

## El asesinato hipercualificado por quien perteneciere a un grupo u organización criminal \*

M.<sup>a</sup> del Valle Sierra López

*Universidad Pablo de Olavide*

---

SIERRA LÓPEZ, M.<sup>a</sup> DEL VALLE. El asesinato hipercualificado por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-31, pp. 1-39.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-31.pdf>

RESUMEN: En este trabajo de investigación se analiza la hipercualificación del asesinato consistente en que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. En el estudio se abordan los distintos problemas interpretativos que pueden plantearse en su aplicación. El trabajo se estructura en cuatro partes. En la primera, llevo a cabo un repaso por su devenir legislativo hasta su redacción actual, con un primer acercamiento a la cuestión de la relación concursal con los delitos autónomos de pertenencia a organización y grupo criminal contenidos en los arts. 570 bis y 570 ter, pues fue el principal problema puesto de manifiesto entonces. En la segunda parte se estudian las organizaciones y los grupos criminales como premisa de la agravación y, en la tercera, los distintos elementos que acotan su ámbito típico y el fundamento de la propia circunstancia. Finalmente, en la cuarta parte se abordan más a fondo los problemas concursales, así como las diversas fórmulas agravatorias por pertenencia a agrupaciones criminales.

PALABRAS CLAVE: Asesinato, criminalidad organizada, organización criminal, grupo criminal.

TITLE: **The crime of hyper-qualified murder by one who belongs to a criminal group or organization**

ABSTRACT: This research work analyzes the hyper-qualification of the murder consisting of the crime being committed by someone belonging to a criminal group or organization. The study addresses the different interpretive problems that may arise in its application. The work is structured in four parts. In the first, I carry out a review of its legislative evolution up to its current wording, addressing the bankruptcy relationship with the autonomous crimes of belonging to an organization and criminal group contained in the arts. 570 bis and 570 ter, as it was the main problem revealed then. In the second part, criminal organizations and groups are studied as a premise of aggravation. In the third, the different elements that delimit its typical scope and the foundation of the circumstance itself. Finally, in the fourth part, the cases in which the death is related to other activities that facilitate or ensure the main activity of the group are analyzed, that is, the relationship of the hyper-aggravated murder with the end crime of the organized structure.

KEYWORDS: Murder, organised crime, criminal organisation, criminal group.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2023

Fecha de publicación en RECPC: 23 diciembre 2023

Contacto: [mvsielop@upo.es](mailto:mvsielop@upo.es)

*SUMARIO: I. Introducción. II. El delito de asesinato hipercualificado por quien pertenezca a un grupo u organización criminal: origen y estructura. 1. El origen. 2. La estructura o composición de la figura delictiva. III. El grupo u organización criminal como premisa. IV. Análisis del tipo hipercualificado de asesinato: “que el delito se hubiera cometido por quien pertenezca a un grupo u organización criminal”. 1. Fundamento. 2. El ámbito de aplicación del subtipo hiperagravado. V. Cuestiones concursales. VI. Otras fórmulas agravatorias por pertenencia a agrupaciones criminales. VII. Conclusiones. Bibliografía.*

---

\* Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678) y del Proyecto de Investigación PID2020-117403RB-100 sobre «Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos».

## **I. Introducción**

Transcurridos ya varios años desde las modificaciones llevadas a cabo en los delitos de homicidio y asesinato, se ha producido, con mayor o menor consenso, el asentamiento de algunas de las nuevas figuras en la doctrina y jurisprudencia: asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra, asesinato hipercualificado por ser la víctima menor de dieciséis años o cuando se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad y asesinato hipercualificado por ser el hecho subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima. Pero queda otra sobre la que nos debemos plantear su ámbito de actuación e incluso su conveniencia, pues, como ya se denunció por parte de la doctrina, la inclusión de estas hiperagravaciones tenía por objeto dar entrada a la prisión permanente revisable<sup>1</sup> (PPR). Concretamente, este trabajo de investigación está referido al análisis del delito de asesinato cuando se hipercualifica por la circunstancia tercera del artículo 140.1 CP: que el delito se hubiera cometido por quien pertenezca a un grupo u organización criminal.

Con esta investigación se trata de analizar la idoneidad de la reforma en esta materia y de comprobar si la pretensión legislativa de aplicar el máximo instrumento punitivo contra este tipo de delincuencia está plenamente justificada.

En la investigación comenzamos situando esta figura en su contexto legislativo, seguimos con el análisis de la delincuencia organizada como paso previo al estudio del fundamento de la hipercualificación y terminamos con el análisis de los elementos del tipo, las relaciones concursales y su situación con respecto al resto de calificaciones por pertenencia o dirección de estructuras organizadas.

<sup>1</sup> MORALES PRATS, 2016, p. 175; SIERRA LÓPEZ, 2013, p. 3.

## II. El delito de asesinato hipercualificado por quien perteneciere a un grupo u organización criminal: origen y estructura

### 1. *El origen*

Para llegar a su redacción definitiva, los delitos contra la vida presentan diversos cambios en su devenir prelegislativo. Recordemos que las modificaciones a dichas figuras delictivas no se producen hasta la versión definitiva del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 11 de octubre de 2012. El anteproyecto de 16 de julio de 2012<sup>2</sup> no reformó el Título I del Código Penal, ya que la prisión permanente revisable sólo estaba prevista para los delitos más graves de terrorismo en donde se causare la muerte de una persona<sup>3</sup>. Es en el anteproyecto de octubre de 2012<sup>4</sup> donde se lleva a cabo una modificación crucial al aplicar la prisión permanente revisable a otros supuestos. Según la propia exposición de motivos, únicamente podría ser impuesta en supuestos de excepcional gravedad. Exactamente quedaba establecido el catálogo con las siguientes figuras delictivas: asesinatos especialmente graves, terrorismo, homicidio del jefe del Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad. Es, además, en este anteproyecto donde por primera vez se aborda la reforma del delito de asesinato. La exposición de motivos ofrecía la estructura general en virtud de la cual nos encontraríamos con diversos niveles, concretamente tres: en la base, el delito de asesinato (simple) que añade una cuarta circunstancia (matar para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra) y amplía su marco penal. El segundo nivel lo conformaría el asesinato cualificado (para los supuestos de concurrencia de dos o más de las circunstancias del delito) y, finalmente, el último, donde se sitúan los asesinatos hipercualificados que tienen prevista prisión permanente revisable<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Con este anteproyecto se producen cambios drásticos (en materia de medidas de seguridad, en materia de penas, en materia de aborto...), como en su momento expresaba TERRADILLOS BASOCO, explicando la expresión utilizada en la exposición de motivos, concretamente “*la necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia [que] hace necesario poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas*”: se trataba no de establecer una pena proporcionada, sino de satisfacer las pretensiones punitivistas de las víctimas del delito. TERRADILLOS BASOCO, 2012, p. 15.

<sup>3</sup> La exposición de motivos del anteproyecto justificaba la previsión de la PPR para los delitos de terrorismo en el hecho de que “la valoración de la especial gravedad de delitos que, además del extraordinario daño causado a la víctima, atentan contra el Estado y el orden constitucional, justifica una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente) [...]”.

Por otra parte, la enorme alarma social que crea el terrorismo, su gravedad y los acontecimientos acaecidos a nivel mundial y nacional los convirtieron en los delitos más duramente perseguidos, focalizando la máxima intervención punitiva en los mismos. Siendo así, no sorprende que fueran los delitos (cuando causen la muerte de personas) en los que primeramente se pensaría para imponer la máxima pena; y, dado el carácter excepcional de la PPR (tal como se describe en la exposición de motivos del anteproyecto), era lógica su vinculación a los delitos de terrorismo.

<sup>4</sup> [https://www.politicacriminal.es/images/pdf/Anteproyecto%20reforma%20CP.%20octubre%20%202012\\_0.pdf](https://www.politicacriminal.es/images/pdf/Anteproyecto%20reforma%20CP.%20octubre%20%202012_0.pdf) [consultado 15/01/2023]

<sup>5</sup> Los asesinatos hipercualificados se encontraban (y se encuentran actualmente, con una pequeña modificación) recogidos en el artículo 140, que en su número 1 comprendía: asesinato de menor de dieciséis años o

persona especialmente vulnerable y asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual y asesinato cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. En su número 2 se recogen los que el prelegislador definió como asesinatos reiterados o cometidos en serie. El texto establecía: “Al reo de asesinato que hubiere sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código”. Como puede extraerse de la lectura del precepto, aquí se incluirían muchos más supuestos que nada tienen que ver con los asesinatos de una pluralidad de personas que responden a un determinado patrón. En este apartado quedarían incluidos todos los asesinatos de más de dos personas, es decir, tres o más. En su día, esta redacción fue muy criticada por lo confusa de la misma. En su informe al anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial llama la atención precisamente sobre la redacción del apartado, dado que parece incluir también los supuestos en los que el reo de asesinato que hubiere causado la muerte de más de dos personas, pero únicamente una de ellas hubiere sido calificable de asesinato, podría ser condenado a la pena de prisión permanente revisable. El Consejo justifica una interpretación más restrictiva del precepto basándose en la excesiva desproporción con la pena prevista. Es por ello por lo que aboga por entender incluidos en el apartado 2 únicamente los supuestos en los que cada una de las condenas por la muerte de las distintas personas deberán ser, individualmente, un asesinato y entiende que las condenas por las diversas muertes han de establecerse en la misma sentencia. Por otra parte, la referencia a los “artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código” era errónea, pues sería el nuevo artículo 78 bis del APCP de 2012 el que regularía esta materia. Este último precepto establecía la concesión del tercer grado penitenciario cuando el sujeto hubiera sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos estuviera castigado por la Ley con pena de prisión permanente revisable.

Véase <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20130116%20Voto%20part.%20Robles%20-%20Ur%C3%ADa%20y%20otros.pdf> [consultado 28/08/23].

El número 2 del artículo 140 se ha mantenido tal cual en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modificó el Código Penal. Para MUÑOZ CONDE, de una interpretación literal se deduciría que la cualificación sólo sería aplicable cuando el sujeto hubiera sido condenado previamente por otros delitos contra la vida, y, consiguientemente, según el autor solo cabría en casos de reincidencia. MUÑOZ CONDE, 2023, p. 62.

No es esta la interpretación que mantiene nuestra jurisprudencia. En la SAP de Guadalajara n.º 3/2018, de 15 de noviembre [ECLI:ES:APGU:2018:321], se aplicó esta cualificación en un supuesto en donde se juzgaba al acusado por la muerte como asesinato de los cuatro miembros de una familia (los padres y dos menores de tres y un año de edad respectivamente). En el fundamento jurídico segundo se analiza la oportunidad de la solicitud del Ministerio Fiscal y las acusaciones, que subsumen los hechos también en el tipo hiperagravado de asesinato del artículo 140.2 del CP, aplicable “al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas”. En dicho fundamento se establece: “En el presente supuesto nos encontramos, según lo expuesto, que el Jurado considera al acusado responsable de cuatro muertes que se califican individualmente como asesinatos del art.139 CP, por lo que procede, conforme al tenor literal de dicho artículo y lo solicitado por las acusaciones, calificar el último de los asesinatos, el de Miguel Ángel, como hiperagravado por aplicación del art. 140.2 del CP, manteniendo la calificación de asesinato alevoso en relación con la muerte de Flora, y asesinatos hiperagravados del art. 140.1.1.ª respecto a cada uno de los dos menores”. La defensa recurrió en casación, entre otras, la aplicación del artículo 140.2 CP, aunque finalmente en la STS de 5 de mayo de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:814] el Tribunal Supremo confirmó la interpretación mantenida por la Audiencia Provincial de Guadalajara. En el fundamento jurídico ocho se afirma lo siguiente: “Lo cierto es que los asesinatos previos han de castigarse conforme a los arts. 139 y 140 con sus respectivas penas, sin que queden absorbidos en el art. 140.2. No hay nada semejante a un concurso de normas a resolver por la regla de consunción (art. 8.3 CP). No estamos ante un único hecho para cuya calificación convergen distintos tipos penales. El concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que confluyen en la definición del concurso es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Pues bien, la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP, cuya aplicación reivindica la defensa —aun sin cita directa— exige que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lex consumens*) abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lex consumpta*). Nada de esto acontece en el supuesto que nos ocupa. Carecería de sentido que la muerte de tres o más personas fuera castigada con la misma pena que la muerte de una persona susceptible de ser calificada conforme al art. 140 del CP. Y que ese desenlace fuera el resultado de una extravagante regla de consunción aplicada en gravísimos delitos contra la vida.

La solución que proclama esta Sala se apoya no sólo en el significado constitucional del principio *non bis*

Son estos últimos los que son considerados de especial magnitud (especialmente graves, como los califica el prelegislador) y, por ello, deben tener asignada la pena de prisión permanente revisable o, como decía el prelegislador, “en los que está justificada una respuesta extraordinaria”. Será clave conocer cuáles fueron los criterios utilizados para determinar dichas figuras delictivas como asesinatos especialmente graves, teniendo en cuenta que nada se menciona sobre este punto en la exposición de motivos. Ha sido y es, por tanto, labor del intérprete inferirlos.

Desde entonces, tanto el anteproyecto de 3 de abril de 2013 como el proyecto de reforma de 20 de septiembre de 2013 mantendrían una misma justificación para la imposición de la prisión permanente revisable<sup>6</sup>: la de ofrecer una respuesta eminentemente dura a supuestos extraordinariamente graves.

Especialmente significativa fue la redacción empleada tanto en el anteproyecto de reforma de 2012 como en el anteproyecto de reforma de abril de 2013. En ambos, la exposición de motivos aludía a los “asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal”, aunque ya en el texto del artículo 140.1 del anteproyecto de 2013 se modifica la redacción pasando a referirse a “que el delito se hubiera cometido por quien perteneciera a un grupo u organización criminal”. Esta modificación resultaba necesaria ya que la mala redacción anterior daba a entender que la hipercualificación procedería cuando el asesinato se llevara a cabo dentro de la organización criminal. Además, el legislador añadió otra referencia más: que el delito se hubiera cometido por quien perteneciera a un grupo criminal y no solo a una organización.

Con ello llegamos a la reforma de 2015. La estructura del delito de asesinato, como comentábamos anteriormente, se vio sustancialmente modificada, encontrándonos con tres tipos de asesinato y vinculándose el hipercualificado con la pena de prisión permanente revisable<sup>7</sup>. El preámbulo de la ley se limita a manifestar que la

*in idem*, sino en la propia literalidad del art. 140. 2. En su inciso final se dispone que «... en este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo». Carecería de sentido esta remisión al art. 78 bis del CP, que pretende, en el caso de concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas, endurecer el acceso al tercer grado o a la libertad condicional.

En definitiva, descartada la absorción de las distintas penas impuestas por los tres delitos de asesinato por el exclusivo desvalor asociado a la última muerte alevosa ejecutada, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim)”.

<sup>6</sup> El proyecto modificó algunos preceptos en relación con la pena de prisión permanente revisable, concretamente el apartado segundo del artículo 33, e incluía la prisión permanente revisable como pena privativa de libertad de naturaleza grave. También se modificó el artículo 35 para establecerla como pena privativa de libertad. Con ello, subsana su ausencia de los anteproyectos de 2012 que, como sabemos, no aclaraban la naturaleza de la misma, lo que propició el debate doctrinal sobre este aspecto. Igualmente, corrige el artículo 36, estableciendo en su apartado uno las peculiaridades de su ejecución: revisión (conforme a lo establecido en el artículo 92 sobre suspensión de la pena a los penados con prisión permanente revisable) y requisitos y plazos para la obtención del tercer grado penitenciario. En los anteriores anteproyectos, el prelegislador se había limitado a introducir dos nuevos apartados (el 3 y el 4), que recogían la posibilidad de acceder al tercer grado penitenciario en caso de imposición de pena de prisión permanente revisable y permisos de salida (apartado 3) y la posibilidad de acordar la progresión al tercer grado por motivos humanitarios (apartado 4). CANCIO MELIÁ, 2013, pp. 3 y ss., pp. 32 y 59; LASCURAÍN / PÉREZ / ALCÁCER / ARROYO / DE LEÓN / MARTÍNEZ, 2016, pp. 32 y 59.

<sup>7</sup> En el mismo sentido, la STS n.º 716/2018, de 16 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:82): “La nueva

reforma prevé la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los asesinatos especialmente graves, que son ahora definidos en el artículo 140 del Código Penal: asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal (aunque el precepto establece “por quien perteneciere”); y asesinatos reiterados o cometidos en serie. Las críticas a esta nueva morfología han ido sucediéndose en el tiempo a medida que el delito se ha ido asentando en nuestro texto legislativo. Tanto doctrina<sup>8</sup> como jurisprudencia<sup>9</sup> se han esforzado por desmenuzar cada una de las particularidades que nuestro legislador ha añadido a la figura delictiva. Pasamos, entonces, a analizarlas en el siguiente epígrafe.

## 2. *La estructura o composición de la figura delictiva*

Desde el principio, la nueva estructura del asesinato hipercualificado generó un debate sobre su conveniencia y revelaba ya en los diferentes textos prelegislativos los diversos problemas que podía plantear en su aplicación práctica<sup>10</sup>. Y así, poco tiempo después, en la STS n.º 367/2019, de 18 de julio [ES:TS:2019:2337] se destacaba que la prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del art. 140.1 del Código Penal, tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato y que, como consecuencia de una decisión de política criminal,

regulación del homicidio permite distinguir tres escalones en el delito de asesinato: "(i) el tipo básico del art. 139 (prisión de 15 a 25 años); (ii) el asesinato agravado del art. 139.2 (cuando concurren dos circunstancias cualificadoras: prisión de 20 a 25 años); y (iii) el asesinato hiperagravado o singularmente grave del art. 140 (prisión permanente revisable)".

<sup>8</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, 2021, pp. 171 y ss.; MUÑOZ CONDE, 2023, p. 62.

<sup>9</sup> SSTS n.º 462/2021, de 27 de mayo [ECLI:ES:TS:2021:2172]; n.º 716/ 2018, de 16 de enero de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:82]; n.º 520/2018, de 31 de octubre [ECLI:ES:TS:2018:3687]; n.º 80/2017, de 10 de febrero [sin ECLI].

<sup>10</sup> Principalmente nos referimos a problemas de infracción del principio *non bis in idem*. Por ejemplo, los problemas que plantea la apreciación de la alevosía y la circunstancia primera del artículo 140.1 (que la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable). En la STS n.º 367/2019, de 18 de julio [ECLI:ES:TS: 2019: 2337], en donde se trataba un problema de posible *bis in idem* entre la alevosía y el ser la víctima menor de 16 años, el tribunal manifestaba que “la pena de prisión permanente revisable que resulta de aplicación del art. 140.1 del Código Penal tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato. Por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, como consecuencia de una decisión de política criminal, ha establecido que cuando en un delito de asesinato concorra alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurrirá en tres clases de supuestos: 1.º) por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años; 2.º) por razón de que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y 3.º) cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

En nuestro caso, el hecho ha sido calificado de asesinato, dada la edad de la menor, que le imposibilitaba para la defensa, y, además, dado lo imprevisible del suceso, ya que la madre, que se constituye como garante de la vida de la niña, se ve sorprendida por el ataque del agresor, el cual “*de manera sorpresiva y sin que esta pudiera evitarlo, la lanzó por la ventana a través del hueco del cristal que previamente había roto*” (hechos probados). De manera que queda justificada la imposición de la prisión permanente revisable, que aquí debe mantenerse, pues se traduce en una agravación por la mayor antijuridicidad de la acción”.

cuando en un delito de asesinato concorra alguna de sus circunstancias, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable. El Tribunal Supremo ponía de manifiesto que no había más explicación legislativa.

Aproximándonos a la figura de los asesinatos cometidos por el crimen organizado, en el análisis de la circunstancia 3.<sup>a</sup> del art. 140.1 la atención se focalizó en la relación concursal con los delitos autónomos de pertenencia y dirección de grupo u organización criminal. El Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de Reforma<sup>11</sup> llamaba la atención sobre el concurso de normas con los art. 570 bis o 570 ter CP, en los que se sanciona autónomamente dicha pertenencia o dirección, sobre la base de entender que el mayor contenido de injusto de la hipercualificación se encuentra en la pertenencia a dichas estructuras organizadas. En estos casos, sólo se sancionaría por el delito de asesinato hipercualificado, considerándose absorbido los delitos recogidos en los arts. 570 bis o 570 ter. Por el contrario, el Consejo de Estado, en su dictamen<sup>12</sup> al texto de la ley, mantenía una particular posición, entendiendo que según se encuentra formulada, esta circunstancia exige que el delito se haya cometido por quien pertenezca a una organización o grupo criminal. Siendo así, el Consejo de Estado entendía que la propuesta normativa estimaba que la pertenencia del asesino a una organización criminal implica un mayor contenido de injusto y de reproche en la muerte que haya causado. Por tanto, la propuesta no pretende recoger y castigar a través de esta circunstancia las dos conductas del sujeto (su pertenencia a un grupo criminal y la muerte causada). Esto significaría que, para el Consejo de Estado, la hipercualificación puede ser entendida sin entrar en colisión con el principio *non bis in idem*. Otra cosa distinta será el modo en que deberá comprobarse el hecho a que tal circunstancia se refiere, es decir, la citada pertenencia a un grupo u organización criminal. En definitiva, para el Consejo de Estado, siendo objeto de una tipificación penal autónoma, el tipo agravado de asesinato sólo podrá apreciarse cuando previa o simultáneamente se declare que su autor es también responsable del delito de pertenencia a un grupo u organización criminal. Para recoger tal exigencia, cabría matizar la tercera circunstancia recogida en el artículo 140.1 del proyecto de Código Penal en una línea similar a "que el delito se hubiera cometido por quien haya sido o sea condenado por pertenecer a un grupo u organización criminal".

Así pues, el Consejo de Estado se posicionaba en una línea interpretativa opuesta a la del Consejo General del Poder Judicial al no admitir problemas de concurrencia de normas entre ambas figuras (el asesinato hipercualificado y el delito autónomo de pertenencia o dirección de grupo u organización criminal). No comparto esta última

<sup>11</sup> [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Consejo\\_General\\_del\\_Poder\\_Judicial/Actividad\\_del\\_CGPJ/Informes/Informe\\_al\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_Organica\\_por\\_la\\_que\\_se\\_modifica\\_la\\_Ley\\_Organica\\_10\\_1995\\_de\\_23\\_de\\_noviembre\\_del\\_Codigo\\_Penal](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal)

<sup>12</sup> <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>. [consultado 24/08/2023]

línea interpretativa, fundamentalmente porque exigir para aplicar la circunstancia hipercualificante que el asesino haya sido o sea condenado por pertenecer a un grupo u organización criminal supone hacer recaer todo el peso del desvalor del ataque a la vida sobre un elemento que nada añade a la ofensividad hacia el bien jurídico. Entiendo que en el desvalor de la conducta del asesinato no hay diferencia alguna entre el pertenecer a la organización criminal y el ser o haber sido condenado por dicha pertenencia. Creo que la explicación de tal circunstancia cualificante no se encuentra en el formalismo de la condena, sino en la cualidad de pertenencia para la comisión del delito contra la vida. Volveré sobre esta cuestión más adelante al abordar el fundamento de la circunstancia.

En cualquier caso, se han puesto ya de manifiesto las dos importantes cuestiones que suscita esta hipercualificación: la relación concursal con los delitos de pertenencia o dirección de un grupo u organización criminal y, en segundo lugar, cómo comprobar la pertenencia a dichas estructuras. En este último supuesto, el legislador opta por vincular prisión permanente revisable si el asesinato se hubiere cometido por quien perteneciere a alguna de las dos agrupaciones. Resulta especialmente llamativa la redacción ofrecida por el legislador, en donde únicamente se exige para imponer prisión permanente revisable que el asesinato se haya cometido por quien pertenezca a un grupo u organización criminal, sin establecer mayor vínculo entre el asesinato y los fines u objetivos de las agrupaciones criminales referidas<sup>13</sup>.

Respecto de la primera cuestión (la relación concursal), el legislador ha establecido una regulación de las organizaciones y grupos criminales un tanto confusa, pues, además de establecer tipos penales autónomos (arts. 570 bis y 570 ter), prevé en determinados delitos agravaciones específicas en razón de la pertenencia y/o dirección de estas estructuras organizadas.

Para un sector de la doctrina<sup>14</sup> de acuerdo a lo establecido en el artículo 570 *quarter*, número dos, último párrafo<sup>15</sup>, el concurso de normas se solucionaría aplicando

<sup>13</sup> En el momento de elaboración del texto, QUINTERO OLIVARES manifestaba: “En cuanto al asesinato hiperagravado, aparte de que concurren, como tradicionalmente, las dos o tres circunstancias acumuladas de la forma del asesinato básico, tiene riesgos de infracción del principio de *non bis in idem* porque en el asesinato básico está la alevosía y en el agravado está abusar de la debilidad y de la inferioridad de la víctima, lo cual puede producir una acumulación de calificaciones, y también agravaciones por puras razones subjetivas, porque se dice que será más grave el asesinato si el que lo comete pertenece a una organización criminal. Pero habrá que añadir: si forma parte de los objetivos de esa organización criminal. Y sin olvidar que la pertenencia a una organización criminal ya tiene a su vez su propia pena, y no una pena leve ni mucho menos. Y en algunos casos la pertenencia a una organización criminal y el asesinato como parte de ella puede entrar en el terreno del terrorismo, con lo cual no veo qué aporta incluirlo también en el asesinato”. QUINTERO OLIVARES, en [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-514.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-514.PDF), p. 16.

<sup>14</sup> Circular FGE 2/2011, p. 20; CARUSO FONTÁN, 2015, pp. 12 y 13.; MUÑOZ CONDE, 2023, p. 59; FARALDO CABANA, 2012, p. 371; DAUNIS RODRÍGUEZ, 2013, pp. 158 y ss.; CARBONELL MATEU, 2022, p. 62.

<sup>15</sup> “En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 8”.



el principio de alternatividad, al venir expresamente así establecido. La propia Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2011 recuerda que, aunque en otras ocasiones<sup>16</sup> en las que se produce una concurrencia de normas entre delitos que prevén agravaciones cuando el hecho se realiza en el seno de una organización criminal y el delito autónomo la regla a la que se acudía era el principio de especialidad, la decisión legislativa de acuerdo al precepto anteriormente mencionado es acudir al principio de alternatividad. Aunque la regla establecida en el art. 8.4 tiene un carácter subsidiario respecto del resto de criterios contenidos en el precepto, tiene primacía por expresa exigencia legislativa. Su razón de ser se encontraría en el hecho de sortear posibles incongruencias sancionadoras que llevarían a imponer menor pena en casos donde habría un mayor desvalor del hecho.

Para otros autores<sup>17</sup>, la concurrencia de normas se resuelve aplicando el principio de especialidad a favor del asesinato hipercualificado al contemplar por sí solo los dos hechos delictivos (asesinato y pertenencia a grupo u organización criminal). Y, finalmente, otro sector considera que el concurso se resuelve por aplicación del principio de consunción a favor del asesinato hipercualificado, al absorber todo el desvalor de las conductas recogidas en los artículos 570 bis y 570 ter<sup>18</sup>. Desde mi punto de vista, el artículo 570 *quater* es claro y resuelve de manera expresa el concurso acogiendo el principio de alternatividad en todo caso, dándole primacía al precepto que castigue con mayor pena<sup>19</sup>.

No obstante, antes de proceder a analizar con mayor profundidad la hipercualificación y, dado que las expresiones “grupo” y “organización criminal” son elementos normativos cuyos contenidos vienen establecidos en los artículos 570 bis, 1 y 570 ter, 1, procedemos a abordarlos en primer lugar. Esta sistemática se justifica por el hecho de que sólo a través de un entendimiento previo de ambos fenómenos puede explicarse la hipercualificación tercera del artículo 140.1 CP.

### III. El “grupo u organización criminal” como premisa

La circunstancia tercera del artículo 140.1 exige que el asesinato se haya cometido por “quien perteneciera a un grupo u organización criminal”, luego la existencia de la estructura organizativa ha de ser anterior al delito contra la vida. La determinación de cuándo estamos ante un grupo u organización criminal la realiza el Código Penal

<sup>16</sup> Se está refiriendo a la Circular 1/2002, que ofrecía esta solución en supuestos de concurrencia entre los tipos agravados en tráfico de drogas o blanqueo y el art. 515 del CP.

<sup>17</sup> GONZÁLEZ RUS, 2012, p. 37; PEÑARANDA RAMOS, 2013, pp. 505 y 506; FERNÁNDEZ GARCÍA, 2019, p. 187.

<sup>18</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2015, p. 446; MORALES PRATS, 2016, libro electrónico, párr. 7, [última consulta 24/07/2023].

<sup>19</sup> En el mismo sentido, BOCANEGRA MÁRQUEZ, 2023, p. 340. Acepta también esta solución MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, aunque, en general, el art. 570 *quater* conduce a un proceso muy complejo y laborioso, que no aporta seguridad jurídica porque hay que analizar respecto de otros tipos penales cada caso particular. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2022b, p. 27.

en los artículos 570 bis y 570 ter, pero se ha recorrido un largo camino hasta llegar aquí.

Desde que a finales de los años ochenta<sup>20</sup> del pasado siglo se iniciara la lucha a nivel internacional contra la delincuencia organizada, uno de los principales objetivos ha sido combatir y prevenir este fenómeno. Dejando al margen las asociaciones ilícitas y las relativas al terrorismo, a nivel mundial, la firma de la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional Organizada en diciembre de 2000 supuso un paso especialmente significativo en la cruzada contra el crimen organizado<sup>21</sup>. Tanto es así que, como se recogía en el prefacio de la propia Convención, esta suponía la voluntad política internacional de abordar “un problema mundial con una reacción mundial”; en otras palabras, se llegaba a un acuerdo histórico sobre una realidad tremendamente compleja y difícil de combatir sin una cooperación internacional.

La Convención se vio influenciada por la concepción norteamericana de organización criminal que había sido puesta de manifiesto en la conocida como Ley RICO de 1970 (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act o ley de organizaciones corruptas y de extorsión mafiosa) y recoge una definición vinculada al uso de violencia y a la finalidad de obtener un beneficio económico, añadiéndole un trasfondo de corrupción de instituciones y/o mercados. En concreto, en la Convención se destacaba el hecho de ser agrupaciones que arraigan en países con instituciones débiles, sin escrúpulos para recurrir a la intimidación o la violencia, con un alto grado de crueldad, en general muy poderosas y que representan “intereses arraigados y el peso de una empresa mundial de miles de millones de dólares”<sup>22</sup>.

Tras esta caracterización como tipología delincuencia, se formulan las primeras definiciones de la delincuencia organizada. En su artículo 2.a) se definía el grupo delictivo organizado como un grupo estructurado “de tres o más personas que exista por 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

<sup>20</sup> Valga como ejemplo la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, que en su preámbulo reconocía “los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados”. No obstante, también se cita la conocida como Ley RICO, aprobada el 15 de octubre de 1970, que intentaba combatir el crimen organizado en Estados Unidos. Vid. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 2016, p.70.

Sobre la evolución histórica del crimen organizado, ANARTE BORRALLA, 1999, pp. 14 y ss.

<sup>21</sup> No obstante, los primeros trabajos llevados a cabo en Naciones Unidas se sitúan en el año 1975 (V Convención de Naciones Unidas para la Prevención del Crimen), pero hay que esperar hasta 1994, cuando aparece el Plan de Acción Global contra el Crimen Transnacional Organizado, aprobado por la Asamblea General mediante Resolución 49/159, de 23 de diciembre de 1994, especialmente importante de cara a ofrecer definiciones comunes de elementos como grupo criminal organizado o delito grave. Esta última convención sirvió de marco para la elaboración de la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, firmada en Palermo del 12 al 15 de diciembre de 2000. Vid. FARALDO CABANA, 2012, p. 37; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 2016, p. 70.

<sup>22</sup> Vid. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>, p. III.

miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. De esta definición llaman la atención dos aspectos: el primero, la circunscripción de la organización criminal a la obtención de un provecho o ventaja económica o material (por la necesidad de distanciarse de organizaciones movidas por otros fines, como, por ejemplo, las terroristas), y el segundo, la posibilidad de concebir la existencia del grupo para la comisión de un único delito.

Los conceptos de grupo estructurado y delito grave están recogidos en este mismo artículo. El primero se define de forma negativa (art. 2 c) como “un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”. Por delito grave “se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”.

En relación con la definición de “grupo estructurado”, la estructuración exigida requiere pensamiento y previsión en su creación, es decir, que no se haya originado de forma ocasional para la comisión de un delito, además de una cierta finalidad de permanencia del grupo como tal o una cierta estabilidad, aunque no así de sus miembros, que podrán ser intercambiables. Nada se habla de estructura jerárquica ni división de funciones, pero, manteniendo la posición de FARALDO CABANA<sup>23</sup>, la estructura organizativa debe ser idónea para poder llevar a cabo el plan criminal del grupo que refleje la potencialidad lesiva que representa toda organización criminal.

A nivel europeo destaca la Acción Común, de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo de Europa sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los estados miembros<sup>24</sup>. En ella se ofrece un enfoque común sobre la participación en las actividades de las organizaciones delictivas. Inspirándose en la definición ofrecida por la Convención de Palermo, en su artículo 1 se establece que “se entenderá por «organización delictiva» una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”. Esta Acción Común y la Decisión Marco relativa a la lucha contra la delincuencia organizada aprobada en el Consejo JAI de 25 de abril de 2006 propician en

<sup>23</sup> FARALDO CABANA, 2012, p. 39. En el mismo sentido, GARCÍA ALBERO, 2016, p.1873.; MUÑOZ RUIZ, 2020, pp. 16 y 17.

<sup>24</sup> Vid. sobre un análisis del concepto de organización criminal a nivel internacional, BLANCO CORDERO, 2000, p. 7 y REY HUIDOBRO, 2018, pp. 3-5.

el proyecto de reforma del Código Penal español de 2007 la propuesta de tipificación de las organizaciones y grupos criminales.

Finalmente, es significativa la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea, sobre la lucha contra la delincuencia transfronteriza, que presenta una definición de delincuencia organizada en parte derivada de la contemplada en la Convención de Palermo, que tenía por objetivo armonizar el concepto de los delitos relativos a la participación en una organización delictiva en los estados miembros en cumplimiento de lo dispuesto en el programa de La Haya. Concretamente en su artículo 1 se entiende por «organización delictiva» “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”<sup>25</sup>. Frente a la Convención de Palermo, la organización debe actuar con la finalidad de cometer una pluralidad de delitos y los delitos objeto de la organización se determinan de acuerdo con un criterio penológico, no en función de la naturaleza de los mismos.

En nuestra legislación las primeras referencias a las agrupaciones criminales (al margen del delito de asociación ilícita), se llevan a cabo en el marco de los delitos contra la salud pública (más concretamente en el tráfico de drogas) y en el del blanqueo de capitales<sup>26</sup>. Como respuesta a las exigencias del Proyecto de Decisión Marco que luego verá la luz como Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea, sobre la lucha contra la delincuencia transfronteriza, el proyecto de reforma de 2007 introducía un nuevo título, el XVII bis con la rúbrica “De las organizaciones y grupos criminales”<sup>27</sup>, con un único artículo, el 385 bis<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Por «asociación estructurada» se entiende “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”. Artículo 1. 2).

<sup>26</sup> Vid. Sobre los antecedentes y orígenes especialmente de la asociación criminal, BOCANEGRA MÁRQUEZ, 2016, pp. 607.

<sup>27</sup> El Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de reforma del año 2006, criticaba la creación de un título específico para dar cabida a estos delitos y aconsejaba incluirlos en la Sección 1.ª del Capítulo IV del Título XXI del Libro II, como manifestaciones que son de delitos cometidos con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, en concreto, del derecho de asociación. Vid. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPI/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-por-el-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>.

<sup>28</sup> Art. 385 bis, 1 del PCP: "Los que formaren parte de organizaciones o grupos que tengan por objeto cometer delitos, serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años. Se impondrá la pena en su mitad superior si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual el patrimonio o la Hacienda Pública y la Seguridad Social. 2. A los jefes o dirigentes de las organizaciones o grupos mencionados en el apartado anterior se les impondrá la pena superior en grado. 3. La colaboración en las actividades de dichas organizaciones o grupos se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años. 4. Lo dispuesto en los números anteriores será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con

En este precepto se recogían en cinco números los distintos comportamientos punibles: en el número 1 el tipo básico, en el número 2 un tipo cualificado, en el número 3 se tipifica la colaboración con estas estructuras, en el número 4 se recoge la regla concursal (concurso de leyes a resolver por alternatividad), y en el número 5 se prevé una atenuación de la pena si el sujeto abandona dichas actividades delictivas y colabora activamente con las autoridades (se recoge la figura del “arrepentido”). Sin embargo, y lo que era especialmente importante, no se ofrecía una definición de organización y grupo criminal<sup>29</sup>.

Por el contrario, el texto sí recogía una distinción entre participación, dirección y colaboración con las estructuras organizadas. Además, se preveía una cualificación si los delitos objetivo de la organización eran alguno de los mencionados en el precepto. Finalmente, recordemos que esta regulación tendría que haber convivido con el mantenimiento de la cualificación por pertenencia a organización criminal prevista en determinados delitos (por ejemplo, tráfico de drogas, prostitución, etc.). A ello debía añadirse la estrecha similitud con el delito de asociación ilícita, dificultando la distinción entre una y otra figura. En definitiva, se trata de una propuesta confusa y que, más que aclarar, complicaba la respuesta al crimen organizado.

Con este panorama llegamos al Proyecto de reforma de 2009. Para justificar su ubicación en un nuevo capítulo dentro de los delitos contra el orden público –primera novedad frente al proyecto de reforma de 2007–, el prelegislador acusaba a la criminalidad organizada de atentar contra las bases mismas de la democracia y, además, de multiplicar la potencialidad lesiva de los delitos cometidos en o a través de las mismas, y de generar procedimientos que faciliten su impunidad, ocultando sus rendimientos bajo una falsa apariencia de legalidad.

La segunda novedad frente al proyecto de 2007 es la existencia de una definición

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

<sup>29</sup> La única definición de organización criminal se encontraba en el marco de los delitos de tráfico de drogas. El art. 369 del Proyecto establecía: “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 catorce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cinco a diez años y la misma multa en los demás casos.

A estos efectos, se entenderá por organización delictiva una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer los delitos a que se refiere el párrafo anterior.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se le impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

A la organización se le impondrá como persona jurídica penalmente responsable, una pena de multa igual que a las personas físicas, la de disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimiento, así como el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos”.

de organización y de grupo criminal. Estas modificaciones se mantendrán en el texto que finalmente sale a la luz con la Ley 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal. El artículo 570 bis<sup>30</sup> ofrecía una definición más amplia que la recogida en la Decisión Marco, en la que los elementos característicos consistían en: una pluralidad de personas, el carácter estable o por tiempo indefinido de la agrupación, la coordinación entre los miembros de la organización y el reparto de roles, y, finalmente, la existencia de una finalidad, de una “voluntad colectiva”<sup>31</sup> de cometer delitos (o la perpetración reiterada de faltas).

Con relación al concepto de grupo criminal, nuestra legislación, siguiendo la línea de la Decisión Marco 2008/841/JAI, del Consejo de la Unión Europea, lo define de manera negativa: la ley de reforma de 2010, en su artículo 570 ter.1 *in fine*, establecía que “a los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”. El grupo criminal parte de dos notas comunes con la organización (la unión de más de dos personas y la finalidad de comisión concertada de delitos o reiteradas de faltas) para distinguirse de esta por el elemento negativo de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal<sup>32</sup>. En definitiva, la estructura organizativa debe permanecer estable sólo cierto tiempo, pero sin poseer una estructura interna definida, o bien puede poseer una estructura interna perfectamente definida,

<sup>30</sup> Art. 570 bis de la L.O. 5/2010, de 22 de junio: «1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización: a) esté formada por un elevado número de personas. b) disponga de armas o instrumentos peligrosos. c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

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

3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.».

<sup>31</sup> En el mismo sentido se describe la finalidad exigida en el tipo. “Voluntad colectiva, superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros”. Vid. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00002>, p. 7.

<sup>32</sup> Para MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, la definición ofrecida por nuestro legislador de grupo criminal no es adecuada, por ser vaga y sin concreción de las características. En definitiva, es una solución “comodín” para castigar lo que no es organización criminal. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2022a, p. 137.

pero tener un carácter transitorio (sin perpetuarse en el tiempo)<sup>33</sup>. Se trata de un concepto ambiguo que la convierten en una figura muy “flexible” y de gran amplitud cuya punición independiente de los delitos objeto de su comisión se explica por constituir un fenómeno con un alto grado de peligrosidad y violencia que se extiende cada vez más<sup>34</sup>.

Finalmente, y como sabemos, la reforma de 2015 modificó en parte estas figuras fundamentalmente por coherencia legislativa, al haberse suprimido el Libro III de nuestro Código Penal.

En todo caso, la preocupación internacional y nacional por combatir el crimen organizado coincide en tipificar este tipo de delincuencia sobre la base de su alta peligrosidad. Así, el preámbulo de la ley de 2010 reconocía esta idea al expresar que estas estructuras multiplican cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, caracterizándose 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 rendimientos. No obstante, no termina de vislumbrarse la concordancia que debería existir entre el perfil criminológico de estas agrupaciones (ataques a los principios de legalidad, seguridad) que justifica su tipificación y cómo quedan plasmadas en el texto legal. Nos encontramos con definiciones amplias, que difuminan su campo de actuación abarcando desde las clásicas agrupaciones del crimen organizado hasta alcanzar a otras de mucho menos impacto lesivo.

En todo caso, tanto en una como en otra estructura organizativa (organización y grupo criminal) se anticipa la barrera de punición porque el hecho de agruparse de acuerdo a determinados requisitos debe representar un alto grado de peligro para el bien jurídico tutelado<sup>35</sup>. Todas estas características convierten tales estructuras en figuras con un mayor nivel de eficacia y facilidad delictiva y, por tanto, con un alto grado de potencialidad lesiva, así como una alta capacidad de adaptación (realización de una amplia variedad de actividades y diversidad de modalidades criminales).

Precisamente sobre esta base deberá asentarse la hipercualificación del asesinato, y más adelante volveremos sobre algunas cuestiones cuando se aborde el fundamento de la hipercualificación. A continuación, pasamos a analizar cómo se conforma el asesinato cometido por quien pertenciere a una de estas estructuras.

#### **IV. Análisis del tipo hipercualificado de asesinato: “que el delito se hubiera cometido por quien pertenciere a un grupo u organización criminal”**

Antes de abordar los elementos del tipo hipercualificado, creo necesario analizar

<sup>33</sup> Por otra parte, en el grupo criminal no se distingue entre quienes constituyen el grupo, financiaren su actividad o lo integraren (art. 570 *ter*), considerándose la integración como pertenencia.

<sup>34</sup> En este sentido MUÑOZ RUIZ, 2020, p. 20.

<sup>35</sup> BARDAVÍO ANTÓN, 2018, pp. 820 y ss.

el fundamento de esta circunstancia, partiendo de la base de la difícil legitimación de la misma. Como ya se puso de manifiesto por parte de la doctrina<sup>36</sup>, resulta complicado explicar cómo la pertenencia a grupo u organización criminal tiene unos marcos penales previstos en los 570 bis y 570 ter (en función de la gravedad de los delitos que tuvieran por finalidad cometer) que oscilan entre cuatro a ocho años si los delitos finalidad de la organización son graves o de tres a seis en los demás casos<sup>37</sup>, y de dos a cuatro si los delitos finalidad del grupo criminal son graves o de uno a tres si se trata de delitos menos graves, mientras que el asesinato por quien perteneciera a alguna de estas estructuras organizativas conlleva una pena de prisión permanente revisable. Resulta difícil explicar esta desproporción punitiva, tanto que ni siquiera el propio legislador ofreció una justificación al respecto. Esto pone de manifiesto, una vez más, la mala política legislativa por lo que se refiere a las circunstancias recogidas en el artículo 140 del CP.

### 1. *Fundamento*

Respecto del fundamento de esta hipercualificación, como hemos visto, partimos del silencio del legislador y, aunque aparentemente podría pensarse que existe aquí un cierto consenso, no hay una posición unánime. En el Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de 2012<sup>38</sup> se mantenía la presencia de un mayor contenido de injusto como justificación de la circunstancia. Ninguna alusión se llevó a cabo en el preámbulo de la L.O. 1/2015, aun cuando asignaba prisión permanente revisable y consideraba este tipo de asesinatos como especialmente graves. Lo único destacable era la errónea referencia a esta agravación, pues el legislador se refería a los asesinatos cometidos “en el seno de una organización o grupo criminal”, cuando no es lo mismo que, como se establece ahora, “por quien perteneciere” a una de estas estructuras.

<sup>36</sup> PEÑARANDA RAMOS, 2017, p.23.

<sup>37</sup> El artículo 570 bis establece que quienes participen activamente en la organización, formen parte de ella o cooperen económicamente o de cualquier otro modo con la misma tienen asignada una pena que oscilará entre dos a cinco años si tuviera como fin la comisión de delitos graves, o prisión de uno a tres años en los demás casos.

<sup>38</sup> “Y por lo que se refiere a la tercera (“que el delito de hubiera cometido por quien pertenece a una organización criminal”), se producirá un concurso de normas con los art. 570 bis o 570 ter CP en los que se sanciona autónomamente dicha pertenencia o dirección de la organización o grupo, pues precisamente la agravación de la pena en el delito de asesinato obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a organización, por lo que no podrá castigarse este último comportamiento de forma autónoma por la vía de los artículos 570 bis o 570 ter en concurso de delitos con el subtipo agravado específico, ya que ello vulneraría el principio *non bis in idem*”. Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pág. 152. Vid. [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Consejo\\_General\\_del\\_Poder\\_Judicial/Actividad\\_del\\_CGPJ/Informes/Informe\\_al\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_Organica\\_por\\_la\\_que\\_se\\_modifica\\_la\\_Ley\\_Organica\\_10\\_1995\\_de\\_23\\_de\\_noviembre\\_del\\_Codigo\\_Penal](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal) [última visita 12/08/21].



Para un sector doctrinal<sup>39</sup> la razón de ser de la misma estribaría en el mayor contenido de injusto que supone la pertenencia a una organización o grupo criminal, ya sea por la presencia de un mayor desvalor del resultado (la afectación de dos bienes jurídicos el protegido en el asesinato y el protegido en los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal), ya por un mayor desvalor de la acción<sup>40</sup>. Precisamente el mayor desvalor del resultado viene respaldado por la pluralidad delictiva como morfología de esta circunstancia (asesinato + pertenencia a organización o grupo criminal)<sup>41</sup>, aunque colateralmente arrastra consigo un mayor desvalor de la acción por aumentar la facilidad comisiva la cobertura de dichas estructuras organizativas.

Para PEÑARANDA RAMOS<sup>42</sup> son consideraciones preventivo-especiales las que justificarían la presencia de dicha circunstancia (lo que implica una aproximación a un Derecho penal de autor frente al Derecho penal del hecho): el autor que tiene detrás a una organización criminal es más peligroso que el autor individual<sup>43</sup>.

Es evidente que una estructura organizada ofrece unos recursos y condiciones que favorecen la comisión del delito. Esta es también la tesis jurisprudencial: sirva de ejemplo la SAP de Málaga n.º 360/2018, de 17 de octubre [ECLI:ES:APMA:2018:3212]<sup>44</sup>, que considera en su F. J. segundo que la razón de ser de esta hipercualificación se encontraría en la mayor potencialidad lesiva porque el número y el grupo potencian las posibilidades de realización de la actividad delictiva y por el cierto sentido de protección recíproca que significa actuar de forma grupal.

Por otra parte, esto significa que, en el caso concreto, es decir, trasladándolo a la hipercualificación del delito de asesinato, debe demostrarse una coordinación especial y una utilización de medios especiales que faciliten la comisión del delito. Solo así podría justificarse esta circunstancia. Téngase en cuenta que, según el texto del precepto, la mera pertenencia a la organización o grupo criminal del que lleva a cabo el delito de asesinato provoca la imposición de la pena de prisión permanente reviv-

<sup>39</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, 2021, p. 232.

<sup>40</sup> ALONSO ÁLAMO, 2015, p. 25.

<sup>41</sup> En el mismo sentido ALONSO ÁLAMO, 2015, p. 28; MUÑOZ RUIZ, 2015, p. 343.

<sup>42</sup> PEÑARANDA RAMOS, 2013, p. 506.

<sup>43</sup> En este sentido, QUINTERO OLIVARES, 2021, p. 7.

<sup>44</sup> En el caso enjuiciado el Tribunal se planteaba si procedía aplicar la cualificación contenida en el artículo 369 bis del CP, entendiéndose finalmente que no, ya que “(e)n el caso de Autos, no concurren pues los requisitos jurisprudenciales para que los mismos se pudieren encuadrar en el art. 369 bis del CP, pues no concurre la presencia de una verdadera «empresa criminal», el empleo de medios materiales idóneos o la mayor facilidad de comisión del delito, circunstancias que no parece que concurren en el presente caso, pues, de un lado, no se ha puesto de manifiesto ningún tipo de coordinación especial más allá de la necesaria para la consecución de los fines pretendidos de obtención y distribución y venta de la droga y, por otro lado, no se ha producido el empleo de medios extraordinarios para posibilitar dicha tarea, circunstancias que tampoco parece que se hayan puesto de manifiesto en el presente caso”.

sable. Precisamente QUINTERO OLIVARES incide sobre el hecho de que es absolutamente falso que el asesinato llevado a cabo por quien perteneciera a una de estas estructuras organizativas sea más grave que el cometido por un individuo aislado<sup>45</sup>. No obstante, entiendo que el aprovechamiento de las ventajas que ofrece la estructura organizada puede implicar una mayor potencialidad lesiva frente al asesinato cometido por un individuo dada la mayor capacidad de lesión y eficacia que conllevan estas redes, abarcando desde el antes, durante y después de la comisión del delito contra la vida (planificación o coordinación que favorece la eficacia, capacidad ofensiva e impunidad de sus miembros al dificultar su persecución)<sup>46</sup>.

En una línea similar se ha pronunciado recientemente nuestra jurisprudencia, al enjuiciar un caso en donde se plantea la posibilidad de aplicar esta hipercualificación: el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia n.º 1/2022, de 11 de enero [ECLI:ES:TSJCAT:2022:1515]<sup>47</sup>, parte de la fundamentación de los tipos de organización y grupo criminal. Dichas estructuras organizativas multiplican la potencialidad lesiva de los delitos cometidos en o a través de ellas, caracterizándose por utilizar instrumentos o elementos que les permiten garantizar la impunidad de sus actividades así como la de sus miembros<sup>48</sup>. En este sentido, no podría apreciarse la circunstancia en casos totalmente ajenos a la organización o grupo criminal, pero tampoco debe exigirse que el delito guarde una relación directa con la actividad principal del grupo, porque estas estructuras organizativas llevan a cabo otras actividades que facilitan y aseguran la actividad principal. En definitiva, que también pueden llevar a cabo actividades secundarias y el delito puede estar relacionado con ellas. Lo importante es que el delito no sea ajeno a la condición de miembro de una organización o grupo criminal, es decir, que si no hubiera sido miembro de dicho grupo el delito, no se hubiera cometido en la forma y circunstancias en que tuvo lugar. Esta línea interpretativa es respaldada por el Tribunal Supremo, que, en sentencia n.º 821/2022, de 17 de octubre [ECLI:ES:TS:2022:4061], desestima las alegaciones de la defensa partiendo de la interpretación ofrecida por el Tribunal Superior de Justicia

<sup>45</sup> QUINTERO OLIVARES, 2021, pp. 2 y ss. Para el autor, la pertenencia a una organización criminal puede aumentar la peligrosidad del sujeto, pero no en todas y cada una de las infracciones que se describen en el Código Penal.

<sup>46</sup> Por ejemplo, FARALDO CABANA pone el acento en el hecho de que la peligrosidad que reviste la comisión de delitos a través de la organización se aprecia en el hecho de que el proyecto criminal “sobrevive con independencia de las personas concretas que integran el grupo, reforzándose la voluntad criminal de los miembros por la difuminación de la responsabilidad dentro de la organización: la cobertura que dispensa la estructura asociativa contribuye a reforzar la predisposición al delito de los miembros”, ya que la impunidad que pueda derivarse de las dificultades en la investigación policial y judicial merma los mecanismos de prevención general y especial negativa. FARALDO CABANA, 2013, p. 22. En esta misma línea interpretativa, MUÑOZ RUIZ, 2020, p. 24; GALÁN MUÑOZ, 2022, p. 85.

<sup>47</sup> Recordemos que se enjuiciaba un caso en el que habían participado varios sujetos en la comisión de tres asesinatos, uno de ellos en grado de tentativa. Uno de los acusados pertenecía a un grupo criminal dedicado al tráfico de drogas. Este individuo colabora con otro grupo dedicado a la comisión de asaltos violentos a narcotraficantes, facilitando la comisión de los referidos delitos de asesinato.

<sup>48</sup> En parecidos términos aparece esta idea en el Preámbulo de la L.O. 5/2010, de 22 de junio. Vid. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>, apartado XVIII.

de Cataluña<sup>49</sup>; posición del Tribunal supremo que se ha seguido también en materia de tráfico de drogas en relación con la aplicación de la cualificación recogida en el artículo 369 bis, donde existe una jurisprudencia muy consolidada al respecto<sup>50</sup>.

En definitiva, y compartiendo esta línea interpretativa, el desvalor de la organización o grupo criminal como delitos autónomos debe estar también presente en la hipercualificación (esa mayor potencialidad lesiva del delito cometido, así como el empleo de instrumentos que favorecen su eficacia, su capacidad ofensiva e impunidad, tanto de la organización como de sus miembros). A ello debemos añadir que el delito no sea ajeno a la condición de miembro de la estructura organizativa y, finalmente, que sin dicha pertenencia el delito no se hubiera cometido en la forma o modo en que tuvo lugar.

## ***2. El ámbito de aplicación del subtipo hiperagravado***

Una vez determinados los conceptos de grupo y organización criminal, y de acuerdo a la redacción del precepto, deben aclararse varias cuestiones que afectan al ámbito típico: primera, si la finalidad de la estructura organizada debe ser específicamente la comisión de asesinatos o comprende a cualquier organización o grupo criminal que en el marco de su actividad delictiva lleve a cabo este delito; y segunda, qué vamos a entender por “pertenencia” al grupo u organización criminal.

Respecto de la primera cuestión, hay quien ha mantenido una interpretación restrictiva<sup>51</sup>, considerando que sólo darían lugar a la aplicación de la hipercualificación los supuestos en los que el delito de asesinato haya sido cometido por un grupo u organización criminal cuya finalidad la constituya la comisión de delitos contra la vida, siendo el ejemplo paradigmático los asesinatos por encargo. Abarcando un

<sup>49</sup> En el caso enjuiciado se negaba por parte de la defensa la aplicación de la hipercualificación sobre la base de entender que el hecho de traicionar a los miembros del grupo criminal al que pertenecían no constituye una actividad típica del mismo o una de sus finalidades. El Tribunal Supremo entendió para desestimar la alegación que “si el acusado no hubiera formado parte del mismo grupo al que también pertenecían los fallecidos no le hubieran abierto la puerta, lo que hicieron porque confiaban en el acusado como miembro de su propio grupo. También esa pertenencia le permitió conocer dónde estaban escondidos y facilitar dichos datos a los asaltantes, quienes buscaron la colaboración del acusado precisamente por su pertenencia al mismo grupo criminal que las víctimas, lo que les permitió realizar los hechos sin riesgo para ellos al sorprender a las víctimas, que no tuvieron ninguna posibilidad de defenderse.

Por tanto, la pertenencia del acusado a un grupo criminal no es ajena a los hechos, sin dicha pertenencia los delitos no se hubieran cometido en la forma en que lo fueron. Se trata de una circunstancia determinante y directamente relacionada con la comisión de los asesinatos”. FJ octavo, 2.

<sup>50</sup> Por ejemplo y entre otras, SSTS núm. 195/2014, de 3 marzo [ECLI:ES:TS:2014:1349]; núm. 154/2016, de 29 de febrero [sin ECLI]; núm. 86/2018, de 19 febrero [ECLI:ES:TS:2018:569]; núm. 760/2018, de 28 mayo [ECLI:ES:TS:2019:1706]; núm. 132/2019, de 12 marzo [ECLI:ES:TS:2019:1511]; núm. 510/2020, de 15 octubre [ECLI:ES:TS:2020:3342]; núm. 276/2021, de 25 marzo [ECLI:ES:TS:2021:1308]. También SAN núm. 17/2019, de 23 julio [ECLI:ES:AN:2019:3337].

<sup>51</sup> SUÁREZ-MIRA criticaba la redacción del precepto al no exigir más que la pertenencia del sujeto a una estructura organizativa. En este sentido, para el autor hubiera sido deseable que se hubiera limitado a que el delito estuviera “relacionado precisamente con las actividades delictivas cometidas en el seno o como finalidad de dicho grupo u organización criminal”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2015, p. 449; MORALES PRATS, 2016, p. 964; CARBONELL MATEU, 2022, p. 61.

número más amplio de supuestos, se encontraría la postura de quienes consideran que la circunstancia se aplicaría si la muerte está relacionada con la actividad del grupo u organización criminal<sup>52</sup>.

Nuestra jurisprudencia ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión. Resulta interesante y de especial significación la SAP de Barcelona n.º 821/2021, de 20 de julio [ECLI:ES:APB:2021:6348], en la que se condenaba por tres delitos de asesinato por quien perteneciere a una organización o grupo criminal: dos consumados y uno intentado. En la citada sentencia se analiza por primera vez el ámbito de aplicación de la hipercualificación tercera del artículo 140. 1 del CP así como su fundamento, al que he hecho referencia en otro apartado. Respecto al ámbito de aplicación, la Audiencia se hace eco de algún planteamiento doctrinal (Muñoz Conde) que estima que dicho ámbito debe quedar circunscrito al de supuestos en donde la muerte tenga que ver con las actividades de la organización o grupo, aunque reconociendo que nada de esto aparece expresamente mencionado en el subtipo hipercualificado (F, J, segundo). En la línea interpretativa seguida por la doctrina, la Audiencia aplicó la hipercualificación apoyándose en el hecho de que los asesinatos fueron facilitados por la circunstancia de que el sujeto pertenecía a un grupo criminal, concretamente al que también pertenecían las víctimas<sup>53</sup>. Tanto el Ministerio Fiscal como la defensa recurrieron ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La defensa de uno de los acusados alegó indebida aplicación del art. 140.1.3.<sup>a</sup> al interpretar esta circunstancia en el sentido de que para su aplicación “hay que estar a la implícita necesidad de que las muertes lo sean por la actividad delictiva del grupo criminal. La conducta debe contribuir a la capacidad operativa de la organización o grupo criminal, es decir, a la consecución de los fines del programa criminal del grupo delictivo al que pertenece quién causa la muerte” (F. J. 8.1)<sup>54</sup>. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia n.º 1/2022, de 11 de enero [ECLI:ES:TSJCAT:2022:1515], falla desestimando los recursos de apelación interpuestos por ambos. El Tribunal, acertadamente, partió del fundamento de la hipercualificación para responder a la alegación presentada por la defensa; fundamento que, según el Tribunal, ha de conectarse directamente con la justificación de los tipos

<sup>52</sup> MUÑOZ CONDE, 2023, p. 62.

<sup>53</sup> Como vimos, uno de los acusados pertenecía a un grupo dedicado al tráfico de drogas (grupo al que también pertenecían las víctimas). Este sujeto colaboró con otro grupo criminal dedicado a realizar asaltos violentos a narcotraficantes y gracias a su intervención se pudieron llevar a cabo los hechos. Si el acusado no hubiera formado parte del mismo grupo (al que también pertenecían los fallecidos), no le hubieran abierto la puerta, lo que hicieron porque confiaban en el acusado como miembro de su propio grupo.

<sup>54</sup> La defensa alegaba que “el hecho de que el acusado José Augusto, miembro de una estructura que tiene como cometido o tarea la de localizar droga, facilitara el acceso a las tres personas que no han podido ser identificadas, en nada se corresponde con el refuerzo de la voluntad criminal del seno de grupo ni tampoco asegura la efectividad de ningún "vuelco" y menos aún contra la organización de Adrián. Su acción no responde a la fortaleza del grupo al que pertenece. No actuaba para el fin criminal que movía a los integrantes del grupo consistente en la realización de actos típicos del delito de robo. En consecuencia, y ante la improcedencia de la agravante en cuestión, solicita la imposición de la pena mínima prevista en la ley”. (FJ 8.2).

contenidos en los artículos 570 bis y 570 ter CP. Y así, de acuerdo a la exposición de motivos de la L.O. 5/2010, entiende que dichas “organizaciones o grupos multiplican cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas y se caracterizan, en el aspecto cualitativo, por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros. Los grupos criminales, si bien se consideran de menor potencialidad lesiva que las organizaciones, también aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes”. (F. J. octavo, 2). De este modo, partiendo de que no procede aplicar la circunstancia en los casos en los que los hechos nada tengan que ver con el grupo criminal al que pertenece la persona, el tribunal entiende que tampoco se puede exigir que el delito de asesinato guarde relación directa con la actividad delictiva principal del grupo criminal (que en el caso enjuiciado sería el robo de droga). Dicho de otro modo, explica el tribunal, ello sería así “por cuanto el grupo criminal abarca diversas actividades que le facilitan y aseguran la comisión de su actividad principal, junto a las que también pueden desarrollar actividades secundarias, aunque sean temporales, manteniendo relaciones con otros grupos criminales que a menudo provocan ajustes de cuentas. Lo esencial es que el delito no sea ajeno a la condición por parte del acusado de miembro de un grupo criminal, es decir, que si no hubiera sido miembro de dicho grupo el delito no se hubiera cometido en la forma y circunstancias en que tuvo lugar”. (F. J. octavo, 2).

La sentencia fue recurrida en casación por la defensa del acusado, manteniendo su alegación sobre el alcance de la hipercualificación 3.<sup>a</sup> del art. 140.1, entendiendo que únicamente puede dar lugar a la aplicación del citado precepto si la organización o grupo criminal tiene por finalidad la comisión de asesinatos<sup>55</sup>, finalidad ésta que según el letrado no era la del grupo al que pertenecía el acusado. El Tribunal Supremo, en sentencia n.º 821/2022, de 17 de octubre [ECLI:ES:TS:2022:4061], en desestimación a la alegación presentada, mantiene una interpretación restrictiva y teleológica de la hipercualificación sobre la base de la exposición de motivos del anteproyecto de reforma de la L.O. 1/2015 que “limitaba la prisión permanente revisable a aquellos casos en los que el asesinato ... sea de aquellos que guardan relación

<sup>55</sup> FJ segundo, que, reproduciendo en parte lo establecido en el FJ segundo de la STSJ de Cataluña, entendió que el acusado “no actuó por ni para el fin criminal que movía a los integrantes del grupo consistente en la realización de actos típicos de delitos de robo y además resulta que los propios integrantes del grupo resultan ser víctimas de los actos objeto de enjuiciamiento, por lo que el encuadramiento de Juan Ignacio y la condena por la pertenencia a la estructura de un grupo criminal supone realizar una interpretación excesivamente extensiva e inaceptable de la norma”. Y continúa expresando la defensa que “para que resulte aplicable el artículo 140.1.3 del CP, habría sido necesario [...] que las muertes lo sean por la específica actividad delictiva del grupo criminal al que se pertenece, siendo un hecho incontestable que el grupo criminal al que pertenecía el condenado se dedicaba a robar o localizar droga, no a asesinar”. Lo que es determinante —sigue razonando la defensa— es que los propios miembros del grupo criminal resultaron víctimas al mismo tiempo, lo que resulta contradictorio, “...resultando excesivo preestablecer que el hecho de traicionar al propio grupo criminal al que se pertenece constituya una actividad típica del mismo o una de sus finalidades”.

con la finalidad u objetivos de la referida organización o grupo criminal”<sup>56</sup>. En este caso, las actividades a las que se dedicaba el grupo eran las de llevar a cabo asaltos violentos a narcotraficantes, lo que incluiría la producción del resultado de muerte de las posibles víctimas.

Coincido con la posición mantenida por el Tribunal Supremo. Además, hemos de tener en cuenta que la ausencia de una referencia específica a la finalidad del grupo u organización permite mantener esta interpretación: no sólo se recogen los supuestos de finalidad específica de la estructura criminal, sino también los casos en los que la muerte guarda relación con otras actividades que facilitan o aseguran la principal del grupo.

Pasemos ahora a analizar la segunda cuestión planteada: dado que el legislador únicamente exige la pertenencia a las mencionadas estructuras organizadas, se nos obliga a determinar el concepto de “pertenencia”. Aunque en los grupos criminales puede no existir una clara estructura jerárquica<sup>57</sup>, los que dirigen, coordinan la estructura organizativa, en definitiva, los que se encuentran al más alto nivel organizativo “pertenecen” a la agrupación; las dudas surgen en niveles inferiores. “Pertenece”, de acuerdo a su tercera acepción del Diccionario de la Lengua Española (23.<sup>a</sup> edición) significa: “Dicho de una cosa: referirse o hacer relación a otra, o ser parte integrante de ella”. “Pertenencia”, en su sexta acepción, significa “hecho o circunstancia de formar parte de un conjunto, como una clase, un grupo, una comunidad, una institución”. En este sentido, entiendo que la pertenencia exige asumir algún tipo de rol, tarea o contribución dentro de la estructura organizada.

La Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales, interpreta el concepto de pertenencia recogido en el artículo 570 bis acudiendo a la doctrina jurisprudencial en relación con las organizaciones terroristas, teniendo en cuenta que en las organizaciones y grupos criminales del Capítulo VI del Título XXII del CP no concurre el elemento tendencial de perturbar gravemente la paz pública o subvertir el orden constitucional. De acuerdo con esta doctrina, el concepto de pertenencia “tiene un carácter permanente, nunca esporádico y

<sup>56</sup> Según los hechos probados de la sentencia, el grupo criminal se dedicaba a llevar a cabo asaltos violentos a narcotraficantes.

<sup>57</sup> Recordemos que el tipo del art. 570 ter exige que no concorra “alguna o algunas de las características de la organización criminal”. Esto significa que pueda faltar la permanencia (constitución con carácter estable o por tiempo indefinido) y/o la estructura (el reparto de tareas o funciones). Así, SAIN-CANTERO CAPARRÓS distingue tres modelos de agrupaciones criminales: a) las agrupaciones con finalidad ilícita, de más de dos personas, que carecen de permanencia y tampoco tienen una manifiesta o clara organización funcional; b) Las agrupaciones con idéntica finalidad y mínimo número de personas, con la característica de permanencia pero sin poseer una organización jerárquica; y c) las agrupaciones ilícitas con el mínimo de coasociados, con una organización jerárquica suficientemente desarrollada, pero sin estabilidad o permanencia entre los miembros. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, 2020, p. 1555.

exige un cierto comportamiento activo en relación con los fines y objetivos de la organización, esto es, participar en sus fines”<sup>58</sup>.

Por tanto, trasladando lo dicho al ámbito de la circunstancia que hipercualifica el delito de asesinato, pertenecer es equivalente a formar parte, integrar, en definitiva, a “ser miembros” de la organización o del grupo criminal. Este es el requisito único exigido por el artículo 140.1.3.<sup>a</sup>: basta con ser miembro, con formar parte de la estructura, con formar parte de sus fines, independientemente del grado de intervención dentro de la agrupación.

Las dudas sobre si se considera pertenencia a la estructura organizativa las habrá respecto del simple colaborador. Colaborar implica ayudar, auxiliar a otro a la consecución de un fin, pero ello no significa que el que colabore “pertenzca” a la agrupación criminal. El colaborador coopera de forma puntual<sup>59</sup>, pero no llega a ser parte integrante del grupo, es decir, no ha intervenido en la planificación y realización de los objetivos, en la perpetración concertada de delitos. Solamente si el colaborador lo es de acuerdo a los rasgos que hemos identificado en la pertenencia, podremos entender que es miembro de la agrupación: debe haber cierto grado de participación activa respecto de los fines de la agrupación y además debe tener conocimiento de las actividades ilícitas llevadas a cabo por la organización<sup>60</sup>, integración más o menos permanente y que los actos de colaboración se conviertan en actos que coadyuven a la finalidad que persigue el grupo<sup>61</sup>.

Es decir, la simple realización del asesinato como colaboración en la agrupación criminal no convierte al autor en perteneciente al grupo u organización criminal.

## V. Cuestiones concursales

Como en su momento señaló la doctrina<sup>62</sup>, la convivencia entre los delitos autónomos de participación en agrupaciones criminales y los subtipos cualificados en los delitos-fin confunde y complica la respuesta punitiva. Como veremos en el epígrafe siguiente, la existencia cada vez mayor de cualificaciones por pertenencia a organi-

<sup>58</sup> Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00002>, p. 9.

<sup>59</sup> Para LLOBET ANGLÍ, el miembro de una asociación criminal se caracteriza porque realiza permanentemente una o más tareas para ésta, ostentando una posición estable, mientras que el colaborador llevaría a cabo actos ocasionales, no extendidos en el tiempo. LLOBET ANGLÍ, 2020, pp.189 y 190.

<sup>60</sup> En este mismo sentido, MARTELL PÉREZ ALCALDE/ QUINTERO GARCÍA, 2010, pp. 362 y 363. También la Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00002>, pp. 9 y 10.

<sup>61</sup> En parecidos términos RAGUÉS I VALLÈS/COCA VILA, entienden que el colaborador “no deberá estar vinculado o sometido de forma permanente a la voluntad grupal de la organización, ni a su disciplina y normas, ni tendrá que haber asumido un rol o función estable en el organigrama”. RAGUÉS I VALLÈS/COCA VILA, 2023, p. 7.

<sup>62</sup> GONZÁLEZ RUS, 2012, p. 17; CARUSO FONTÁN, 2015, p. 10; BOCANEGRA MÁRQUEZ, 2023, p. 338.

zación o grupo criminal parece dar a entender que es una vía conscientemente seguida por nuestro legislador<sup>63</sup>. Varias son las cuestiones concursales que se plantean como consecuencia de la existencia de delitos autónomos de organización y grupo criminal y cualificaciones para determinados delitos basadas en la pertenencia a estas agrupaciones.

En relación a esta cuestión (la relación entre los delitos autónomos de pertenencia a una agrupación criminal y los subtipos cualificados), desde mi punto de vista, en los arts. 570 bis y 570 *ter* se castiga la pertenencia a una organización o grupo criminal porque suponen un riesgo en abstracto para la seguridad y el orden jurídico (orden público)<sup>64</sup>, mientras que la presencia de los tipos cualificados hace recaer el peso del injusto en la comisión del delito-fin por o a través de una agrupación delictiva. Dicho de otro modo, la agravación juega un papel si la pertenencia a la agrupación ha facilitado la comisión del delito. El legislador afronta así desde dos perspectivas las agrupaciones delictivas: desde una perspectiva general y organizativa (en los arts. 570 bis y 570 *ter*), castigando la dirección o pertenencia a la agrupación criminal, y desde una específica y finalista, castigando ahora la comisión de delitos amparándose o aprovechándose de la pertenencia a estas estructuras criminales. Entiendo que el resultado final de contar con estas dos vías no es afortunado, pues obliga a aplicar los tipos cualificados de pertenencia a organización o grupo criminal en cada uno de los delitos-fin cometidos, aumentando con ello, de manera excesiva, las penas, además de plantear el problema de superposición normativa (conurrencia de normas) con la contenida en los arts. 570 bis y 570 *ter*<sup>65</sup>. La relación concursal que se establece entre el delito-fin cualificado por pertenencia a la agrupación criminal, por un lado, y lo establecido en los arts. 570 bis o 570 *ter* y el delito fin sin apreciar la agravación, por otro, debe ser, de acuerdo con lo establecido en el art. 570 *quater*, la del concurso de leyes a resolver por alternatividad (lo que evidentemente fuerza al intérprete a realizar esta comprobación en cada caso), pues la finalidad del precepto es aplicar siempre la pena más grave.

Por otra parte, no podemos olvidar los supuestos en los que el delito cometido no prevé una agravación por pertenencia, lo que plantea el problema de cómo solucionar el concurso con los preceptos anteriormente mencionados (arts. 570 bis y 570 *ter*).

En este caso (problemas concursales entre los delitos de agrupación y el delito-fin sin previsión de tipo cualificado por pertenencia a organizaciones o grupos criminales), entiendo que la regla concursal debe ser la del concurso real<sup>66</sup>, pues, tal y como

<sup>63</sup> Coincido en este punto con CARUSO FONTÁN, 2015, pp. 9 y 10. Por otra parte, como señala FARALDO CABANA, en algunos casos estas cualificaciones se han introducido como consecuencia de las obligaciones internacionales en determinadas materias como puedan ser trata de seres humanos, prostitución... FARALDO CABANA, 2013, p. 33.

<sup>64</sup> En parecidos términos, BOCANEGRA MÁRQUEZ, 2023, p. 339.

<sup>65</sup> Como en su caso mantenía GONZÁLEZ RUS, “castigarlo (todo) con una extrema dureza, hasta la redundancia y el abandono de cualquier remota idea de proporcionalidad”. GONZÁLEZ RUS, 2012, p. 17.

<sup>66</sup> En el mismo sentido MAGALDI PATERNOSTRO, 2011, p. 970.



hemos manifestado anteriormente, nos encontramos con figuras delictivas con entidad propia, cuyo injusto se caracteriza por afectar al orden público y la seguridad<sup>67</sup>. Por tanto, su mera existencia daría lugar a la presencia del delito sin necesidad de una actividad ulterior concretada en el delito fin<sup>68</sup>.

## VI. Otras fórmulas agravatorias por pertenencia a agrupaciones criminales

Si hemos entendido que la hipercualificación comprende, además del asesinato como finalidad específica de la estructura criminal, los casos en los que la muerte guarda relación con otras actividades que facilitan o aseguran la principal del grupo, debemos analizar qué ocurre cuando nos encontramos en este último supuesto. Hemos de tener en cuenta que el legislador, además de establecer en los artículos 570 bis y 570 *ter* como delito autónomo la pertenencia o dirección de un grupo u organización criminal, ha previsto tipos cualificados para algunas figuras delictivas, a lo que hay que añadir que entre ellos no existe ni uniformidad ni armonización, por lo que se agrava el problema de concurrencia de normas<sup>69</sup>.

Para abordar este apartado, hemos seleccionado los subtipos agravados en función de las diferentes redacciones empleadas por el legislador en su descripción y de su mayor interés por su concurrencia con la circunstancia 3.<sup>a</sup> del artículo 140.1. Aquí partimos de la base de que entre el delito-fin y el delito de asesinato hipercualificado se apreciará un concurso de delitos. Por otra parte, en el análisis dejamos fuera los

<sup>67</sup> La Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2011 entendía que “la ejecución de un hecho delictivo por una estructura organizada reviste una mayor gravedad porque además de posibilitar la supervivencia del proyecto delictivo con independencia de las personas que lo integran, refuerza la voluntad criminal de sus miembros, asegura la eficacia en el desempeño de sus respectivos cometidos o tareas y dificulta la respuesta de los órganos estatales de investigación en las funciones de averiguación y descubrimiento de tales hechos.”. Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00002>.

<sup>68</sup> Así, el artículo 570 bis alude a distintas conductas consistentes en castigar, por una parte, a quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren y, por otra, a quienes participaren activamente; las primeras, vinculadas a toma de decisiones, actos de mando, y a jugar un papel de trascendencia a nivel organizativo, mientras que las segundas (participar activamente, formar parte o cooperar) están referidas a actividades que son competencia de los miembros de la agrupación sin capacidad de decisión y mando. Todas estas actividades, para dar lugar a las conductas descritas en el art. 570 bis, deben suponer un peligro para el orden público, por su potencialidad lesiva para la seguridad jurídica y las instituciones del Estado. Desde esta óptica, el castigo de las agrupaciones es independiente del delito fin, de tal modo que, llevado a cabo este, nos encontraríamos ante un concurso real entre ambos.

En parecidos términos nos planteamos la relación concursal entre el grupo criminal y el delito fin, aunque, de acuerdo a la redacción del art. 570 *ter*, el delito se integra por las conductas de constituir, financiar o integrar este tipo de agrupación criminal.

<sup>69</sup> Este problema era puesto ya de manifiesto incluso antes de la introducción como delitos autónomos de la pertenencia a organización o grupo criminal por la L.O 5/2010, de 22 de junio. Así nos encontrábamos con que el legislador no explicaba, por ejemplo, si las organizaciones estaban asimiladas a las asociaciones ilícitas recogidas en el art. 515.1 ni por qué se preveían en algunos delitos tipos cualificados por pertenencia a organización criminal y en otros no, o por qué no se seguía un criterio uniforme a la hora de agravar las penas por pertenencia a organización criminal —imponiendo unas veces la mitad superior, en otras la pena superior en grado, en otras un nuevo marco penal...— Vid. ROPERO CARRASCO, 2007, p. 269.

supuestos en los que se puede imponer alguna o algunas de las consecuencias accesorias del art. 129 del CP.

De acuerdo con la sistemática del Código Penal, la primera fórmula empleada es la siguiente: “cuando el culpable pertenezca a una organización o grupo criminal dedicado a la realización de tales actividades”. Ésta es aplicada en el delito de tráfico de órganos (art. 156 bis.6) y en materia de prostitución coactiva (art. 187.2b). Como puede observarse, el legislador se refiere a las agrupaciones contenidas en los delitos autónomos, existiendo esa coincidencia que, por el contrario, falta respecto de otros tipos cualificados. Por tanto, la referencia a una organización o grupo criminal ha de entenderse de acuerdo con lo establecido en los artículos 570 bis y 570 ter, por lo que quedan desplazados por alternatividad (art. 570 *quater*) por el subtipo agravado<sup>70</sup>. Por otra parte, el sujeto ha de pertenecer a una de estas estructuras que tenga como finalidad específica y principal las actividades comprendidas en el tráfico de órganos o la prostitución coactiva.

En el delito de tráfico de órganos, el legislador prevé una agravación cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de estas estructuras organizadas<sup>71</sup>. Con esta terminología se alude a personas que ocupen un papel de mando, que por su posición superior tienen capacidad de decisión sobre los restantes miembros<sup>72</sup>, aunque los administradores y encargados se encuentran en una posición intermedia entre los primeros y los simples miembros de las estructuras organizativas.

Si el asesinato se comete para facilitar o favorecer la actividad principal de los delitos de tráfico o prostitución, se apreciaría un concurso de delitos. Respecto del primero, dado que la organización criminal o el grupo se dedica a una actividad que conllevará en algunos casos la muerte de la víctima de la que se extrae el órgano u órganos, si la muerte se ha llevado a cabo por alguno de sus miembros y concurre alguna de las circunstancias del tipo básico del asesinato, la calificación se elevará a asesinato hipercualificado. Respecto del delito de prostitución coactiva, el subtipo agravado concurrirá con el hipercualificado e incluso con otros tipos penales, con su correspondiente calificación por pertenencia a estructuras organizativas, como puede ser el más habitual de trata de seres humanos<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> En otro sentido, CARRASCO ANDRINO, que considera preferente aplicar el principio de especialidad: CARRASCO ANDRINO, 2021, p. 53.

<sup>71</sup> Llama la atención CARRASCO ANDRINO sobre la incorrecta redacción utilizada por el legislador en el párrafo segundo del número 6, que establece que se les aplicará (a los jefes, encargados o administradores) “la pena en su mitad superior”, olvidándose de que en el primer párrafo ha impuesto a los simples miembros prisión e inhabilitación especial, por lo que esta subida de pena deberá afectar a ambas consecuencias jurídicas y no solo a la prisión. CARRASCO ANDRINO, 2021, p. 53.

<sup>72</sup> Según la STS n.º 808/2005, de 23 de junio (sin ECLI), se ha entendido como “personas susceptibles de soportar tal cualificación «aquéllas que dentro de la más o menos marcada jerarquización existente en el grupo organizado, destaquen por dar instrucciones, facilitar medios, preparar alojamientos, o en suma impartir órdenes o dirigir las actuaciones de otros». Puede, por tanto, haber en una organización o asociación más de una sola persona que ejerza la jefatura, sea administrador o gestor de la misma o que de facto se encargue de tales cometidos, compartiendo roles directivos con otros”. FJ tercero.

<sup>73</sup> Vid. STS n.º 554/2019, de 13 de noviembre [ECLI:ES:TS:2019:3702].

Incluyo dentro de esta primera fórmula, aun cuando presentan una redacción más específica, la cualificación establecida en los delitos de blanqueo de capitales y la de los delitos contra la salud pública. El artículo 302 cualifica la pena a las personas que pertenezcan a una organización delictiva dedicada a los fines establecidos en los distintos supuestos delictivos. Una de las manifestaciones más conocidas del crimen organizado es precisamente el blanqueo de capitales. El legislador parece estar pensando en el crimen organizado con mayúsculas cuando únicamente se refiere a organizaciones, en este caso bajo la denominación de delictivas, aunque entiendo que encaja en el concepto de organización criminal. En todo caso, concurriría la cualificación del art. 302 con la del asesinato hipercualificado.

En el artículo 362 *quater*, se prevé una agravación si se da la circunstancia 3.<sup>a</sup>, consistente en que el culpable perteneciera a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos, es decir, alguno de los delitos contra la salud pública del Capítulo III del Título XVII.

En el ámbito de los delitos de tráfico de drogas, marco en el que se ha producido el primer caso fallado de asesinato por quien perteneciere a un grupo u organización criminal (STS n.º 821/2022, de 17 de octubre [ECLI:ES:TS:2022:4061]), el artículo 369 bis establece nuevos marcos penales para la prisión y la multa en función de la nocividad de la droga cuando “los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva”, imponiendo penas superiores en grado para los jefes, encargados o administradores de la organización<sup>74</sup>.

El legislador alude únicamente a la organización delictiva<sup>75</sup> en vez de criminal (aunque esta diferencia entiendo que carece de significación<sup>76</sup>) y omite toda referencia a grupo criminal, lo que implica que éste último queda al margen de la cualificación en el delito de tráfico de drogas y, en caso de llevarse a cabo la conducta delictiva por el grupo, debería apreciarse un concurso real de delitos con el delito recogido en el art. 570 ter<sup>77</sup>. Esta referencia a la organización delictiva trae causa de la aludida

<sup>74</sup> Este precepto en su momento fue duramente criticado por la imposición de marcos penales desvinculados de las agravaciones establecidas en los artículos 369 y 370 y por constituir penas excesivamente desproporcionadas. Vid. PEDREIRA GONZÁLEZ, 2010, pp. 423-424; MUÑOZ CONDE, 2023, p. 698.

<sup>75</sup> En la Acción común de 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, que concretaba la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el “Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada”, se definía, en su artículo 1, la “organización delictiva” como “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

<sup>76</sup> Igualmente, NAVARRO BLASCO, quien considera que para la determinación de la organización delictiva habrá de estarse a la definición recogida en el artículo 570 bis. NAVARRO BLASCO, 2010, pp. 313 y 314.

<sup>77</sup> En el mismo sentido, FARALDO CABANA, 2012, p. 371. Para CARUSO FONTÁN, por el contrario, estaríamos ante un concurso ideal. Para la autora “[...] la posibilidad de que los delitos comprendidos en los

en la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004<sup>78</sup>, que, según la Exposición de Motivos de la L.O 5/2010, de 22 de junio (que introducía el art. 369 bis), era la que propiciaba la creación del referido precepto. Por lo demás, la organización delictiva coincidiría con el concepto de organización criminal<sup>79</sup>. Como comentábamos anteriormente, con los términos “jefes”, “encargados” o “administradores” se alude a personas que ocupen un papel de mando, que por su posición superior tienen capacidad de decisión sobre los restantes miembros.

Finalmente, con una redacción similar se prevé una cualificación en el delito de tráfico de precursores del artículo 371.2, variando la pena en función de si la persona sólo pertenece a la organización o por el contrario tiene el papel de jefe, administrador o encargado de la misma.

La segunda fórmula manejada por el legislador es la referida a “cuando el culpable pertenciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”. Según TORRES FERRER, en el ámbito de los delitos de trata de seres humanos, el artículo 177 bis número 6 se adecúa mejor con esta redacción al perfil de las nuevas organizaciones o grupos que operan en el ámbito de la trata de seres humanos, cuyos perfiles organizativos no se corres-

artículos 570 bis y ter CP se perfeccionen sin que se dé inicio a los actos ejecutivos propios de los delitos de referencia no implica tener que descartar, sin más, que dichas conductas puedan ser subsumidas en los términos “formar parte” o “integrar” la organización o grupo criminal. Esta identidad permitirá fundamentar la concurrencia de un concurso ideal de delitos”. CARUSO FONTÁN, 2015, pp. 29 y 31. Por mi parte, entiendo que los delitos de organización y grupo criminal son autónomos e independientes de los delitos fin para los que en su día se constituyeron. El injusto del hecho comprende conductas o actividades diversas referidas a la constitución o agrupación sin comprender a los posteriores delitos que se comentan en el futuro.

<sup>78</sup> Decisión Marco que en su artículo 4.3 establece que, en materia de tráfico de drogas, estos delitos se castiguen “con penas máximas de al menos 10 años de privación de libertad cuando el delito se haya cometido dentro de una organización delictiva en el sentido de la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea”. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-82645> [última visita 27/05/2023].

<sup>79</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga n.º 360/2018, de 17 de octubre [ECLI:ES:APMA:2018:3212], se determina el ámbito de actuación de la cualificación contenida en el art. 369 bis, que establece: “En cuanto a la aplicación del subtipo agravado previsto en el artículo 369 bis CP solicitada por el Ministerio Fiscal con carácter principal, ha de recordarse, como señala la STS 22 de octubre de 2004, que la jurisprudencia ofrece un criterio lineal y preciso en el sentido de que la organización ha de entenderse en la amplia extensión de su mismo concepto, abarcando el que varias personas programen un proyecto o propósito para desarrollar una idea criminal, sin que sea preciso una ordenación perfecta. La organización implica así una multiplicación de los efectos gravísimamente nocivos de esta delincuencia porque el número y grupo potencia las posibilidades de realización de la actividad delictiva y por el cierto sentido de protección recíproca que el actuar de forma grupal significa. La sentencia de 6 de julio de 1990 habla de un plan previamente concertado y dirigido, a veces, por personas que no participan necesariamente en los actos directos de comercio y difusión de la droga, y en las SSTS de 18 de abril de 1.991 y 12 de febrero de 1.993 se añaden las notas de estructura jerárquica y cierta permanencia. Si existen los elementos de acuerdo o plan previo para de difusión, distribución de roles y cometidos, utillaje y estructura inmobiliaria, que dotados de una cierta durabilidad y designio de continuidad van más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito, se está en presencia del subtipo examinado ( ss. 8/2/93, 21/1/94, 12/9/94, 14/2/95, 2/4/96, 21/5/97, 7/4/98, 11/1/99 (RJ 1999, 391) y 11/4/2002 (RJ 2002, 7397) , entre otras”).

ponden totalmente con los establecidos en los delitos autónomos de grupos u organizaciones criminales<sup>80</sup>. Desde esta perspectiva, el tipo cualificado tendría así un ámbito más amplio que el establecido en los artículos anteriormente mencionados. Fundamentalmente esta mayor amplitud viene determinada por la alusión a las meras asociaciones<sup>81</sup>. Nuestra jurisprudencia<sup>82</sup> interpreta el término “asociación” de acuerdo al artículo 1.2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, 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”; definición que permite acoger la de grupo criminal del art. 570 ter<sup>83</sup>, que como ya hemos visto *supra* es muy flexible<sup>84</sup>.

Por otra parte, y de acuerdo con lo establecido en el precepto, estas estructuras organizativas deben dedicarse con cierta reiteración a la comisión de delitos de trata para poderse aplicar la cualificación recogida en el número 6 del artículo 177 bis<sup>85</sup>.

Por último, y respecto de su relación con las cualificaciones recogidas en el n.º 3 del art. 570 bis y el n.º 1 del art. 570 ter (que agravan la pena si la finalidad delictiva de la organización o grupo criminal es la trata de seres humanos o contra la libertad sexual)<sup>86</sup>, entiendo que, dado que los tipos de organización y grupo criminal son delitos de peligro y de mera actividad que se consuman con el solo hecho de pertenecer

<sup>80</sup> TORRES FERRER, 2022, p. 660.

<sup>81</sup> En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, 2010, p. 213.

<sup>82</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife n.º 29/2020, de 22 de enero [ECLI:ES:APTF:2020:1]; STSJ de Navarra n.º 3/2020, de 3 de junio [ECLI:ES:TSJNA:2020:371]. En este caso, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra rechazaba la interpretación realizada por la sentencia recurrida, que acogía la definición legal de organización criminal del art. 570 bis para integrar el de asociación referido en el n.º 6 del art. 177 bis. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra entendió que el art. 570 bis exige, entre otros extremos, una agrupación de personas con “carácter estable o por tiempo indefinido”, a diferencia de la transitoriedad que permite el art. 177 bis. 6. FJ Sexto.

<sup>83</sup> En la SAP de Santa Cruz de Tenerife n.º 29/2020, de 22 de enero [ECLI:ES:APTF:2020:1], se describe la asociación que se dedicaba a la trata como un grupo de varias personas que, con cierta permanencia y con notable flexibilidad (es decir, sin una atribución formal de roles en todos los casos), era capaz de coordinar y gestionar las diversas fases de la trata (captación de las mujeres, gestión de su llegada final a España, alojamiento en sus lugares de llegada o en Madrid cuando era necesario para gestionar la renovación de la documentación, viajes dentro de España, gestión de su documentación, explotación sexual e incluso reparto del dinero y traslado a los sponsor de los beneficios obtenidos). FJ Cuarto, p. 45.

<sup>84</sup> No obstante, el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos de 29 de noviembre de 2022, entre otras importantes modificaciones, introduce una nueva redacción en el número 6 del artículo 177 bis en donde se establece que: “Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el primer apartado de este artículo cuando el culpable perteneciera a una organización, grupo o asociación incluso de carácter transitorio, criminal que se dedicare a la realización de tales actividades. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los apartados 4 y 5 de este artículo se impondrán las penas respectivamente señaladas en su mitad superior. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones, grupos o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los apartados 4 o 5 de este artículo”. Se produce una leve modificación al referirse expresamente, además de a las organizaciones y asociaciones, a los grupos criminales.

<sup>85</sup> En este sentido TERRADILLOS BASOCO, 2010, p. 213.

<sup>86</sup> Vid. sobre esta cuestión DAUNIS RODRÍGUEZ, 2013, pp. 158 y ss.

o colaborar con los mismos sin necesidad de que se realicen o inicien los delitos que conforman su finalidad<sup>87</sup>, sólo se aplicarían las cualificaciones cuando la finalidad delictiva sea la trata o delitos contra la libertad sexual si aún no se ha ejecutado o iniciado el delito recogido en el art. 177 bis o los delitos sexuales. Por el contrario, cometidos estos delitos por quien pertenezca o administre o dirija dicha estructura organizada, deberá aplicarse el art. 177 bis o alguno de los preceptos del Título VIII respecto de los delitos sexuales con las cualificaciones respectivas.

Del mismo modo, se prevé una cualificación en materia de prostitución y explotación sexual y corrupción de menores o persona con discapacidad necesitada de especial protección (arts. 188. 3 y. 189.2 f), aunque ahora se imponen las penas superiores en grado: “cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.<sup>88</sup>

En ambas cualificaciones ha cambiado la redacción, siendo ésta más precisa que en materia de agresiones sexuales a menores de dieciséis años, pero se mantiene la línea seguida por nuestro legislador de ofrecer redacciones nada armónicas. Así, en materia de prostitución de menores se sustituye la referencia al grupo criminal por la de asociaciones, y estas y las organizaciones pueden tener carácter transitorio, relajándose el requisito de permanencia o estabilidad.

En parecidos términos se establecen las cualificaciones en materia de delitos contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 271.c y 276) en ese afán de reforzar la lucha contra la criminalidad organizada.

En la tercera fórmula empleada (“cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades”), la expresión “en el seno de”, que hace referencia a amparo, abrigo, protección..., entiendo que amplía el ámbito de la cualificación frente a la de “perteneciere” a la estructura organizada, fórmula empleada, como acabamos de comentar, en otros tipos cualificados.

La fórmula “en el seno de una organización o de un grupo criminal” es utilizada en las agresiones sexuales a menores de 16 años (artículo 181.5,h), en donde se establece un cambio semántico, pues el legislador exige ahora que el delito se haya

<sup>87</sup> En el mismo sentido, FARALDO CABANA, 2012, p. 272; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2022a, p. 147.

<sup>88</sup> Con relación a menores de edad, la cualificación se introdujo por primera vez a través de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, por la que se modificaba el Título VIII del Código Penal (cualificación reservada a los delitos de prostitución y utilización para espectáculos exhibicionistas –artículos 187.3 y 189.2–). Dicha cualificación estaba plenamente justificada porque este era uno de los ámbitos en donde se solía y suele presentarse el fenómeno de la delincuencia organizada. En ese momento, el tipo cualificado se refería a organización o asociación, aunque nuestro código únicamente regulaba a las asociaciones ilícitas. No será hasta la reforma de 2010 cuando aparezcan reguladas las organizaciones o grupos criminales en los arts. 570 bis y 570 ter.

En materia de adultos, la L. O. 5/2010, de 22 de junio, estableció la equidad punitiva con la cualificación prevista en materia de menores del artículo 187 al incorporar la cualificación por pertenencia a organización o grupo criminal que se dedicare a tales actividades.

cometido “en el seno de una organización o de un grupo criminal”<sup>89</sup>. Esta redacción, aunque ya se empleaba en la reforma de 2010 en la entonces letra f) del número 4 del artículo 183, da a entender que el delito sexual debe haberse llevado a cabo dentro de estas estructuras. Precisamente el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008, criticaba esta expresión al considerarla más indeterminada que la de “cuando el culpable perteneciere...”<sup>90</sup>, y porque, en segundo lugar, la redacción lleva a exigir que la organización o grupo debe dedicarse a cometer agresiones sexuales a menores de dieciséis años<sup>91</sup>. No obstante, creo que esta exigencia no debe interpretarse de manera literal, ya que resulta difícil imaginar organizaciones concertadas para perpetrar delitos de agresiones sexuales exclusivamente dentro de la propia agrupación, por lo que deberían quedar también incluidos los supuestos en los que el delito se haya cometido a víctimas externas a la organización o al grupo.

Esta fórmula también es utilizada en los delitos contra la intimidad (artículo 197 *quater*). Esta cualificación supone un mayor desvalor de la acción por la mayor facilidad que supone realizar estas conductas a través de una organización o grupo criminal. Entiendo, al igual que en el caso anterior, que, aunque el legislador parece aludir a realizar el ataque a la intimidad dentro del grupo u organización criminal, queda referido a las conductas realizadas respecto de terceros ajenos a estas estructuras.

La misma fórmula es empleada en el ámbito de los delitos de corrupción en los negocios (artículo 286 *quater*), considerándose que los hechos serían de especial gravedad. Es lógica la presencia de esta cualificación teniendo en cuenta que estos delitos atacan la leal competencia en los mercados, otro de los sectores que puede verse afectados por el crimen organizado.

<sup>89</sup> Artículo 181 modificado por la L.O. 4/2023, de 27 de abril.

<sup>90</sup> <https://personasjuridicas.es/wp-content/uploads/2019/08/2008.Informe-CGPJ.pdf>, p.100. Los antecedentes a esta redacción los encontramos en el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006, que introducía un apartado quinto al antiguo artículo 181. En este apartado se establecía “Los abusos sexuales ejecutados sobre menores de trece años y cometidos en el marco de una organización delictiva serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años”. El Consejo General del Poder Judicial aludía a que la razón de ser de este nuevo apartado podría estar en el hecho de que el prelegislador quería sancionar la comisión de un supuesto especial de abusos sexuales “cometidos en el seno de organizaciones criminales –y no por organizaciones criminales o con apoyo de las mismas y contra víctimas externas–, observados en las actividades de ciertas bandas juveniles y sectas destructivas, en las que con relativa frecuencia los miembros más vulnerables sufren actos de auténtico abuso al verse inducidos a aceptar prácticas sexuales con un consentimiento que se encuentra manifiestamente viciado por su propia edad y por su encuadramiento en una estructura organizada cuyo considerable potencial de coerción incrementa exponencialmente el daño a la indemnidad sexual de la víctima”. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-por-el-que--se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>, pp. 129 y 130.

<sup>91</sup> Esta cualificación tiene su origen en la introducida por la reforma de 2010, que en el anterior artículo 183.4 establecía idéntica cualificación: “Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicaren a la realización de tales actividades”. Dicha cualificación (y otras) se introducía con la finalidad de adaptar la legislación española a las exigencias comunitarias, concretamente a la Decisión Marco 2004/68/JAI.

También se utiliza esta fórmula en los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social (arts. 305,305 bis y 307 bis); los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.3.a), en este último caso respondiendo a las directrices internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada en este sector: por ejemplo, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional realizada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (ratificada el 10/12/2003).

La cuarta fórmula es la empleada en los delitos contra el patrimonio. Concretamente, los delitos de hurto (art. 235.1.9.<sup>a</sup>) y robo con fuerza en las cosas (art. 240.2) agravan la pena “cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza”. Esta figura fue objeto de enmiendas antes de la aprobación de la L.O. 1/2015 y, de presentar una redacción diferente y en un artículo independiente<sup>92</sup>, pasa a constituir una más de las cualificaciones contenidas en el artículo 235<sup>93</sup>. Respecto a los conceptos de organización y grupo criminal, estos son los ya establecidos en los artículos 570 bis y 570 *ter*. Más compleja resulta la determinación del ámbito de actuación de estas estructuras organizadas, pues según el precepto deben dedicarse a la comisión de delitos comprendidos en el título XIII del Código Penal (delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), siempre que sean de la misma naturaleza. Con relación a qué debemos entender por poseer la misma naturaleza respecto de los delitos comprendidos en el Título XIII del CP, el Tribunal Supremo<sup>94</sup> ha considerado que, morfológicamente, la forma de ataque al bien jurídico sea o provenga desde y a través de una misma manera, poniendo como ejemplo de lo contrario el caso en el

<sup>92</sup> Así, en el anteproyecto de reforma de 2012 como en el proyecto de reforma de 2013, el artículo 235 bis (ACP) establecía: “1.- Será castigado con una pena de dos a cuatro años de prisión quien cometa un delito de hurto: 1.º cuando él mismo, u otro de los partícipes en el delito, porte un arma u otro instrumento peligroso, o, 2.º cuando se trate de un miembro de una organización o grupo criminal constituidos para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito. 2.- La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurrieran las circunstancias expresadas en los apartados 1.º y 2.º del mismo, o cuando la expresada en el apartado 2.º concurriera con alguna de las reguladas en el artículo 235”.

Según se establecía, para imponer este marco penal deberían cumplirse, según la circunstancia segunda, los siguientes requisitos: 1. Ser miembro de una organización o grupo dirigido a la comisión continuada de delitos contra la propiedad y 2. La comisión del delito de hurto fuere llevada a cabo por dos de los miembros de la organización. Vid sobre esta circunstancia, DEL CARPIO DELGADO, 2013, pp. 124 y ss.

En su Dictamen al anteproyecto, el Consejo de Estado llamaba la atención sobre el hecho de que la pertenencia a una organización criminal ya estaba castigada en el artículo 570 bis con una pena que debería sumarse a la del delito cometido. Vid. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>.

<sup>93</sup> Sobre la oportunidad y conveniencia de esta cualificación no ha habido consenso: desde quienes la han entendido como innecesaria y perturbadora hasta quienes la consideran adecuada, dado que está combatiendo hechos de extrema gravedad. Vid. DE VICENTE / BAUCCELLS / BRAGE, 2013, p. 723; SÁNCHEZ ROBERT, 2015, p. 529.

<sup>94</sup> STS n.º 155/2019, de 26 de marzo [ECLI:ES:TS:2019:981].



que el sujeto vende droga y luego (o antes) ha alterado sustancias alimenticias: aunque ambas infracciones estén en el mismo Título del Código no tienen la misma naturaleza. Así, por ejemplo, se consideran de la misma naturaleza el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación, pero no así el hurto y esta última modalidad del robo.

Cuestión aparte es la relación entre el resultado de muerte y el delito de apoderamiento, pues, de mediar una relación final, convertiría el hecho en un delito de robo con violencia. Al no prever el legislador para estos últimos una cualificación similar a la contenida en el artículo 235, provocaría, la aplicación del artículo 570 bis o el 570 *ter*. Ello demuestra la falta de sistematización legislativa, ya que se justificó<sup>95</sup> la presencia de esta cualificación en la gravedad de estas conductas y, si ello era así, por coherencia se debería haber previsto también para los robos violentos.

La quinta fórmula se encuentra recogida en los artículos 264 y 399 bis, según los cuales se agravan las conductas de daños informáticos que se hubiesen cometido “en el marco de una organización criminal”. De manera similar se tipifica en el delito de falsedad de tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto al efectivo. La fórmula es ambigua, pues vendría a implicar la comisión del delito en el ámbito o contexto de las mencionadas estructuras organizativas, pero a la vez el término es más amplio que el de “perteneciere”, por lo que entiendo que podría aplicarse esta cualificación en casos de colaboraciones que no implican pertenencia.

Después de esta panorámica de las agravaciones por estructuras organizadas, lo que es evidente es que para el legislador la delincuencia organizada es un problema de primer orden que se ataja a través de desmesurados incrementos punitivos. Buena prueba de ello nos la brindan no solo las previsiones punitivas en las cualificaciones, sino también la posibilidad de concurrir conjuntamente el asesinato hipercualificado con el delito-fin cualificado por la agrupación criminal.

## VII. Conclusiones

En los delitos contra la vida, la reforma de 2015 provocó un gran impacto, y no sólo por la imposición de prisión permanente revisable en determinados supuestos, sino también por las consecuencias de las modificaciones introducidas. Todavía hoy seguimos analizándolas: la nueva circunstancia del asesinato tipo básico, las hipercualificaciones, las diferencias punitivas entre los homicidios cualificados y los asesinatos hipercualificado, entre otras.

Precisamente, de las distintas modalidades de asesinatos hipercualificados, la que

<sup>95</sup> Por ejemplo, la exposición de motivos del anteproyecto de 2012 explicaba que la “revisión de la regulación de los delitos patrimoniales tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave”. Vid. <http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2012/Anteproyecto%20de%20reforma%20de%20CP%202012.pdf> [última visita 25/05/2023].

es objeto de nuestro trabajo de investigación tampoco es fácil de justificar. Ni siquiera por parte del propio legislador, que más allá de considerarlo un supuesto de extrema gravedad y que, por tanto, debía tener asignada prisión permanente revisable, no fue capaz de ofrecer una razón para ello. Por tanto, el debate sobre la conveniencia de los delitos de asesinatos hipercualificados también alcanzó a esta circunstancia.

La clave del escepticismo ante la misma se encuentra en el hecho de que, tal como está conformada la hipercualificación, el peso de la justificación va a girar exclusivamente sobre las estructuras organizadas: el grupo u organización criminal. Y es que lo que se añade a la muerte de la víctima es que esta se lleve a cabo por quien pertenezca a alguna de estas estructuras organizativas. A partir de aquí se deducen los principales problemas de esta hiperagravación: el diseño legislativo en la persecución de las organizaciones y grupos criminales, el fundamento y la delimitación de esta circunstancia.

Dado que en los textos prelegislativos el principal problema que se vislumbraba en esta modalidad del asesinato fue la relación concursal entre la hipercualificación y los delitos autónomos de pertenencia a una organización o grupo criminal de los artículos 570 bis y 570 ter, procedo, tal como he hecho en mi investigación, a abordarla en primer lugar. Tal situación es consecuencia de las dos formas de abordar la presencia de una organización o grupo criminal: a través de un tipo autónomo y a través de la cualificación en determinados delitos. Desde el origen de la hipercualificación hasta hoy día, esta cuestión ha sido tratada por todos los operadores jurídicos. Por mi parte entiendo que el legislador ha resuelto expresamente el problema a través del artículo 570 *quater*, el cual opta por el principio de alternatividad en todo caso, dándole primacía al precepto que castigue con mayor pena. Aunque la regla establecida en el art. 8.4 tiene un carácter subsidiario respecto del resto de criterios contenidos en el precepto, tiene primacía por expresa exigencia legislativa. Ello viene motivado por el hecho de evitar posibles incongruencias sancionadoras que llevarían a imponer menor pena en casos donde habría un mayor desvalor del hecho.

La redacción de la circunstancia 3.<sup>a</sup> del art. 140.1 convierte a la existencia del grupo u organización criminal en una premisa para poder aplicar esta hipercualificación. Detrás de sus definiciones a nivel internacional y, por extensión, en nuestra legislación, gravita una idea sobre la que se quiere sustentar toda la desaprobación de estas conductas, así como la explicación de los modelos de tipificación utilizados por el legislador español. A nivel internacional, se construyen las primeras definiciones sobre la creencia de que son agrupaciones sin escrúpulos para recurrir a la intimidación o la violencia, con un alto grado de crueldad, que arraigan en países con instituciones débiles, con una clara finalidad lucrativa y que corrompen instituciones o mercados. Este ideario es trasladado a nuestro legislador, que tras diversos proyec-

tos legislativos culmina el proceso con una definición de organización y grupo criminal en los arts. 570 bis y 570 ter. Estas definiciones son las que se manejan en el art. 140.1.3.<sup>a</sup>, precepto que acoge la percepción que el legislador trasladaba sobre estas agrupaciones en el año 2010: la seguridad jurídica, la estabilidad económica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en definitiva, la calidad de la democracia, serían, según el legislador, los objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. Tal nivel de peligrosidad estaría en la base de la hipercualificación. Precisamente esto nos adentra en el fundamento de la circunstancia. Desde mi punto de vista, el aprovechamiento de las ventajas que ofrece la estructura organizada puede implicar una mayor potencialidad lesiva por la mayor capacidad de lesión y eficacia que conllevan estas redes, abarcando desde el antes, durante y después de la comisión del delito contra la vida (planificación o coordinación que favorece la eficacia, capacidad ofensiva e impunidad de sus miembros al dificultar su persecución). En una línea similar se ha pronunciado recientemente nuestra jurisprudencia, considerando que estas estructuras organizativas multiplican la potencialidad lesiva de los delitos cometidos en o a través de ellas, caracterizándose por utilizar instrumentos o elementos que les permiten garantizar la impunidad de sus actividades, así como la de sus miembros<sup>96</sup>. Siendo así, entiendo que el asesinato no deberá ser ajeno a la naturaleza de la agrupación delictiva y, por tanto, sin la pertenencia de su autor a la misma, el asesinato no se hubiera cometido en la forma o modo en que tuvo lugar.

La redacción de la circunstancia determina su ámbito sobre estas dos cuestiones: si la finalidad de la estructura organizada debe ser específicamente la comisión de asesinatos o comprende a cualquier organización o grupo criminal que en el marco de su actividad delictiva lleve a cabo este delito; y segunda, qué vamos a entender por “pertenencia” al grupo u organización criminal. Respecto de la primera de ellas, la ausencia de una referencia específica a la finalidad del grupo u organización en el precepto permite mantener una interpretación en virtud de la cual no sólo se recogen los supuestos de finalidad específica de la estructura criminal, sino también los casos en los que la muerte guarda relación con otras actividades que facilitan o aseguran la principal del grupo. Lo verdaderamente importante es que el delito no sea ajeno a la condición de miembro de una agrupación criminal, es decir, que, si no hubiera sido miembro de la estructura organizada, el delito no se habría cometido en la forma y circunstancias en que tuviera lugar.

La segunda cuestión planteada se refiere al concepto de “pertenencia” al grupo u organización criminal. Entiendo que la pertenencia exige asumir algún tipo de rol, tarea o contribución dentro de la estructura organizada. Pertenecer es equivalente a

<sup>96</sup> Véase STSJ de Cataluña, número 1/2022, de 11 de enero [ECLI:ES:TSJCAT:2022:1515], F.J. 8. En parecidos términos se expresa el Preámbulo de la L.O. 5/2010, de 22 de junio. Vid. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>, apartado XVIII.

formar parte, integrar, en definitiva, a “ser miembros”. Así mismo, entiendo que los simples colaboradores, que cooperan de forma puntual, no son miembros de la agrupación, pues no intervienen en la planificación y realización de los objetivos, es decir, en la perpetración concertada de delitos. Solamente si el colaborador lo es de acuerdo a los rasgos que hemos identificado en la pertenencia, podremos entender que es miembro de la agrupación: debe tener cierto grado de participación activa respecto de los fines de la agrupación y, además, conocimiento de las actividades ilícitas llevadas a cabo por la organización, una integración más o menos permanente, y que sus actos de colaboración se conviertan en actos que coadyuven a la finalidad que persigue el grupo. Es decir, la simple realización del asesinato como colaboración en la agrupación criminal no convierte al autor en perteneciente al grupo u organización criminal.

Finalmente, al entender que la hipercualificación comprende, además del asesinato como finalidad específica de la estructura criminal, los casos en los que la muerte guarda relación con otras actividades que facilitan o aseguran la principal del grupo, debemos plantearnos la relación concursal del asesinato hipercualificado con el delito-fin de la estructura organizada que a su vez prevea una cualificación por la existencia de la misma. En este sentido, entiendo que, tal y como están configuradas las cualificaciones, es posible establecer un concurso de delitos con el asesinato hipercualificado. Lo que nos lleva en este sector a castigos draconianos.

En definitiva, para superar las dificultades que conlleva anudar sin más la prisión permanente revisable a un asesinato por quien pertenezca a una organización o grupo criminal, debemos constatar la verdadera vinculación del crimen a los fines o actividades de la agrupación y que realmente su existencia facilite el delito contra la vida. El desmedido endurecimiento punitivo que supone la comisión del delito por estas agrupaciones solo puede atemperarse a través de una ajustada valoración de su presencia.

## Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, M. (2015), “La reforma del homicidio doloso y el asesinato por LO 1/2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 117, pp. 5-49.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2021), *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial I. Delitos contra las personas*, 3.<sup>a</sup> edición, Valencia.
- ANARTE BORRALLA, E. (1999), “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en FERRÉ OLIVÉ, J.; ANARTE BORRALLA, E. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, pp. 13-57.
- BARDAVÍO ANTÓN, C. (2018), *Las sectas en Derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, Barcelona, pp. 1-936.
- BLANCO CORDERO, I. (2000), “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, en *Revista Penal*, n.º 6, pp. 3-14.

- BOCANEGRA MÁRQUEZ, J. (2016), “El castigo de la pertenencia a organización criminal en el Código Penal español: los delitos de asociación criminal y organización y grupo criminal”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Dir.) *Propuestas penales: Nuevos retos y modernas tecnologías*, Salamanca, pp. 603-849.
- BOCANEGRA MÁRQUEZ, J. (2023), “Delincuencia organizada y “maremágnum normativo tras la L.O. 5/2010, de 22 de junio”, en *Indret*, n.º 2, pp. 325- 356.
- CANCIO MELIÁ, M. (2013), “La cadena perpetua (prisión permanente revisable) en el Proyecto de reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, n.º 8175, pp. 1-5.
- CARBONELL MATEU, J. C. (2022), “Homicidio y sus formas”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) *Derecho Penal. Parte Especial*, 7.ª edición, Valencia, pp. 49-69.
- CARRASCO ANDRINO, M. M. (2021), “A vueltas con la nueva tipificación del tráfico de órganos: bien jurídico, sujetos y conductas punibles”, en *RECPC* 23-12, pp. 1-71.
- CARUSO FONTÁN, V. (2015), “Problemas concursales en relación a los delitos de tráfico de drogas cometidos en el seno de organizaciones criminales”, en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23, pp. 1-36.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2013), *El delito de trata de seres humanos*, Valencia, pp. 1-204.
- DEL CARPIO DELGADO, J. (2013), “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de Reforma del Código Penal”, en *Foro, Nueva Época*, vol. 16, pp. 83-137.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.; BAUCCELLS LLADÓ, J.; BRAGE CEDAN, S. B. (2013), “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (Dir.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*, Valencia, pp. 717-726.
- FARALDO CABANA, P. (2012), *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Valencia, pp. 1-460.
- FARALDO CABANA, P. (2013), “Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código Penal español”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 19, pp. 13-45.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, G. (2019) “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho español contemporáneo”, en *Revista Misión Jurídica*, 12, (16), pp. 163-195.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2022), “La peligrosa desmaterialización del concepto de organización criminal. Una verdadera fuente de peligros para los derechos fundamentales”, en *Revista Penal México*, n.º 20, pp. 77-90.
- GARCÍA ALBERO, R. (2016), “De las organizaciones y grupos criminales”, en QUIINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Pamplona, Libro electrónico accesible a través de Thomson Reuters Proview. [Recurso en línea, consultado 28/06/2023].
- GONZÁLEZ RUS, J.J. (2012), “La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma”, en *Anales de Derecho*, n.º 30, pp. 15-41.
- LASCAURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2016); PÉREZ MANZANO, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; ARROYO ZAPATERO, L.; DE LEÓN VILLALBA, J.; MARTÍNEZ GARAY, L., “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en ARROYO ZAPATERO, L.; LASCAURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2016); PÉREZ MANZANO, M. (editores): *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, pp. 17-79. También disponible en <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/9671/9788490442203.pdf?sequence=1> [consultado 28/02/2023].
- LLOBET ANGLÍ, M. (2020) “Miembros y colaboradores de organizaciones criminales –en especial, terroristas–: ¿quién es qué y quién no es?”, en *Indret*, 4, pp. 172-225.
- MAGALDI PATERNOSTRO, M.ª J. (2011), “Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, pp.63-83.

- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (2022a), “La prostitución y criminalidad organizada”, en GARRIDO CARRILLO, F.J. (Dir.): *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos*, Pamplona, pp. 129-169.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (2022b), “La responsabilidad de los miembros de una organización o de un grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter CP): ¿Un problema de autoría y participación o de tipicidad?”, en *RECPC* 24-25, pp. 1-32.
- MARTELL PÉREZ ALCALDE, C.; QUINTERO GARCÍA, D. (2010), “De las organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *La reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Pamplona, pp. 357-367.
- MORALES PRATS, F., “Art. 140. Asesinato castigado con prisión permanente revisable”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomos I y II*, Pamplona, Libro electrónico accesible a través de Thomson Reuters Proview. [Recurso en línea, consultado 24/07/2023].
- MUÑOZ CONDE, F. (2023), *Derecho Penal. Parte Especial*. 25.<sup>a</sup> edición, revisada y puesta al día con la colaboración de CARMEN LÓPEZ PEREGRÍN, Valencia.
- MUÑOZ RUIZ, J. (2015), “Delitos contra la vida y la integridad física”, en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.) *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, pp. 335-373.
- MUÑOZ RUIZ, J. (2020), “Elementos diferenciadores entre organización y grupo criminal”, en *RECPC* 22-08, pp. 1-42.
- NAVARRO BLASCO, E. (2010), “La reforma en materia de delitos contra la salud pública (arts. 368,369 bis y 370)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *La reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Pamplona, pp. 309-317.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M. (2010), “Tráfico de drogas (arts. 368, 369, 369 bis y 370)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, pp.419-427.
- PEÑARANDA RAMOS, E., (2017), “Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 13, pp. 13-45.
- PEÑARANDA RAMOS, E. (2013), “Delito de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J (Dir.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, pp. 486-509.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2021), “La «organización criminal»: adiós al principio de ofensividad”, en *La Ley Penal*, n.º 153, pp.1-11.
- RAGUÉS I VALLÈS, F. / COCA VILA, I. (2023), “La organización (o grupo) criminal como delito antecedente del blanqueo de capitales”, en *RECPC*, 25-07, pp. 1-20.
- REY HUIDOBRO, L. F., (2018), “Aspectos penales del delito de pertenencia a organización o grupo criminal”, en *La Ley*, nº 134 (septiembre-octubre), pp. 1-12.
- ROPERO CARRASCO, J. (2007), “¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y ‘justo’ castigo de la delincuencia organizada?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVII, pp. 267-321.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.L., (2020), “De las organizaciones y grupos criminales”, en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 3.<sup>a</sup> edición, Madrid, pp. 1537-1562.
- SÁNCHEZ ROBERT, M. J. (2015), “Hurto, *furtum possessionis*, robo, robo y hurto de uso de vehículos de motor, usurpación”, en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Madrid, pp. 515-551.
- SIERRA LÓPEZ, M.<sup>a</sup> DEL V. (2014), “Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las

- últimas reformas legislativas (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013)”, en *Revista Derecho y Proceso Penal*, n.º 33, pp. 127-164.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2015) “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, pp.443-464.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2010), “Trata de seres humanos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, pp. 207-217.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2012), “La reforma española de 2012. Líneas maestras”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 7, n.º 78, pp.13-31.
- TORRES FERRER, C. (2022), “Aproximación a la trata de seres humanos desde su consideración como delito económico”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Dir.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación: ¿es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y explotación de seres humanos?*, Valencia, pp. 655-698.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2016), “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, n.º 86, pp.62-114.