Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.

Yolanda Pardo González

Juez, Barcelona. Socia de la FICP.

~Evolución sistemática de la actual jurisprudencia para la definición y diferenciación de los tipos delictivos de pertenencia a grupo y organización criminal y codelincuencia~

I. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA REFORMA DE LA LO 5/2010.

La sentencia que ya marcó un hito en la diferenciación y características del grupo criminal y organización criminal después de la reforma realizada en el Código Penal (CP) por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio con la introducción de los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quater[1], fue la STS 714/2016, de 26 de septiembre (Ponente Excm. Sr. D. Juan

[1] Capítulo VI del Título XXII del Libro II, integrado por los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, introducido por el apartado centésimo cuadragésimo segundo y siguientes del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio).

Artículo 570 bis

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.

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

Ramón Berdugo Gómez De La Torre) en la que introducía las fuentes de la nueva regulación que *obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente "todas las formas de criminalidad organizada", y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la UE. en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal. Así, deben citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el "Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada", que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados*

último caso la pena en su mitad inferior, 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.

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.

Artículo 570 quáter

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 del artículo 31 bis 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 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 la regla 4.ª del artículo 8.

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.

miembros de la Unión Europea, y la decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril que aprueba , en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Trasnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003. E igualmente la decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales[2].

Continua la resolución estableciendo que *el art. 570 bis define a la organización criminal como: "La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas"*.

Para concluir que, *por lo tanto, ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, 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, el grupo criminal puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos.*

Y, *por tanto, el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurran 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 -lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal.*

Continua la resolución judicial refiriéndose a un elenco de jurisprudencia anterior relativa a la diferenciación entre ambos tipos penales incidiendo en las características que

[2] Ver STS 271/2014 de 25 de marzo.

abocan a que la diferenciación se basa en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa entendiendo que se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter. para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad y se diseña como figura específica la organización criminal del art. 570 bis. para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales (SSTS nº 855/2013 y 950/2013).

Y concluye respecto a la diferenciación entre organización y grupo criminal con la advertencia de que *debe evitarse que, influidos por la inercia de la antigua doctrina jurisprudencial referida al viejo art 369 1 2º CP , se incurra en alguno de los dos errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor: 1º) utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización, que conduce a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal. 2º) acudir a una interpretación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización. En ambos supuestos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura del grupo criminal*[3].

Respecto a la diferenciación con la codelincuencia se refiere a la STS 309/2013 y afirma que *la codelincuencia se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.*

[3] Ver también SSTS 289/2014, de 8 de abril, 513/2014 de 24 de junio, 371/2014 de 7 de mayo, 309/2013 de 1 de abril y 1035/2013 de 9 de enero de 2014 y 426/2014, de 28 de mayo.

En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] 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; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] 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.

Y concluye diciendo que, *interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito*[4].

Por tanto, son elementos consustanciales a la codelincuencia el número de partícipes sólo dos, o el número de delitos sólo un delito, esto es si el número de partícipes es superior a dos pero estamos ante la concertación para un solo delito o cuando la concertación los es para más de un delito pero en su comisión solo participan un máximo de dos personas estaremos ante un supuesto de codelincuencia con la excepción de que *cuando el grupo u organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de tráfico de drogas integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, aun cuando en estos delitos el conjunto de la actividad de tráfico pueda sancionarse como un delito único, por su naturaleza de tipos con conceptos globales (expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda consumado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir, STS 487/2014, de 9 de junio), sin embargo a los efectos de la tipificación del grupo u organización el tráfico reiterado de drogas debe considerarse como una actividad delictiva plural.*

En el mismo sentido para establecer la diferenciación entre organización y grupo criminal la STS 920/2016 de 12 de diciembre (Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez

[4] Ver también SSTS 277/2016, de 6 de abril, 544/2012, de 2 de julio y 719/2013, de 9 de octubre.

Arrieta), sentencia de la que cabe destacar la síntesis de la jurisprudencia inmediatamente anterior exponiendo, con referencia explícita a la STS 644/2015 y a la STS 576/2014, que *la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra uno solo. De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión. Y es asimismo jurisprudencia de esta Sala (Cfr. Sentencias 855/2013 y 950/2013) la que declara que para la lucha contra la delincuencia organizada trasnacional, 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 y 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*.

Y continúa afirmando que *la característica de la organización criminal es la actuación dentro de una estructura organizada caracterizada por un actuar de decisiones y diversos niveles de ejecución. La organización no depende del número de personas, a salvo del mínimo exigido en el tipo penal, sino que 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*.

II. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA REFORMA DE LA LO 1/2015.-

Con expresa referencia a la reforma establecida en el CP por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo[5], la STS 840/2017 de 21 de diciembre (Ponente Excmo. Sr. D. Miguel

[5] Redacción artículos 570, bis, 570 ter y 570 quater conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo:
Artículo 570 bis

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.

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.

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 delitos leves.

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

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

a) esté formado por un elevado número de personas.

b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.

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

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

Artículo 570 quáter

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.

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 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 la regla 4.ª del artículo 8.

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

Colmenero Menéndez de Luarca) define el grupo criminal parafraseando el texto de la reforma como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos" para concluir que el criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del CP y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español.

Y, para diferenciar grupo criminal de codelincuencia manifiesta que *aunque en alguna sentencia, STS nº 950/2013 , se ha admitido la posibilidad de que el grupo se forme para la comisión de un solo delito, en otras muchas (por todas la STS 241/2017, de 5 de abril, citada por la STS 754/2017, de 24 de noviembre) se insiste en que el grupo criminal se forma para la ejecución de más de un delito, lo cual, cuando se trata de tráfico de drogas, se produciría en los casos en los que se desarrollan variados actos de tráfico aunque luego sean calificados como un solo delito. En realidad, solamente quedarían excluidos los supuestos de formación fortuita para la comisión inmediata de un delito, mientras que quedarían incluidos aquellos casos en los que la estructura del grupo, sin alcanzar la complejidad y consistencia propias de la organización criminal en sentido estricto, permitan no solo la comisión del delito que inmediatamente van a cometer, sino la de otros similares sin precisar de nuevas aportaciones de medios personales o materiales.*

Las exigencias a que se hace referencia (formación fortuita para la comisión inmediata de un delito), suponen que 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 éste presente una cierta complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares.

---

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.

Y, la STS 15/2018 de 16 de enero (Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia) establece la diferencia ya de lleno en la reforma operada por la LO 1/2015, afirma refiriéndose a las asociaciones de grupo y organización criminal que *ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, 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, el grupo criminal puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos.*

Por tanto, el grupo criminal requiere solamente 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 concurran 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 -lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal.

Y con respecto a la codelincuencia, interpretando la norma del CP en relación con la contenida en la Convención de Palermo, *la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.*

En el mismo sentido la STS ya citada, 277/2016 señala que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelincuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. 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.

Destaca que de la reforma (refiriéndose a la de 2010) y la jurisprudencia posterior (STS 544/2012, de 2 de julio y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras), no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización y los arts. 570 bis y ter CP, definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno.

Como resumen y compendio de toda la doctrina jurisprudencial anterior citar la STS 714/2016 de 26 septiembre (Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre) que agrupa todas las tesis anteriormente expuestas.

Como colofón a la consolidada doctrina jurisprudencial reseñada ha marcado, si no un punto final sí un punto y aparte, en la diferenciación entre grupo, organización criminal y codelincuencia, la STS 591/2018 de 26 de noviembre (Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet) que establece de manera clara y concisa la doctrina consolidada al respecto:

Las notas características de la primera (organización criminal) serán las de:

1.- Constitución por más de dos personas,

2.- La estabilidad en el tiempo,

3.- El reparto de funciones entre los miembros y

4.- El fin delictivo.

Sin embargo, no lo serán éstas del grupo criminal que operará de manera residual con menor importancia cualitativa y cuantitativa, aunque sí que se exigen dos conceptos esenciales que sí se dan en el objeto analizado por el Tribunal, a saber:

1.- La pluralidad de más de dos personas y

2.- La finalidad delictiva.

Y, además, en el grupo criminal puede faltar la estabilidad temporal y el reparto de funciones, con lo que en el presente caso se cuestiona la condena por la consideración de grupo criminal, pero notemos que el grupo criminal es una entidad menor que la de la

organización criminal, donde sí se requiere una mayor estabilidad temporal en sus miembros.

La doctrina, por ello, ha considerado que se trata de la organización criminal como hermana mayor del grupo criminal. Y que la menor entidad de este último se manifiesta ya en los verbos nucleares utilizados en relación con los sujetos responsables.

Nótese que estaríamos en la finalidad de cometer cualquier otro delito grave del apartado b) en el art. 570 ter 1 CP entre los que están los delitos contra la salud pública.

Dichos grupos, sin reunir las notas de complejidad necesarias para ser organización, sí que advierten la existencia de una serie de medios y recursos que dotan de una cierta estructura interna a sus miembros, algunos de los cuales son intercambiables en sus funciones, presentando una estructura muy básica, sin sofisticación, ni perfilada definición en el reparto de papeles, pero con capacidad para obtener droga y transportarla, cuál era el objetivo y la prueba evidente de permanencia, incluso, era que la colaboración de un agente policial les era imprescindible para conseguir el fin previsto que consta en los hechos probados.

En cualquier caso, la doctrina también ha fijado con acierto en relación al elemento de la estabilidad temporal que alguna se exige, ya que el plus de peligrosidad que representan los grupos criminales se deriva del carácter colectivo y de la facilidad de cometer los delitos, y la falta de este elemento es lo que lleva a la dificultad de diferenciarlo de las formas de participación.

Debemos destacar, asimismo, el elemento de la "concertación" en el grupo criminal, ya que lo exige el art. 570 ter CP, al referirse a la perpetración concertada de delitos. Por eso, apunta la doctrina que en la definición de los grupos criminales, y con relación a la alusión a la "concertación" debe existir algún elemento aglutinador de todos ellos, ya que en el caso contrario estaríamos ante un claro ejemplo de coautoría. Por ello, se apunta que la carencia de conexión entre los integrantes del grupo criminal debe ser suplida a través de una mínima estructura entre sus integrantes y tipificada en esta misma línea si se pretende configurar el grupo criminal como un delito autónomo diferente de una forma de participación.

Por ello, el Tribunal ha fijado las conexiones existentes.

En cuanto al elemento de la estabilidad y permanencia que es propio de las organizaciones criminales y no se exige del grupo criminal, al ser "su hermana menor", se recuerda, también, que esta falta del carácter de estabilidad o indefinición en el tiempo en el grupo es lo que venía siendo propio de las "organizaciones transitorias" criminalizadas en referencia con muchos delitos, y que ahora se integra en el grupo criminal, por lo que si ante un caso concreto se comprueba la inexistencia probatoria de la duración indeterminada y el claro reparto de funciones bajo una estructura nos llevaría a la consideración de grupo criminal si se dan los dos elementos antes citados.

Ello, sin embargo, no nos debe llevar a que el grupo criminal sea como una especie de "cajón de sastre" donde, "si no cabe la organización criminal, cabe el grupo criminal", ya que será preciso definir los límites frente a la conspiración y la coautoría como forma de participación frente al delito autónomo, y, así, aunque no se exijan como tales, deberá existir algún mínimo reparto de tareas y un mínimo acuerdo de voluntades con alguna permanencia aunque no con la duración que se exige en la organización criminal y, como apunta algún autor, supera la simple consorciabilidad del acuerdo.

En cualquier caso, como apunta la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 389/2018 de 25 de julio, "concurría grupo criminal dado el reducido número y lo sencillo del entramado de los acusados. Con ello, para excluir la mera coautoría como forma de participación y entrar en el delito autónomo, al menos existiría un cierto entramado que se debe colegir de la prueba practicada, y que en los casos de delitos contra la salud pública queda acreditado con las conversaciones telefónicas, y seguimientos policiales donde se detecta ese cierto entramado entre más de dos personas para organizarse de alguna manera para recoger la droga, transportarla y llevarla a algún lugar, o tenerla a disposición para su venta con algún mínimo control que lo distingue de la simple coparticipación en el delito".

Y esto es lo que ha ocurrido en el caso analizado en la sentencia por el Tribunal, descartando la mera coautoría.

También, como poníamos de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo 216/2018 de 8 mayo en los grupos criminales no se trata de una "unión fortuita para la comisión inmediata de un solo delito", que es el caso de la sentencia de esta sala 271/2014

de 25 de marzo, sino que los grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes". "La estructura de las nuevas infracciones -añade la exposición de motivos de la LO 5/2010 - responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas".

Y se añade en esta sentencia para describirlo:

"El concepto de grupo criminal es, pues, de carácter residual frente al de organización criminal, con el que presenta algunas semejanzas, como el hecho de estar constituido por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos; sin embargo, se crea sobre los conceptos negativos de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, de modo que basta la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que surja la figura de grupo criminal.

En definitiva y a tenor de la anterior definición legal el grupo criminal sólo 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"".

Estas circunstancias que se han expuesto concurren en el presente caso, y han sido analizadas por el Tribunal en los supuestos de condena.

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

Por lo tanto, para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codelincuencia o, incluso, de grupos criminales.

La distinción entre organización y grupo, por lo tanto, se encuentra perfectamente clarificada.

Diferencia entre el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia.

Lo concreta diferencia que afecta al presente caso consta en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 15/2018 de 16 enero, donde se recoge que:

"La STS 309/2013 nos dice que la codelincuencia se apreciará, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del CP y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] 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; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Por tanto, interpretando la norma del CP en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

En el mismo sentido la STS ya citada, 277/2016 señala que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelincuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. 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.

Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el CP de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales

definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno".

Para finalizar con la diferenciación entre grupo criminal y codelincuencia, una muy reciente sentencia, la STS 30/2019, de 29 de enero (Ponente Vicente Magro Servet), ha establecido, además expresando en el epígrafe como título "Diferencia entre el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia", y reproduciendo parcialmente la STS 15/2018, de 16 de enero, afirma que "*Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. En el mismo sentido la STS ya citada, 277/2016 señala que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelincuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.*"

III. CONCLUSIÓN.

Como síntesis a la doctrina jurisprudencial consolidada afirmar, en primer lugar, que la definición y el criterio diferenciador entre los dos tipos delictivos, organización y grupo criminal, debemos buscarlo en las disposiciones internacionales y concretamente en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000 y firmada por España en Palermo el 13 de diciembre del 2000 (Convención de Palermo) a cuyo tenor se establecen las siguientes definiciones:

1. Por "grupo delictivo organizado" (*organización criminal*) se entenderá un grupo estructurado de 3 o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o mas 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.

2. Por "grupo estructurado" (*grupo criminal*) se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente

se halla asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Las características y diferencias entre los dos tipos delictivos, organización y grupo criminal, en base a la doctrina jurisprudencial transcrita y en interpretación del art. 570 bis y el art. 570 ter, pueden establecerse en las siguientes:

1. Características organización criminal:

   - Unión o agrupación de más de dos personas.
   - Carácter estable o constitución o funcionamiento por tiempo indefinido.
   - Reparto de tareas o funciones entre sus miembros, con la finalidad delictiva.
   - Fin delictivo para la comisión de pluralidad de delitos.

2. Características grupo criminal:

   - Unión o agrupación de más de dos personas.
   - Finalidad de cometer concertadamente delitos.
   - Exclusión supuestos de transitoriedad en la comisión de delitos.
   - Existencia de una serie de medios y recursos que dotan de una cierta estructura interna a sus miembros, algunos de los cuales son intercambiables en sus funciones presentando una estructura muy básica, sin sofisticación, ni perfilada definición en el reparto de papeles.
   - Requiere tan solo dos elementos:
     a. Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas.
     b. Finalidad criminal: debe tener por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos.

Como diferencia sustantiva entre organización y grupo, aquella seria en denominación textual de la jurisprudencia, la “hermana mayor” de éste y éste la “hermana menor” de aquella. Se trata de una figura residual respecto a la organización, el grupo criminal debilita el carácter de “grupo estable o por tiempo indefinido” y lo sustituye por una relativa permanencia -formación no fortuita y una estructura mucho más elemental para

hacer realidad la actuación concertada de sus integrantes, sin necesidad de una asignación formal de funciones.

Se debe tener en cuenta que esta definición sigue básicamente los precedentes internacionales, pero su ámbito de aplicación es más amplio que el de la Convención de Palermo, por dos razones:

1. No solo se incluye las organizaciones dirigidas a la comisión de delitos graves, sino también menos graves.
2. No incluye solo aquellos delitos que produzcan un beneficio económico o material.
3. El tipo que castiga la pertenencia al grupo criminal no incorpora ninguna exigencia cuantitativa referida al número de infracciones que han de cometerse para su aplicación. No es descartable la promoción o integración en un grupo criminal para un proyecto concreto. No se olvide que la comisión concertada de delitos -pese al plural empleado- puede ser el fin que inspire la creación del grupo o el objeto -sólo uno- que justifique su existencia.

La ley permite configurar el grupo criminal con dos únicas notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurran 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 o como se ha expresado la pluralidad subjetiva y la finalidad criminal.

Para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, **sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas entre sus miembros con la suficiente consistencia y rigidez,** incluso temporal, porque supone un plus de peligrosidad delictiva y un mayor riesgo para los bienes jurídicos protegidos que el grupo criminal o la codelincuencia. (STS 371/2014, de 25 de marzo).

Respecto a la diferenciación entre grupo criminal y codelincuencia ésta se dará cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito especifico, esto es, la formación fortuita para la comisión inmediata de un delito. Siguiendo, asimismo, la

Convención de Palermo se apreciará codelincuencia en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas se hubieran formado fortuitamente (en contraposición a la no fortuitidad del grupo organizado según la Convención de Palermo) para la comisión inmediata de un delito, siendo la ideación y combinación de funciones entre varios participes para la comisión de un solo delito, en todo caso, un supuesto de codelincuencia.

La coautoría está caracterizada por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas, pero para considerarlo grupo se requiere un vínculo, una unión entre los integrante, unión que teniendo en cuenta el 570 ter se refiere a quien, constituya, financie o integre" va más allá de una mera coincidencia de personas que se exige para la creación de un grupo, se precisa que haya algo más que una coincidencia.

Debe haber o una unión más o menos estable o una coordinación, aunque no sea jerárquica o una distribución de funciones en la ejecución del hecho criminal, que nos permita distinguir el grupo criminal de la coautoría.

El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. En concreto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

Interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, **la codelincuencia** se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

Para finalizar señalar un elenco jurisprudencial, a efectos puramente indicadores, a partir del que se ha establecido tal doctrina consolidada: STS 714/2016, de 26 de septiembre, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre; STS 920/2016 de 12 de diciembre, ponente Andrés Martínez Arrieta; STS 703/2017 de 25 de octubre, ponente,

Andrés Martínez Arrieta; STS 840/2017 de 21 de diciembre, ponente, Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; STS 15/2018 de 16 de enero, ponente, Antonio del Moral García; STS 39/2018 de 24 enero, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; STS 216/2018 de 8 de mayo, ponente, Vicente Magro Servet; STS 389/2018 de 25 de julio, ponente, Alberto Jorge Barreiro; STS 591/2018, pe 26 de noviembre, ponente Vicente Magro Servet y STS 30/2019 de 29 de enero de 2019, Ponente Vicente Magro Servet.