

**LOS DELITOS DE PERTENENCIA A
ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y A GRUPO
CRIMINAL Y EL DELITO DE TRÁFICO
DE DROGAS COMETIDO POR PERSONA
QUE PERTENECE A UNA ORGANIZACIÓN
DELICTIVA.
CRÓNICA DE UN CONFLICTO
NORMATIVO ANUNCIADO Y ANÁLISIS
JURISPRUDENCIAL***

Cristina Méndez Rodríguez
Universidad de Salamanca

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo analizar la aplicación práctica a la luz de la primera jurisprudencia de nuestros tribunales tanto de los delitos de pertenencia a organización criminal (art.570 bis) y a grupo criminal (art.570 ter), como del tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva (art. 369 bis) ya que

Recibido: julio 2014. Aceptado: octubre 2014

* Este trabajo se inserta en el Proyecto Europeo financiado por la Comisión Europea: IFO. Illegal Flow Observation. JUST/2011/ISEC/DRUGS/AG/3671 (2013-14) en el que ha participado la autora.

su coexistencia y la deficiente técnica legislativa con la que estas disposiciones se han incorporado al Código penal, está generando multitud de problemas tanto conceptuales, por la desmesurada definición de criminalidad organizada que éste acoge a través del delito de pertenencia a grupo criminal, como de aplicación práctica, debido a los complejos concursos de delitos y normas que tal acumulación normativa viene planteando, sugiriendo propuestas de reforma que permitan aportar alguna claridad a un ámbito que, en este momento, a todas luces carece de ella.

Palabras clave: Delito de pertenencia a organización criminal. Delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización criminal. Criminalidad organizada: organización criminal y grupo criminal. Análisis jurisprudencial.

Abstract: This paper aims to analyze the Law enforcement, in the light of the first decision of our courts, both of crimes of belonging to a criminal organization (art.570 *bis*) and a criminal group (art.570 *ter*) as well as drug trafficking crime committed by a person belonging to a criminal organization (art. 369 *bis*); since it, its coexistence and deficient legislative technique by which these provisions have been incorporated in the Penal Code, are generating a multitude of problems both conceptual, the exaggerated definition of organized crime that this Code integrates through the crime of belonging to a criminal group, well as problems of legal implementation, attributable to the complex concurrence of crimes and criminal norms that such accumulation of legal provisions has raised; suggesting to finish this study, proposals for law reform that allow some clarity bring to an area that, at this time, obviously lacks it.

Keywords: Crime of belonging to a criminal organization. Drug trafficking crime committed by a person who belongs to a criminal organization. Organized crime: criminal organization and criminal group. Case law analysis.

Sumario: I. Introducción. II. El delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva (art.369 *bis*). A) La existencia de una organización delictiva. B) La pertenencia a la organización delictiva. III. El delito de pertenencia a grupo criminal (art.570 *ter*). La caracterización del grupo criminal: delimitación de la organización criminal. IV. El delito de pertenencia a organización cri-

minal (art.570 bis). V. El delito de tráfico de drogas cometido mediante redes internacionales (art.370). VI. Concursos de delitos y de normas derivados de la concurrencia de todas estas disposiciones. VII. Conclusiones y propuestas de lege ferenda.

I. Introducción

Desde que en el año 2010 la reforma del CP, consecuencia de la aprobación de la LO 5/2010 de 22 de junio, introdujo junto al delito de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal (arts. 570 bis y ter) el de tráfico de drogas cometido por persona perteneciente a una organización delictiva (art.369 bis), ya se avistaban los problemas en primer lugar teóricos, derivados tanto del tenor del propio delito de pertenencia a organización criminal como de la concurrencia de ambos, y, en segundo lugar, de aplicación práctica. Este escrito tiene como finalidad evaluar cómo se están resolviendo los problemas generados por esta acumulación normativa y analizar de qué manera se están aplicando estos preceptos a la luz de las primeras sentencias del TS¹ teniendo en cuenta el problemático concepto de criminalidad organizada que acoge la mencionada reforma, el que se ha incorporado en los instrumentos internacionales suscritos por España y el que se ha conceptualizado por parte de la doctrina especializada. En este sentido, no se abordará aquí la extensa, prolongada y aún abierta discusión doctrinal sobre el fundamento y la necesidad de la punición autónoma de los delitos de pertenencia a organización criminal en el marco de la punición de la criminalidad organizada² porque se trata de acercarse a la

1 Se ha analizado toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Audiencias Provinciales desde la entrada en vigor de estos delitos hasta julio de 2014, momento en que se ha cerrado este escrito.

2 Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, Comares, Granada, 2009; CANCIO MELÍA, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *RGDP*, nº 8, noviembre 2007; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Dykinson, Madrid, 2000; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Asociación para delinquir y criminalidad organizada”, *AP*, nº27, 2000;

realidad de la aplicación de estos delitos que se vislumbra ya a primera vista problemática, para tratar de desentrañar la forma en que la jurisprudencia intenta resolver esta profusión normativa con la intención de proponer alguna medida que contribuya a proporcionar un poco de racionalidad normativa a un ámbito que, a todas luces, carece de ella.

Las disposiciones que se abordarán en estas páginas, todas ellas aplicables al delito de tráfico de drogas que se realiza a través de organizaciones criminales, son las siguientes: en primer lugar, los delitos de pertenencia a organización criminal (art.570 bis) y a grupo criminal (art.570 ter) que se incorporan al Código Penal en el año 2010 como consecuencia de lo acordado en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 (la “Convención de Palermo”), y de la adopción de la Decisión Marco 2008/841 del Consejo, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (que sustituyó a la Acción común 98/733/JAI, de 21 de diciembre, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva) que obligó a incorporar en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea el delito de participación en organización delictiva.

En segundo lugar, la misma reforma de 2010 incluye el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva en el art.369 bis, tipificado como un subtipo agravado del delito de tráfico de drogas del tipo básico (art. 368), acogiendo así lo que dispone la DM 2004/757 del Consejo, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de los delitos y de las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas, que en su art.4 (sanciones) apartados 3 y 4 prevé expresamente la necesidad de que los Estados miembros castiguen con penas máximas de al menos 10 años de privación de libertad el tráfico de drogas «que se haya

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005.

cometido dentro de una organización delictiva», o con penas máximas de 5 a 10 años si se trata de tráfico de precursores.

Contamos, en tercer lugar, con otro tipo agravado del delito de tráfico de drogas del tipo básico que contempla la comisión del delito de tráfico a través de redes internacionales dedicadas a estas actividades en el art.370.3º (entre otras modalidades de extrema gravedad que tipifica)³. Finalmente, y en cuarto lugar, otra disposición de carácter también agravatorio en el art.369 1.2^{da} que ha sido modificada también por la reforma de 2010 como consecuencia de la introducción del delito de tráfico de drogas cometido por persona perteneciente a una organización delictiva del art.369 bis. Así, si antes de la reforma este tipo agravado del tipo básico del art.368 se aplicaba si «el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aún de modo ocasional», ahora lo hace cuando «el

-
- 3 Junto a los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el art.368 excede notablemente de la considerada como de notoria importancia, que se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico o se hayan llevada a cabo estas conductas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas (370. 3º).
 - 4 La agravación que se basa en la comisión del delito por persona que pertenece a una organización, que nació inicialmente y de forma exclusiva para el delito de tráfico de drogas, se ha extendido a otros tipos delictivos del CP vigente: a los delitos de manipulación genética (art.162), trata de seres humanos (art.177 bis.6), prostitución y corrupción de menores (arts. 187.4 y 189.3e), delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (arts. 197.8), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art.262.2), delitos relativos a la propiedad intelectual (art.271.c), delitos relativos a la propiedad industrial (art.276.c), blanqueo (art.302), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art.318 bis.4), y falsificación de moneda y efectos timbrados (art.386). Sin embargo, la modificación que la reforma de 2010 ha realizado con respecto al delito de tráfico de drogas en esta disposición, no ha afectado al resto de delitos que mantienen la antigua redacción, aunque con diversas consecuencias. Así, por ejemplo, el art.162 permite que la autoridad judicial imponga alguna o algunas de las consecuencias previstas en el art.129 cuando el culpable «perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito».

Hay que tener en cuenta que la primera referencia del Código penal español a las organizaciones criminales es justamente con relación al delito de tráfico de drogas, porque no hay que olvidar que el origen de la criminalidad organizada, tal y como la conocemos hoy, se vincula a las enormes ganancias obtenidas por el mercado de las drogas a partir de los años ochenta⁵. Aunque el CP de 1973 en el art. 344 no contiene inicialmente ninguna disposición específica relativa a la comisión de este delito a través de organizaciones criminales, la Reforma Urgente y Parcial del CP por LO 8/1983, de 25 de junio, incluyó por primera vez una clausula agravatoria que permitía imponer las penas superiores en grado «cuando el culpable perteneciere a una organización que tuviera como finalidad difundirlas». Esta disposición fue modificada por el CP de 1995 en sentido ampliatorio contemplando también un tipo agravado en el art.369, apartado 6, que permitía considerar no sólo la pertenencia a una organización, sino también «a una asociación incluso de carácter transitorio que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aún de modo ocasional». Posteriormente, las diversas reformas del CP han ido incluyendo disposiciones de distinto carácter con relación a un número determinado de delitos. Así, y como consecuencia de la LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se incluyó en el CP el Título XV BIS, De los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que en su art.318 bis 4 contempla un subtipo agravado aplicable al culpable que «perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades». También las reformas operadas en el CP mediante LO 11/1999, de 30 de abril, LO 15/2003, de 25 de noviembre y LO

5 SERRANO, M., “Crimen transnacional organizado y seguridad internacional: cambio y continuidad”, *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional*, Fondo de cultura económica, México, 2005, p.27.

5/2010, de 22 de junio, han contemplado dos tipos distintos de disposiciones: por un lado, las que se incluyen para permitir la aplicación de alguna o algunas de las consecuencias del art.129 «cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a tales actividades»⁶, y las que tienen como finalidad agravar la pena, aunque, curiosamente, la agravación más leve, la pena en su mitad superior, se contemple para el delito de blanqueo de capitales tal y como dispone el art.302 (redacción de LO 15/2003 que ha sido modificada en el 2010 para incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no el primer párrafo del art. 302 que comentamos) que, además, permite imponerla únicamente cuando las personas pertenecen «a una organización», sin mencionar la asociación o sociedad incluso de carácter transitorio, y siempre que se trate de una organización dedicada a los fines señalados en los supuestos previstos en el art.301 que contempla el tipo básico de blanqueo de capitales. El resto de agravaciones permiten o bien imponer la pena en su mitad superior⁷, o configuran un subtipo agravado con una pena aún más grave⁸. En todas ellas, la referencia es la misma: o bien pertenencia a sociedad, organización o asociación incluso de carácter transitorio que se dedique a tales actividades, o bien se especifican las actividades⁹, sólo el art.197.8 entre los delitos contra la intimidad,

6 Arts.162, 262.2 y 386, introducidos por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

7 Art.177 bis.6 (LO 5/2010), art. 187.4 (LO 11/1999, de 30 de abril, la LO 5/2010 no ha modificado este artículo en este punto) y 197.8 (LO 5/2010, de 22 de junio).

8 Art.189.3 e) (LO 11/1999, de 30 de abril que contemplaba en estos casos la pena superior en grado, ahora, en la regulación vigente, se prevé un subtipo agravado que permite imponer una pena superior), art.271.c (LO 15/2003, de 25 de noviembre) y art.276 c) (LO 15/2003, de 25 de noviembre).

9 Los arts.271 c): «Que el culpable perteneciere a una organización o asociación incluso de carácter transitorio que tuviese como finalidad *la realización de actividades infractoras de los derechos de propiedad intelectual*», y 276.c): que especifica también la finalidad de la organización o asociación: «*la realización de actividades infractoras de los derechos de propiedad industrial*». Y también, el art.369.6 que expresamente declara que la organización debe tener como finalidad «*difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional*».

redactado por LO 5/2010, de 22 de junio, se coordina con lo dispuesto en el nuevo delito de participación en organización y en grupo criminal al afirmar que se impondrán las penas superiores en grado «si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales».

En suma, se ha pasado de una regulación penal que hasta hace poco tiempo (y salvando el delito de asociación ilícita al que no se ha sacado rendimiento en materia de criminalidad organizada) apenas tenía en cuenta que la comisión del delito se realizase a través de organizaciones criminales, a otra que no sólo incluye delitos autónomos y diversas disposiciones agravatorias específicas, sino que conceptualmente presenta problemas en cuanto a la definición de criminalidad organizada, generando una serie de dificultades en su aplicación que derivan, precisamente, de la necesidad de coordinación de las diversas disposiciones que se refieren de un modo u otro a la comisión de este delito de forma organizada especialmente en materia de tráfico de drogas¹⁰. La concurrencia de los delitos de organización criminal y grupo criminal y las agravaciones específicas (de distintos tipos) que tienen en cuenta la comisión de determinados delitos por medio de asociaciones u organizaciones es difícilmente explicable¹¹ y genera una tipificación complicada y farragosa que dificulta su aplicación práctica.

Tampoco vamos a entrar aquí en el análisis de la política criminal que está detrás de la introducción de los nuevos tipos

10 Sin olvidar que se mantiene el delito de asociación ilícita (art.515.1) que en opinión de una parte de la doctrina podría absorber cualquier concepto de criminalidad organizada aunque fuera muy amplio, así opina CANCIO MELÍA, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, op.cit., pág.4. Para GONZÁLEZ RUS, ambos tienen una idéntica fundamentación, “Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, *La criminalidad organizada*, González Rus, J.J, (ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág.105.

11 Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J, “La criminalidad organizada en el Código penal español, Propuestas de reforma”, *Anales de Derecho*, n.30, 2012, pág. 30 y ss donde resalta la dificultad de comprender dos formas de incriminación que tienen fundamentos político criminales diferentes.

penales y en qué manera se corresponde con la tendencia expansiva que está guiando la modificación del Derecho penal de nuestros días, y tampoco en las razones (o la ausencia de ellas) que explicarían el mantenimiento de todas las disposiciones que ya contenía el Código penal español junto a los nuevos delitos con los que teóricamente compartirían fundamento¹².

Así que, como venimos anunciando, vamos a limitarnos a analizar la (desquiciante) concurrencia de todas estas disposiciones a la luz de los esfuerzos que está haciendo la jurisprudencia para delimitar las unas de las otras en el delito de tráfico de drogas, para poner de relieve de qué manera la falta de técnica legislativa, la pretensión de no dejar ni un solo fenómeno asociativo al margen del derecho penal y la voluntad de que la sanción sea la máxima de las posibles, ha conducido a una situación insostenible teóricamente y difícilmente manejable en la práctica por nuestros tribunales.

II. El delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva (art.369 bis)¹³.

Este delito constituye un supuesto agravado que se construye sobre el tipo básico del tráfico de drogas del art.368 y prevé también dos marcos penales diferentes en función de si las sustancias objeto del delito son de las que causan grave daño a la salud o no. En su segundo párrafo establece la pena superior en grado cuando quienes pertenecen a la organización son los jefes, encargados o administradores¹⁴.

12 Vid. sobre el punto, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Aproximación político-criminal...”, op.cit.

13 Art. 369 bis., primer párrafo: «Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos».

14 Por “jefe” se entiende a la persona que da órdenes a otros miembros de la organización, “administrador” es la persona que gestiona económicamente la

Con respecto al fundamento agravatorio de este art. 369 bis, la jurisprudencia ha destacado la mayor capacidad de agresión al bien jurídico salud pública por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que representa la organización (STS 889/2004, de 9 de julio), porque permiten multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las conductas delictivas que se realizan en su seno (STS 544/2012, de 2 de julio), por los medios de que disponen estas organizaciones que no sólo facilitan la comisión de estos hechos delictivos y la realización operaciones de mayor envergadura (STS 356/2009, de 7 de abril), sino que también «generan procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley», (STS 544/2012, de 2 de julio), todo lo cual supone que al Estado le resulte más difícil luchar contra ellas (STS 492/2010, de 18 de mayo).

Estas razones, junto a la necesidad de adaptar nuestro derecho interno a la normativa procedente de la Unión Europea, justificarían la oportunidad de la introducción de esta agravación, pero no la desafortunada técnica utilizada que ha generado los problemas que se detallarán más adelante.

organización, y “encargado” es quien tiene a su cuidado determinadas cosas, o la que dirige un negocio en representación del dueño del mismo. A parte de las tareas de mayor responsabilidad en el seno de la organización que detentan estas figuras, nos encontramos, además, ante personas cuya detención resulta más difícil ya que, aunque se trata de los verdaderos cerebros de las operaciones delictivas, su papel en el momento del tráfico es menor, de ahí que la jurisprudencia entienda que este hecho constituye el fundamento de esta agravación (STS 628/2010, de 1 de julio y 312/2011, de 29 de abril). En todo caso, la aplicación de esta agravante presenta problemas de prueba ya que requiere acreditar si la persona tiene capacidad para dar órdenes a otros dentro de la organización o para desempeñar las funciones de administrador o encargado. La dificultad de contar con prueba directa sobre la estructura interna de la organización, el cometido de cada sujeto o la jerarquización del grupo, obliga a acudir a la prueba indiciaria (STS 312/2011, de 29 de abril).

En primer lugar, es necesario analizar el contenido de los requisitos normativos que exige la aplicación de esta agravación que se reducen a dos: la existencia de una «organización delictiva», y que el culpable «pertenzca a la misma».

A) La existencia de una organización delictiva

Para establecer los elementos de la «organización delictiva», hay que remitirse a la definición de «organización criminal» que proporciona el delito de pertenencia a organización criminal del art. 570 bis.1 que entiende por tal: «la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos o de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas» (destacando esta remisión: SSTS 732/ 2012, de 1 de octubre, 207/2012, de 12 de marzo, y 334/2012, de 25 de abril).

Esta definición auténtica coincide básicamente con la que venía utilizando la jurisprudencia para aplicar el hoy derogado art. 369.1.2^a¹⁵ (cuya redacción es diferente en estos momentos en el art.369.6) que hasta 2010 permitía agravar el tipo básico si «el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aún de modo ocasional». Es importante destacar la necesidad de que la jurisprudencia mantenga esta coincidencia, porque esta redacción se mantiene en las agravaciones de otros delitos, como ya se puso de relieve al inicio de

15 Según reiterada jurisprudencia anterior a la reforma de 2010 (de la que son exponentes SSTS 899/2004, de 8 de julio, 116/2004, de 22 de octubre) los elementos que integran la nota de organización son los siguientes: a) existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida; b) empleo de medios de comunicación no habituales; c) pluralidad de personas previamente concertadas; d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; e) existencia de una coordinación, y f) estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido, esto es, una “mínima permanencia” que permita integrar en el concepto de organización a las que detentan un carácter transitorio.

este texto, debido a que únicamente el art.197.8 se ha coordinado con estas disposiciones introducidas en el año 2010 haciendo referencia expresa a la organización o al grupo criminal (de los arts.570 bis.1 y 570 ter.1). No tendría sentido alguno que las agravaciones previstas en los distintos delitos que comparten el mismo fundamento, se aplicasen de forma diferente según la literalidad y antigüedad de su redacción, sin tener en cuenta que las nuevas disposiciones introducidas en el CP contienen ya definiciones auténticas aplicables a los delitos cometidos por la criminalidad organizada.

En realidad, la jurisprudencia había venido exigiendo como requisitos de la organización o asociación, una serie de elementos que coinciden básicamente con los que definen el concepto de organización criminal que contiene ahora el CP. Esto es, la existencia de una estructura jerárquica más o menos formalizada o más o menos rígida dotada de una cierta estabilidad, una pluralidad de personas previamente concertadas, el empleo de medios de comunicación no habituales, una distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones, la existencia de una coordinación y el hecho de que la ejecución de la operación pueda subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes (SSTS 65/2006, de 2 de febrero, 486/2009, de 8 de mayo, 899/2004, de 8 de julio, 116/2004, de 22 de octubre).

En cuanto al hecho de que la organización o asociación pudiera tener también un carácter transitorio, la jurisprudencia había entendido que no era necesaria la permanencia de la organización ni una determinada estabilidad temporal, pero sí una «cierta vocación de continuidad» que permitiera apreciarla en el caso de asociaciones temporales siempre que lo fuesen para algo más que la mera ejecución de una concreta operación delictiva (STS 486/2009, de 8 de mayo, y SAN 8/2012, de 17 de febrero). Por tanto, bastaría una “mínima permanencia” que permitiese distinguir las asociaciones transitorias de la codelinuencia

(STS 16/2009, de 27 de enero¹⁶) presente en operaciones aisladas, poco complejas, pero que requirieren también de varias personas para la consecución del fin. Y esta sería la única diferencia con las organizaciones criminales, ya que según reiterada jurisprudencia, los requisitos de la asociación serían, por lo demás, los mismos.

Con el CP vigente y según el nuevo art.570 bis, los requisitos del concepto de organización son:

a) Que esté constituida por al menos tres personas. Se configura así un delito plurisubjetivo y se diferencia entre dos clases de autores en función de la responsabilidad que asumen en la organización (quien únicamente pertenece, y quien, además, es jefe, administrador o encargado). La jurisprudencia ha entendido a tenor de la nueva regulación de 2010, que no basta con que en el hecho delictivo estén presentes por lo menos tres personas, sino que es preciso que éstas constituyan la organización criminal. Así, no existiría tal organización si al excluir a los dos transportistas, a la persona que recibe la droga y a los dos compradores por no pertenecer a la organización, quedasen únicamente dos personas por faltar entonces el requisito de que la organización esté compuesta por al menos tres, según STS 334/2012, de 25 de abril¹⁷. No es preciso, por otro lado, que quede acreditado un contacto personal entre los integrantes del grupo, ni que todos estén presentes en todos los delitos que se les atribuyen, si se contienen los elementos esenciales del tipo

16 Según esta sentencia: «Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad, permitiendo hablar de una “empresa criminal”».

17 También SAP de Zaragoza 236/2013, de 30 de julio que considera probado el consorcio entre sólo dos personas, mientras que las otras dos participaban ocasionalmente en algún acto concreto de la distribución posterior de la cocaína objeto del delito.

penal, esto es, la actuación concertada de más de dos personas y que tal concertación se haya concebido para la perpetración de delitos (STS 289/2014, de 8 de abril).

b) Que quienes pertenecen a la organización realicen los hechos descritos en el art.368 que se extienden a los actos de cultivo, elaboración o tráfico, así como a la promoción, el fomento o la facilitación del consumo ilegal. En este sentido, el actual concepto de organización cubre todas las conductas previstas en el art.368 y no sólo las de distribución material (ampliando el tenor de la antigua agravación del art. 369.1.2º aplicable únicamente a las asociaciones que tuviesen como finalidad la difusión de las sustancias).

c) Que la organización tenga un carácter estable o por tiempo indefinido, como reiteradamente venía entendiendo la jurisprudencia (SSTS 452/2010, de 11 de mayo, 293/2011, de 14 de abril) de manera que el acuerdo asociativo sea duradero y no puramente transitorio.

d) Que exista de manera concertada y coordinada un reparto de tareas o funciones con el fin de cometer delitos, esto es, que esté presente una cierta estructura en la organización criminal que puede ser más o menos compleja en función del tipo de actividad que ésta desempeñe. Esto significa que debe contar con la infraestructura necesaria para realizar un plan criminal que por su complejidad o envergadura no podría realizarse si no fuese de forma organizada (STS 452/2010, de 11 de mayo¹⁸). La presencia de esta cierta estructura reclama normalmente relaciones de jerarquía y disciplina en cuya virtud algunos miembros se someten a las decisiones de otros que ejercen la función de jefes y que definen y reparten las distintas funciones entre los miembros (STS 452/2010, de 11 de mayo).

18 La misma resolución afirma también que, por el contrario, no se exige «ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales».

e) Que el delito se cometa como una actividad de la organización. Hay que tener en cuenta en este punto que la DM 2004/757/JAI, de 25 de octubre de 2004, en su art.4.3 exige a los Estados que adopten medidas para garantizar que los delitos de tráfico de drogas se castigarán con penas máximas de al menos 10 años de privación de libertad, «cuando el delito se haya cometido dentro de una organización delictiva». Como afirma la STS 561/2010, de 14 de junio, con respecto a la antigua agravante del art.369.1.2ª: este subtipo no se aplica por el mero hecho de la existencia de una organización, ni siquiera cuando alguno de los sujetos del delito se integren en la misma, sino que se requiere que el delito se haya cometido como una actividad de la organización, lo que implica no sólo que se utilicen algunos elementos personales o materiales, sino que la financiación proceda de la organización y el beneficio se destine a ella.

B) La pertenencia a la organización delictiva

Hay que acreditar la *pertenencia* a la organización, no bastando la mera colaboración con la misma, ya que, al contrario que en los delitos de terrorismo (STS 55/2010, de 26 de enero), el legislador no ha operado en este ámbito tal equiparación.

Pertenecer a la organización significa ser miembro de la misma. Y es justamente la condición de miembro la que permite establecer los límites de la organización. Los miembros conocen y comparten el objetivo de la organización y contribuyen de diversas formas a su mantenimiento, formando parte de su estructura a través del desempeño de alguna función o cargo, aunque no se trate de una función de carácter permanente, sino simplemente contingente, lo que permite distinguir entre unos miembros y otros, según el grado de estabilidad en su condición de miembro, tratándose de una posición de carácter indefinido en el caso de los miembros permanentes, o de carácter temporal, en el caso de los contingentes¹⁹. Hay que distinguir a los

19 JARAMILLO RESTREPO, J.D., “Organizaciones criminales: bases para una teoría general”, *Discriminación, principio de jurisdicción universal y*

miembros, de los colaboradores o cooperadores que no forman parte de la organización, aunque puedan realizar incluso aportes que son necesarios para su mantenimiento, como asesorar, proporcionar información o realizar tareas específicas. Se trata de personas externas pero próximas al entorno de la organización que pueden provenir del mundo profesional, político o empresarial²⁰.

También la jurisprudencia entiende que la pertenencia a la organización excluye la simple colaboración esporádica (STS 486/2009, de 8 de mayo, SAN 8/2012, de 17 de febrero) aunque sea más o menos repetida, o el mantenimiento de relaciones con aquélla (aunque reciba de ella droga con mayor o menor periodicidad, como afirma la STS 1090/2005, de 15 de septiembre con respecto a la antigua agravante del art.369.1.2ª). Es decir, el hecho de que se participe en un delito cometido en el seno de una organización, no convierte al partícipe en miembro de la misma, si sólo colabora puntualmente, sin vocación de integración más o menos permanente en el grupo organizado (STS 356/2009, de 7 de abril)²¹. La nota, pues, que según la jurisprudencia identificaría la pertenencia y permitiría deslindarla de la coparticipación sería la “integración” en la organización (aunque fuese para una operación concreta)²², esto es, el hecho de ser miembro (permanente o temporal de la misma).

La pertenencia a la organización según STS 544/2011, de 7 de junio, «implica una relación caracterizada no sólo por la presencia de elementos jerárquicos, sino también por otros as-

temas de derecho penal, Posada Maya, R. (coord.), Uniandes, Colombia, 2013, pág. 501.

20 Op. ult.cit., pág.526.

21 Y dicha pertenencia debe quedar acreditada para cada una de las personas que participan en el delito, como así precisa la STS 313/2014 de 2 de abril, que absuelve del delito de pertenencia a organización a cinco de los seis condenados por delito de piratería, al haber podido acreditar sólo respecto a uno de ellos su condición de miembro de la organización.

22 Como ya señalaba la STS 1095/2001, de 16 de julio, respecto a la antigua agravante del art.369.1.2ª.

pectos más relacionados con la estabilidad o permanencia o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello», distinguiendo así la aplicación de este supuesto de la mera codelinuencia que requiere también de la contribución de varias personas coordinadas para la obtención del mismo fin, pero que se presenta en operaciones aisladas aunque pueda ir unida a una cierta complejidad en la preparación y ejecución de la operación delictiva. La pertenencia a una organización se constituye en una circunstancia subjetiva y personal que no es extensible ni comunicable a los partícipes, y que impide apreciar la complicidad, aunque deba graduarse la pena en atención a la posición de cada persona dentro de la organización (STS 629/2012, de 23 de junio). Podría denominarse también “integración” en la organización, como hace la STS 780/2013, de 25 de octubre que acude a este criterio para excluir a las personas que se limitan a una aportación ocasional²³.

En suma, se requiere ser miembro de la organización, es decir, estar integrado en su estructura y contribuir aunque sea de forma contingente a su mantenimiento compartiendo su objetivo y finalidad.

III. El delito de pertenencia a un grupo criminal (art.570 ter). La caracterización del grupo criminal: delimitación de la organización criminal

Estos requisitos que conforman el concepto de organización criminal del art.570 bis y que definen la pertenencia a la

23 En el mismo sentido, la SAP de Barcelona 778/2013, de 16 de septiembre afirma que sólo pueden sancionarse las conductas con clara conexión con la actividad delictiva «resultando excluidas aquéllas que queden al margen, aunque hayan sido realizadas por personas que saben que trabajan para una organización criminal», fundamentando esta interpretación en el tenor de la DM 241/2008 de 24 de octubre, que exige literalmente una participación activa en la organización, lo que equivaldría más bien, según lo que se mantiene en este trabajo, a una integración o pertenencia a la organización.

misma, excluyen la posibilidad de aplicar este tipo agravado a los casos de pertenencia a un «grupo criminal», definido en el art 570 ter como la unión de dos o más personas con la finalidad o con el objeto de la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada o reiterada de faltas pero que no reúne «alguna o algunas de las características de la organización criminal», es decir, que o carece de estabilidad, o no actúa de manera concertada y coordinada repartiendo las distintas tareas o funciones. De manera que si el delito de tráfico de drogas se realiza por persona que pertenece a un grupo criminal, habrá un concurso real de delitos.

La tipificación en nuestro derecho del grupo criminal ha conformado un concepto mucho más amplio de criminalidad organizada²⁴ que ha suscitado críticas generalizadas de la doctrina

24 Que como delincuencia organizada ha venido caracterizándose por la existencia de una estructura compleja, por la utilización de medios delictivos graves como la violencia, intimidación o corrupción en sentido amplio (además de por la comisión de delitos graves y la búsqueda de beneficio o poder como objetivo) vid. ampliamente SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I, “Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada”, *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 2004, y toda la bibliografía allí citada, p.635 y ss, que permitiría explicar la peligrosidad de la organización a través de los tres tipos de grupos de delitos que comete: los que constituyen el fin último de la organización (su negocio: tráfico de drogas, tráfico ilegal de trabajadores, trata de seres humanos para la prostitución, etc.) los que comete como medio para lograr los anteriores (violencia y corrupción: coacciones, amenazas, secuestro, homicidio, lesiones, falsedades, etc.) y finalmente, los cometidos para reciclar las ganancias obtenidas de su actividad principal (el blanqueo de los bienes procedentes del delito) vid. sobre ello, págs. 654 a 657; también ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Criminalidad organizada y Derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción”, *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica*, Figueruelo Burrieza/Gorjón Gómez (ed.), Comares, 2008, p.687 y ss, quien considera que la criminalidad organizada se define a través de la existencia de una organización (que requiere una estructura, división de funciones, estabilidad, medios técnicos materiales y personales) una finalidad lucrativa y la comisión de delitos graves. Señalando la dimensión institucional de la organización criminal (como institución antisocial) que hace de ella algo más y algo independiente de la suma de sus partes, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿’Pertenencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organiza-

por carecer de los requisitos que la han definido y que están en la base de su especial tratamiento penológico²⁵. De hecho, la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 entiende que la diferencia entre la organización y el grupo criminal está en la ausencia de una estructura con vocación de permanencia o estabilidad en el segundo²⁶, es decir, en la carencia de los requisitos que definen a la organización criminal en el art.570 bis y que se resumen en la existencia de una estructura que remite al reparto y coordinación de tareas, y en la estabilidad o permanencia de la misma.

La justificación de su incorporación al Código penal, paralelamente a la de la organización criminal, se quiere buscar en los conceptos de «grupo» que se contienen en los instrumentos internacionales²⁷. Y es cierto que la regulación española se basa

ción' a la figura de la 'participación a través de organización' en el delito", Octavio de Toledo y Ubieto/Guardiel Sierra/Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2004, pág.1075.

25 Vid. en dicho sentido crítico: GONZÁLEZ RUS, J.J, "La criminalidad organizada en el Código penal español", op.cit., pág.29 y ss.

26 La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 justifica la inclusión del grupo criminal junto al de organización criminal en la interpretación restrictiva que la jurisprudencia ha venido realizando tanto del concepto de asociación ilícita como del de organización criminal, por exigir «la comprobación de una estructura con vocación de permanencia», lo que dejaría fuera del concepto de organización criminal «otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales». La Exposición de Motivos no pone ningún ejemplo de tales grupos extremadamente peligrosos o violentos que se definirían por exclusión, como afirma la propia Exposición, como «formas de concertación criminal» que no encajan en el concepto de organización y que, sin embargo «aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones o sus componentes». Ese plus de peligrosidad se extraería, en ausencia de los requisitos que dotan de permanencia y de estructura a la organización criminal, de la propia concertación para la comisión de más de un delito, elemento claramente insuficiente, por sí solo, para definir a la criminalidad organizada.

27 Vid. GARCÍA ALBERO, R., señalando que el concepto acogido por nuestro derecho es más amplio que en el que contiene en los instrumentos internacionales que son su referencia, Quintero Olivares/Morales Prats/Tamarit Sumalla/García Albero, *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, Aranzadi, 2011, pág.1705.

en los conceptos de «grupo estructurado» de la Convención de Palermo de 2000 y de «asociación estructurada» de la Decisión Marco 2008/841 que se definen básicamente de forma negativa²⁸ por no exigir estabilidad temporal, estructura desarrollada, asignación formal de funciones, ni continuidad en la condición de miembro, pero, en ambos casos, estos conceptos integran, respectivamente, la definición de «grupo delictivo organizado» y «organización delictiva», es decir, los conceptos de organización criminal que requieren una cierta estabilidad temporal y una actuación concertada²⁹, de manera que no existe en estos instrumentos europeos e internacionales un delito autónomo, como en derecho español, que incrimine de forma independiente la pertenencia a un grupo criminal³⁰.

28 El art.2 c) de la Convención de Palermo define al «grupo estructurado» como el «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». El párrafo 2) del art.1 de la Decisión Marco define a la «asociación estructurada» de la misma forma: como «una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada».

29 Art.2 a) Convención de Palermo, Por «**grupo delictivo organizado** se entenderá un *grupo estructurado* de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Según el art. 1 DM: Por «**organización delictiva**» se entiende «una *asociación estructurada* de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

30 Como ya expuse en MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Delincuencia económica y organizaciones criminales», *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Romeo Casabona, c./Flores Mendoza, F. (ed.), Comares, Granada, 2012, págs. 9 y ss.

Además, hay que tener en cuenta que la normativa española no restringe ni el concepto de organización ni el de grupo criminal a un número limitado de delitos por su carácter o gravedad³¹, como sí realiza, sin embargo, la normativa europea y la internacional en la materia, que exigen tanto para la organización como para el grupo criminal, la finalidad de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa³². Finalmente, y aunque este requisito presente en la normativa europea e internacional y no en la española no afecta al delito de tráfico de drogas como delito cometido por la criminalidad organizada que se analiza en estas páginas, es muy importante destacar que no se exige que se actúe con la finalidad de obtención directa o indirecta de un beneficio económico u otro beneficio material. Esta finalidad es esencial en el ámbito europeo e internacional para diferenciar la criminalidad organizada de fenómenos similares y, sin embargo, tampoco se contempla en los arts. 570 bis y ter del CP.

La ampliación del concepto de criminalidad organizada que se expresa en los elementos que la connotan, según lo establecido en la legislación vigente, tiene así una de sus máximas expresiones en la tipificación autónoma del delito de pertenencia a un grupo criminal que tiene en cuenta otras agrupaciones que no reúnen los requisitos de estabilidad, estructuración o división de funciones que son el fundamento de la tipificación autónoma de estos delitos, siendo por ello objeto de críticas por no corresponder a la realidad criminológica de las organizaciones

31 Hasta el punto que se incluyen también las faltas desbordando claramente los perfiles criminológicos de criminalidad organizada, siendo dicha inclusión uno de los objetivos de la reforma de 2010 como sostienen: GARCÍA RIVAS/LAMARCA PÉREZ., “Organizaciones y grupos criminales (artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter)”, Álvarez García/González Cusac, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, pág. 509.

32 La Convención de Palermo incluye, además, una segunda opción, que permite su aplicación también a los delitos tipificados en los arts. 5, 6, 8 y 23 sin límite de pena y que son: la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo del producto del delito, la corrupción y la obstrucción a la justicia.

criminales, por prescindir de los requisitos que la definen estructuralmente y por generar problemas de delimitación con los actos preparatorios y con la codelinuencia referida a los distintos delitos cometidos en el ámbito de estas agrupaciones, además de ir mucho más allá de lo contemplado en la Decisión Marco 2008/841³³ con respecto a la entidad de las sanciones.

Y no sólo constituye delito la pertenencia a un grupo criminal tal y como establece el art. 570 ter, sino que el grupo criminal se tiene en cuenta para sancionar más severamente el delito de tráfico de drogas a raíz de la modificación de la agravante del art.369.1.2^a que desde el año 2010 supone la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el delito de tráfico de drogas del art.378 cuando el culpable «participe en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito». Como es obvio, esas «otras actividades organizadas» en las que participa el culpable, eluden los requisitos de la «organización criminal» que define el art.570 bis, permitiendo la aplicación a la participación en «grupos criminales».

Además, la vocación expansiva de la agravante se extiende también al papel que el culpable desempeña en tales actividades organizadas, ya que al utilizar el término «participación» en vez de de «pertenencia», se facilita su aplicación a los simples casos de colaboración en tales actividades.

Se trata así de tener en cuenta todas las posibilidades de ejecución del delito que tengan que ver con la realización de actividades organizadas, y ya que el delito de tráfico de drogas agravado por pertenecer el culpable a una organización delictiva exige que tal organización se dedique al tráfico de drogas, esta otra disposición tiene en cuenta que el culpable participe en “otras” actividades organizadas, esto es, en actividades que podrían no tener que ver con el tráfico de drogas y que incluso podrían tener un carácter lícito, lo que no cabe duda que supone una ampliación que no se contemplaba anteriormente. Por esta

33 Sobre ello más extensamente: MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: “Delincuencia económica y organizaciones criminales”, op. cit., págs. 6 y ss.

razón, la Fiscalía General del Estado en la Circular núm. 2/2005 entiende que la interpretación correcta exigiría limitar su aplicación a la participación en actividades de carácter ilícito. También la doctrina apunta a la necesidad de restringirla a las actividades organizadas de carácter delictivo en consonancia con la finalidad que la disposición persigue y que no es otra que tener en cuenta los casos en que el tráfico de drogas se utiliza como medio o instrumento para promover otras actividades ilícitas o facilitar su ejecución³⁴. Sólo así se entendería la mayor severidad de la pena que, en todo caso, trasciende lo previsto en la Convención de Viena, (de 1988) contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en la que se prevé únicamente en el caso de participación en otras actividades *delictivas internacionales* organizadas o en otras actividades *ilícitas* cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito³⁵.

Entrando en el análisis del concepto de grupo y partiendo también de la caracterización negativa contenida en la ley, la jurisprudencia entiende, en principio, que se trata de una agrupación de carácter menor, que no reúne de forma clara los requisitos de la organización criminal. Se trataría así de agrupaciones que constituyen «formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes» (STS 544/2012, de 2 de julio, reproduciendo literalmente un párrafo de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 de 22 de junio)³⁶. De manera que se contraponen las agrupaciones

34 SÚAREZ LÓPEZ, J.M., “El tratamiento penal de la criminalidad organizada en el tráfico de drogas”, *La criminalidad organizada*, González Rus, J.J. (ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 305, SEQUEROS SAZATORNIL, F., Comentario al Código penal, Gómez Tomillo (dir.), Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2011, págs. 1412 y 1413, PEREIRA FONZÁLEZ, F. Mª., “Tráfico de drogas (arts.368. 369, 369 bis y 370)”, Comentarios a la reforma penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs., 423 y 424.

35 FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Tráfico de drogas”, *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pág. 1321.

36 También SAN 70/2013, de 20 de diciembre, en la que se afirma que «la razón de su existencia (la del grupo criminal) es la mayor peligrosidad que

«con sólida estructura y organización» a «aquellas otras que no reúnen tales notas e incluso pueden ser transitorias» (SAP de Barcelona 53/2013, de 2 de enero), definiéndose como «agrupaciones criminales menores que desarrollan una delincuencia en grupo sin vocación de permanencia ni estructura estable (como, por ejemplo, el tráfico de drogas de entidad media)³⁷.

Conforme a todo lo anterior, la jurisprudencia del TS que ha aplicado el delito de pertenencia a grupo criminal entiende, según se desprende de su descripción típica, que el tipo requiere sólo de dos elementos: la pluralidad de sujetos y la finalidad de perpetrar de modo concertado delitos o faltas de forma reiterada, siendo indiferente para su constitución la falta de vocación de permanencia, de una estructura estable, o de ambas (STS 309/2013, de 1 de abril y 719/2013, de 9 de octubre). Al constituirse el grupo criminal con la ausencia de todos los requisitos que conforman la organización criminal, la pluralidad de sujetos y la finalidad para la que conciertan constituyen los únicos elementos que connotan esta modalidad subsidiaria de criminalidad organizada.

Evidentemente, semejante definición legal obliga a distinguir los grupos de los supuestos de mera codelincuencia (STS 309/2013, de 1 de abril)³⁸ para lo que se recurre de nuevo a una caracterización (doblemente) negativa del grupo que no solamente es lo que no es organización criminal, sino que también es

implica el acuerdo de voluntades de varias personas para desenvolver un proyecto criminal, que hace posible la ejecución del hecho con independencia de las personas que lo integran».

37 «En el que se adquiere el producto por el o los miembros que acceden a él, se manipula y se cursa al tráfico ilícito de manera regular, es decir, con cierta permanencia», SAP de Albacete 145/2013, de 29 de abril.

38 La STS 309/2013, de 1 de abril entiende que para encontrar un criterio diferenciador más allá del número de integrantes (al menos tres) habría que acudir a las disposiciones internacionales que son ya además derecho interno como la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. Pero, como ya se ha visto en páginas precedentes, las normas internacionales no contienen una definición autónoma de pertenencia a grupo criminal, al contrario que el CP español.

lo que no es codelincuencia. Para efectuar esta delimitación, la jurisprudencia propone acudir (STS 719/2013, de 9 de octubre) a la definición que proporciona la Convención de Palermo que lo conceptúa como aquél «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». Conforme a ello, la STS 309/2013, de 1 de abril afirma que «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». Como el concierto de un grupo de personas para cometer un delito es una forma de codelincuencia, como afirma el TS (STS 544/2012, de 2 de julio³⁹), se especifica (SAN 70/2013, de 20 de diciembre) que el concierto como elemento característico del grupo criminal debe trascender el concreto hecho que se enjuicia⁴⁰. En resumen: si hay únicamente dos personas, es indiferente que el concierto se dirija a la comisión de uno o más delitos ya que estaremos siempre ante un supuesto de codelincuencia; en el caso de que haya por lo menos tres personas, la finalidad de comisión de un solo delito definiría la codelincuencia y la de cometer más de uno o faltas de forma reiterada (en consonancia con la descripción típica del art.570 ter) definiría al grupo criminal.

Según todo lo anterior y como consecuencia de la desastrosa definición legal y de la necesidad de coordinarla con el

39 En la que se aclara que al ser la conjunción de partícipes con el propósito de cometer el delito de falsificación de moneda inherente al delito puesto que éste no podría haberse realizado de otro modo, si se aplicase el delito de asociación ilícita además del de falsificación, se incurriría en una doble valoración de los mismos hechos que supondría la vulneración del principio de *non bis in idem*.

40 Por esta razón, aunque conste la intervención coordinada de varias personas, si sólo se puede probar el concierto para la realización de una sola operación, no es posible la aplicación del delito de pertenencia a grupo criminal, STS271/2014, de 25 de marzo.

resto de disposiciones normativas e instituciones de parte general, el grupo criminal se define a través de dos requisitos: uno de carácter objetivo que se concretaría en la necesidad de que se concierten al menos tres personas, sin que podamos aventurar en qué medida la diferencia en una persona podría aportar un contenido material suficiente al grupo como modalidad de criminalidad organizada; y el otro, de cariz puramente subjetivo, que consistiría en que la finalidad del acuerdo se dirija a la comisión de más de un delito, requisito que define también a la codelinuencia si el acuerdo se alcanza entre sólo dos personas, lo que nos conduce de nuevo a plantearnos en qué medida y por sí solo puede aportar algo a la definición material del grupo.

Es imposible conformarse con esta escueta e insuficiente caracterización porque no hay que olvidar que el grupo criminal es una modalidad de criminalidad organizada y como tal requiere de la presencia de elementos objetivos de carácter material y no sólo subjetivos, que permitan acreditar la existencia de una cierta estructura o de una mínima organización dedicada a la comisión delictiva que haga posible que el acuerdo criminal se pueda ejecutar efectivamente al margen de las personas que lo integran, y que, como tal, permita fundamentar la existencia de este delito en el aprovechamiento de esos elementos materiales y también subjetivos para facilitar la comisión reiterada de delitos, la impunidad de los culpables y dificultar su investigación y persecución penal⁴¹. Porque para apreciar cuál es la finalidad del grupo, primero habrá que acreditar la existencia de tal grupo

41 La STS 719/2013, de 9 de octubre, afirma que la reforma de 2010 por lo que respecta a la inclusión del delito de pertenencia a grupo criminal tiene como objetivo la criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad. Así se afirma también en el Preámbulo de la LO 5/2010 de 22 de junio, en la que (como recuerda esta sentencia) se vincula los grupos criminales con la comisión reiterada de pequeños hurtos, robos o estafas y otros delitos contra la propiedad, e incluso operaciones de tráfico de drogas de entidad media (a las que se ha aplicado reiteradamente el delito de pertenencia a grupo criminal).

que, de lo contrario, se constituiría únicamente en función del simple número de personas y de delitos que se pretende cometer.

En conclusión, no es posible definir al grupo con base únicamente en la finalidad de quienes se conciertan, aunque aparentemente así parezca extraerse del tenor literal del art.570 ter, como afirma también la jurisprudencia que ha comenzado a aplicar esta disposición. El fundamento exclusivamente subjetivo en la definición del grupo criminal, ni se extrae del Preámbulo de la LO 5/2010 de 22 de junio, ni de la realidad criminológica que explica el funcionamiento de estos grupos que carecen de una estructura jerárquica clara y de un reparto de funciones definido entre sus miembros, pero que presentan una cierta estructuración y una vocación de permanencia, además de una cierta estabilidad temporal. De hecho, el Preámbulo afirma que las penas de las organizaciones criminales son más graves con respecto a los grupos porque su estructura es «más compleja», dejando claro que se caracterizan por la presencia de una estructura aunque no alcance el nivel que se exige para conformar el concepto de organización criminal.

Y, efectivamente, aunque la jurisprudencia resalta la caracterización negativa del grupo y la suficiencia de los dos requisitos ya mencionados para configurarlo (STS 309/2013, de 1 de abril y 719/2013, de 9 de octubre) de conformidad con lo que establece el tenor literal de la ley, en realidad y a la hora de aplicar este delito, se recurre (de forma frecuentemente confusa) a características objetivas que lo conforman como una modalidad de criminalidad organizada, al apreciar, o bien la necesidad de una cierta estabilidad, o de una cierta estructura, o incluso la necesidad de ambas en algunos casos. De hecho, la jurisprudencia está aparentemente utilizando para definir el grupo uno de los dos elementos que caracterizan a la organización criminal: o la permanencia estable durante cierto tiempo, careciendo de una estructuración organizativa definida; o la existencia de dicha estructura organizativa interna con reparto de tareas de manera

concertada y coordinada, sin vocación de permanencia indefinida. Es decir, que una parte de la jurisprudencia no se conforma, con buen criterio, con una definición puramente negativa de grupo criminal.

En esta línea pueden citarse diversas resoluciones que aprecian la presencia de grupo criminal por la existencia de la suficiente estabilidad expresada en la prolongación temporal del grupo, aunque este requisito no se contemple en el tenor literal del art.570 ter (SSTS 309/2013, de 1 de abril y 719/2013, de 9 de octubre; también la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales acude generalmente al requisito temporal de la cierta permanencia o temporalidad o estabilidad, no sin antes recordar que el grupo criminal requiere de sólo dos elementos: la pluralidad subjetiva y la finalidad criminal: SAP de Asturias 514/2013, de 2 de diciembre, SAP de Barcelona 53/2013, de 2 de enero, SAP de Ciudad Real 29/2013, de 28 de noviembre). Encontramos también una corriente jurisprudencial que se basa en la sola finalidad de comisión de una pluralidad de delitos, SAP de Córdoba 264/2013, de 21 de octubre, SAP de Valencia 83/2013, de 11 de febrero, SAP de Zaragoza 385/2013, de 10 de diciembre).

Al exigir una cierta estabilidad o permanencia⁴², la jurisprudencia se preocupa no sólo de dotar de contenido al grupo como modalidad de criminalidad organizada, sino también de conformar un criterio que permita delimitarlo de la codelinuencia, ya que tal estabilidad temporal impediría afirmar que el grupo se ha formado «fortuitamente para la comisión inmediata de un delito» (SSTS 309/2013, de 1 de abril y 719/2013, de 9 de

42 Fundamenta así la existencia del grupo criminal y sanciona con base en el art.570 ter la STS 719/2013, de 9 de octubre, que considera probado con respecto al delito de tráfico de drogas, la cierta vocación de permanencia y la realización del delito de modo continuado; «sin que se aprecie un reparto formalizado de funciones que pudiese determinar la configuración de una organización». Es decir, que concurre la estabilidad que requiere la organización, pero no puede apreciarse ésta por la inexistencia de un reparto definido de funciones.

octubre) de conformidad con la definición de grupo estructurado que contiene la Convención de Palermo. Podríamos concluir así, por otra parte, que en el grupo criminal podrían comprenderse las «organizaciones de carácter transitorio» que se incluyen como subtipos agravados en algunos delitos (y que antes integraban el supuesto agravado de tráfico de drogas) que según reiterada jurisprudencia del TS requieren de una “mínima” permanencia que permita distinguirlos de la codelinuencia (también la SAN 70/2013, de 20 de diciembre, con base en la existencia de una «estructura con cierta estabilidad»). En realidad, la cierta estabilidad, permanencia o temporalidad que aprecia en el grupo la jurisprudencia más reciente, va más allá de la “mínima permanencia” que se venía requiriendo para las organizaciones transitorias, y que había sido denunciada desde hacía tiempo por la doctrina por ser claramente insuficiente como criterio delimitador, debido a su falta de correspondencia con el fundamento de punición de las organizaciones criminales⁴³ que remite a la existencia de una estructura, un reparto de papeles y una jerarquía difícilmente compatibles con organizaciones sin vocación de permanencia y estabilidad.

Además del requisito de la cierta permanencia o estabilidad que acabamos de señalar, otras resoluciones recurren, para definir al grupo, a la presencia del segundo elemento que define a las organizaciones criminales: la estructura y el reparto de funciones (Auto TS 6 de julio 2011 (JUR 2011/263447) aunque tampoco se contenga en el tenor literal del art. 570 ter. Se entiende así que al ser el grupo una figura de carácter residual frente a la organización criminal «sólo requiere cierta permanencia en el tiempo y una estructura básica, pero no requiere una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo,

43 Vid. ya DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo*, Madrid, 1989, págs. 78 y 79; y GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código penal español...”, op. cit., pág.29.

ni continuidad en la condición de miembro»⁴⁴. También la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales condena por grupo criminal cuando no consta una «estricta organización interna jerarquizada» ni un claro reparto interno de funciones «por cuanto todos hacen un poco de todo» (SAP de Albacete 145/2013, de 29 de abril que condena por robo con violencia continuado y grupo criminal con respecto al delito de robo de cobre); o bien no hay reparto interno de funciones porque «todos los integrantes indistintamente pueden llevar a cabo los hechos sin división de roles directivos o ejecutivos» (SAP de Barcelona 53/2013, de 2 de enero), e incluso se llega a condenar por grupo y no por organización existiendo una distribución de tareas⁴⁵. Al exigir la existencia de una cierta organización, aunque no esté jerarquizada, y una pluralidad de funciones, aunque sean realizadas indistintamente por todos los miembros de la organización (SAP de Zaragoza 385/2013, de 10 de diciembre cuando afirma que el grupo criminal es una «agrupación de personas no suficientemente estructurada para perpetuarse en el tiempo»), se recogen requisitos materiales que impiden que la mera finalidad que guía a quienes se conciertan constituya un requisito suficiente para apreciar la existencia del grupo criminal.

Podemos concluir que, curiosamente, cuando se trata de delimitar el grupo criminal de la codelinuencia los requisitos que debe reunir el primero serían diferentes a los que permitirían

44 También la SAN 70/2013 de 20 de diciembre, que al explicar el concepto de grupo criminal y afirmar que ocupa el espacio entre la organización criminal y la codelinuencia, estima que requiere una cierta permanencia o bien, una estructura interna pero sin vocación de continuidad en el tiempo. Considera, por tanto, que «el grupo criminal contempla *estructuras* destinadas a la ejecución de una pluralidad de hechos delictivos». Por esta razón y como indicios de su existencia, detalla una serie de hechos probados que permiten afirmar la existencia de una «estructura de cierta estabilidad que la soporte más allá del mero consorcio entre los cuatro acusados», y «una estructura con una mínima pluralidad de personas que permita abarcar las diversas tareas y cometidos del transporte transoceánico de cocaína».

45 SAP de Ciudad Real 29/2013, de 28 de noviembre que aprecia un “conato de organización” «en cuanto media distribución de tareas relativas a la comisión de los hechos, control, guarda y venta de efectos».

diferenciarlo de la organización criminal. En el primer caso sería suficiente la existencia de una mínima permanencia que nos permita afirmar que el grupo no se ha reunido fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. En cambio, en el segundo se requiere algo más que una “mínima permanencia”, se necesita una cierta estabilidad y una cierta estructura organizativa, o bien o una o la otra (STS 719/2013, de 9 de octubre) para poder fundamentar la presencia de una agrupación criminal organizada aunque sea carácter menor por no alcanzar el grado de permanencia, jerarquía, estructuración y división de funciones que caracteriza a la organización criminal.

En resumen, la desastrosa definición de grupo criminal que contiene nuestro CP y que se caracteriza por la finalidad que guía a quienes se conciertan, sin precisar requisitos materiales que permitan conceptuar estas modalidades de agrupaciones como criminalidad organizada, ha propiciado una jurisprudencia plural (y, en ocasiones, confusa) que se ve en la necesidad de recurrir a elementos que literalmente no contempla la ley tanto para responder al sentido de estas tipificaciones como modalidades menores de criminalidad organizada, como para permitir su delimitación de las organizaciones criminales y de la code-lincuencia.

VI. El delito de pertenencia a organización criminal (art. 570 bis)

El delito de pertenencia a organización criminal tiene como finalidad sancionar las diversas formas de contribuir al mantenimiento de la organización con independencia de los delitos que se cometen en el seno de la misma y, por ello, concurre con el delito de tráfico de drogas (arts.368 o 369) y también con el de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva (art.369 bis). El mero hecho de pertenecer a una organización se eleva a la categoría de delito autónomo, lo que ha generado un importante debate en España por suponer una ampliación de los esquemas tradicionales en

materia de autoría y participación y por la dificultad de individualizar el bien jurídico protegido por este delito al margen de los bienes jurídicos que se tutelan en los delitos cometidos por la organización⁴⁶, al punto que algunos autores han propuesto que este delito se constituya en un acto preparatorio de los delitos que comete la criminalidad organizada al considerar que se trata de conductas destinadas a la preparación, pero que no constituyen aún el inicio de la ejecución de ningún delito en concreto⁴⁷. La jurisprudencia, por el contrario, entiende que se puede explicar el desvalor autónomo de estos delitos al margen de los delitos principales que comete la organización porque el peligro para determinados bienes jurídicos que se deriva de la actuación concertada de varias personas «intensifica, por sí sola los efectos

46 La explicación que proporciona el Preámbulo de la LO 5/2010 para justificar la ubicación de estos delitos dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en el marco de los delitos contra el orden público, no arroja ninguna luz por su generalidad y confusión sobre el objeto de protección. Afirma lo siguiente «... el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el plano cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado».

47 GARCÍA DEL BLANCO, V., *Memento Práctico. Penal 2011*, Ed.Francis Lefebvre, Madrid, España, 2010, p.1649. Entiende que la sanción a los miembros por su pertenencia a la organización es una cuestión de Parte General y no de Parte Especial, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, op.cit., pág.1074. Para GONZÁLEZ RUS, J.J., “Aproximación político-criminal...”, op.cit., págs. 104 y 105, la agrupación organizada supone un peligro para los bienes jurídicos penalmente protegidos cuya lesión es la finalidad de la organización. De hecho, se sancionaría así «el peligro abstracto de indefinida y genérica realización delictiva que representan ciertas organizaciones».

asociados a cualquier infracción criminal» (STS 289/2014 de 8 de abril).

Evidentemente, la imputación por pertenencia a la organización criminal (y al grupo) no permite, como es obvio, atribuir responsabilidad penal a todos los miembros por los delitos que lleve a cabo el grupo y por el sólo hecho de formar parte del mismo, como recuerda la Circular 2/2011 de la FGE cuando afirma «que no debe confundirse la responsabilidad penal derivada de la pertenencia a la organización criminal con la exigible por la comisión de los distintos delitos y/o faltas que puedan llegar a ejecutarse en su seno, ya que la responsabilidad por estos hechos deberá sujetarse a las reglas generales de autoría y participación, proscribiéndose presunciones de responsabilidad por el acto ilícito ejecutado derivadas del mero hecho de formar parte de la organización».

Este tipo penal ha optado por diferenciar distintas formas de pertenencia a la organización, al contrario de lo previsto en los instrumentos internacionales que traspone⁴⁸. Así, por un lado, incrimina la promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de una organización criminal (con una pena de prisión de 4 a ocho años si tiene como finalidad la comisión delitos graves y de tres a seis años en los demás casos) y, por otro lado, la participación activa en la organización, formar parte de ella o cooperar económicamente o de cualquier otro modo con la misma (con penas de prisión de dos a cinco años si la organización tiene como finalidad la comisión de delitos graves y de uno a tres años en los demás casos).

De manera que el tipo básico diferencia dos modalidades distintas por la entidad de la pertenencia a la organización y las sanciona con penas diferentes⁴⁹; y, a su vez, estas dos

48 Vid. en sentido crítico sobre tal falta de diferenciación: MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., -“La lucha contra la delincuencia organizada: Comentario a la Decisión marco 2008/841”, *Revista General de Derecho Europeo* 18, 2009, pág.17.

49 No entramos ahora a valorar las razones de dicha equiparación que con respecto a algunas de las modalidades de pertenencia resultan de lo más

modalidades vuelven a diferenciarse en la sanción en función de si el objetivo de la organización es la comisión de delitos graves o no. Por tanto, se establecen cuatro niveles penológicos diferentes en el tipo básico.

Pero, además, el art.570 bis.2., establece un tipo cualificado que tiene en cuenta para agravar la pena una serie de elementos que están presentes habitualmente cuando se trata de delitos de tráfico de drogas cometidos a través de una organización: que ésta «esté formada por un número elevado de personas» (570 bis.2 a) «que disponga de armas o instrumentos peligrosos» (570 bis.2 b) o «que disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus especiales características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables» (570 bis.2 c). La agravación, la pena en su mitad superior, debe aplicarse sobre los cuatro niveles penológicos distintos que antes mencionábamos.

Para concluir, el segundo párrafo de este art. 570 bis.2 impone las penas superiores en grado a las anteriormente señaladas que, a su vez, se basan en los cuatro tramos de pena diferentes ya indicados con sus respectivas agravaciones, siempre que concurren dos o más de las circunstancias que acabamos de enumerar. En conclusión: estamos ante un tipo penal complejo con diversos estratos penológicos sobre los que se pueden aplicar diversas agravaciones lo que da ya una idea indiciaria de la dificultad que puede generarse de cara a los concursos que puedan presentarse.

De los requisitos materiales que conforman a las organizaciones criminales ya nos hemos ocupado al definir el delito de

confusas y cuestionables, como ya expuse en: “Delincuencia económica y organizaciones criminales”, op.cit., págs. 15 y 16. Ni tampoco nos detendremos en este momento en la inclusión de la cuestionada clausula («o de cualquier otro modo») que cierra la enumeración de las modalidades de autoría y que permitiría incriminar la denominada pertenencia “pasiva” cuya sanción es rechazada por la doctrina. Vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿‘Pertenencia’ o ‘intervención’? Del delito de ‘pertenencia a una organización’ a la figura de la ‘participación a través de organización’ en el delito”, op.cit., pág.1088.

tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva (art.369 bis) que remite para la definición de organización delictiva al delito que analizamos en este epígrafe, y también cuando nos hemos ocupado del delito de pertenencia a un grupo criminal (art.570 ter) en el epígrafe precedente.

Merece la pena, no obstante, destacar que reciente jurisprudencia del TS en la línea que ya apuntábamos en el epígrafe anterior y como forma de delimitar las organizaciones criminales de los grupos, va apuntando criterios materiales que remiten a la mayor calidad de la articulación interna de las organizaciones criminales que requerirían una «cierta cualidad o perfil empresarial» con la tendencial despersonalización de las relaciones. En resumidas cuentas, la organización criminal tiene una estructura organizativa más compleja, consistente y rígida que se mantiene en el tiempo, así como una jerarquía establecida y una distribución de roles definida, lo que permite el incremento de su capacidad lesiva al facilitar las operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de la droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan (STS 371/2014, de 7 de mayo). Estas características que remiten a un nivel mayor de estructuración, de profesionalización y de tecnificación de las organizaciones criminales, permitirían aplicar el tipo de pertenencia a organización criminal, dejando subsidiariamente el de grupo criminal para los casos en que dichas agrupaciones no alcanzasen tal nivel.

V. El delito de tráfico de drogas cometido por medio de redes internacionales (art.370)

Este artículo permite imponer la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el delito de tráfico de drogas en una serie de casos⁵⁰ entre los que se encuentran los de «extre-

50 Si se utiliza a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos (370.1º) o si se trata de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2ª del apartado 1 del artículo 369 (art.370.2º).

ma gravedad» (art.370.3º) entendiendo por tales aquéllos en los que la cantidad de las sustancias «excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1».

Se trata de elementos que se contemplan de forma disyuntiva, como ha recordado la FGE en la Circular 2/2005, de 31 de marzo, y reconoce la jurisprudencia, de manera que no es preciso que concurran simultáneamente, sino de forma alternativa.

Con respecto a las agravaciones que tienen que ver con la criminalidad organizada y que concurren con las que ya hemos comentado precedentemente, nos encontramos, en primer lugar, con la prevista para los jefes, administradores o encargados (art.370.2º) «de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2ª del apartado 1 del artículo 369» que, por tanto, sólo sería aplicable a quienes desempeñan tales funciones en esas “otras” actividades organizadas que no son el tráfico de drogas, por lo que, como ya hemos comentado, se trata de actividades que podrían ser incluso de carácter lícito, agravando así la sanción incluso para delitos de tráfico de pequeñas cantidades si los sujetos desempeñan estas funciones en otras organizaciones u actividades organizadas incluso lícitas, con lo que se formula una disposición que no tiene que ver con el fundamento de la agravación de la criminalidad organizada que se viene desarrollando en estas páginas.

La comisión del delito de tráfico de drogas mediante redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, según los criterios establecidos por la FGE en la Circular 2/2005, requiere la intervención de grupos organizados específicamente orientados a la comisión de estos delitos, y dotados de proyección internacional, es decir, con una estructura enraizada en

ámbitos geográficos internacionales apta para planificar y desarrollar las distintas fases del desarrollo del delito en el territorio de más de un estado. Es preciso, por tanto, y si se quiere hablar de la existencia de una red (de organizaciones), que existan diversas organizaciones criminales autónomas entre sí radicadas en el territorio de distintos estados que se relacionan entre ellas para la comisión conjunta del tráfico internacional de drogas; o bien una sola (macro) organización internacional con una única dirección organizativa que disponga de estructuras organizadas y asentadas en el territorio de varios estados. No sería posible, como es obvio, aplicar la agravante porque la sustancia se haya cultivado o producido en un país y se distribuya en otro ya que tal circunstancia (completamente usual en este delito) ni supone automáticamente la presencia de una organización criminal, ni expresa por sí sola el carácter internacional de tal organización, sólo del tráfico.

Los anteriores requisitos explican la mayor sanción por la comisión del delito mediante redes internacionales que propician una mayor difusión de la droga y una mayor dificultad para detener a los autores que se encuentran en el territorio de varios estados, dificultando, aún más, la lucha contra esta criminalidad.

Se discute si es precisa la pertenencia a la red internacional o podría aplicarse la agravante también en el caso de que, sin pertenecer a la misma, el autor del tráfico se aprovechase de su estructura⁵¹. Lo cierto es que tal y como está redactada la disposición cabrían ambas opciones, pero para evitar que puedan aplicarse a estos dos casos que materialmente reflejan conductas con relación al tráfico de muy distinta gravedad y para mantener la coherencia con todo lo analizado hasta el momento, sería más adecuado restringir su aplicación a quienes pertenecen a la red. Sin embargo y en un ejemplo más de la falta de coherencia interna de esta regulación, resulta más fácil aplicar esta agravante a quien no pertenece a la red internacional pero se aprovecha de

51 Destacando la disparidad de criterios doctrinales, FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Tráfico de drogas”, op.cit. pág.1332.

su existencia para la comisión del tráfico, que a quien es miembro de la misma. Aunque parezca increíble, si no se pertenece, se aplicaría sin ninguna dificultad, en virtud del art.370, la pena superior en uno o dos grados a la prevista en el art. 368. En cambio, como la pertenencia a la red internacional no está prevista como agravante ni en el delito de pertenencia a organización criminal (o a grupo criminal), ni en el de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a organización delictiva (art.369 bis) y como este último no puede aplicarse conjuntamente con este art. 370 porque lo subsume (como se verá en el epígrafe siguiente), en la mayor parte de casos será de aplicación únicamente el art. 369 bis, evaporándose así la posibilidad de sancionar más gravemente la pertenencia a una red de carácter internacional.

VI. Concursos de delitos y de normas derivados de la concurrencia de todas estas disposiciones

Todas las disposiciones que hemos analizado en estas páginas y la forma en que se han incorporado al Código penal vigente han provocado serias dificultades aplicativas fruto de los concursos de delitos y normas que pasamos a detallar.

En primer lugar, la normativa vigente en vez de establecer distintos niveles de gravedad con base en el art.368, el tipo básico de tráfico de drogas, que, de forma escalonada, permitiesen agravar la responsabilidad penal en función de la presencia de los distintos elementos que convierten en más reprochables estas conductas, ha “encajado” el art.369 bis, (el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización criminal), que, de hecho, contempla las penas más graves para algunos supuestos, entre el art.369 (tipo agravado del art.368 por participar el culpable en otras actividades organizadas) y el art.370 (tipo agravado por la extrema gravedad aplicable a la comisión de los delitos a través de redes internacionales), excluyendo la posibilidad de que este último pueda aplicarse, agravando, a la comisión del tráfico de drogas a través de una organización criminal del art.369 bis y obligando a elegir

entre ambos, dando lugar a la disolución de una diferenciación que, sin embargo, es muy importante en el delito de tráfico de drogas de carácter transnacional y que antes de la reforma sí contemplaba la regulación penal.

Consecuentemente, ha desaparecido la lógica interna que subyacía a estos artículos y que permitía la agravación sucesiva de la sanción en función de una serie de circunstancias que fundamentaban un reproche penal progresivamente mayor. Así, sobre la agravación por pertenencia del culpable a una organización dedicada a la difusión de las drogas (art.369.1.2ª hoy modificado) se aplicaba la extrema gravedad por constituir dicha organización una red internacional (art.370). En estos momentos y ante un delito de tráfico de drogas cometido a través de una red internacional que, lógicamente, podría suponer una modalidad agravada del mismo delito cometido a través de una organización criminal que no tenga tal carácter, hemos de elegir entre el art.369 bis y el art.370 que se excluyen mutuamente al aplicarse ambos sobre el tipo básico de tráfico de drogas del art.368. Se descarta la posibilidad de aplicar un concurso de delitos, por entender que en el art.369 bis se engloba ya todo el desvalor de las agravantes contenidas en el art.370, evitando así la exacerbación punitiva que supondría la aplicación cumulativa de las sanciones de ambos (así también la Circular de la FGE 3/2011). Dado que los tipos penales tienen la misma especialidad y complejidad, debemos acudir al principio de alternatividad (art.8.4) (tal y como establece igualmente el art.570 quáter en la resolución del concurso de normas con el art.570 bis) que impone la aplicación del delito que prevea una pena más grave. Y, curiosamente, aunque la comisión del delito a través de redes internacionales es obviamente un supuesto más grave que la comisión de un delito a través de una organización criminal que no tenga tal carácter, en la mayor parte de los casos resulta una pena mayor de la aplicación del art.369 bis (pertenencia a una organización) que del art.370 (comisión a través de una red internacional).

Para dirimir el concurso de normas entre, por un lado, el delito de tráfico de drogas cometido a través de una

organización criminal del art.369 bis, y el resultado del concurso de delitos entre el de tráfico de drogas de los arts.368 o 369 y, el de pertenencia a una organización criminal del art.570 bis., el art. 570 quáter.2 indica la necesidad de acudir al supuesto que tenga asignada una mayor pena al remitir al art.8 4ª. La doctrina ha destacado el escaso acierto de la remisión al principio de alternatividad para resolver estos concursos y la necesidad de acudir al art.8 en su totalidad en el que se establece un orden de prelación para solucionar el concurso aparente de normas, en el que la regla de la alternatividad se encuentra en último lugar⁵². Probablemente el legislador habrá optado por tal solución en el convencimiento de que la convivencia de estas disposiciones con idéntico fundamento, similar tipificación, pero elementos típicos diversos complica desmesuradamente la posibilidad de optar por una u otra disposición aplicando las reglas del art.8 (especialidad, subsidiaridad y consunción)⁵³, resultando más sencillo aplicar la alternatividad para facilitar la elección. Desafortunadamente, nada más lejos de la realidad.

El problema es que se trata de tipos complejos que contienen distintos subtipos en atención a diversas circunstancias y también algunos subtipos agravados, por lo que, para seleccionar la sanción, hay que establecer una comparación que tenga en cuenta, por lo que se refiere al art.369 bis, la distinta gravedad de la pena en atención a la calidad de la sustancia (si causa o no grave daño a la salud), al grado de participación (autoría o participación), a la actividad realizada por el sujeto que pertenece a la organización (jefatura, encargo o administración) y a la concurrencia del algún tipo agravado; y, por lo que se refiere al concurso de delitos, en primer lugar y con respecto al tráfico

52 GARCÍA RIVAS/LAMARCA PÉREZ., “Organizaciones y grupos criminales...”, op. cit., pág.516 y 517.

53 FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Tráfico de drogas”, op.cit, pág. 1.329, señala cómo en algunos casos el concurso podría resolverse a favor del art. 369 bis acudiendo al principio de especialidad, «pero como el resto de elementos contenidos en los tipos penales no son idénticos, parece preferible optar por la aplicación del principio de alternatividad».

de drogas (art.368), también la calidad de la sustancia, el grado de participación y la existencia o no de alguna agravación de las contempladas en el art.369, sanción que se sumaría (en virtud del concurso de delitos) a la aplicable al delito de participación en organización criminal (art.570 bis), en el que para seleccionar la pena, habría que atender al carácter de la participación (promoción, constitución, organización, coordinación o dirección por un lado, y participación activa, formar parte de la organización o cooperar económicamente o de cualquier otro modo, por otro) la finalidad de la organización (si se dirige a la comisión de delitos de carácter grave o no) la existencia de algún subtipo agravado (alguno de los cuatro que contiene el art.570 bis 2.) o del tipo híper-cualificado (del art. 570 bis, segundo párrafo) cuando concurren dos o más de las circunstancias agravantes del art. 570 bis 2). Entre otras cosas y como ejemplo, habría que tener en cuenta la sanción prevista para el subtipo agravado del art.369 bis que se aplica a los jefes, encargados o administradores de la organización, y la agravación que contiene el 570.1 para quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal.

Si no se dieran los requisitos de la organización criminal, pero sí los del grupo criminal del art.570 ter, habría que aplicar un concurso de delitos y no de normas, porque el 369 bis claramente establece el subtipo agravado para la pertenencia a una organización criminal, no a un grupo.

Ante esta situación, la Circular de la FGE 3/2011 ha elaborado un cuadro dirigido a orientar a los fiscales sobre los tipos penales aplicables y la escala de penas que resulta de dicha aplicación, con la finalidad de poder determinar cuál es la más grave. Las posibilidades que enumera dan una idea de la complejidad a que ha dado lugar la regulación vigente. En primer lugar, y con respecto al delito de tráfico de drogas realizado a través de una organización criminal, se enumeran cinco posibles concurrencias: la primera de ellas es el tráfico de drogas (tipo

básico art.368) ejecutado a través de organización (I)^{54/55}; la segunda, el delito de tráfico de drogas del tipo agravado (art 369) ejecutado a través de organización (II)⁵⁶; la tercera, el delito de tráfico de drogas del tipo básico (art.368), ejecutado a través de organización (concurriendo una circunstancia del art.570 bis 2), es decir, organización formada por un elevado número de personas, con armas o medios avanzados de comunicación o por redes internacionales (III)⁵⁷; la cuarta, el delito de tráfico de drogas del tipo básico (art.368), ejecutado a través de organización (con dos o más circunstancias del art.570 bis.2), es decir, organización formada por un elevado número de personas, con armas, medios avanzados de comunicación o transporte o mediante redes internacionales (IV)⁵⁸; la quinta, el delito de tráfico de drogas concurriendo una o dos agravaciones del art.369 a través de organización (con una circunstancia del art.570 bis.2), es decir, organización formada por un elevado número de personas, con armas, medios avanzados de comunicación o transporte o por medio de redes internacionales (V)⁵⁹.

54 En el que se comparan los delitos de pertenencia a organización criminal (art.570 bis) en concurso real con el delito de tráfico de drogas (art.368) y el delito de tráfico de drogas a través de organización (art.369 bis).

55 Aquí, a su vez, y esto es válido para todas las tablas comparativas, hay que tener en cuenta: si la organización tiene como finalidad la comisión de un delito grave o no grave y si el tráfico es de sustancias que causan grave daño a la salud o no y, en cada uno de ellos si se trata de personas que promueven, constituyen, organizan o dirigen, o de personas que solo pertenecen a ella; y, por otro lado, si se trata de los jefes encargados o administradores de las organizaciones o no.

56 En el que se comparan el delito de pertenencia a organización criminal (art.570 bis) en concurso real con el delito de tráfico de drogas del tipo agravado (art.369) y el delito de tráfico de drogas a través de organización (art.369 bis).

57 En el que se comparan el delito de pertenencia a organización criminal del art.570 bis.2) más el delito de tráfico de drogas del art.368 con el delito de tráfico de drogas a través de organización (art.369 bis).

58 En el que se comparan el delito de pertenencia a organización criminal del art.570 bis.2) en concurso real con el delito de tráfico de drogas del art.368 y el delito de tráfico de drogas a través de organización (art.369 bis).

59 En el que se comparan el delito de pertenencia a organización criminal del art.570 bis.2) en concurso real con el delito de tráfico de drogas agra-

En segundo lugar, y por lo que se refiere al delito de tráfico de drogas ejecutado a través de una organización internacional, nos encontramos con las siguientes posibilidades: la primera, el tráfico de drogas del tipo básico (art.368) ejecutado a través de organización criminal (I)⁶⁰; la segunda, el tráfico de drogas concurriendo una o dos agravantes del art.369 ejecutado a través de una organización internacional (II)⁶¹; la tercera, el tráfico de drogas causantes de grave daño a la salud del tipo básico (art.368) ejecutado a través de organización internacional (concurriendo una y/o más circunstancias del art.570 bis.2), es decir, organización formada por un elevado número de personas, con armas, medios avanzados de comunicación o transporte (III)⁶²; la cuarta, el delito de tráfico de drogas con sustancias que no causan grave daño a la salud del tipo básico (art.368) ejecutado a través de una organización internacional (concurriendo una y/o más circunstancias del art.570 bis.2), es decir, cuando hay un elevado número de personas, armas, o medios avanzados de comunicación o transporte (IV)⁶³; la quinta, el delito de tráfico

vado (art.369) y el delito de tráfico de drogas a través de organización (369 bis).

- 60 En el que se comparan el delito de pertenencia a organización criminal (art.570 bis) en concurso real con el delito de tráfico de drogas (art.368), el delito de tráfico a través de una organización criminal (art.369 bis), y el tráfico de drogas de extrema gravedad (cometido a través de una red internacional) (art.370).
- 61 En el que se comparan, el delito de pertenencia a organización criminal (art.570 bis) en concurso con el tipo agravado del art.369, el delito de tráfico cometido a través de una organización (art.369 bis) y el delito de tráfico en los casos de extrema gravedad (art.370).
- 62 En el que se comparan el delito de pertenencia a organización criminal (art.570 bis) en concurso real con el delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud (art.368), el delito de tráfico cometido por organización criminal (art.369 bis) y el delito de tráfico en los casos de extrema gravedad (redes internacionales) (art.370).
- 63 En el que se comparan el delito de pertenencia a organización criminal (art.570 bis.2) en concurso real con el delito de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud (art.368), el delito de tráfico a través de una organización criminal (art.369 bis) y el delito de tráfico en casos de extrema gravedad (redes internacionales) (art.370).

de drogas que causan grave daño (art.368), concurriendo una o dos agravaciones del art.369 ejecutado a través de organización criminal (art.369) o con utilización de buque o aeronave (concurriendo una y/o más circunstancias del art.570 bis.2), es decir, organización formada por un elevado número de personas, con armas o medios avanzados de comunicación o transporte (V)⁶⁴; y, finalmente, la sexta posibilidad es el delito de tráfico de drogas que no causan grave daño (art.368), concurriendo una o dos agravaciones del art.369, ejecutado a través de organización internacional (art.369) o con utilización de buque o aeronave (concurriendo una y/o más circunstancias del art.570 bis.2), es decir, organización formada por un elevado número de personas, con armas o medios avanzados de comunicación o transporte (VI)⁶⁵.

VII. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda*

El cuadro que se ha esbozado en las páginas precedentes genera una situación difícilmente sostenible si se tiene como objetivo facilitar la aplicación de todas estas disposiciones y proporcionar definiciones que puedan coadyuvar a delimitar las diversas clases de organizaciones criminales, en primer lugar, entre sí, en función de su potencialidad lesiva y, en segundo lugar, de los fenómenos de codelincuencia con los que concurren. Además, se hace necesario propiciar una selección adecuada y que responda al principio de seguridad jurídica y a la lógica proporcionalidad que debe guiar la sanción de los distintos fenómenos vinculados a la criminalidad organizada teniendo como

64 En el que se comparan el delito de pertenencia a organización criminal (art.570 bis.2) en concurso real con el delito de tráfico de drogas agravado del art.369, el delito de tráfico a través de una organización (art.369 bis) y el delito de tráfico en casos de extrema gravedad (redes internacionales) (art.370).

65 En el que se comparan el delito de pertenencia a organización criminal (art. 570 bis.2) en concurso real con el delito de tráfico de drogas agravado del art.369, el delito de tráfico a través de una organización (art.369 bis) y el delito de tráfico en casos de extrema gravedad (redes internacionales) (art.370).

fundamento su diversa gravedad y la necesidad de coordinación con el resto de disposiciones contenidas en el conjunto del Código penal.

Con este objetivo es prioritario, en primer lugar, delimitar las organizaciones criminales de los grupos criminales como así pretende también la legislación vigente, aunque la redacción final elegida, por su ambigüedad, no contribuya a facilitarlo; en segundo lugar, coordinar el contenido de la agravante del art. 369 1.2ª con el resto de disposiciones que se refieren a la criminalidad organizada; en tercer lugar, proponer una solución que impida que los tipos de tráfico agravado cometido a través de organización criminal y a través de red internacional se excluyan entre sí, generando, innecesariamente, los concursos de normas y de delitos que ya se señalaron precedentemente, y, finalmente, coordinar el delito de pertenencia a organización criminal con el de tráfico de drogas cometido a través de organización delictiva con la finalidad de facilitar la aplicación de las disposiciones que se refieren a la criminalidad organizada evitando la concurrencia de normas.

Para abordar la primera de las cuestiones, la delimitación de las organizaciones criminales de los grupos criminales, es preciso partir del hecho de que la legislación vigente, como así se refleja en la Exposición de Motivos de la ley que introdujo estas figuras en el CP (LO 5/2010 de 22 de junio), considera que éste último es una modalidad de criminalidad organizada. Consecuentemente, el grupo criminal no puede conceptuarse ni de forma exclusivamente negativa, señalando los requisitos que no hace falta que tal grupo reúna, ni con base en un único elemento de carácter subjetivo, es decir, la finalidad de cometer varios delitos en vez de uno. Esta única finalidad permitiría (dejando al margen su fundamentación), como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, su delimitación de la codelincuencia, pero no su caracterización material como criminalidad organizada.

Por esta razón se propone una definición que se base también en la presencia de requisitos objetivos para caracterizar al

grupo y permitir así, no sólo su delimitación de la organización criminal, sino también de la codelincuencia más allá de la mera finalidad de comisión de uno o varios delitos.

A mi entender, tal conceptualización puede fundamentarse en primer lugar, en los instrumentos internacionales firmados o que obligan a España, como enseguida detallaré; además y en segundo lugar, en una interpretación del Código penal que no sólo no excede su tenor literal, sino que se ajusta a la fundamentación que la Exposición de Motivos arguye para su tipificación junto a las organizaciones criminales, además de coordinarse con el resto de disposiciones contenidas en el Código Penal (anteriores a la reforma o introducidas también a través de ella) referidas a las organizaciones criminales y con la jurisprudencia que ha comenzado a aplicarlas tal y como se ha analizado en estas páginas.

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 al explicar la estructura de los nuevos delitos afirma que responden a un esquema similar en ambos casos, aunque la pena es mayor para las organizaciones criminales porque «su estructura es más compleja» y constituyen una amenaza mayor. Se refiere así, aunque no expresamente, a los grupos como agrupaciones de estructura básica que no encajan en el arquetipo de las organizaciones criminales, pero sí «aportan un plus de peligrosidad a las acciones de sus componentes». También la jurisprudencia ha considerado, como se ha analizado en páginas precedentes, que el grupo criminal se diseña para «la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad», permitiendo así que se diferencie este fenómeno de «estructuras organizativas complejas (...) pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad» (además, de este modo, se «permite respetar la debida proporcionalidad punitiva», STS 309/2013, de 1 de abril).

Por otro lado y como ya hemos visto, aunque los instrumentos internacionales en materia de criminalidad organizada contienen definiciones de grupo criminal que pueden servir

como baremo interpretativo del delito de pertenencia a grupo criminal de nuestra legislación, no contienen un delito autónomo de pertenencia a grupo, sino únicamente de participación en organización criminal (denominada grupo delictivo organizado en la Convención de Palermo y organización delictiva en la DM) que, en ambos casos, se definen añadiendo más requisitos a los conceptos de grupo en que se basan. Partiendo de este dato, en los dos casos la definición de grupo criminal como integrante de la organización criminal permite afirmar la existencia de elementos materiales que se conciben como un mínimo necesario para definir a la criminalidad organizada. Así, en primer lugar, se requiere que el grupo no se haya formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, es decir, que se necesita que el grupo tenga una cierta permanencia; en segundo lugar, que no se hayan asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, es decir, que los miembros del grupo realicen diversas funciones aunque no exista una asignación específica; en tercer lugar, que no exista continuidad en la condición de miembro, esto es, que aunque es necesaria la condición del miembro del grupo, ésta puede ser permanente o contingente; y, en cuarto lugar, que no exista una estructura desarrollada, lo que implica la existencia de una cierta estructura aunque no es preciso que ésta sea jerarquizada o compleja, bastando una estructura básica.

Por tanto, aunque esta definición es aparentemente negativa, lo cierto es que está estableciendo unos requisitos materiales evidentes para la constitución de un grupo criminal.

Si analizamos los artículos 570 bis y 570 ter a la luz de las definiciones internacionales podemos concluir que también en nuestro derecho la definición aparentemente negativa del grupo criminal como «la unión de más de dos personas que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada o reiterada de faltas» requiere, por contraposición a la organización criminal, una serie de requisitos materiales que,

sin embargo, no alcanzan las exigencias que la organización precisa. Así, ésta debe tener (art.570 bis) un carácter estable o una existencia por tiempo indefinido, lo que implica, en ausencia de tal estabilidad temporal, la posible presencia de un grupo criminal siempre que exista una cierta permanencia que indique que la formación no ha sido fortuita para la comisión de un solo delito. Además, la organización criminal requiere un reparto concertado o coordinado de las diversas tareas o funciones, es decir, una estructura desarrollada y una asignación de funciones entre los distintos miembros, consecuentemente, cuando la estructura es básica y las distintas funciones o tareas no están asignadas, nos encontraremos ante un grupo criminal y no ante una organización.

De la interpretación coordinada de todas estas disposiciones puede concluirse que los grupos criminales requieren no sólo de un requisito subjetivo, de esa finalidad común de cometer delitos como objetivo común del grupo, sino también de una serie de requisitos objetivos en su constitución, que se resumirían en una cierta estabilidad, una estructura básica y diversas funciones, aunque no exista un reparto nítido de roles porque estamos ante estructuras criminales de grado inferior, como apunta la jurisprudencia en recientes resoluciones ya analizadas. Por tanto, si la estabilidad no llega a la vocación de permanencia o al carácter indefinido que requieren las organizaciones criminales, faltaría uno de los requisitos de éstas, pero no del grupo. Igualmente, si la estructura no es compleja y jerárquica sino básica, o existen diversas funciones pero no un reparto definido de las mismas entre los distintos miembros del grupo, podría constituirse éste por no reunir «alguna o algunas de las características de la organización criminal» (art.570 bis). A través de la delimitación de los requisitos del grupo se puede fácilmente concluir que éstos no constituyen modalidades de criminalidad organizada en sentido estricto, por lo que carecen de los elementos que fundamentan su punición autónoma y por ello debería de desaparecer el delito de pertenencia a grupo criminal. La expansión punitiva que representa su inclusión junto al delito de

pertenencia a organización criminal no se puede fundamentar materialmente, respondiendo únicamente a una línea político criminal que no tiene correspondencia, además, con los instrumentos internacionales suscritos por España.

Podría mantenerse como supuesto agravado para algunos delitos, con los requisitos materiales que, como hemos visto, caracterizan esta modalidad subsidiaria de criminalidad organizada, ya que el concepto de grupo, tal y como lo está definiendo la jurisprudencia, viene a coincidir básicamente con las organizaciones «de carácter transitorio» o que actúan «aún de modo ocasional» que se contienen todavía como modalidades agravadas en un buen número de delitos del CP que aún no se han actualizado con base en las nuevas definiciones. De esta forma, se coordinaría la interpretación de todas las referencias que contiene el CP a la comisión de delitos mediante asociaciones o agrupaciones, entendiendo que las organizaciones a que aluden estas disposiciones diseminadas por distintos lugares del CP encontrarían su definición en el art.570 bis, y las organizaciones transitorias en el concepto de grupo del art.570 ter.

En segundo lugar, y para coordinar el contenido de la agravante del art. 369 1.2ª con el resto de disposiciones que se refieren a la criminalidad organizada, es preciso tener en cuenta que los delitos que analizamos son delitos de pertenencia, que exigen ser miembro de la organización, como se deduce no sólo del propio concepto de criminalidad organizada sino también de los instrumentos internacionales analizados que al definir el concepto de grupo afirman que no hace falta que los «miembros» tengan funciones formalmente definidas, pero sí que sean miembros.

Por tanto, lo más coherente sería configurar la agravante del art. 369 1.2ª para acoger la colaboración o participación de los autores del delito de tráfico de drogas en las organizaciones a las que no pertenecen. Así, se tendría en cuenta el hecho de que a pesar de no ser miembro de tal organización, se comete el delito de tráfico sabiendo que éste se integra en las actividades de

la misma. Se contribuye así al mantenimiento, sostenimiento y pervivencia de la organización que se dedica al tráfico de drogas, lo cual tiene mucho más sentido desde el punto de vista de la agravación, que el hecho de que, como dice la actual redacción, se «participe en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito».

En cuanto a los objetivos tercero y cuarto de estas conclusiones, esto es, la necesidad de impedir que los tipos de tráfico agravado cometido a través de organización criminal y a través de red internacional se excluyan entre sí, al tiempo que se fomenta la coordinación de los delitos de pertenencia a organización criminal y tráfico de drogas cometido a través de organización delictiva, creo que se pueden reformular en una única propuesta que necesariamente implica la desaparición del art.369 bis que en este momento está generando confusión y multitud de concursos sin ningún sentido. De este modo, si se comete el delito de tráfico de drogas por persona que pertenece a una organización criminal, se acudiría al concurso de delitos con el delito de pertenencia a organización, contemplando así suficientemente el mayor desvalor del tráfico de drogas en estos casos.

Finalmente y para concluir con la coordinación de disposiciones, lo más coherente sería incluir en el art.570 bis, como una agravante, el carácter internacional de la organización a la que se pertenece, para que pueda ser tenido en cuenta en todo caso y en consonancia con la mayor gravedad de las redes internacionales de criminalidad organizada, y excluirlo del art.370 pues como ya se expuso precedentemente, en este lugar genera innumerables problemas concursales y adolece de eficacia por ser de imposible aplicación en la mayoría de los casos.