos convergentes entre sí, pero, por otro lado, contienen componentes propios que los diferencian y que aquí interesa desarrollar, buscando efectuar el deslinde procedente entre cada uno de ellos con la finalidad de lograr una aplicación adecuada. En esa tarea, no quedarán exentas de análisis figuras prototípicas de manifestación criminal, como la codelinquencia y la conspiración, que plantean problemas similares a los anteriores y también son objeto de examen.

Palabras claves: Análisis figuras prototípicas, asociación ilícita, codelinquencia y conspiración, grupo criminal, legislación penal española, nuevos tipos delictivos, organización criminal, reformas de 2010 y 2015.

Abstract: It is imperative the study and delimitation of the new criminal types of criminal organization, criminal group and illicit association, referred to organized crime, that have been incorporated into Spanish criminal legislation after the reforms of 2010 and 2015. These criminal types, on the one hand, they are similar and share converging elements with each other, but, on the other hand, contain their own elements that differentiate them and what we are interested in developing, seeking to carry out the demarcation between each of them, for the purpose of proper application. In that task, will not be exempt from analysis prototypical figures of criminal demonstration, like codelinquency and conspi-

* El autor es Doctor en Derecho penal de la Universidad de Sevilla; correo: zuritaalri@gmail.com. El presente trabajo se realiza en el marco del Grupo de investigación SEJ617: Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado. https://investigacion.us.es/sisius/sis_depgrupos.php?ct=&cs=&seltext=SEJ-617&selfield=CodPAI.

racy, that pose problems similar to the previous ones and that will also be the subject of research.

Keywords: Analysis prototypical figure, codeinquency, conspiracy, criminal, criminal organization, group, illicit association, new criminal types, reforms of 2010 and 2015, Spanish criminal legislation.

Precisiones previas

Durante mucho tiempo la atención legislativa en España estaba concentrada fundamentalmente en la lucha contra el terrorismo y, por tal razón, la delincuencia organizada no recibió el primer nivel de prioridad si bien existía la figura de la asociación ilícita que solo se aplicaba como agravante; el mencionado tipo delictivo no fue derogado y subsiste junto a otros delitos como los de organización criminal y grupo criminal. Ahora bien, es relativamente reciente que el legislador comience a desplegar instrumentos específicos para la lucha contra este fenómeno, que no deja de presentar en el plano político-criminal una intensa carga emocional (De la Cuesta, 2010, p. 83). En este sentido, en las sociedades actuales se ha anclado una creciente preocupación sobre el fenómeno de la criminalidad organizada. España no es ajena a esta problemática, debido a los variados delitos que pueden cometer estas organizaciones valiéndose de su capacidad lesiva, por ejemplo: tráfico de drogas, trata y tráfico de personas, inmigración clandestina, tráfico de armas, blanqueo de capitales, entre otros.

Este hecho ha generado una importante y profunda reforma legislativa del Código penal español realizada en junio de 2010 y, de manera más leve, en marzo de 2015; en ésta última se suprime la «perpetración reiterada de faltas» en los delitos de organización y grupo criminal, manteniendo los delitos graves y leves en dichos tipos delictivos. En general la reforma posterior a 2010 introduce una amplia regulación sobre la criminalidad organizada, teniendo como resultado la definición de los supuestos de organización criminal tipificados en el art. 570 *bis* CP y que establece:

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.

También se tipifica el delito de conformar un grupo criminal en el art. 570 *ter* CP que indica lo siguiente:

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.

Y, por último, subsiste el tradicional delito de asociación ilícita del art. 515.1 C.P. que establece: «Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1) las que tengan por objeto cometer algún delito o, que después de constituidas, promuevan su comisión». Como se aprecia, las tres figuras delictivas son aparentemente análogas por lo cual el presente artículo se enfoca en un análisis comparativo de estos delitos que, básicamente, son producto de la reforma penal de 2010 que sufrió leves cambios en 2015.

Los delitos de asociaciones ilícitas y organización criminal

Sobre la delimitación entre asociaciones ilícitas y organización criminal. Se empieza con la comparación entre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita, porque este último delito es el que se ha mantenido con posterioridad a las reformas mencionadas; a tal efecto, interesa puntualmente el art. 515.1 Código Penal (en adelante CP). Se puede indicar que marcar las diferencias conceptuales y aplicativas, así como las posibles críticas, entre ambos tipos delictivos tal vez no sea suficiente puesto que existe una superposición entre las dos figuras (art. 515.1º y 570 *bis* CP), que complica su diferenciación (Corcoy, 2011, p. 854). Pese a ello, es necesario identificar de la manera más clara posible los aspectos diferenciales que dan cuerpo a cada tipo delictivo.

Así, pues, en España el delito de «asociación ilícita» sufre una evolución porque tradicionalmente fue considerado como una infracción contra la seguridad del Estado en consonancia con un sistema político que no reconocía el derecho a asociarse con la intención de participar en la vida política, específicamente en la década de los años setenta (Rodríguez y Serrano, 1994, p. 746). La regulación legal de los delitos relativos a las asociaciones ilícitas ha

sufrido influjos derivados de diversos factores: primero, como consecuencia de la transición democrática; y, segundo, a raíz del fenómeno terrorista (Del Rosal, 2005, p. 1060). Posteriormente, ha pasado a ser considerada como un delito contra los derechos fundamentales y las libertades públicas y tiene un obligado referente en el derecho fundamental de asociación reconocido en el art. 22 CE, y, en contraposición, se tipifican en los arts. 515 y ss. los supuestos que constituyen claramente extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho (Gil, 2005, p. 6).

En la actualidad, la creación de nuevas figuras penales —asociación ilícita y organización criminal— genera importantes dificultades interpretativas a la hora de diferenciarlas de otras hipótesis penalmente relevantes. En concreto, se complica en demasía el establecimiento de fronteras entre las formas de autoría y participación en una organización criminal del art. 570 *bis*. que establece:

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.

Y las previstas en relación con una asociación ilícita en los arts. 515 y siguientes (Suárez, 2012, p. 104). Puntualmente, el art. 515.1 CP. Establece que: «Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1) las que tengan por objeto cometer algún delito o, que después de constituidas, promuevan su comisión». El tipo básico de ambas figuras delictivas contienen similitudes en lo referido a la pluralidad de personas y la a finalidad delictiva.

En la reforma de 2010 el legislador optó por la solución más confusa y, en consecuencia, creó más dudas que soluciones, esto porque mantiene los delitos de asociación ilícita, sin más modificaciones que algunas puramente sistemáticas, para conservar y dar mayor dimensión a los diversos tipos cualificados por pertenencia del autor a una organización o asociación criminal, cuando no al incorporar a las organizaciones y grupos criminales en el marco de los delitos contra el orden público, creando así un *tertium genus* a modo

de una perspectiva normativa añadida a las ya existentes desde hace tiempo —asociación ilícita— lo que, sin duda, complica aún más el análisis y la aplicación de los tradicionales instrumentos de lucha contra la criminalidad organizada. Complicaciones que, de una parte, no solo se pueden plasmar en la generación de nuevas y casi irresolubles relaciones de concurso normativo entre distintos instrumentos legales referidos a la delincuencia organizada, sino que, también, pueden afectar al propio entendimiento tradicional de los mismos, muy destacadamente en lo atinente a los delitos de asociaciones ilícitas (Sáinz-Cantero, 2011, p. 1186).

De otra parte, el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 deja percibir que la aplicabilidad del tipo delictivo de asociación ilícita era muy limitada y que no respondía adecuadamente contra el mencionado fenómeno delictivo, al manifestar de esta manera que: «El devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales».

Por último, cuando se hace referencia a la organización criminal y a la asociación ilícita, se debe tener en cuenta la situación concursal; en este sentido el CP prevé en su artículo 570 *quater* 2, 2º lo siguiente: «En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8». La mencionada regla indica que: «En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

Las asociaciones ilícitas tipificadas en el art. 515.1º CP. De acuerdo con el art. 22.2 de la Constitución Española: «2) las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales». El fundamento que justificaría el mantenimiento del art. 515.1 CP sería que el mencionado precepto es una respuesta a dicha regulación para proteger el derecho de asociación y velar porque no se haga un uso abusivo del mismo (Faraldo, 2012, pp. 129-130). Éste es el tipo más cuestionado y preocupante del catálogo de

asociaciones ilícitas debido a la proyección delictiva mencionada y que la asemeja a la organización criminal.

Dentro de esta forma se incluyen, expresamente, tanto aquellas asociaciones que tienen un fin delictivo desde su momento constitutivo como aquellas que se orientan a él en un momento posterior (Sánchez, 2011, p. 1797). Esto lleva a dividir en dos aspectos el art. 515.1º CP porque él considera delictivas, en primer lugar, tanto las asociaciones que se constituyen ya con el fin de cometer algún delito, como, en segundo lugar, las que promueven su comisión una vez constituidas, esto es, aquellas que deciden promover la comisión de delitos en un momento posterior a su constitución, de forma que nacen lícitas y en un momento posterior terminan convirtiéndose en ilícitas (Faraldo, 2012, p. 132).

Entonces, llevan a cabo el delito las asociaciones que se constituyen con una finalidad delictiva, a lo cual se debería añadir que deben tener cierto grado de organización para poder cumplir sus cometidos (Sánchez, 2005, p. 120). En tal sentido se manifiesta la jurisprudencia de acuerdo con el criterio establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo (de aquí en adelante STS) 234/2001 de tres de mayo en la cual se mencionan los siguientes requisitos:

La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función de actividad del tipo prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no meramente transitorio; d) el fin de la asociación —en el caso del art. 515.1º 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 en tiempo y lugar.

Como se aprecia la Jurisprudencia anterior a la reforma de 2010 exigía similares requisitos a los que ahora contempla el Código penal.

En el segundo caso, la alusión a las asociaciones que después de constituidas promuevan la comisión de delitos responde a la necesidad de dar cabida a las que nacen lícitas, pero *a posteriori* incluyen entre sus fines la comisión de delitos para evitar absurdas lagunas de punibilidad. Su previsión expresa

es reiterativa, porque de no existir los casos comprendidos en este inciso no estarían en absoluto excluidos del primero: tener por objeto cometer algún delito convierte a la asociación en ilícita, aunque ese objetivo sea posterior a su creación (Faraldo, 2012, p. 133). Todo esto lleva a advertir serios problemas de colisión normativa reconocidos sin empacho por el legislador, lo cual se debe precisamente a que el art. 515.1° es el antiguo texto del 570 *bis* puede comprender los mismos supuestos de criminalidad organizada (González, 2013, p. 106).

Ahora bien, si esta actividad se lleva a cabo de forma paralela a otras de carácter lícito, es necesario determinar en qué momento se cruza la frontera de la licitud. De acuerdo con la doctrina, ello se puede determinar de dos maneras: primero, el propósito delictivo se refiere a que la asociación se independiza de la persona física de tal manera que, aunque la persona física desaparezca, la configuración de la asociación seguirá sirviendo como instrumento para la comisión de infracciones o delitos; segundo, cuando la dedicación y esfuerzos está más orientada a la actividad delictiva que a la actividad lícita (Faraldo, 2012, pp. 134-135). El concepto de asociación ilícita utilizado en el art. 515.1 no puede referirse a un simple conjunto de pocas personas que colaboran para la realización de un cierto fin, dado que abarcaría los casos de mera coautoría o de participación y no puede ser ésta la finalidad del precepto en particular, si se tienen en cuenta las elevadas penas que en los siguientes artículos se contemplan (Faraldo, 2013, p. 76).

En este sentido la figura de la asociación ilícita (art. 515. 1°) colisiona con el tenor del 570 *bis* por las siguientes razones: en un primer momento se hace mención a la proyección delictiva o a la razón por la cual se constituye la asociación ilícita, en torno a lo cual se puede observar que es muy similar a la «naturaleza delictiva de la organización criminal», es decir, la asociación se constituye específicamente con el objeto de cometer un delito; en un segundo momento, hace referencia a que los integrantes después de constituidos cometan delitos de forma organizada, por lo cual se entiende que es una asociación «legal» y, en todo caso, establece que después de su constitución tiene por objeto cometer delitos, aquí podría citarse la figura del «fundador»

que se aplica en la organización criminal y que ya tiene individualizada su pena. Para finalizar, y por lo expuesto, el número 1º del 515 del CP debería ser derogado debido a que colisiona con el 570 *bis* (organización criminal) y, eventualmente, también con el 570 *ter* (grupo criminal).

Mantener en tales términos el art. 515.1º del Código penal más que soluciones traería conflictos interpretativos, pues las asociaciones descritas tienen las mismas características que una organización criminal; muestra de ello es la STS 109/2012, de catorce de febrero, que resuelve textualmente:

Los criterios que marca la jurisprudencia para apreciar que concurre una asociación ilícita de las previstas en el art. 515.1º del Código Penal, esto es, las que tienen por objeto cometer algún delito u otras infracciones penales son los siguientes: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación —en el caso del art. 515.1 inciso primero— ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la actividad ilícita sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

A su vez, otra Sentencia del Tribunal Supremo matiza la diferencia entre la organización y el grupo criminal, atribuyéndole una pluralidad de delitos en contraposición a la asociación ilícita que estaría dirigida solo a un delito además del motivo por el cual se mantiene este tipo penal. Al respecto, la STS 544/2012, de dos de julio, establece el siguiente fundamento:

Ahora bien, la exclusión defendida 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 la aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación.

También, una reciente Sentencia el Tribunal Supremo la STS 310/2018 de 26 de junio establece, en un caso concreto de asociación ilícita, los siguientes elementos:

1) pluralidad de personas como sustrato subjetivo de la asociación, que surge como un agente colectivo con independencia y autonomía propia y con la finalidad de cometer delitos (...) 2) personas que se conciertan para la ejecución de hechos delictivos que se convierten en los delitos fin de la agrupación (...) 3) personas que se relacionan y vinculan entre ellas mediante una cierta estructura organizativa (...) 4) se requiere cierta permanencia en el tiempo, esto es, que el acuerdo sea duradero y no meramente ocasional, porque se trata de cometer delitos, no un delito ocasional.

Como se puede apreciar las características de la asociación ilícita son básicamente similares a las de la organización y el grupo criminal; por tanto, no tendría sentido realizar tanto esfuerzo en crear una simple asociación para cometer un solo delito, pues teniendo a favor todas las características citadas propias de una asociación ilícita lo más probable sería que sus integrantes cometan más de un delito. Entonces, el fundamento expresado en la STS 544/2012 de dos de julio resultaría insuficiente, porque afirmar que se mantiene el 515.1º CP como contrapartida al derecho de asociación —como lo hace la mencionada Sentencia— es infundado, dado que dichos derechos ya están protegidos por los otros numerales del mismo artículo.

Algunas diferencias entre la asociación ilícita (art. 515.1) y la organización criminal (570 bis). Los elementos del delito de organización criminal no difieren mucho de los utilizados para definir a la asociación ilícita utilizados con anterioridad a la incorporación del art. 570 bis; ello provoca la necesidad de diferenciar el nuevo concepto de los que con anterioridad se empleaban para la represión de la criminalidad organizada y, muy señaladamente, del que daba cuerpo al concepto de asociaciones ilícitas (Sáinz-Cantero, 2011, pp. 1193-1194).

En este sentido, se puede citar un primer criterio de distinción entre asociaciones y organizaciones criminales que vendría determinado por un elemento formal, en la medida en que la existencia de una asociación puede implicar una dimensión institucional, formal aunque jurídicamente relevante, en la medida en que la asociación necesitaría para su existencia de una forma jurídica específica, incluso en su caso la inscripción en el registro correspon-

diente, en tanto que las organizaciones vendrían a referirse a organizaciones o reuniones en sentido material, carentes de tal forma o revestimiento (Sáinz-Cantero, 2011, p. 1194). Sin embargo, atender a esa pauta conduce a privilegiar con menor penalidad a quienes se revisten de una cierta formalidad asociativa, con o sin registro, con independencia de la gravedad de los ilícitos que la agrupación o asociación persiga (Martell y Quintero, 2010, p. 361).

Un segundo criterio para tener en cuenta es el sentido material de las organizaciones y asociaciones, entendiéndose que las últimas tendrían en todo caso un carácter originariamente criminal, es decir, son agrupaciones que surgen *ex professo* y, exclusivamente, con una finalidad criminal, en tanto que las asociaciones serían agrupaciones formalmente válidas que terminan delinquiriendo (Sáinz-Cantero, 2011, p. 1195). En este sentido ese criterio se ofrece en la Exposición de Motivos de la reforma penal de 2010, Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, al indicar que

Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad.

De manera complementaria al segundo criterio se puede citar la STS 544/2012, de dos de julio, que menciona las diferencias entre la organización criminal y la asociación ilícita, pues se afirma allí que la incorporación de los nuevos tipos delictivos

(...) ha de llevarnos a una reinterpretación de los parámetros del art. 515 de tal Código, que dentro del capítulo de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, incrimina como punibles, las asociaciones ilícitas, en las que, a salvo las organizaciones y grupos terroristas, que han quedado reubicadas en el art. 571 del Código Penal, permanecen en su diseño cuatro tipos de asociaciones ilícitas, en donde ha de primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, que no es otro que la conculcación del derecho de asociación, cristalizando la criminalidad en el empleo de medios violentos o en la perversión de la personalidad de los componentes, aunque tales asociaciones tuvieran fines lícitos (...) las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de natu-

raleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad.

En el mismo sentido se manifestó la STS 740/2010, de seis de julio, que precisó la naturaleza y el carácter intrínsecamente delictivo de la organización y del grupo criminal, no incluyendo en este aspecto a la asociación ilícita. En una reciente Sentencia, la STS 372/2018 de 19 de julio, se mencionan los requisitos para la cristalización de la organización criminal, como son: «El carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad».

De esta manera, los criterios de diferenciación entre ambos delitos podrían plantear un solapamiento y un uso reiterativo de la regla 4ª del artículo 8 —que da prioridad de aplicación al delito más grave— a la que el propio legislador hace referencia en el art. 570 *quater* 2, consciente de la dificultad de encontrar dimensiones de injusto diferenciadoras y propias entre una tipicidad y otra que permitieran acudir a los criterios de consunción y especialidad (Suárez, 2012, p. 104). De hecho, algunos de los problemas de grave colisión normativa que se presentan ahora, y que se reconocen sin empacho alguno por el legislador, se deben, precisamente, a que el art. 515.1 —que sigue siendo el que era— y el art. 570 *bis*, incorporado en 2010 y con leves cambios en la Reforma de 2015, pueden comprender los mismos supuestos de criminalidad organizada (González, 2012, p. 28).

Por último, el problema de la anterior delimitación consiste en que conduce a resultados punitivos inconvenientes dada la menor penalidad asignada al de delito de asociación ilícita, lo que importaría un beneficio o privilegio a quienes se revisten de una apariencia de legalidad para la comisión de delitos. Al margen de ello, el art. 570 *quater* 2 prevé que cuando las conductas sancionadas por las figuras de organización y grupo criminal estén comprendidas en otros preceptos del Código penal, tal como puede ser el caso de la asociación

ilícita, la relación concursal se resuelve con base en el principio de alternatividad (Corcoy, 2011, pp. 854-855).

Sobre el nuevo tipo de grupo criminal (art. 570 CP)

Por primera vez, la Ley Orgánica 5/2010 dota de una expresa autonomía al concepto de grupo criminal en la regulación del Código penal en relación con el de organización criminal, que hasta ese momento habían sido interpretados de forma conjunta y como sinónimos (Núñez, 2013, pp. 102-103). De acuerdo con el art. 570 ter del CP 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».

La conceptualización del grupo criminal es consecuencia de la ausencia de alguna o algunas características o requisitos de las que goza el concepto de organización criminal. Por tanto, el delito de grupo criminal podría constituir una figura residual de la de organización criminal. Pero cabe observar que dicho delito, al igual que la figura de organización criminal, posee elementos tanto cualitativos como cuantitativos. Hablando de estos últimos, se hace referencia no solo a la existencia de una pluralidad de personas sino a que también ellas «poseen una menor complejidad organizativa» pues carecen de un carácter estable o permanente. Pese a estas limitaciones estructurales, ambos delitos comparten «la finalidad de cometer delitos» (Núñez, 2013, p. 104), además de la idoneidad delictiva.

El tipo delictivo de «grupo criminal» incrimina la comisión reiterada — de delitos— aunque de forma transitoria. De esta manera, el preámbulo de la Ley indica que en el ámbito del grupo criminal ha de concurrir un plus de peligrosidad respecto a la delincuencia común y puntualiza que, con la incorporación del grupo en el CP, se pretende responder a los supuestos de asociaciones criminales de carácter transitorio (Llobet, 2012, p. 699). Esto lleva a entender que trata de darle cabida a determinados grupos que, por su

transitoriedad, no podían ser incluidos anteriormente en el tipo delictivo de asociación ilícita, por citar un ejemplo el caso de un grupo (descuideras) que cometían hurtos en vía pública y que el Tribunal Supremo, en ese entonces, entendió que no quedaban comprendidas en la figura de asociación ilícita como se infiere de la Sentencia 1075/2006, de 23 de octubre.

En efecto, el concepto de grupo criminal es algo diferente al de organización criminal y, a su vez, también distinto al de conspiración para delinquir, lo que para algún autor deja un estrecho margen aplicativo que lleva directamente, y lo asocia a la noción antigua de banda o grupo de malhechores que se conciertan entre sí para cometer delitos, de manera inespecífica y desestructurada, siempre que sea en número de tres o más, lo cual recuerda a la idea de cuadrilla del CP de 1973, un supuesto de codelinuencia agravada (García, 2010, pp. 510-511). El grupo criminal podría ser considerado, entonces, como consecuencia lógica de una concepción del Derecho penal moderno, es decir, como una especie de metamorfosis; desde luego, si se entiende por tal la transformación de algo en otra cosa, evidentemente esta figura experimenta hoy una transfiguración perversa cuando se piensa en la antigua construcción del bandolerismo regulada en el CP de 1944 o en el Decreto de 21 de septiembre de 1960, que tenía como finalidad castigar aquellas conductas como el atraco, la intimidación, el secuestro, la formación de grupos armados, entre otros (Colina, 2012, p. 52).

Así mismo, está caracterizado como una organización de menor integridad y cohesión, reservada y definida por exclusión, a tenor de la Exposición de Motivos de la reforma penal, que es aplicado a otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, pero que no reúnen los elementos estructurales de la organización criminal, esto por no poseer precisamente una estructura con vocación de permanencia pero que, a pesar de ello, sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes (Velasco, 2011, p. 4). Para algún autor, la definición de organización criminal es uno de los puntos claves de la reforma junto con la introducción de un nuevo término jurídico, el de grupo criminal, una especie de organización criminal de segundo grado y de menor

cohesión, aunque también sus integrantes puedan cometer delitos tan graves o más que los vinculados a la organización criminal (Carretero, 2011, p. 4).

Por último, debe recordarse que la Sentencia STS 694/2011, de 24 de junio, puntualiza que: «El grupo criminal aparecería como una noción residual respecto a la organización criminal, caracterizado aquél por la ausencia de las notas definitorias antes mencionadas; a saber; estabilidad y reparto funcional». Sobre dicho carácter residual también la Circular de la Fiscalía General del Estado N.º 2/2011, manifiesta que

El concepto de grupo criminal se define, por tanto, como una figura de carácter residual frente al de organización criminal, que si bien se asemeja a la organización en el sentido de conformarse por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas, se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, de modo que basta, pues, la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que nos encontremos ante un grupo criminal.

Como se puede apreciar, el nuevo tipo delictivo de grupo criminal se encuentra en una escala inferior a la figura de organización criminal, pero, debe manifestarse, también se encuentra en una escala superior a la codelincuencia.

Similitudes entre la organización criminal y el grupo criminal. Como se advirtió en el apartado anterior, existen puntos convergentes en los que las nuevas figuras delictivas —grupo criminal y organización criminal—, por decirlo de alguna manera, se solapan entre sí, y, por consiguiente, es necesario desarrollar las convergencias que ambos delitos mantienen. Mostrar los puntos de acercamiento existente, y claro de separación que existen entre ambas figuras, permitirá tener una idea clara al respecto.

Naturaleza delictiva. En primer lugar, se encuentra un punto de convergencia como es el de la naturaleza delictiva, sobre el cual se manifiesta con mucho acierto el Tribunal Supremo al indicar que

El legislador reconoce que las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad. (STS 544/2012, de 2 de julio).

La jurisprudencia marca así una pauta para, en principio, poder separar los conceptos de organización y grupo criminal de la idea de asociación ilícita y, a su vez, resalta la similitud de la naturaleza intrínsecamente delictiva propia de los grupos y las organizaciones criminales. También, en una reciente Sentencia, afirma que: «la organización criminal y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de las de dos personas y finalidad de cometer delitos concertadamente» (STS 1233/2018, de trece de septiembre). Así las cosas, de las dos Sentencias citadas se pueden extraer que tanto la organización criminal y el grupo criminal desde el inicio de su creación son intrínsecamente delictivos, es decir, se crean solo con el propósito de cometer varios delitos. Dichos extremos son respaldados por la actual Sentencia de la Audiencia Nacional SAN 14/2016, de 20 de abril, y por la Sentencia STS 576/2014 de 18 de julio.

A su vez, la Fiscalía General del Estado, por medio de la Circular N.º 2/2011, hace referencia al fundamento expuesto en el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio, sobre la tipificación del grupo criminal, cuando indica que dicho delito surge a raíz de que responde a fenómenos análogos —a la organización criminal— muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. Por ello, se definen los grupos criminales en el art. 570 *ter* como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero que sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus integrantes. Como se observa, la Fiscalía General se apoya en el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 para establecer que tanto la organización criminal como el grupo criminal no son similares pero que tienen en común una naturaleza delictiva, aunque no lo diga textualmente, se puede entender así porque indica que ambos aportan un plus de peligrosidad.

En suma, tanto la organización criminal como el grupo criminal tienen por objeto la comisión de delitos, la realización de acciones violentas, reiteradas, indeterminadas e indiscriminadas, y que los delitos que pretendan cometer los sujetos activos sean básicamente de naturaleza grave —pero no siempre es el caso del grupo criminal— (García, 2010, p. 558). La organización criminal se caracteriza por la agrupación de más de dos personas, es decir, tres como mínimo, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada con aquella finalidad (Peris, 2015, p. 886). Estos elementos de los que se reviste la organización criminal muestran claramente su naturaleza delictiva y la predisposición de la organización o grupo criminal al delito.

Pluralidad de personas. El carácter colectivo o de grupo es muy propio de los delitos de organización y de grupo criminal, de donde surge que la pluralidad de personas es una exigencia siendo suficiente que sean tres personas, lo cual constituye un aspecto común a ambas figuras delictivas (Sánchez, 2011a, p. 1930). Además, como se manifestó, tanto en el caso de la organización criminal como en el grupo criminal se requiere la unión de más de dos, es decir, tres personas, y la finalidad de cometer concertadamente delitos. Entonces la ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las características de la organización, que, además de las notas de coincidencia de la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de funciones, línea interpretativa ésta que sigue la STS 719/2013 de 9 de octubre.

Ahora bien, en cuanto a la pluralidad de personas también se hace referencia a las agravantes en el art. 570 *bis* CP cuando dispone: «2) las penas previstas en el numeral anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización: a) Esté formada por un elevado número de personas», refiriéndose a un elevado número de personas. Lo mismo se establece para el grupo criminal en el art. 570 *ter*. A respecto, la doctrina se muestra crítica en relación con la agravante de un número elevado de personas, pues se considera que

él es indeterminado (García, 2010, p. 514). Incluso, de manera acertada se indica que este tipo agravado deja en la absoluta indefinición el número de sujetos activos exigibles para que la organización sea considerada una macro organización, inobservando el deber básico de certeza legal y comprometiéndose con ello la legitimidad de este precepto por infracción al principio de taxatividad, de certeza normativa, o prohibición de la indeterminación de la ley penal (Polaino-Orts, 2013, p. 111).

En definitiva, pues, la existencia de una pluralidad de personas para el desarrollo de un proyecto criminal facilita el desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas integrantes del mismo, lo cual dificulta la prevención y la persecución de los delitos cometidos por una organización o grupo criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad. Además, en el caso de las agravantes se debería determinar a partir de cuantas personas se considera un número elevado, con el fin de brindar certeza legal al texto.

Finalidad delictiva. Otro elemento que converge en ambos preceptos es el fin delictivo que da coherencia a los diferentes papeles y trabajos de cada integrante que, sólo sumados al final, explican y suponen el éxito de su actividad criminal conjunta (Velasco, 2011, p. 6). Desde luego, está claro que el adjetivo «criminal» de la organización denota que tiene por finalidad la comisión de delitos (graves). En teoría, la finalidad de las organizaciones es la que sustenta su estructura. Todos se unen para un determinado fin siendo este caso el fin criminal. Por eso, no se puede desligar la finalidad criminal del elemento de la organización, porque sólo las organizaciones con finalidad delictiva pueden reunir el tipo de injusto de la organización criminal (Zúñiga, 2009, p. 271). En todo caso, lo decisivo es que una pluralidad de personas persiga organizadamente unos objetivos contrarios a las leyes, es decir, ilícitos (García, 1978, p. 278). En ambos casos es necesario que la finalidad delictiva de la organización sea, de forma exclusiva o prácticamente exclusiva, la relación de actividades penalmente ilícitas, de modo que su estructura este plenamente preordenada a tal objetivo (Brandariz, 2009, p. 754). En el mismo sentido se manifiesta la STS 544/2012, de dos de junio;

y otra Sentencia reciente exige para la apreciación de una organización criminal, lo siguiente: «4) finalidad criminal: con el fin de cometer delitos de estas, en el mencionado caso sobre inmigración ilegal lo relevante para la concurrencia de las mismas es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas» (STS 400/2018, septiembre 12).

Elementos diferenciadores entre organizaciones criminales y los grupos criminales

En este punto se busca delimitar el ámbito del grupo criminal diferenciándolo de la organización criminal, aunque la diferencia más evidente entre ellos reside en la estabilidad de las organizaciones y en la falta de estabilidad de los grupos criminales (García, 2010, p. 569). Otro factor diferenciador es la «estructura organizada» que posee la organización criminal, que puede ser variada frente a la transitoriedad propia del grupo criminal; en consecuencia, posee una carencia de estructura organizada (Faraldo, 2012, pp. 64-65). Si se contrastan ambas definiciones se deduce, sin lugar a duda, que las características que pueden faltar en el grupo criminal son: *a)* el carácter estable o indefinido y/o *b)* el reparto de funciones entre sus miembros y activistas (Olmedo, 2011, p. 1213). Ahora bien, actualmente la STS 431/2016 de 29 de mayo explica la diferencia entre el grupo criminal y la organización criminal en los siguientes términos: «El grupo criminal puede apreciarse, aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos. Se trata de una figura residual respecto de la organización criminal».

Como se mencionó, el grupo criminal posee una estructura generalmente de menor complejidad, una suerte de figura intermedia entre la codelinuencia y la organización criminal, en los términos apuntados para la banda o el grupo de delincuentes; ello responde al interés mostrado desde primer momento por la Unión Europea, preocupada por no limitar la criminalización a grupos con una estructura altamente desarrollada (Faraldo, 2012, p. 113). Aunque a primera vista los nuevos tipos delictivos de organización criminal

y grupo criminal aparenten similitud, en el presente apartado se precisan sus notas diferenciadoras que son básicamente dos.

El carácter estable o tiempo indefinido. Este es uno de los elementos diferenciadores entre la organización criminal y el grupo criminal, puesto que el primero tiene una estructura con vocación de permanencia, elemento exigido en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 (Fernández, 2013, p. 1). Por tanto, la estabilidad será uno de los elementos que lleve a distinguir entre una organización y un grupo criminal. Ahora bien, la falta de este elemento debe ser criticada, porque *stricto sensu* un grupo se puede definir como la agrupación de unos cuantos sujetos que en un momento determinado se aglutinan para la comisión de un solo delito, lo que de forma evidente no es acorde con la finalidad promulgada en la propia Exposición de Motivos, pues el plus de peligrosidad que representan los grupos criminales se deriva del carácter colectivo y de la facilidad de cometer los delitos (Fernández, 2013, p. 2).

En definitiva, la organización criminal tiene vocación la permanencia indefinida en el tiempo, mientras que el grupo, aunque permanezca estable durante cierto lapso, se caracteriza por su duración transitoria (Llobet, 2012, p. 697). Actualmente, sobre la misma línea y en similar sentido, se manifiesta la STS 309/2013 de primero de abril al afirmar:

El grupo criminal requiere igualmente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que, además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas.

La mención expresa a la «perpetración concertada de delitos» hace referencia a más de un delito, lo que produciría cierta estabilidad del grupo criminal. En todo caso, se tendrá que conseguir delimitar el ámbito de actividad del grupo criminal diferenciándolo de la organización criminal, pues la distinción más evidente entre ellos reside en la estabilidad de las organizaciones y en la

falta de estabilidad de los grupos criminales (García, 2010, p. 569). Además, es interesante mencionar que la cierta estabilidad del grupo criminal lo aleja de la organización criminal y lo acerca más a la codelinquencia, lo cual produce un nuevo conflicto aplicativo como también interpretativo sobre el que se vuelve más adelante.

En todo caso no resulta tarea fácil distinguir entre grupo de tres o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas funciones con el fin de cometer delitos, y un grupo de tres o más personas que no tenga un carácter estable y tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos. Centrando la diferencia en el carácter estable o por tiempo indefinido de las organizaciones criminales y admitiendo que los grupos criminales deben tener cierta estabilidad para la comisión de varios delitos o la comisión reiterada, se podría decir entonces que la organización criminal tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo y que el grupo criminal puede permanecer estable durante cierto tiempo, pero que su duración es transitoria. Y las dudas surgen en torno a si esta diferencia puede fundamentar una regulación tan distinta de ambos fenómenos (García, 2010, p. 570); además, se debería cuestionar cómo se determina esa transitoriedad.

Como se observa en la STS 400/2018, de doce de septiembre, ella exige algunos requisitos para la determinación de una organización criminal entre los cuales está la estabilidad: «2) permanencia: con carácter estable o por tiempo indefinido». Así también se consigna en la STS 187/2013, de once de febrero, cuando se realiza una valoración sobre los elementos que configuran la estructura estable de la organización resultando de tal valoración lo siguiente:

(...) multiplicidad de actividades; diversidad de droga traficada; dispersión geográfica; pluralidad de lugares de almacenaje; fluidez y persistencia de las comunicaciones entre sus integrantes; estructura técnica para acondicionar vehículos. Criterios que con razón se fundamenta la mayor de las prudencias, llevan a confirmar la calidad de estabilidad y correspondiente organización.

Por último, se estima que el factor diferencial más evidente en la práctica es el de la estabilidad fruto y razón al mismo tiempo de una mayor musculatura organizativa de la organización y, por tanto, de cierta perspectiva de continuidad frente al carácter menos estructurado y estable del grupo, que no obstante ha de articularse más allá de la mera coparticipación criminal (López, 2015, p. 64). Así las cosas, si bien la estabilidad es un elemento diferencial entre ambos delitos debe cuestionarse que ella sea una diferencia central entre ambos tipos delictivos, puesto que siempre estará el problema de situar al grupo criminal en un limbo aplicativo entre la organización criminal y la co-delincuencia. Por tanto, el grupo criminal debe tener estabilidad al igual que la organización criminal porque tiene como objetivo la comisión de varios delitos.

El reparto de roles o división de trabajo. Un segundo elemento que diferencia a la organización criminal del grupo criminal es la división de trabajo, ésta se encuentra dentro del factor «organizativo» de manera que existe un reparto de labores que se esquematiza en la coordinación y distribución de los roles. Por ello, deben reconducirse exclusivamente a la organización criminal los casos donde se aprecie cierto grado de complejidad (Sánchez, 2008, p. 455). Por otro lado, cuando se habla de reparto de roles se debe tener presente la existencia de un colectivo que permite hablar de una organización. Es la existencia de este colectivo como realidad diferenciada la que hace posible la presencia de delitos de organización en su significado de injusto (Cancio, 2010, p. 156). Asimismo, la base —o carácter— estructural es una noción común a los delitos de organización. También desde la perspectiva general los delitos de organización apprehenden parte de la dimensión de injusto de esos delitos; en otras palabras: la existencia de la organización —criminal— en cuanto realidad que trasciende a la personalidad de sus integrantes, es un dispositivo que incrementa su peligrosidad (Cancio, 2010, p. 157).

Por ello, se ha dicho que el concepto concreto de organización es funcional. Así, pues, el contenido de la estructura que da lugar a la organización —criminal— depende, fundamentalmente, de su idoneidad para la realiza-

ción de los delitos que la caracterizan. De este modo, la determinación de lo que «son» viene marcada o determinada por lo que éstas «hacen» (Cancio, 2010, p. 158). La compleja estructura que posee la organización criminal en virtud del complejo grado de organización, pone de relieve el aspecto cuantitativo además del cualitativo que marca una de las diferencias entre la organización criminal y el grupo criminal. Dicho esto, se debe manifestar que el factor organizativo es un elemento intrínseco de la organización criminal, dentro del cual se desempeñan los diferentes roles de los sujetos que son parte componente o que integran la organización. Entonces, queda establecido que el reparto de roles o tareas dentro de la organización criminal no es casual, ni mucho menos fruto de la mera improvisación, sino todo lo contrario: constituye una de las principales notas características de la organización criminal.

La organización supone, pues, una distribución de roles y funciones, derechos y deberes, coordinados en un sistema organizacional y dirigidos al objetivo final. Esto supone la concurrencia de varios miembros o subsistemas. Es más, se debe indicar que la taxonomía organizacional es variada y puede ser *horizontal*, es decir, cuando intervienen sujetos con el mismo rango funcional, también *vertical* si se da en el caso de que los intervinientes sean de distinto rango jerárquico. La división de trabajo usualmente se realiza por la especialización de sus miembros lo que conduce a la profesionalización (Zúñiga, 2009, p. 29). Esta categorización de los integrantes en torno a su cualificación asegura la comisión del delito o delitos perseguidos por la organización, dado que se habla de una especialización o profesionalización de sus miembros.

Sobre la complejidad de la estructura organizativa la STS 1233/2018, de trece de septiembre, explica que:

Se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión.

Por su parte, en lo referido al reparto de roles la STS 110/2012, de 29 de febrero, se pronuncia a este respecto al señalar lo siguiente:

Organizar equivale a coordinar personas y medios de la manera más adecuada para conseguir algún fin, en este caso la perpetración de delitos, cuya ejecución se plantea de forma planificada. Así, mediante la integración de unas y otros más funcional a tal objeto, y a través de la distribución del trabajo y de los recursos del modo más racional, se busca potenciar las posibilidades de actuación y el rendimiento de las aportaciones de aquellas. Aunque, en principio, nada impide que todos los que se integran en un proyecto de esta clase lo hagan en un plano de horizontalidad, lo más normal, a tenor de la experiencia, es que entre ellos rija un cierto principio de jerarquía, encarnado en quien ejerce el papel directivo, generalmente determinado por el control de los recursos.

En esta misma línea de reflexión también se pronuncia las STS 576/2014, de 18 de julio. Indistintamente del tipo de organización que presenten las organizaciones criminales —horizontal o vertical—, existe un reparto de funciones entre quien dirige y los demás miembros de la organización.

Toma de postura. Ciertamente, al momento de identificar el grupo criminal y de poder diferenciarlo de la organización criminal, han de establecerse cuáles son los elementos que por exclusión posibilitan la calificación de grupo criminal y que le dan una forma propia, frente a los que conforman la organización criminal. Para esto, se tienen que tener en cuenta los cuatro elementos que componen la organización criminal: 1) pluralidad de personas, 2) carácter estable o indefinido, 3) reparto de roles, y, 4) finalidad delictiva. A su vez, el Tribunal Supremo recuerda que con la reforma el legislador pretendía aportar instrumentos útiles estableciendo matices tanto de la organización criminal como del grupo criminal:

- 1) 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*.
- 2) 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*.

Así lo plasmó la Sentencia de la Audiencia Nacional 14/2016, de 20 de abril, y antes de ella la Sentencia del Tribunal Supremo 855/2013, de cinco de diciembre. De acuerdo con esta la figura de la organización criminal estaría dedicada a la criminalidad transnacional y la figura del grupo criminal a delitos de menor gravedad. No obstante, debe indicarse que con la reforma de 2015 los conceptos de organizaciones y grupos terroristas (art. 571) se redireccionan a los conceptos planteados para la organización y el grupo criminal (arts. 570 *bis* y *ter*), lo cual hace pensar que tal vez éste es el verdadero motivo para el surgimiento del grupo criminal en respuesta a las nuevas formas de terrorismo celular. Y no así a la denominada «pequeña criminalidad» a la que hace mención la referida Sentencia.

Desde otra perspectiva la STS 426/2014, de 28 de mayo, entre muchas otras considera y marca el camino para la identificación tanto de la organización o grupo criminal al establecer:

La organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad. El grupo criminal requiere igualmente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que, además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas.

Pues bien, los mencionados criterios de diferenciación giran en función de disposiciones internacionales tales como Naciones Unidas y la propia Unión Europea. En consecuencia, el nuevo tipo delictivo de agrupación criminal se encontraría en una especie de limbo aplicativo, es decir, se halla a caballo entre la codevincuencia y la organización criminal. Sin duda, esta dificultad aplicativa gira en torno a un concepto ciertamente flexible del delito de grupo criminal, porque no se puede olvidar que el art. 570 *ter* establece: «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 (...)

tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos». En todo caso, para evitar conflictos interpretativos, así como aplicativos, se debe prescindir solo del carácter estructurado u organizativo y, además, exigir en el grupo criminal también un carácter estable o indefinido, lo cual brinda una pauta más concreta para separarla de la codelinquencia y, en su defecto, de la conspiración.

La delimitación entre el grupo criminal y la codelinquencia

Al encontrarse el grupo criminal en un punto intermedio entre la organización criminal y la codelinquencia, es necesario delimitarlo —si es posible— de los supuestos de mera codelinquencia. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 309/2013, de primero de abril, indica:

Es necesario, entonces, distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codelinquencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera sólo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal.

La jurisprudencia ya había advertido antes de la reforma penal de 2010 la diferencia entre lo que denominaba grupo organizado y la mera codelinquencia; al respecto, se puede mencionar la STS 356/2009, de siete de abril, que:

Se encarga de distinguir el concepto de grupo organizado de la mera codelinquencia, supuesto este último que aparece a menudo en operaciones aisladas que, presentando una mínima complejidad, precisan, sin embargo, de la contribución o actividad de varias personas coordinadas al mismo fin. La mera codelinquencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes.

Se debe observar que esta Sentencia hace referencia a la organización criminal como se conoce en la actualidad —puesto que es una decisión anterior a la reforma penal—, por tanto, solo sirve para delimitar la organización criminal de la codelincuencia y no así el grupo criminal con la codelincuencia. Una Sentencia reciente, la STS 378/2016 de tres de mayo, estima que en la legislación española la distinción entre el grupo y la codelincuencia es clara:

El grupo más o menos vertebrado tiene por finalidad la comisión de delitos y por tanto una cierta estabilidad, y la codelincuencia tiene por fin la comisión de un delito, al tiempo que indica que se traspaesa el concepto de codelincuencia para integrar el grupo, cuando existen unas vinculaciones entre las personas que participan en los delitos enjuiciados que van mucho más lejos de lo ocasional, esporádico o episódico.

Aquí se tropieza con las mismas falencias al momento de diferenciar entre grupo criminal y codelincuencia, pues se habla de cierta estabilidad y carácter más o menos vertebrado, es decir, no se fija un concepto claro de grupo criminal en el cual se tenga en cuenta el carácter estable.

Un punto para tener en cuenta también al momento de diferenciar el grupo criminal de la codelincuencia, es que un grupo criminal no está formado fortuitamente para la comisión inmediata de un solo delito. Así lo indica la STS 576/2014, de 28 de julio:

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontramos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización. Esta Sentencia hace un guiño al carácter estable que debería exigirse en el grupo criminal como venimos indicando.

Haciendo un breve paréntesis referente a la coautoría y a la codelincuencia, debe decirse que la primera no es sinónimo de codelincuencia a pesar de que a veces se confunden ambos elementos: el primero, alude a la presencia de dos o más autores en la realización de un delito; el segundo, a la intervención de dos o más intervinientes, sean o no autores. Entonces el término codelincuencia es, pues, más amplio que el de coautoría: en consecuencia, todo supuesto de coautoría es un caso de codelincuencia, aunque la codelincuencia

no tiene que ser necesariamente coautoría (Polaino, 2016, p. 265). En este contexto, también debe abordarse la distinción entre el grupo criminal y la mera coautoría para la solución de un delito concreto. En efecto, el concepto de grupo criminal no puede ser equiparado al de simple coautoría, esto es, a la mera participación en el hecho de una pluralidad de personas (Choclán, 2000, p. 8).

En suma, sobre la codelincuencia y el grupo criminal, debe recordarse que para la doctrina italiana la diferencia finca en que en el primero existe un simple acuerdo, mientras que la segunda se distingue por la nota de la organización orientada a la comisión de más delitos (Cuenca, 2012, p. 1). En todo caso, pues, el grupo criminal trasciende la comisión de un solo delito porque se creó con esa finalidad, en cambio la codelincuencia tiende a ser más fortuita y dirigida a la comisión de un solo delito.

Excursus sobre la diferencia entre grupo criminal y conspiración

Se parte indicando que la conspiración supone un proceso en el que varios sujetos se encuentran y del intercambio de ideas y propósitos nace —entre ellos— una decisión firme y precisa de ejecutar el delito, es decir, de hacer algo juntos que de otra manera no lo harían por separado (Cuello, 1978, p. 14). En este caso la meta, el delito, es decisión de todos los conspiradores, sin que pueda hablarse de corrupción en el sentido de que alguno determine a otro, o todos se determinen entre sí, a realizar algo contrario a su personalidad. No se trata de una inducción mutua, por el contrario, pues la comisión del delito no es sino producto de las diferentes personalidades consideradas autónomamente (Cuello, 1978, p. 16).

Desde un punto de vista positivo, existen similitudes entre grupo criminal y conspiración, esto porque no se hace referencia propiamente al sujeto activo plural, integrado por al menos dos personas. Tal como se configura la conspiración, no existe conspiración individual (de una sola persona) sino conspiración plural, los sujetos que conspiran han de acordar resolver colecti-

vamente la ejecución de un delito: se precisa el acuerdo plural o colectivo, de manera que la resolución criminal es conjunta, fruto de una deliberación por parte de todos los conspiradores (Polaino, 2016, p. 214). Además del carácter plural de personas, otra similitud que se debe resaltar es el carácter anticipado de ambos delitos, esto como primera pauta. Lo que se trata de impedir con la punición de la conspiración es el peligro que supone que varias personas se crean situadas por encima del Ordenamiento jurídico, es decir, piensen que éste no les puede alcanzar con sus sistemas de sanciones, porque el sólido grupo que forman es más «fuerte» que aquél (Cuello, 1978, p. 17).

Un elemento diferenciador se encuentra en la comisión de más de un delito por parte del grupo criminal, manifestando su idoneidad delictiva y denotando cierto grado de organización, situación que no se plasma en la conspiración (García, 1978, p. 238) que dirige su proyecto criminal a la finalidad de comisión de un delito concreto (Suárez, 2012, p. 110). El comportamiento típico en el caso del grupo criminal apunta al hecho de la relativa organización, pues la naturaleza delictiva determina que constituyen el objeto social y no los propósitos individuales de los socios (García, 1978, p. 239).

Por último, es importante puntualizar que la conspiración solo se aplica en casos previstos expresamente por la ley penal española, excluyendo de la misma claramente a los grupos criminales, porque solo se aplica en los siguientes delitos: delitos de asesinato o de homicidio art. 281, lesiones art. 13, detención ilegal y secuestro art. 166, trata de seres humanos art. 177 *bis*, robo art. 237, extorsión art. 243, estafa art. 248 y ss., apropiación indebida art. 253, blanqueo de capitales art. 301, tráfico de drogas art. 368, rebelión, delitos contra la corona art. 485, asociación ilícita art. 515, sedición art. 544, terrorismo art. 573 y, para culminar, traición 581 y ss. (Escríhuela, 2011, pp. 1-2). En suma, la conspiración se produce antes de la consumación del delito porque si se consume dicho delito proyectado ella pierde todo sentido, en cambio el grupo criminal subsiste a la conspiración porque está orientado no solo a un delito sino a varios.

Conclusión

La reforma penal de 2010 trajo consigo nuevos tipos penales que lejos de resolver la problemática de la criminalidad organizada solo la complicaron más. En la posterior, con la reforma de 2015, se realizó un cambio leve suprimiendo las «faltas reiteradas» en los delitos de organización criminal y grupo criminal. En esta normativa se pretendió delinear dicha problemática, buscando identificar tanto elementos coincidentes como diferenciadores de estos nuevos tipos delictivos incorporados por el legislador. En este sentido, se debe indicar que entre la estructura de la organización criminal y la de las asociaciones ilícitas, existe un conflicto interpretativo entre los arts. 570 *bis* y 515.1º, debido a que éste último menciona expresamente a asociaciones u organizaciones que se constituyan para cometer delitos, aspecto que sería propio de la organización criminal, por tal razón se debería considerar la posible derogación del numeral 1º del art. 515 por ser redundante, máxime si el hecho de constituir una organización y que se busque posteriormente cometer delitos lleva directamente al precepto de la organización criminal. Es más: Si bien el fundamento reside en que su configuración está dirigida contra delitos de manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación, que consagra el artículo 22.1 de la Constitución española, se debe manifestar que ésta no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma, puesto que ya existen otros numerales del mismo artículo que ya protegen esos derechos.

Así mismo, es un tanto más espinosa la delimitación típica en relación con el grupo criminal de los arts. 570 *ter* y el 570 *bis*, pues ambos comparten características como las siguientes: La naturaleza delictiva, la existencia de una pluralidad de personas que interactúan entre sí, y la finalidad delictiva. Aunque el aspecto diferencial más evidente estaría representado por el carácter estable o indefinido que posee la organización criminal y del que carece el grupo criminal, además de la compleja división de trabajo existente en la organización criminal y que en el caso del grupo criminal es muy relativa y hasta mínima. Aunque, adviértase, el carácter estable sería indispensable en el grupo criminal máxime si se trata de diferenciarlo de la codelincuencia. Sobre

la misma línea, la delimitación del grupo criminal y la codelinquencia gira en principio en función de que el grupo criminal pueda estar más o menos vertebrado y tenga por objeto cometer más de un delito —lo que lleva nuevamente a insistir en torno al carácter estable—, en tanto que la codelinquencia expresa la comisión delictiva por dos o más de dos personas, pero para la comisión de un solo delito. Por último, en lo que respecta a la conspiración, ésta tiene un carácter anticipado porque se produce antes de la ejecución de un delito y pierde todo sentido si se consume el delito, lo contrario sucede en el grupo criminal que como se sabe se proyecta para la comisión de más de un delito.

Referencias

- Brandariz, J. Á. (2009). Asociaciones y organizaciones criminales. Las discusiones del art. 515.1 y la nueva reforma penal. Álvarez, F. J. (Dir.): *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. Política criminal europea* (pp. 725-758). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cancio, M. (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editorial Reus.
- Carretero, A. (2011, febrero 2). La organización y el grupo criminal en la reforma del Código penal. *Diario La Ley*, N.º 7560, Sección Tribuna, 1, 1511-1513.
- Choclán, J. A. (2000). *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson.
- Colina, E. I. (2012, marzo). Análisis jurídico conceptual del «grupo criminal». *Derecho penal y Criminología*, (2), 49-56.
- Corcoy, M. et al. (2011). *Derecho penal. Parte especial, doctrina y jurisprudencia con casos solucionados* (T. I). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuello, J. (1978). *La conspiración para cometer el delito: interpretación del art. 4, I, CP (los actos preparatorios de la participación)*. Barcelona: Bosch.
- Cuenca, M.^a J. (2012, mayo). La criminalidad organizada tras la Reforma del Código español: una visión desde el Derecho italiano. *Diario La Ley*, N.º 93, Sección Legislación aplicada a la práctica, 1.
- De la Cuesta, J. L. (2013). Tratamiento de la delincuencia organizada en España: en particular, tras la reforma penal del 2010. *Revista Criminalidad*, enero-abril, 55(1), 81-98.

- Del Rosal, B. (2005). Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Cobo, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial* (2ª ed., pp. 1053-1060) Madrid: Dykinson.
- Escrinhuela, F. J. (2011). Formas de aparición del delito. *Todo Penal, Diario La Ley* (pp. 1-2). Madrid: Editorial La Ley.
- Faraldo, P. (2012). *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Faraldo, P. (2013). Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita, en Villacampa, C. (coord.): *La delincuencia organizada: Un reto a la Política criminal actual* (pp. 45-92). Cizur-Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Fernández, R. (2013, abril). Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma. *Diario La Ley*, N.º 8060, 11-4, Sección Tribuna, 1-2.
- García, V. (2010). Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales. Ortiz de Urbina, Í. (coord.): *Memento experto. Reforma penal 2010* (cap. 25, Nos. 5700-6009). Santiago de Compostela: Ediciones Francis Lefebvre.
- García, N. (2010). Organizaciones y grupos criminales. Álvarez, F. J. y González, J. L. (Coords.): *Comentarios a la Reforma penal de 2010* (pp. 503-520). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, A. (1976). *La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas*, ADPCP, tomo 29, 88-116.
- García, A. (1978). *Asociaciones ilícitas en el Código penal*. Barcelona: Bosch.
- Gil, J. (2005, octubre). La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales. *La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, (20), 27-36.
- González, J. J. (2012). La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma, *Anales de Derecho*, (30), 15-41.
- González, J. J. (2013). Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la Reforma de 2010. González, J. J. (Dir.): *La criminalidad organizada* (pp. 93-118). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Llobet, M. (2012). Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo. Silva, J. M. (Dir.): *El nuevo Código penal, comentarios a la reforma* (pp. 671-724). Madrid: La Ley.
- López, J. (2015). *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*. Madrid: Dykinson.

- Martell, C. y Quintero, D. (2010). De las organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater). Quintero, G. (Dir.): *La Reforma penal de 2010: Análisis y comentarios* (pp. 357-368). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Núñez, E. (2013). *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olmedo, M. (2011). Delitos contra el orden público (VI). Morillas, L. (Dir.): *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson.
- Peris, J. (2015). Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional. Morillas, L. (Dir.): *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/ 2015)*. Madrid: Dykinson.
- Polaino, M. (2016). *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (t. II). Madrid: Tecnos.
- Polaino-Orts, M. (2013). *Curso de Derecho penal del enemigo, delincuencia grave y exclusión social en el Estado de Derecho*. Sevilla: Edición Digital @tres, S. L.
- Rodríguez, J. M. y Serrano, A. (1994). *Derecho penal español. Parte especial* (17ª ed.). Madrid: Dykinson.
- Sáinz-Cantero, J. E. (2011). Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales. Morillas, L. (coord.): *Sistema de Derecho penal español. Parte especial* (capítulo 66). Madrid: Dykinson.
- Sánchez, I. (2005). *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dykinson.
- Sánchez, I. (2008). *Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales*. Cancio, M. y Pozuelo, L. (coord.), *Política criminal en vanguardia, inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada* (pp. 451-494). Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- Sánchez, I. (2011). Artículo 515. Gómez, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal* (2ª ed., pp. 1794-1799). Valladolid: Lex Nova.
- Sánchez, I. (2011a). De las organizaciones y grupos criminales. Gómez, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal* (pp. 1921-1939), 2ª ed. Valladolid: Lex Nova.
- Suárez, J. M. (2012). Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada, en *Anales de Derecho*, N.º 30, 90-117.
- Velasco, E. (2011). Crimen organizado: organización y grupos criminales tras la reforma del Código penal en la LO 5 / 2010. *Diario La Ley*, N.º 86, Sección estudios, octubre 2011, 1-2.
- Zúñiga, L. (2009). *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares S. L.

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

STS 234/2001 de 3 de mayo, (Roj: STS 3587/2001).
STS 1075/ 2006, de 23 de octubre.
STS 109/2012, de 14 de febrero, (Roj: STS 1204/2012).
STS 110/2012, 29 de febrero, (Roj: STS 1418/2012).
STS 187/2013, de 11 de febrero, (Roj: STS 1914/2013).
STS 309/2013, de 1 de abril, (Roj: STS 1840/2013).
STS 356/2009, de 7 de abril, (Roj: STS 2074/2009).
STS 378/2016, de 3 de mayo, (Roj: STS 1912/2016).
STS 426/2014, de 28 de mayo, (Roj: STS 2244/2014).
STS 544/2012, de 2 de julio, (Roj: STS 4686/2012).
STS 576/2014, de 18 de julio, (Roj: STS 3131/2014).
STS 576/2014, de 28 de julio, (Roj: STS 3131/2014).
STS 694/2011, de 24 de junio, (Roj: STS 4863/2011).
STS 719/2013, de 9 de octubre.
STS 431/2016, de 19 de mayo, (Roj: STS 2291/2016).
SAN 14/2016, de 20 de abril, (Roj: SAN 1394/2016).
STS 310/2018 de 26 de junio, (Roj: STS 2753/2018).
STS 372/2018, de 19 de julio, (Roj: STS 3047/2018).
STS 1233/2018, de 13 de septiembre (Roj: ATS 11366/2018).
STS 400/2018, de 12 de septiembre (Roj: 3160/2018).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (ESPAÑA)

Circular de la Fiscalía General del Estado N.º 2/2011, de 2 de junio.