

2ª Sesión.

Codelincuencia: autoría y participación. Concepto y formas. Problemática en los delitos especiales y en delitos imprudentes.

MÁXIMO RESPONSABLE, SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN: NUEVOS LENGUAJES Y NUEVOS DESAFÍOS PARA EL DERECHO PENAL EN SEDE MACROCRIMINAL

Prof. Dr. ALEJANDRO APONTE CARDONA*

Bogotá-Colombia

El siguiente texto se redacta para la ocasión: el primer congreso de derecho penal organizado por la Fundación Internacional de Ciencias Penales. Se ubica dentro del segundo segmento de temas, relacionado con la codelinuencia.

INTRODUCCIÓN

El punto de partida del trabajo, se relaciona con la experiencia de un caso particular, el caso colombiano. Ello, en función de los desafíos que imponen diversas formas hoy de macrocriminalidad o macodelinuencia. Desde luego, si bien el punto de partida es la narración de un caso particular, el texto recoge discusiones que han tenido lugar en la ciencia penal, en el contexto político-criminal y en la jurisprudencia internacional, tanto en la tradición continental como en la tradición anglosajona. Un aspecto básico del estudio, radica, igualmente, en el estudio de categorías que ha desarrollado la sociología criminal, como es el caso concreto del origen mismo del concepto de macrocriminalidad, desarrollado especialmente por Herbert JÄGER a finales de los años 80 y que hoy es utilizado en diversos contextos y con diversos matices.

En una primera parte del texto, se adelanta una reconstrucción de aspectos centrales relacionados con el origen de dicho concepto, de cara a sus implicaciones posteriores, tanto en el debate científico, como respecto de aspectos concretos de política criminal y política penal. Así, por ejemplo, una vez tuvo lugar la concepción en los años 80 de este concepto, éste se aborda, en sus más diversas dimensiones, en la magnífica recopilación de trabajos, coordinada por Klaus LÜDERSSEN hacia finales de los años noventa en cinco volúmenes y especialmente, en el tercer volumen dedicado a la *Makrodelinquenz*.

* Profesor de derecho penal de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de la Sabana en Bogotá. Asesor y consultor de agencias nacionales e internacionales.

En dichos volúmenes se estudian los más diversos temas que hacen relación a la reacción punitiva frente a diversas formas de macrocriminalidad, desde temas relacionados con violencia social y política generalizada y ligada a la comisión masiva de crímenes internacionales, hasta temas ligados al terrorismo o al crimen organizado. El mismo título es sugestivo y se dirige a la médula de las tensiones de la respuesta punitiva, frente a una criminalidad que excede incluso la tematización penal, criminológica y político-criminal tradicionales: “Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?” (¿Política criminal ilustrada o lucha contra el mal?).

Para dicha década y, particularmente, en el cambio de siglo, se ha producido en la literatura y en la jurisprudencia internacional y también en el caso colombiano, una búsqueda por la tematización y la búsqueda intensa por ofrecer una respuesta acorde con las nuevas exigencias de un mundo complejo y globalizado.

El segundo apartado de este escrito, se ocupa de aspectos centrales hoy relacionado con el caso colombiano, contexto en el cual han tenido lugar profundas reformas legislativas e institucionales, ligadas sobre todo a la búsqueda de una respuesta penal más coherente frente a la comisión masiva de crímenes internacionales, por parte no de individuos aislados, sino por parte de verdaderos aparatos organizados que durante décadas, incluso algunos con temibles alianzas con sujetos institucionales, han cometido toda suerte de crímenes, en su mayoría, crímenes internacionales.

Pero la respuesta actual, está cruzada, además, no sólo por este desafío enorme, sino por un desafío igualmente sustancial: el avance significativo que tiene lugar hoy el proceso de paz con las guerrillas más antiguas del continente y que ha traído como correlato, una reforma constitucional para aplicar mecanismos de justicia transicional, a miembros de la guerrilla desmovilizados, con el propósito de insertarlos en la vida nacional y en el debate público ejercido sin armas. Este acto legislativo reformativo de la Carta Política se conocer hoy con el nombre de Marco Jurídico para la Paz.

Un tercer apartado se detiene en la reseña de aspectos hoy claves ligados a jurisprudencia penal más reciente, en la que se abordan nuevos desafíos enunciados, como es el caso de la construcción de patrones de conducta, de modelos de actuación macrocriminal, de tipologías de delitos cometidos por aparatos. No se ahonda en las formas de autoría que requerirían un estudio posterior en detalle, pero se advierte que estas formas son hoy sobre todo la autoría mediata en estructuras organizadas de poder,

formas ligadas a la determinación y a la coautoría. También, frente a agentes del Estado, las diversas formas de omisión constituyen un capítulo central en la persecución penal de crímenes internacionales.

Como se ve, se trata de problemas de una dimensión enorme que serán acotados como corresponde en este trabajo, ya que cada tema merecería un estudio en detalle que, de hecho, el autor como consultor del señor fiscal general de la Nación, ha venido desarrollando en ejercicios de producción académica y de definición político-criminal, tanto con fiscales como con jueces, magistrados y diversos funcionarios colombianos.¹¹

I. MACROCRIMINALIDAD Y DECISIÓN POLÍTICO-CRIMINAL MACRO: TENSIONES AL INTERIOR DEL DERECHO PENAL

Excede los límites de este trabajo, ahondar en cada uno de los momentos históricos en que han tenido lugar las diversas formas de respuestas punitivas y político-criminal, a formas específicas de violencia política y social de Colombia, especialmente aquellas ligadas al conflicto armado interno. No obstante, es importante reseñar que, para finales de la década del 80, se presentó en el país, una gran discusión sobre la incapacidad del sistema penal en conjunto, para dar cuenta de los nuevos desafíos de la criminalidad organizada. Sobre todo, de la incapacidad para avanzar en las investigaciones de aparatos criminales. Este fue uno de los orígenes de la creación de la Fiscalía General de la Nación, junto a la nueva Constitución Política que se expidió en el país, en el año 1991, luego de una arremetida feroz del narcoterrorismo urbano que trajo la violencia del campo a la ciudad en unas dimensiones insospechadas.

Tuvo lugar también, en esta etapa, la discusión en torno a la expedición del denominado “Estatuto para la defensa de la Justicia”, un complejo estatuto de emergencia que recogía, a su vez, el primer estatuto antiterrorista expedido en el país en el año 1988 y las más diversas normas de emergencia dictadas en esa década del 80. Se

¹ Este ejercicio de producción de conocimiento y de creación permanente de categorías jurídicas con base en las cuales se pueda tematizar más correctamente los nuevos desafíos de la macrocriminalidad ligada a la comisión masiva de crímenes internacionales, ha tenido su correlato en la organización de eventos de derecho comparado donde se comparten experiencias. Es el caso por ejemplo del evento organizado por la Fiscalía General de la Nación, la revista Semana, en julio de 2014, que llevó por título: “Visiones del derecho internacional y su aplicación en Colombia”. En este escenario participaron los profesores españoles, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo. En este escenario, tuve la oportunidad de conocer personalmente a los profesores organizadores del presente congreso.

trató de un estatuto endurecido desde el punto de vista de la respuesta punitiva estatal contra dinámicas de violencia extrema, articulado sobre el carácter secreto de los fiscales sin rostro y jueces sin rostro y con una restricción sustancial de todas las garantías procesales. Tuvo vigencia hasta finales de los años 90, por más de una década².

Pero fue en el nuevo siglo, donde tuvieron lugar de nuevo debates extraordinarios sobre los alcances y límites del derecho penal como mecanismo de respuesta estatal y social para dar cuenta de la comisión a gran escala de toda suerte de crímenes, especialmente, de conductas que constituyen crímenes internacionales. Ello coincidió, además, con la incorporación del Estatuto de Roma al derecho interno en el año 2001 y con la reforma al código penal colombiano, ley 599 de 2000 con vigencia desde el año 2001, y que introdujo conductas constitutivas o asimilables a crímenes internacionales. Un punto central en este desarrollo, lo constituyó la expedición de la denominada Ley de Justicia y Paz, ley 975 de 2005, que trajo consigo, en la legislación y en la jurisprudencia constitucional y penal, la discusión en torno a los equilibrios en los mecanismos de justicia transicional, situados en la triada, verdad, justicia y reparación. Se trató de la desmovilización de actores ligados a la comisión de los más graves crímenes, a los cuales se les dio un tratamiento punitivo especial, en razón a su dejación de armas y a la desarticulación de sus máquinas de guerras, especialmente de miembros de grupos paramilitares.

A diferencia de experiencias anteriores de tematización de la acciones ligadas a una violencia política y social endémica, en este caso, se trató de un desafío tanto mayor, pues el sistema penal, pero en conjunto un sistema estatal, debía dar respuesta a fenómenos de macrocriminalidad exacerbada, en la medida en que la Ley abordó la desmovilización de miles de sujetos pertenecientes sobre todo a los grupos de autodefensas o llamados grupos paramilitares que, desde los años 80s, llenaron los campos y las ciudades de Colombia, de dolor y de horror sin nombre, dejando huellas imborrables en la condición humana degradada de sus víctimas. Hoy, también se procesa un número considerable de miembros de grupos guerrilleros.

² Un estudio en detalle de las implicaciones que para el país y su tradición jurídico-política, tuvo esta legislación especial de jueces y fiscales sin rostro, en el trabajo comprensivo del autor, con el título: Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo, publicado en Colombia, por la editorial Ibáñez, 2006.

El sistema penal se enfrentaba a un desafío enorme, pues se trataba de actores que ingresaban al sistema de la Ley de Justicia y Paz, con base en la confesión de sus delitos, una vez desmovilizados y seleccionados por el poder ejecutivo que comandaba el espectro de la desmovilización. De entrada siempre surgió la pregunta sobre la capacidad real del sistema penal para dar cuenta de semejante desafío, más de veinte mil hombres que componían estos grupos y que desarrollaron máquinas de guerra que actuaron a lo largo y ancho del país, por muchos años.

Después de varios años de funcionamiento con todas clase de dificultades pero también de diversos logros en diversos ámbitos, la Ley de Justicia y Paz, debió ser reformada y fue así como para el año 2012, con el ingreso del actual fiscal general de la Nación, pero con aspectos que se habían discutido en la pasada administración, se asumió la tarea de reformar dicha Ley. Pero, además de participar en la discusión de la reforma legislativa, el nuevo fiscal general, con el apoyo de su equipo más próximo, inició, en ese mismo año, una reforma estructural, conceptual profunda y de carácter administrativo, de todo el ente investigador, actualizándolo justamente en función de las exigencias de la lucha contra la macrocriminalidad.

Fue precisamente el escenario judicial de Justicia y Paz, un escenario particularmente importante, en el cual se ha debatido, hasta hoy, los alcances y límites de la respuesta punitiva a la comisión masiva de violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario; pero también en la justicia penal ordinaria, desde la unidad de derechos humanos de la fiscalía y por parte de los jueces penales, han tenido lugar esfuerzos muy importantes por tematizar nuevos desafíos. De hecho, además, existe una amplia jurisprudencia ligada a civiles y conflicto armado por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. En general, el impacto que para todo el sistema penal representó especialmente el proceso especial de Justicia y Paz, requería una reforma estructural, sustancial de la investigación penal. El fiscal general percibió dicha necesidad con claridad y de esta forma se inició la reforma estructural, con un tema conceptual: la introducción de la estrategia de priorización de situaciones y casos para avanzar en una cada vez más correcta y coherente empresa de persecución penal nacional de crímenes internacionales.

Esta estrategia se concretó en una directiva, la No. 001 de 2012, que hoy hace parte de una reforma a fondo del ente investigador, que constituye sin duda una gran apuesta conceptual y administrativa para un ente gigantesco y con las más grandes

responsabilidades. Hoy, además, el país vive un proceso muy importante y que es centro igualmente del debate hacia el futuro, de la persecución penal nacional de crímenes internacionales: se trata del proceso de paz con las guerrillas de las FARC y del tratamiento punitivo que se les dará a estos actores, de conformidad con lo dispuesto en la reforma legislativa, denominada, “marco jurídico para la paz”.

II. ORÍGENES DE LA CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL DE LA MACROCRIMINALIDAD

Tal como se ha dicho, el presente trabajo da cuenta de aspectos especialmente relevantes relacionados con la respuesta penal a la macrocriminalidad, particularmente, a dicha forma de actuación criminal macro, asociada a la comisión de crímenes internacionales.

Es importante detenerse en los orígenes de este concepto y en las implicaciones iniciales que tuvo, ya que, además, se usa de manera cotidiana, como un supuesto, pero en ocasiones, se hace un uso descontextualizado del mismo o se convierte en un prurito académico o meramente discursivo. En cualquier caso, los debates relacionados con el origen mismo del concepto, son extremadamente interesantes y es importante una mirada en perspectiva de estos debates originales.

Tal como lo hace Cornulius PRITTVITZ, en la introducción al volumen III de los volúmenes reseñados editados por LÜDERSSEN y dedicado a diversas formas de la *Makrodelinquenz*, el origen del concepto que nos ocupa, debe situarse en el trabajo de JÄGER, “Aproximación a la macrocriminalidad”, publicado en *Strafverteidiger*, del año 1989. Este trabajo se une a otros sobre temas afines, en su libro, ya clásico de la sociología criminal y del mismo año, que lleva por título: “Macrocriminalidad. Estudios sobre criminología de la violencia colectiva”.³

1. Aproximación conceptual a la macrocriminalidad

Una primera aproximación conceptual es la siguiente: se trata de todas aquellas grandes formas de violencia colectiva que “desata de manera preponderante y determinante un espectro de comportamientos humanos especialmente agresivos”.⁴ Lo importante, para la sociología criminal, es que estos fenómenos, de uso de una violencia

³ JÄGER Herbert, *Makrocriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt, 1989.

⁴ *Ibidem*, p. 11.

generalizada y que moviliza relaciones de poder y de agresión insospechadas, “han permanecido ocultos para los estudios criminológicos”. Una razón entre otras: “Las orientaciones de la criminología a los fenómenos justiciables, propios de la práctica jurídico-penal, ligada a la mera criminalidad cotidiana”.⁵ Se trató, por supuesto, de una conclusión expuesta en el año 89, hoy, quizá no permanecen tan ocultos, aunque, ciertamente, algunos aspectos centrales ligados a la criminalidad macro, permanecen inexplorados o se articulan a decisiones político-criminales desarticuladas que obvian el estudio necesario de este concepto y de sus implicaciones.

2. La sociología como fuente de la dogmática jurídico-penal

Lo que se quiere destacar en este trabajo es, además, el hecho fundamental, de que es en la sociología y, más concretamente, en la sociología criminal, donde ha nacido la aproximación a la macrocriminalidad y a la respuesta que esta impone para un sistema penal. Esto es fundamental, pues, además, implica e impone una relación diversa entre dogmática y sociología, entre dogmática, sociología y política criminal. Yo no se trata simplemente del imperio dogmático que con arrogancia ve a la sociología como una especie de ciencia auxiliar; al contrario, es la sociología la que brinda auténtico contenido a las figuras dogmáticas. A su vez, éstas, como es por ejemplo la tesis de autoría mediata en estructuras organizadas de poder, que el mismo ROXIN en su presentación inicial de la figura, acepta que es un concepto en construcción, estas figuras, se dice, se llenan de contenido real, con la sociología real de las conductas.

Este hecho, además, tiene hoy repercusiones institucionales centrales: la creación de la hoy denominada Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC), que hace parte de la reforma profunda introducida a la fiscalía, obedece justamente a la necesidad, para efectos de imputación de las conductas, de establecer e ilustrar contextos reales de actuación o de formas de actuación de aparatos criminales. Por ello, tienen asiento, en esta Dirección Nacional, no sólo abogados, sino historiadores, antropólogos, sociólogos que son precisamente aquellos que desde una perspectiva interdisciplinaria real, puedan crear los contextos necesarios para entender la actuación macrocriminal.

En su crítica a la incapacidad de la criminología para, en su momento, dar cuenta de fenómenos de macrocriminalidad, JÄGER introduce una aclaración sustancial y es el

⁵ *Ibidem*, p. 11.

hecho de que este concepto no se restringe ni mucho menos, a la mera asociación para delinquir o a aquello que en el código penal colombiano se denomina concierto para delinquir. Incluso el autor va más allá: no se trata tampoco de reducir este concepto a la criminalidad industrial o económica; podría agregarse, además hoy, no se restringe a la criminalidad ecológica. Es un concepto más comprensivo y complejo. Está relacionado con la actuación de verdaderos aparatos que incluso sustituyen al Estado y se convierten en auténticos contraestados o paraestados.

3. ¿Incapacidad para la criminología y la ciencia penal de ilustrar los niveles macro?

En su revisión del concepto, JÄGER y luego, parafraseado y analizado por PRITTVITZ, los autores adelantan una conclusión interesante. Esta debe ser valorada, por supuesto, en sus justas dimensiones. A criterio de JÄGER, la ciencia misma en general, con el descubrimiento del microcosmos, con el descubrimiento de las partículas más elementales y el descubrimiento del microscopio, inauguró quizá una tendencia en observar el detalle, lo mínimo, lo que se escondía siempre y se perdió en buena medida una capacidad para observar lo macro, lo grande, las dimensiones supraindividuales de los crímenes.

Ello, en derecho penal supone, además, que éste adecuó su mirada en el individuo, en los hechos individuales, en el hecho criminal particular y perdió de vista el contexto general, lo grande, lo macro. Así, agrega, PRITTVITZ, esta tendencia a detenerse en el detalle antaño imposible, “puede explicar por qué, finalmente, la criminología y el derecho penal (y sus disciplinas predecesoras), encontraron indiscutible y se declararon incapaces de analizar los fenómenos en un nivel macro y podría explicar por qué, dicha incapacidad, hoy y antes, ha estado profundamente arraigada en la sociedad”.⁶ Es interesante, en todo caso esta conclusión que, a juicio de estos y otros actores, subyace también al paradigma de la responsabilidad penal individual y ligada a hechos particulares, y de pérdida de perspectiva de hechos macro, situados en un nivel de complejidad mayor.

Más allá de esta reflexión compleja, además, una conclusión es real: el derecho penal moderno se levanta sobre el paradigma estricto de la responsabilidad individual,

⁶ PRITTVITZ Cornelius, Einleitung en: LÜDERSEN Klaus, Augeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Band III, Makrodelinquenz, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 15.

no conoce responsabilidad colectiva (se trata hoy por supuesto de un debate complejo en el derecho penal económico, por ejemplo, a más de tener lugar en el derecho penal internacional).

Este es un hecho cierto y, tal como dan cuenta aquellos textos pioneros de finales de los años 80s y principios de los 90s, suscitó grandes debates que hoy se han hecho universales. Es un hecho real que se encuentra situado en la médula misma de la pregunta por cuál es el tratamiento punitivo específico y más coherente, para actores que se mueven en contextos de macrocriminalidad. La pregunta es cuál debe ser la respuesta penal y la responsabilidad penal que se asigne a quienes dirigen, apoyan, controlan, usan máquinas de guerra o que son por ellas convertidos en piezas fungibles, en soldados rasos que cometen materialmente las conductas. Es decir, a individuos que en todos los niveles, actúan en verdaderos aparatos de poder.

Frente a esta evidencia, y concebida por otros como déficit del mismo derecho penal, en su énfasis en la responsabilidad estrictamente individual, un autor, ciertamente avezado, en su momento, LAMPE, propone una salida compleja, pero justamente apoyada en este hecho singular: el paradigma de la responsabilidad individual, no propiciaría una verdadera comprensión del fenómeno macrocriminal y lo que genera es una mirada distorsionada, reducida, restrictiva e incapaz, que imposibilita la propia atribución de responsabilidad penal. De esta forma, propone una salida compleja y que fue objeto de críticas: frente a delitos que pueden ser denominados “de sistema” – siendo esta una denominación más actual-, en todo caso, frente a un *Systemunrecht*, se propondría una especie de “derecho penal de sistema”, que no esté articulado a la responsabilidad penal individual y que pueda propiciar caminos concretos para atribución colectiva de responsabilidad, en el escenario específico de la masiva violación de derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario. Su crítica central: “La dogmática jurídico penal, hasta el momento, reacciona, frente a cualquier tipo de criminalidad de carácter sistemático, con un instrumental basado en la actuación del mero delincuente individual”. Así, se pierde de vista, según el autor, la dimensión real de la actuación criminal sistemática.⁷

⁷ Ver, al respecto, el trabajo de LAMPE que generó una gran discusión que, además, se ha preservado por años, titulado en voz alemana: “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en: ZStW 106 (1994), cuaderno 4,

El mismo JÄGER, en revisión posterior de su trabajo, justo en un texto publicado en el volumen comentado de 1998, toma distancia de esta posición y asegura que no es la solución y que en todo caso supondría una revisión estructural del sistema penal y de sus bases o fundamentos. Pero, además, advierte y esto es importante para cualquier decisión político-criminal que se agencia al respecto, que la posición de LAMPE, según la cual, en todo caso, en un contexto macrocriminal, el aparato de poder, en sí mismo, sería un “System-Unrecht”, podría caer en la trampa de confundir la actuación o la estructura como tal del aparato, con la mera “responsabilidad del individuo”, basada en la “pertenencia del mismo a dicho aparato”.⁸

Es decir, y en Colombia hay un camino largo en la discusión por ejemplo sobre el concierto para delinquir como delito base para la imputación de conductas para individuos que actuaron en grupo, se llama la atención sobre la pérdida de perspectiva macro, paradójicamente, cuando queda reducida a la criminalización *per se* por la pertenencia. En cualquier caso, como se dice, JÄGER llama la atención sobre modelos que, a partir de la actuación de un aparato, también caen por defecto en la imputación a partir de la responsabilidad penal por la mera pertenencia. En todo caso, figuras tan interesantes y apenas en vías de construcción, por lo menos en nuestro entorno, como la figura de la doble imputación, están ligadas a esta búsqueda por imputar, en diversos contextos y con base en la suma de diversos niveles y escenarios dogmáticos, hechos individuales, al “Gesamttat”, o hecho total que daría cuenta de las actuaciones propiamente de un grupo que se mueve en el entorno macrocriminal.

4. “¿Es criminalizable la política?”

El título del texto de JÄGER que se ha reseñado, es igualmente ilustrativo: se pregunta si es “criminalizable la política?” Con ello, además, lo cual es también una pregunta muy relevante para el caso colombiano, no sólo se establecen las relaciones entre derecho penal y política, ligadas a la actuación macrocriminal, sino que se introduce un concepto central: para JÄGER, el concepto de macrocriminalidad, entrañaría

p. 683 y ss. Más allá de una traducción literal al español, es gráfica la tensión expuesta: ¿un derecho penal de sistema frente a delitos de sistema?

⁸ JÄGER Herbert, Ist Politik kriminalisierbar?, en: LÜDERSSEN Klaus, Augeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Band III, Makrodelinquenz, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 131.

la noción misma de “la criminalidad colectiva, ligada o condicionada políticamente, que enuncia la criminalidad del estado de excepción”.⁹

Pero, en todo caso, como él mismo lo advierte, su concepto de excepción no está basado en la teoría de la excepción de Carl Schmitt, que es otra cosa. Se trata de reconocer que, frente a la mirada y los recursos tradicionales del sistema penal, este tipo de criminalidad, escapa a ella, es excepcional. Y justo, lo es, cuando no se trata de meros actos criminales, sino de centenares de hechos ocasiones por aparatos que han obrado como verdaderos contra estados, que lo han sustituido, que han generado dominios totalitarios frente a la población que los ha sufrido y padecido. Es en ese sentido que hay que mirar la excepcionalidad en una nueva dimensión y sus desafíos para el derecho penal, pero, sobre todo, para un sistema de justicia mucho más complejo que el de mera justicia penal.

Ahora bien, es importante recalcar en este escrito, viendo estos trabajos en perspectiva, que estos debates hoy, como se dice, se revisten de nuevas dimensiones y es innegable que se vive una transformación estructural del sistema penal en conjunto, ligado a la lucha contra la macrocriminalidad, que está levantado, expresa o implícitamente sobre la base de que el paradigma de la responsabilidad penal individual, es hoy insuficiente para la atribución de responsabilidad para quienes han actuado en grandes aparatos criminales. Más allá incluso de este debate que es por supuesto muy sensible, lo cierto es que existe un límite del derecho penal mismo para dar cuenta de la actuación macrocriminal y que, precisamente por esta razón, es muy apropiado construir, como de hecho se trata de hacer en Colombia, escenarios diversos del derecho penal y de su uso privilegiado para la sanción y castigo de hechos masivos de violaciones de derechos humanos y del DIH.

Es menester por ello, crear e impulsar efectivamente un gran sistema de justicia transicional, donde sus componentes o los mecanismos de componen la triada, verdad, justicia y reparación, se complementen entre sí, sean interdependientes y que el peso del trabajo de ilustración de los hechos, no le competa exclusivamente al derecho penal. además, cuando intervenga el derecho penal, que está limitado no sólo por el paradigma que es una conquista histórica, de la responsabilidad individual, sino por los principios y por su propio carácter, se deben convertir estos límites en verdaderas fortalezas: el

⁹ *Ibíd.*, p. 123.

derecho penal deja de tener su centro de gravedad en el aspecto retributivo, y pasa a ser un laboratorio del construcción de relatos y de verdades que deben y tienen que servir para crear escenarios propicios para la no repetición de conductas. Así, más que el mero mensaje a los actores que cometieron las conductas, el mensaje es a toda la sociedad para que las conductas no se vuelvan a repetir. Es un “nunca más” desde el derecho penal mismo, sobre todo porque en todos los relatos, de casos macro, como los que hoy se ventilan en decisiones finales de justicia y paz, se concluye que no sólo actuaron los aparatos, sino que éstos han tenido vínculos, enlaces con cientos de funcionarios y civiles. Son espectros sociales completos que están involucrados y por eso el mensaje debe ser global para afianzar escenarios de no repetición y así crear también espacios proclives a la reconciliación.

III. ESTRATEGIA DE PRIORIZACIÓN CONTENIDA EN LA DIRECTIVA N° 001 DE 2012 DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Tal como se expuso desde un principio, con un hecho muy importante se ha pretendido dar cuenta de la actuación macrocriminal, y dar respuesta institucional a nuevos desafíos generados por dicha actuación sobre todo, referida a la comisión masiva de crímenes internacionales. Este hecho, es la estrategia de priorización impulsada por el actual fiscal general de la Nación y de sus equipos más próximos. Desde el mismo momento de su posesión como fiscal, Eduardo Montealegre, previó como una de sus tareas básicas, una reforma sustancial a la Fiscalía General de la Nación, sobre todo, en la forma de investigar y en la concepción misma que subyace a ella, particularmente, en lo referido, como se dice, a la gran actuación criminal.

Dicha estrategia, la necesidad de reformular de manera consistente la metodología de investigación, se concretó, en un primer momento, en la expedición de la Directiva N° 001 del 2012. Más tarde, se implementó una reforma estructural al ente acusador, se trató de una reforma de hondo calado, precisamente ubicada en el contexto general de la estrategia de priorización. En seguida se adelantarán referencias básicas sobre dicha estrategia, sobre su puesta en escena inicial, advirtiendo que se trata de una estrategia en consolidación que avanza y que ya se concreta en diversas providencias y debates judiciales. Como toda reforma esta es, ante todo, una reforma que exige un cambio de perspectiva y que es, sobre todo, cultural: ya no se investigan hechos meramente individuales y aislados, sino verdaderas estructuras y apartados. Se trata de crear

contextos, de una estrategia basada en la asociación de casos y, por ende, se inserta plenamente en la reflexión más sociológica que ha sido previamente referida.

1. Nociones centrales contenidas en la Directiva N° 001 de 2012 expedida por el fiscal general de la Nación

Un hecho debe reseñarse previamente. El autor de este escrito, como consultor de una fundación española que creó un observatorio internacional de la Ley de Justicia y Paz, ley que abrió el procedimiento especial de incorporación a la vida civil, de miembros de grupos paramilitares que habían cometido toda suerte de crímenes internacionales, se enfrentó a un hecho singular. Una fiscal que investigaba un aparato criminal, muy activo en el Norte de Colombia, con mucha angustia, comentaba lo siguiente: “Tengo más de cien casos ubicados, con numerosas víctimas y delitos. Tengo unos 20 casos documentados y me falta información sobre los otros. ¿Qué debo hacer? Sigo con los casos ya documentados o debo esperar años para avanzar con todos los casos que tengo? Las víctimas de los casos ya muy avanzados me presionan y las víctimas de los casos que faltan, también me presionan”.

Este hecho que se repetía en todos los fiscales, inducía a pensar que era necesaria una estrategia de reducción de complejidad, de priorización o de selección de caos, tal como lo han hecho, además, los todos los tribunales internacionales y en general los nacionales, expresa o implícitamente. En ese momento, para el año 2008, no era posible: cualquier forma de avanzar con procesos documentados y de priorizarlos mientras se buscaba información respecto de los otros, cualquier idea de centrar los esfuerzos en ciertos casos y ciertos responsables, era concebido como sinónimo de impunidad.

Se presionaba al sistema penal para que diera respuesta a cada uno de los casos ventilados y a cada hecho en particular. Más adelante, empero, ante el peso del principio de realidad y en razón a las circunstancias, fue calando la idea y la necesidad de tomar medidas urgentes. Además, el país se ilustró sobre el hecho de que en todos los tribunales internacionales, incluso en los órganos del sistema interamericano, se había seleccionado y se había priorizado. La estrategia de priorización, en el año 2012, llegó entonces en un momento propicio y frente a una realidad que no admitía ninguna vacilación. Pero no se trataba simplemente de adelantar una priorización errática y dependiente exclusivamente del operador de turno, se trataba de construirla con base en

criterios ponderados y razonables. Ello, trató de plasmarse en la directiva comentada y, luego, se ha ido depurando en el camino. De manera sintética entonces, pero que puede ser ilustrativa en el derecho comparado, se hará referencia a los aspectos más relevantes de la directiva.

Definición de criterio. Refiriéndose exclusivamente a la política de priorización, la directiva define “criterio” como un parámetro lógico puesto en funcionamiento para focalizar la acción investigativa de la Fiscalía General de la Nación hacia determinadas situaciones y casos. De forma semejante a la priorización en su aspecto operativo, la selección también estaría concebida con base en criterios que constituyen parámetros lógicos, que contienen los elementos materiales mínimos que un caso debe reunir para entender satisfecho los requerimientos especiales de jurisdicción o competencia. Pero el tema de la selección es más complejo, está más relacionado con lo que en sí mismo se va a investigar, la selección es por ello un umbral jurisdiccional, mientras que la priorización, está más relacionada con un orden en la investigación e ilustración de los casos. De otra parte, como se hará referencia a ello, propiamente en la fiscalía no existe selección sino priorización y la selección, está más referida al denominado Marco Jurídico para la Paz, que es el mecanismo concebido constitucionalmente para la aplicación de normas que propicien la desmovilización de actores armados en lógica transicional.

Clasificación de los criterios. De acuerdo con la directiva, en sede de priorización existen tres clases de criterios básicos: *el criterio objetivo, el criterio subjetivo, y el criterio complementario.*

- El criterio objetivo analiza los elementos de *gravedad y representatividad* del crimen, cada uno de los cuales se encuentra detallado por factores, que a su vez están divididos en sub-factores.
- El criterio subjetivo atiende a las calidades especiales del autor y de la víctima; el máximo responsable y la condición de vulnerabilidad de una víctima. Igualmente, los elementos de éste criterio están definidos por factores, y sub-factores.
- El criterio complementario incorpora consideraciones relacionadas con la disponibilidad de la prueba, la riqueza didáctica de un caso, su examen por un órgano internacional, entre otros. Se trata elementos adicionales que permiten establecer la priorización de casos.

Esta clasificación de criterios de priorización acogida por la directiva en tres categorías amplias, divididas en elementos, que a su vez están divididos y subdivididos, constituye uno de los tantos diseños que puede tener una política de selección y priorización de situaciones y casos. Es importante destacar la estructura lógica en forma deductiva (de lo general a lo particular) del diseño de la directiva: criterio-elemento-factor y sub-factor, la cual puede conservarse para el diseño del mecanismo de selección de casos, que como lo indica el acto legislativo, se refiere propiamente a criterios de selección.

2. Funcionamiento de los criterios de priorización

La Directiva N° 001 de 2012 establece el Comité de Priorización de Situaciones y Casos, como el órgano encargado de aplicar los criterios de priorización y de gestionar el nuevo sistema de investigación penal;¹⁰ éste cuenta con una Secretaría Técnica de carácter permanente, encargada de instrumentar y articular todas sus funciones, prestarle apoyo técnico y administrativo, y hacerle seguimiento de sus decisiones, entre otras funciones.¹¹

El nuevo sistema de priorización se desarrolla en tres niveles a través de los cuales se postulan al Comité las situaciones y los casos potencialmente priorizables para su aprobación y/o recomendación. Para adoptar una decisión sobre priorización, el Comité debe adelantar el denominando *test de priorización*, que está definido en la directiva

¹⁰ El Decreto 016 de 2014, por el cual se define y modifica la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía general de la Nación, crea los Comités de Priorización “encargados de ejecutar las políticas y estrategias definidas por el Fiscal General de la Nación, de adoptar el plan de priorización y proponer y decidir, cuando le sea asignada esta competencia, las situaciones y los casos priorizados.” Sobre esta nueva composición plural no se tiene mayor claridad, y su funcionamiento exacto al interior del nuevo sistema aún no se conoce, sin embargo, es claro que tendrá funciones similares a las del Comité de Priorización de Situaciones y Casos. Lo más probable es que el señor Fiscal General organizará estos nuevos comités de priorización para cumplir funciones a un nivel nacional o seccional, potenciando la implementación del sistema de priorización, haciéndolo más efectivo y aliviando el trabajo del Comité principal.

¹¹ El Comité de Priorización y de Situaciones y Casos está conformado por: 1. El Vicefiscal General de la Nación; 2. Un delegado del Vicefiscal General; 3. Director(a) Nacional de Fiscalías; 4 Director(a) Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación; 5. Fiscal Jefe de la Unidad de Fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia; 6. Fiscal Jefe de la Unidad Nacional de Análisis y Contextos y; 7. Jefe de la Secretaría Técnica.

como el “juicio que permite realizar una ponderación entre los diversos criterios de priorización a efectos de recomendar o decidir sobre una situación o caso”. La metodología para llevar a cabo este juicio consta de las siguientes etapas: (i) adelantar un análisis criminal previo que implique una asociación de casos para el hallazgo de patrones y de las situaciones potencialmente priorizables; (ii) aplicación de los criterios de priorización a la situación o caso potencialmente priorizable; y, (iii) de manera argumentada, adoptar la recomendación o decisión.¹²

En el primer nivel del sistema de priorización las situaciones o casos potencialmente priorizables pueden provenir de (i) la petición de cualquiera de los integrantes del Comité de Priorización de Situaciones y Casos, o (ii) de una petición ciudadana. En los dos eventos, las peticiones de priorización deben tener una sólida argumentación. Los casos priorizados en este primer nivel le son asignados a la Unidad Nacional de Análisis y Contextos de la Fiscalía (UNAC), la cual, a su vez también puede, según los señala el Decreto 016 de 2014, identificar y delimitar situaciones y casos susceptibles de ser priorizados y proponerlos ante el Comité. (Hoy, la UNAC ha pasado a ser la DINAC, que significa Dirección Nacional de Análisis y Contextos).

En el segundo y tercer nivel, además de las fuentes (i) y (ii) antes mencionadas, las situaciones o casos potencialmente priorizables pueden ser postulados por (iii) los planes de acción que debe presentar cada una de las Unidades Nacionales y Direcciones Seccionales al Comité para obtener su aprobación.¹³ De igual forma y, con mayor razón, en los planes de acción los motivos por los cuales se presenta una situación o caso susceptibles de priorización deben ser fuertemente argumentados.

Los planes de acción son el instrumento que permite dar aplicación transparente, racional y controlada al sistema de priorización. Las Unidades Nacionales y las Direcciones Seccionales solo pueden aplicar los criterios de priorización una vez el comité haya aprobado su respectivo plan de acción, cuyos puntos 1 y 2 coinciden con el *test de priorización*, y se añade un tercer punto sobre los métodos y las medidas administrativas a emplear para hacer efectiva la priorización. Así, el plan de acción debe

¹² Cfr. Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Análisis y Contextos, Informe de rendición de cuentas 2012-2013, Bogotá, 2013, p. 10.

¹³ El Decreto 016 de 2014 modifica la denominación de las Unidades Nacionales de Fiscalía llamándolas ahora Direcciones de Fiscalías Nacionales. No es un mero cambio nominativo sino que comporta una transformación estructural la cual, en todo caso, escapa al análisis del presente documento.

contener un cronograma específico para la ejecución de la política de priorización a través de metas, que deberán cumplirse dentro de la vigencia de este plan (el término de los planes de acción se extiende por un año). En todo caso, como la priorización de ninguna manera equivale a la renuncia de la acción penal, en relación con los casos no priorizados el plan de acción debe contener una previsión de las estrategias y planes a ejecutar en relación con dichos casos. El monitoreo y seguimiento de los planes de acción corresponde a la Secretaría Técnica del Comité de Priorización.

3. Metodología de investigación

Aunque un análisis detallado de las metodologías de investigación desborda el alcance del presente documento, es preciso hacer una breve alusión a éstas, habida cuenta de su importancia para las próximas discusiones en materia de selección de casos. De acuerdo con ello, la primera fase de trabajo se centra en la definición, caracterización y análisis estratégico de las problemáticas priorizadas. Dada la amplitud de las problemáticas, éstas son delimitadas en situaciones o casos como parte de la elaboración de contextos generales; la delimitación de situaciones o casos puede hacerse a través de análisis inductivo (de lo particular a lo general) o de análisis deductivo (de lo general a lo particular).¹⁴ El proceso inductivo parte del análisis concreto de un caso, a partir del cual se encuentran patrones comunes. Por su parte, el análisis deductivo se realiza con fundamento en unas temáticas de delimitación partiendo de la asociación de casos.¹⁵

Una vez definidas las situaciones o casos, e iniciada la construcción del contexto, en la segunda fase se continúa profundizando con esta labor. En este sentido, se aborda con mayor detalle el análisis de contextos y se trasciende la fase descriptiva, para

¹⁴ La Directiva N° 001 de 2012 define contexto como el “marco de referencia contentivo de aspectos esenciales, acerca de *a*) los elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares han colaboran en su realización. Debe igualmente comprender *b*) una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicaciones y mantenimiento de redes de apoyo, entre otros.”

¹⁵ Las temáticas de delimitación pueden ser de diferente índole, así, la problemática puede comprender, según el Informe presentado por la UNAC: “1. La violencia en una región determinada (Urabá o en Montes de María); 2. Un grupo de víctimas que comparten calidades similares (sindicalistas o miembros de la Unión Patriótica); 3. Conductas delictuales de un mismo tipo (reclutamiento de menores o violencia sexual en el conflicto armado) y; 4. Organización criminal (FARC-EP o algunas bandas criminales).”

identificar y enfocar la acción penal sobre los máximos responsables de las organizaciones, alianzas o redes criminales; de este modo se dirige la construcción de hipótesis investigativas y la elaboración de programas metodológicos de investigación. El proceso de creación de contextos tiene complejidades mayúsculas que necesariamente implican utilizar diversas herramientas, procedimientos y técnicas para hacer un estudio sistemático e interdisciplinario del delito.¹⁶

La tercera fase consiste en el planteamiento de la hipótesis para la investigación, con base en el contexto formulado. Esta etapa debe conducir principalmente a la formulación de imputaciones (u otras medidas penales) contra máximos responsables, identificados de acuerdo con el nivel que ocupan en la estructura de mando de la organización criminal o por la comisión de delitos particularmente notorios. Así, los contextos permiten organizar estratégicamente la investigación criminal de los fiscales y de la policía judicial, con el objeto de concentrar la persecución penal en los máximos responsables.

La cuarta y última fase se concreta en la etapa del juicio, en la cual los contextos elaborados en función de las imputaciones a los máximos responsable se ponen a prueba. De forma conjunta al material probatorio, los contextos se erigen como una herramienta adecuada para fortalecer las imputaciones penales. Si en la estrategia del caso se considera pertinente, eventualmente los analistas pueden participar como peritos o testigos expertos.

Hacia el año 2014, la hoy DINAC contaba con nueve equipos de trabajo temático que son: 1) Grupo de Investigación de las FARC-EP, 2) Grupo de Investigación de violencia antisindical, 3) Grupo de Investigación de violencia contra miembros de la Unión Patriótica, 4) Grupo de Investigación de Ejecuciones Extrajudiciales, 5) Grupo de Investigación de Urabá, 6) Grupo de Investigación de Contratación Estatal en Bogotá, 7) Grupo de Investigación de magnicidios, 8) Grupo de Investigación de Montes de María y 9) Grupo de Investigación de violencia cometida contra periodistas. Como se ve, se trata de una estrategia compleja, construida razonablemente y en plena evolución. A esta estrategia, debe agregarse, además, un hecho central hoy: la noción de contexto

¹⁶ Mientras los analistas trabajan en la elaboración de los contextos y de las organizaciones criminales, los fiscales y los investigadores de policía judicial empiezan la investigación preliminar de los procesos que se identificaron en la primera fase de trabajo. Igualmente, la participación de las víctimas resulta determinante para la construcción de los contextos.

ha sido presentada en un proyecto de reforma al sistema penal acusatorio, como prueba judicial. Así, dice, por ejemplo, el artículo 73 del proyecto de ley número 224 de 2015, por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de de 2004, de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones. Esta norma introduce un nuevo artículo que es el 207A:

“Otros métodos de investigación. En desarrollo de la labor investigativa podrán utilizarse metodologías y herramientas de las diferentes áreas del conocimiento para identificar y entender integralmente casos, situaciones, temáticas o fenómenos.

También podrán realizarse investigaciones en contexto, cuyo propósito es determinar los aspectos esenciales de orden geográfico, político, económico, histórico, cultural y social, en el cual se han perpetrado conductas punibles en el marco de un fenómeno delincencial, con el fin de identificar elementos de sistematicidad, patrones criminales, modus operandi, tendencias, entre otros. Los productos de estos análisis podrán ser introducidos de manera individual o mediante prueba de contexto”.

Así mismo, el mencionado proyecto de ley introduce todo un apartado dedicado a las pruebas de contexto, por ejemplo, el artículo 143 hace referencia expresa al contexto como prueba en el proceso penal:

“Prueba de contexto. Se entiende por prueba de contexto el resultado del análisis obtenido mediante la investigación de que trata el inciso 2° del artículo 207A. La prueba de contexto constituye un medio de conocimiento autónomo”.

IV. EL “MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ”: UN NUEVO ESFUERZO POR INCORPORAR ACTORES DE LA GUERRA AL PACTO SOCIAL REFORMULADO

Este instrumento complejo, contenido en el acto legislativo No. 01 de 2012, reformativo de la Constitución Política, introdujo en la Carta un marco de justicia transicional y excepcional, con definiciones en esta dinámica transicional y con diversos mecanismos para el tratamiento de los sujetos a los cuales se aplicará. Ello, sobre la base del proceso de paz en curso con las guerrillas de las FARC y, se espera, que a él se sumen las guerrillas, minoritarias pero activas, del denominado ELN.

Esta inclusión, tiene que ver también y por supuesto, con la incorporación de toda la sociedad y en especial, de las víctimas, muchas de ellas también, por tradición, excluidas del pacto social. Este mismo debe abrirse; por ello, no se trata de una inclusión meramente simbólica, sino real, que presupone siempre la propia ampliación del pacto social que aún está en proceso de construcción en Colombia. Los sujetos a quienes se les aplicará el Marco, son concebidos entonces como rebeldes o delincuentes

políticos, que también han cometido acciones terroristas en algunos casos, pero que no son concebidos en sí mismos como terroristas.

Hay una concepción general que acompaña el Marco, que constituye el *telos* real del acto legislativo: es un estatuto de inclusión al pacto social de actores, ligados a la violencia política y social que vive el país desde hace décadas. Dice así en su parte inicial el artículo transitorio 66, reformativo de la Carta Política.

“Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo”.¹⁷

El marco jurídico ha sido declarado constitucional en sus dos artículos. El primero, artículo 66 transitorio de la Carta Política, que introduce los aspectos centrales, y el artículo 67, que se refiere a la posible participación en política de antiguos combatientes, tendiéndose en cuenta, aquellos delitos conexos con el delito político (delito de rebelión).

Excede los límites de este escrito, ahondar en todos los temas del acto legislativo. Se hará solo relación a los aspectos centrales.

1. Sujetos de aplicación del marco

Como se ha dicho, el denominado “marco jurídico para la paz”, constituye un enorme esfuerzo de creación constitucional, elaborado con el propósito de ser aplicado a los actores de la guerra que, luego de un proceso de paz hoy en día en curso, se desmovilicen, desactiven sus máquinas de guerra, cumpliendo una serie de condiciones, como es la entrega de los menores, de personas secuestradas, de contribución a la verdad, etc. También se aplicaría a funcionarios públicos y agentes del Estado, como militares, policías y funcionarios civiles. Todos ellos comprometidos en la comisión de crímenes internacionales, siempre y cuando, reconozcan públicamente su responsabilidad y cumplan con todas las exigencias del marco. Estas, son, como establece el texto:

¹⁷ El acto legislativo completo, se puede consultar en el siguiente Link:

<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actoslegislativos/Documents/2012/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%20001%20DEL%2031%20DE%20JULIO%20DE%202012.pdf>

“En cualquier caso, el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”.

2. Selección de casos y máximos responsables

El Marco establece un filtro fundamental a través de la selección de casos que serán conocidos por el sistema judicial penal: se trata únicamente de casos en que estén comprometidos los máximos responsables por conductas que constituyen crímenes nucleares del derecho penal internacional. Dice así el artículo 66 transitorio reformativo de la Constitución, en su parte correspondiente:

“Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática...”.

Se observa entonces que la selección supone tanto las personas -que son los máximos responsables-, como los delitos que, como se ve, además, se les ha colocado la exigencia de que sean cometidos de manera sistemática. Este último punto puede entenderse, en el *telos* general de la norma, que constituyen una forma de elevar el umbral de exigencia para la selección, pues si no se tratara de delitos, incluso de crímenes de guerra, cometidos de *manera sistemática*, serían decenas de miles los casos posibles de selección, en razón a la cantidad de delitos cometidos. Ello, tanto más si la norma hace referencia a “todos” los delitos. Pero, este punto generó, en la sentencia de constitucionalidad de esta norma, una interpretación antitécnica, objeto de numerosas críticas.

Se trata de la sentencia C-579 de 2013 que será reseñada posteriormente, pero que se cita aquí en este contexto de crítica. La Corte Constitucional concibe esta sistematicidad exigida en la norma como el contexto material –conflicto armado-, que es propio de los crímenes de guerra. Parece asimilar, como contexto, a la sistematicidad propia de los delitos de lesa humanidad, la noción de conflicto armado, que es el contexto material exigido para los crímenes de guerra. De allí porqué, se crítica este hecho y se dice:

“La Corte equipara equivocadamente el significado de la expresión ‘cometidos sistemáticamente’ al elemento contextual material que caracteriza a los crímenes de guerra. Los crímenes de guerra

por definición son conductas ligadas a un conflicto armado; no requieren un patrón o línea de conducta, es decir, una práctica sistemática, tal como ocurre con los crímenes de lesa humanidad”.¹⁸

Ahora bien, los casos seleccionados son aquellos que serán investigados, juzgados, y sancionados por el sistema judicial penal y, en ese entendido, los sujetos de los mismos, podrán ser objeto de beneficios judiciales, como las penas alternativas, la suspensión parcial –no total– de la ejecución de la pena, y las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena. Igualmente, las sanciones extrajudiciales. Mientras que para los casos no seleccionados –que se entiende constituirán la mayor cantidad de casos que compromete a la población desmovilizada–, se autoriza la mediación de una comisión de la verdad, e incluso la renuncia a la persecución penal, mecanismos posibles de esclarecimiento de la verdad y también de atribución de responsabilidad individual no penal por su participación en el conflicto armado interno.

Precisamente, en esta dirección, se debe aclarar que una de las discusiones más ricas e interesantes en relación con el marco para la paz, tiene que ver justamente con los mecanismos alternativos a la mera sanción penal entendida siempre como la imposición de la pena carcelaria. Ha sido abierto un debate muy complejo en el país sobre penas alternativas, sanciones extrajudiciales, mecanismos de justicia restaurativa, fórmulas de *reparación transformadora* –concepto que se refiere a la posibilidad de aplicar mecanismos de reparación, más de *abajo hacia arriba*, donde prime el interés de la comunidad por la auténtica reconstrucción de tejido social, con una participación activa, tanto de sujetos de la guerra, como de las víctimas. Se espera, además, que como fruto de esta rica discusión, no sólo el sistema penal transicional aboque cambios en la concepción de las penas y del sentido mismo del derecho penal, sino que ello permee todo el sistema penal.

Hay que aclarar que el marco para la paz establece que, durante un periodo fundamental, que puede llegar a ser de diez años, el Congreso de la República debe dictar leyes de carácter estatutario, más exigentes y más complejas, en las cuales se

¹⁸ AMBOS Kai / ZULUAGA John, Análisis del fallo sobre el marco jurídico para la paz, en: *Ámbito jurídico*, 27 de enero de 2014. Este tema es retomado de manera detallada en el texto reseñado, dedicado al estudio de la sentencia, en los diversos puntos problemáticos, denominado, *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013*, publicado bajo la coordinación de AMBOS, por la editorial Temis de Colombia, la Fundación Konrad-Adenauer y el recién creado, CEDPAL, en Göttingen, y que reúne varios autores. En este caso particular, véase el aporte de COTE Gustavo / TARAPUÉS Diego, p. 251 y ss.

regulen todos aquellos temas derivados del marco, por ejemplo, la figura del máximo responsable, el carácter de los delitos de lesa humanidad, la participación política de ex combatientes, las penas alternativas, etc. Todo ello, además, como desarrollo e implementación del proceso de paz mismo que, se espera, llegue a un buen término.

Así, de manera general y como conclusión, se tiene que el marco jurídico está concebido en el contexto del conflicto armado interno, su gran contexto de aplicación es el derecho internacional humanitario y, además, por supuesto, una constelación de crímenes internacionales. En su posible aplicación hacia el futuro, será central toda la experiencia acumulada por el sistema penal en los años anteriores, lecciones aprendidas del proceso especial de Justicia y Paz, las reformas introducidas a la Fiscalía General y al sistema de investigación y será fundamental la construcción y enriquecimiento de categorías dogmáticas para la comprensión de las nuevas figuras que constituyen el nuevo lenguaje del derecho penal frente a la macrocriminalidad.

V. AVANCES ACTUALES DE NUEVAS ESTRATEGIAS DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DE ACTUACIONES MACROCRIMINALES

Tal como se indicó, los cambios principales en la estrategia de investigación y juzgamiento de fenómenos de macrocriminalidad, se ha venido decantando y desarrollando desde el año 2012. Hoy, ya el sistema penal cuenta con avances muy interesantes, así como debates intensos, respecto de la puesta en escena concreta de dicha estrategia. Hoy, existen sentencias complejísimas, con un número enorme de páginas que revelan hechos cometidos por aparatos, que se detienen en tipologías de delitos, que narran formas de acción que constituyen patrones de conductas, que buscan develar cadenas de mando, que se adentran en la investigación de los contextos. Se trata, por supuesto, de un camino muy complejo, con discusiones muy importantes sobre el valor de los contextos, etc. En este apartado, se reseñan aspectos relevantes de estas nuevas decisiones, para ilustrar cómo, desde una discusión general sobre cómo debe ser la reacción estatal frente a la macrocriminalidad, con el impulso a nuevas estrategias de investigación, estos esfuerzos, que requerirán años de depuración, se van consolidando y produciendo resultados.

En el curso de los procedimientos penales de justicia transicional en Colombia (el proceso penal especial de Justicia y Paz) se han presentado intensos debates entre jueces

y fiscales que giran en torno a cómo identificar adecuadamente los patrones de macrocriminalidad atribuibles a las organizaciones armadas ilegales. Pero es un tema por supuesto transversal a la dilucidación de hecho criminales también cometidos por funcionarios públicos.

La alusión a “delitos de sistema”, es decir, a delitos realizados por sistemas criminales –grupos armados irregulares, para el caso del conflicto interno colombiano–,¹⁹ hace referencia a crímenes realizados por organizaciones de personas que disponen de amplios recursos y medios logísticos, signados por cadenas de mando definidas, cuya operación funciona con división de trabajo en complejos esquemas de implementación y estructura: fases de planeación asumida por los dirigentes (fijación de planes y políticas criminales), y fases de ejecución encargada a miembros subordinados que cuentan con acceso restringido a la información.²⁰

La rigidez y delimitación de la estructura, su capacidad de resistencia frente a los ataques, la obediencia y el mando efectivo sobre la tropa, los niveles de organización y control en los territorios, son algunas de las características que permiten distinguir los fenómenos de macrocriminalidad, de meras expresiones del crimen organizado, como las bandas dedicadas exclusivamente al narcotráfico, al sicariato o a crímenes transnacionales. Ello, por supuesto, con el matiz de que en muchos casos estas formas de actuación se mezclan y confunden con las de los grandes aparatos.²¹

¹⁹ Por criminalidad de sistema puede entenderse una situación en la cual entidades colectivas (sea el Estado, organizaciones paramilitares o grupos rebeldes alzados en armas) ordenan e incitan, o permiten y toleran la comisión de crímenes internacionales. Estos crímenes “sirven a los fines del sistema, y son causados por el mismo sistema”. El sistema puede definirse como el conjunto de personas y cosas, organizadas y conectadas entre sí con un propósito común que moviliza su actuación en forma de un todo. Ver., NOLLKAEMPER André Y VAN DER WILT Harmen (editores), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, New York, 2009, pp. 1-25.

²⁰ Ver, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Iniciativas de persecución penal*, publicado en: Michael REED (editor), *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado*, Serie Justicia Transicional, ICTJ, Bogotá, 2008, p. 31. En el mismo sentido, MARTÍNEZ David, *Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación*, ICTJ, junio 2014, p. 19.

²¹ Además de lo ya expuesto en el primera apartado de este escrito, Kai AMBOS propone el concepto de *macrocriminalidad política* en sentido amplio para extender a las organizaciones armadas no estatales un matiz analógico de estatalidad que las diferencia de otras formas de crimen organizado. En este sentido, la

El esclarecimiento de los patrones de macrocriminalidad es uno de los objetivos esenciales de la tarea que hoy se impone el sistema penal, en cuanto permite reconstruir una imagen abstracta, una especie de mapa comprensivo, acerca de las formas delincuenciales empleadas de manera privilegiada, en el espacio y el tiempo, por aparatos organizados en desarrollo de sus planes y políticas de victimización. Luego de esa fotografía más global y comprensiva, se van decantando los hechos concretos. De la vasta pluralidad de delitos perpetrados por estas estructuras, se busca discernir, clasificar y establecer, a través de enunciados sociológicos, los motivos, prácticas, estrategias y modos preferentes de victimización programada. Tal como se ha expuesto en el primer apartado de este trabajo, la noción de macrocriminalidad ya no es un asunto puramente discursivo, halla fundamento también en nuevas estructuras normativas. Así, por ejemplo, según la definición normativa, por patrón de macrocriminalidad debe entenderse:

“el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos. La identificación del patrón de macrocriminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables del desarrollo o realización de un plan criminal y contribuye a develar la estructura y modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación”.²²

Según lo establece la misma fuente normativa, la constatación de la existencia de patrones de macrocriminalidad, debe adelantarse tomando en cuenta los tipos de delitos más característicos en naturaleza y número; los fines generales, *modus operandi*, redes de apoyo y mecanismos de financiación de la organización, así como las motivaciones políticas, económicas, ideológicas de la victimización o su relación con factores de edad, raza, género, etnia, o discapacidad, entre otras situaciones relevantes. Adicionalmente, el análisis de la naturaleza y el número de los delitos para el esclarecimiento de patrones debe adelantarse con base en muestras cualitativas y

estructura de macrocriminalidad adquiere el estatus de base para la imputación penal de crímenes internacionales. Ver, Kai AMBOS, La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática, Editorial Temis y Fundación Konrad-Adenauer, entre otras, Montevideo, 2005, pp. 44-48. Como se ve, este supuesto, está relacionado directamente con lo reseñado sobre los aportes de JÄGER, particularmente sobre su pregunta por la criminalización de la política.

²² Artículo 16 del Decreto 3011 de 2013.

cuantitativas de los delitos más característicos que sean estudiadas a la luz de medios estadísticos.²³

No debe pasarse por alto que el ejercicio de identificar patrones de macrocriminalidad es funcional para la obtención de los siguientes fines: (i) establecer la responsabilidad penal de los integrantes de las organizaciones armadas por crímenes internacionales, especialmente en el caso de los delitos de omisión, (ii) adelantar el juicio de adecuación típica del delito según corresponda a una grave violación a los derechos humanos o grave infracción al derecho internacional humanitario, (iii) ofrecer garantías de no repetición y de efectivo enjuiciamiento y sanción, (iv) además de que permite afinar las estrategias de reparación colectiva.²⁴

Ahora bien, dadas estas premisas normativas y conceptuales, debe aclararse que, en un primer momento de implementación de la reforma, tramitados en la jurisdicción especial de Justicia y Paz, los patrones presentados por los fiscales en un significativo número de casos no han logrado acceder a la aprobación judicial de la magistratura. Diversas críticas han sido formuladas por la judicatura que conminan a los fiscales para que adelanten la presentación de los patrones de una manera más detallada, pormenorizada y rigurosa, evitando las indebidas generalizaciones. No es menor el llamado de la judicatura en ese sentido, pues si se acogen los patrones exhibidos en un macroproceso (o proceso priorizado contra los dirigentes de una estructura), habrá tránsito a cosa juzgada y se abrirá la posibilidad de dictar sentencias anticipadas en contra de los postulados de menor rango de la misma organización que confiesen delitos subsumibles en tales patrones.²⁵ En todo caso, se está produciendo un diálogo intenso entre fiscales y jueces que están haciendo verdadera sociología y construyendo relatos complejíssimos que deben servir al país y a su memoria.

En cualquier caso, si el patrón es deficiente o incorrectamente establecido, los esfuerzos de judicialización de las conductas no serán satisfactorios en términos del esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido en el conflicto armado interno. Pero es, como se dice, un esfuerzo de depuración conceptual que va en curso.

²³ Artículo 17 del Decreto 3011 de 2013.

²⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia condenatoria contra Triana Mahecha Arnubio, alias “Botalón”, entre otros, 14 de diciembre de 2014, radicado n° 11001-22-52000-2014-00058-00, MP: Eduardo Castellanos, párr. 746.

²⁵ Artículo 18 de la Ley 1592 de 2012.

Entre las objeciones más recurrentes se encuentra la formulación de patrones con base en la agrupación de delitos según tipos penales, dejando de lado los macro elementos de las diversas prácticas y conductas. Así, sería improcedente declarar que todos los desplazamientos forzados, las desapariciones, los homicidios, las torturas, etc., tuvieron lugar de forma unívoca, siguiendo un único *modus operandi* y práctica de ejecución, frente a un supuesto universo homogéneo de víctimas. En varios casos no se han incluido la descripción específica de las motivaciones que impulsaron la victimización de individuos pertenecientes a ciertas poblaciones, como lo fueron los indígenas, afrodescendientes, campesinos, sindicatos, líderes sociales, funcionarios públicos, periodistas, etc.

No obstante, en otras providencias, hoy muy importantes, se ha tratado de establecer tipologías de delitos muy sensibles. Por ejemplo, en el caso del desplazamiento forzado, se dice:

“(i) El primer tipo se denominó como “consecuencial” ya que muchos hechos ocurrieron de manera indirecta a la acción de los paramilitares, es decir, no dependieron de la manifestación expresa de un integrante de las ABC para cometer el delito; por ejemplo, las personas tomaron la decisión de abandonar el territorio sin que un integrante del grupo paramilitar lo haya amenazado de manera directa y le haya puesto un límite temporal de salida. En este tipo de casos, los desplazamientos ocurrieron porque las víctimas sintieron miedo de morir en eventuales enfrentamientos armados entre el Ejército, la guerrilla y las ABC, o porque sintieron miedo de que sus hijos fueran reclutados de forma ilícita en un futuro por los paramilitares”.

Estos casos son más cercanos, desde el punto de vista de la imputación, a hechos que deben ser imputados con base en el dolo eventual. De hecho, corresponde a una gran mayoría de casos desde el punto de vista fáctico. Avanza la Sala de Justicia y Paz:

“(ii) El segundo tipo de casos de desplazamiento forzado se puede denominar como “estratégico”, pues los integrantes de las ABC, mediante amenaza directa, les ordenaban a las víctimas que abandonaran el territorio, con el fin de cumplir con una “política del grupo”. En estos casos, también se les imponía a las víctimas un tiempo de salida del territorio. En ese orden de ideas, la Sala identificó en las ABC “tres políticas de grupo”: (a) minar el apoyo social a la subversión; (b) avanzar en el control del territorio; y (c) evitar la persecución de los organismos estatales. Así, el desplazamiento forzado de tipo estratégico ocurrió cuando una persona era familiar de un presunto auxiliador de la guerrilla (se busca minar el “apoyo” social a la subversión), cuando pertenecían a una red política que estaba estigmatizada por los paramilitares (minar apoyo social a la subversión) o cuando las víctimas habían sido testigos en la comisión de otro delito (evitar la persecución de los organismos estatales mediante la neutralización de personas que puedan contribuir con evidencia judicial)”.

Así, como se dice, el sistema penal avanza en la definición de tipología, de patrones, de modelos de conductas que permitan o propicien mejores y más acertadas fórmulas de imputación de conductas. Incluso ello es muy importante frente a la tarea de alcanzar medidas de satisfacción; así, es necesario sustentar probatoriamente con

fuentes adicionales las causas de los fenómenos de victimización en contra de ciertos grupos, pues de acuerdo, por ejemplo, con la versión de los desmovilizados de autodefensas, los ataques fueron justificados indistintamente por tratarse de “colaboradores o auxiliares” de la guerrilla, lo cual contradice los mandatos de dignificación y esclarecimiento de la verdad que informan a esta jurisdicción especial. En últimas, se solicita establecer los móviles políticos, ideológicos, o económicos de la victimización, y el vínculo con los beneficios que tales atrocidades reportaban con agentes y sectores de la vida civil.²⁶

Como se deduce de esta breve reseña, pues un trabajo en detalle de cada aspecto de las sentencias mencionadas excede los límites de este escrito, el sistema penal colombiano, en lógica transicional pero, en general, respecto de la tarea de persecución penal nacional de crímenes internacionales, avanza en el desarrollo de metodologías novedosas y de acuerdo con pautas más coherente frente a las exigencias de lucha contra la macrocriminalidad. Al mismo tiempo, todo el sistema penal avanza en reconceptualizaciones, en nuevas definiciones, en aproximaciones dogmáticas más consecuentes. Se trata de un trabajo intenso, con grandes limitaciones, pero con numerosos agentes y operadores decididos que laboran en la construcción de estas nuevas pautas. Colombia es así, un laboratorio intenso de trabajo que puede aportar al mundo no sólo sus perplejidades, sino igualmente sus logros y avances.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS Kai, La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática, Editorial Temis y Fundación Konrad-Adenauer, entre otras, Montevideo, 2005.

AMBOS Kai / ZULUAGA JHON, Análisis del fallo sobre el marco jurídico para la paz, en: *Ámbito jurídico*, 27 de enero de 2014.

AMBOS Kai / ZULUAGA JHON, Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013, Editorial Temis y Fundación Konrad-Adenauer, Bogotá, 2014.

²⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia condenatoria contra Luis Cifuentes Eduardo, alias “El Águila”, entre otros, 1 de septiembre de 2014, radicado nº 11001-22-52000-2014-00019-00, MP: Eduardo Castellanos, párr. 1025-1033.

MARTÍNEZ David, Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación, ICTJ, junio 2014.

JÄGER HERBERT, Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, Frankfurt, 1989.

JÄGER HERBERT, Ist Politik kriminalisierbar?, en: Klaus Lüderssen, Augeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Band III, Makrodelinquenz, Nomos, Baden-Baden, 1998.

LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, en: ZStW 106 (1994), cuaderno 4.

NOLLKAEMPER André / VAN DER WILT Harmen (editores), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, New York, 2009.

PRITTVITZ, Cornelius Einleitung en: Klaus Lüderssen, Augeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Band III, Makrodelinquenz, Nomos, Baden-Baden, 1998.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia condenatoria contra Arnubio Triana Mahecha, alias “Botalón”, entre otros, 14 de diciembre de 2014, radicado n° 11001-22-52000-2014-00058-00, MP: Eduardo Castellanos.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia condenatoria contra Luis Eduardo Cifuentes, alias “El Aguila”, entre otros, 1 de septiembre de 2014, radicado n° 11001-22-52000-2014-00019-00, MP: Eduardo Castellanos.

FORMAS DE CODELINCUENCIA: ORGANIZACIÓN CRIMINAL, GRUPO CRIMINAL, ASOCIACIÓN ILÍCITA Y COAUTORÍA. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN CON EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.

ALFONSO ALLUÉ FUENTES

Juez Sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

Correo electrónico: alfonso.allue@gmail.com

I. El punto de partida que debe preceder a las consideraciones que seguirán viene dado necesariamente por la regulación legal de los delitos de pertenencia a organización y a grupo criminal y el de asociación ilícita. En el artículo 570 bis.1 del Código Penal se define la “organización criminal” en estos términos:

“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”.

El “grupo criminal” se tipifica en el artículo 570 ter.1 como “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o alguna de las características 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”.

Y las “asociaciones ilícitas” se describen en el artículo 515.1º como “las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada”.

Sobre esta base legal, conviene determinar las notas características de la delincuencia organizada, observando las diferencias entre las figuras descritas y las notas comunes que pueden unirlas, así como la naturaleza jurídica de estos delitos.

II. Con carácter general, las organizaciones y los grupos criminales obedecen al fenómeno de la criminalidad organizada, que destaca tanto por la existencia de una pluralidad de personas y los delitos que cometen, como por la forma en que dichas personas

se estructuran y realizan la actividad delictiva, lo que nos permite apuntar las siguientes notas esenciales de la criminalidad organizada¹:

- *Objetivos comunes*, que suelen dirigirse a la obtención de lucro ilícito, para lo cual se despliegan actividades mediatas como la protección de sus miembros, las alianzas con otros grupos o la obtención de grados de poder.

- *División de funciones*, a través de la profesionalización o especialización de los miembros y de la mayor eficacia de la organización.

- *Estructura*, entendida como el ensamblaje de la organización – bien vertical (jerárquico), bien horizontal -, con normas o códigos de actuación y conducta asumidos por el grupo, lo que le otorga una permanencia en el tiempo para facilitar la coordinación de las actividades delictivas.

- *Sistema de toma de decisiones* – que puede ser jerárquico, centralizado o reticular – en conexión flexible con otras estructuras de toma de decisiones relacionadas con la estructura superior.

- *Cohesión entre sus miembros*, merced al interés por conseguir los objetivos o a un componente ideológico o étnico.

- *Relaciones con el medio exterior*, bien mediante el empleo de la violencia para conseguir sus fines, bien aprovechando las debilidades del sistema económico o social.

- *Tendencia a la autoconservación* antes que a la renovación de sus miembros, en el entendimiento de que cuanto mayor sea la complejidad de la organización mayor será su capacidad de permanencia para mantener los objetivos.

III. Las organizaciones y grupos criminales fueron introducidos en el Código Penal a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, en el ámbito de los delitos contra el orden público. Ciñéndonos aquí a la “organización criminal”, ya definida, son sus elementos caracterizadores, según se desprende del artículo 570 bis.1, la pluralidad de personas (más de dos), la estabilidad en el tiempo, el reparto de funciones entre sus componentes y el fin delictivo o la perpetración reiterada de faltas. Ahora bien, subsistiendo tras la mencionada reforma el delito de asociación ilícita – particularmente el definido en el artículo 515.1º -, conviene precisar igualmente sus notas esenciales, que según la STS 415/2005, de 23 de Marzo, son: a) una pluralidad de personas; b) la existencia de una

¹ LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales (I)”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 3, 2011, págs. 2-3.

organización más o menos compleja; c) un acuerdo asociativo duradero y no puramente transitorio; y d) la finalidad de cometer delitos.

Por tanto, son elementos comunes a ambos tipos penales la pluralidad de personas, la organización, la permanencia y la finalidad delictiva. Sin embargo, se pueden advertir al menos dos criterios de distinción para diferenciar entre la organización criminal y la asociación ilícita²:

- Desde el punto de vista de la ubicación sistemática en el Código, las organizaciones criminales se encuentran en los delitos contra el orden público (Título XXII), en tanto que las asociaciones ilícitas se enmarcan entre los delitos contra la Constitución (Título XXI), lo que expresa la diversidad de bienes jurídicos protegidos: el orden público respecto de las organizaciones criminales y el recto ejercicio del derecho constitucional de asociación en el delito de asociación ilícita.

- Un segundo criterio diferenciador lo suministra el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, donde tras reconocer que el delito de asociación ilícita no basta para dar respuesta adecuada a los diferentes casos de agrupaciones y organizaciones criminales, afirma que las organizaciones y los grupos no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza delictiva carentes de forma o de apariencia jurídica, o en ocasiones dotadas de ella, con el exclusivo propósito de ocultar sus actividades y obtener la impunidad.

Sin embargo, se ha criticado este planteamiento del Preámbulo en el sentido de que no es correcto afirmar que dentro de las asociaciones ilícitas de objeto delictivo sólo quepan aquellas agrupaciones que se constituyen y presentan con cierta apariencia jurídica, o en las que los componentes tienen vínculos que van más allá del propiamente delictivo, lo que invalidaría a esta modalidad delictiva para contemplar a las “verdaderas” organizaciones criminales, ilícitas desde el principio, en el entendimiento de que tampoco las definiciones doctrinales y jurisprudenciales de asociación criminal han reclamado nunca como requisito necesario para considerarlas delictivas apariencia de legalidad alguna en su constitución o imagen externa. Por tanto, las asociaciones ilícitas son las originariamente delictivas cualquiera que sea su forma de constitución, desde una simple banda de malhechores hasta una sociedad de inversiones cuyo objeto consiste en el blanqueo de capitales³.

² LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal (...)”, op. cit., págs. 7-8.

³ GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma”, *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012, págs. 24-25.

A pesar de ello, en realidad no están claros los perfiles delimitadores de ambas figuras, lo que obliga, dando un paso más, a atender a la naturaleza de los delitos cometidos o promovidos por la asociación, cuyo fin último no es la obtención de un ilícito beneficio sino la subversión política (vía delitos contra la Constitución o contra el orden público), reservando las organizaciones criminales para los demás tipos de delincuencia, sin perjuicio de que corresponde al legislador la introducción del correspondiente elemento clarificador de los contornos de estas dos formas de codelincuencia⁴.

IV. Observando la regulación del Código Penal, el artículo 570 ter.1 configura el “grupo criminal” por exclusión de las características que definen la organización, posibilitando su punición sin necesidad de que concurren estabilidad, coordinación o distribución de funciones, siendo en cambio imprescindible que existan al menos tres personas concertadas para la comisión de delitos o de faltas reiteradas. Esta dicción legal obliga a poner en relación el grupo criminal con los supuestos de coautoría, toda vez que según el artículo 28 del Código Penal son autores, entre otros, quienes realizan conjuntamente un hecho delictivo. Aparece por tanto la coautoría cuando varias personas, puestas de común acuerdo, participan en la ejecución de un hecho típico, lo cual requiere la existencia de una decisión conjunta y de un dominio funcional del hecho en todos los copartícipes, con aportaciones al hecho durante la fase ejecutiva del delito.

Esta realidad conlleva el abordaje de la diferenciación entre la mera coautoría y el grupo criminal, puesto que surge el planteamiento consistente en precisar si siempre que tres o más personas se conciertan para cometer delitos, y los cometen, además de la pena correspondiente a la infracción realizada debe también imponerse la correlativa al grupo organizado.

En la jurisprudencia se admite la denominada “coautoría aditiva” (también conocida como adhesiva o sucesiva), cuyos elementos son los siguientes:

- Que una persona haya dado comienzo a la ejecución de un delito.
- Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero, uniéndose con fines de consumación a la ejecución iniciada por aquél.
- Que los intervinientes posteriores ratifiquen lo ya realizado por el primero aprovechando la situación previa creada por éste, no bastando con el simple conocimiento de lo ya ejecutado.

⁴ LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal (...)”, op. cit., pág. 8.

- Que al tiempo de acoplarse a los actos iniciados no se hubiese producido la consumación del delito.

Como primera aproximación, hay que excluir del concepto de “grupo criminal” los supuestos de coautoría aditiva, en los que no existe un acuerdo previo para delinquir, así como los casos de simultaneidad entre la idea criminal y la ejecución del hecho, en los cuales el acuerdo se identifica con la coincidencia de voluntades de los partícipes, que comparten un mismo dolo. Al efecto de encontrar las diferencias entre el grupo organizado y la coautoría, el artículo 570 ter.1 señala las tres notas propias de aquél: unión de más de dos personas; ausencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal; y la finalidad de perpetración concertada de delitos o de comisión concertada y reiterada de faltas. A partir de aquí podemos advertir en qué se distinguen uno y otra⁵:

- Respecto del primer elemento (*unión de más de dos personas*), el grupo criminal excluye la coautoría aditiva cuando existe un vínculo o unión entre los integrantes, más allá de coincidencia de una mera coincidencia de personas, al requerir la creación de un grupo como se desprende de los verbos nucleares “constituir, financiar o integrar”. La coautoría se constituye con al menos tres personas con un mismo designio criminal, en tanto que el grupo precisa de un soporte o una base superior a la simple coincidencia (nótese que el art. 570 quáter.1 prevé como consecuencia accesoria la disolución del grupo, lo que carece de sentido en el caso de la coautoría como mera coincidencia de personas que deciden cometer el delito).

- Respecto del segundo elemento (*ausencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal*), ha de observarse que el legislador no configura el grupo criminal sobre la base de la falta de alguna o de todas las características de la organización criminal, sino que basta con la ausencia de “alguna o algunas” de ellas, por lo que es suficiente a efectos de la constitución de un grupo criminal que haya o una unión estable, o una coordinación aunque no sea jerárquica, o una distribución de funciones en la ejecución del hecho, y a partir de aquí se posibilita la distinción entre el grupo criminal y la coautoría.

- Respecto del tercer elemento (*finalidad de perpetración concertada de delitos o de comisión concertada y reiterada de faltas*), aunque la dicción legal sólo contempla la reiteración en la comisión de faltas, la referencia a “delitos” excede de que se trate de la comisión de un delito aislado entre varias personas - lo que determinaría un supuesto de

⁵ LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal (...)”, op. cit., págs. 10-11.

coautoría -, desembocando en la constitución de un grupo para la perpetración de una pluralidad de delitos.

Acerca de este elemento se ha criticado el “paroxismo punitivo” del legislador, en el sentido de que no sólo no ha establecido una limitación para reservar los delitos propios de la delincuencia organizada a los de naturaleza grave (los castigados con pena de prisión superior a cinco años), sino que además extiende la punición hasta comprender también las faltas, contemplando el castigo de cualquier delito, con independencia de su pena, y el de cualquier falta siempre que sea reiteradamente, desfigurando así el sentido propio de la criminalidad organizada y de la intervención penal ante la misma⁶.

V. La aparente simplicidad con la que el Código regula el “grupo criminal” – mediante el mecanismo negativo de la exclusión parcial de las notas propias de la “organización criminal”– no debe derivar en asimilarlo a la coautoría.

A propósito del “grupo” la jurisprudencia entiende, en principio, que se trata de una agrupación de carácter menor, que no reúne de forma clara los requisitos de la organización criminal⁷, constituyendo las agrupaciones “formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes” (STS 544/2012, de 02 de Julio), contraponiéndose en la SAP de Barcelona 53/2013, de 02 de Enero, las agrupaciones “con sólida estructura y organización” a “aquellas otras que no reúnen tales notas e incluso pueden ser transitorias”, siendo estas últimas, según dicha resolución, “agrupaciones criminales menores que desarrollan una delincuencia en grupo sin vocación de permanencia ni estructura estable”.

Tomando en cuenta lo anterior, cuando un delito se comete por más de dos personas que no conforman una unión estable y carecen de coordinación en su acción y de reparto de tareas, el hecho habrá de ser castigado a través de la coautoría o de las otras formas de participación delictiva, conforme a los artículos 28 y 29 del Código Penal. Y si el delito no llega a perpetrarse ni se realizan actos típicos, la punición habrá de resolverse mediante la conspiración, la proposición o la provocación (artículos 17 y 18 del Código Penal) en los supuestos legalmente previstos, sin necesidad de acudir a la figura del “grupo criminal”.

⁶ GONZÁLEZ RUS, J.J., “La criminalidad organizada (...)”, op. cit., pág. 18.

⁷ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIV, 2014, pág. 533.

Vemos así que el “grupo criminal” recibe un doble tratamiento negativo, por cuanto el mismo no solamente es lo que no es organización criminal, sino que también es lo que no es codelinuencia⁸. En esta consideración, la STS 309/2013, de 01 de Abril, establece que la codelinuencia se aprecia “en los casos de agrupaciones o uniones de sólo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito”, lo que nos permite concluir que reuniéndose únicamente dos personas, es indiferente que el concierto criminal se dirija a la comisión de uno o más delitos, ya que estaremos siempre ante un supuesto de codelinuencia; si se reúnen al menos tres personas, la finalidad de comisión de un solo delito integraría también la codelinuencia, y si su propósito fuese cometer más de uno o faltas reiteradas, entonces se trataría de un grupo criminal⁹.

Por su parte, la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, tras enumerar las características propias de la delincuencia organizada en términos similares a los ya expuestos (concretamente: acuerdo de voluntades, programación de un proyecto o plan delictivo, una cierta continuidad temporal o durabilidad, distribución de cometidos o tareas entre sus componentes, mínima estructura con coordinación de la actividad y disponibilidad de medios para su propósito criminal), hace un llamamiento a los fiscales en el sentido de que “valorarán para determinar la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelinuencia y de coparticipación, la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por el *modus operandi* y los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenda la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros”.

VI. Una vez estudiadas las diferencias, y hasta cierto punto las semejanzas, entre la organización criminal, el grupo criminal y la coautoría, resulta útil abordar la naturaleza jurídica de los delitos de organización y grupo criminal, así como observar las diferencias existentes entre “organización y grupo criminal” y “conspiración para delinquir”.

Comenzando por la naturaleza de los delitos de organización y grupo criminal¹⁰, aparecen como *tipos independientes* de los delitos que se cometen en el ámbito de dichas

⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de pertenencia (...)”, op. cit., págs. 534-535.

⁹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de pertenencia (...)”, op. cit., pág. 535.

¹⁰ LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales (II)”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1, 2011, págs. 2-3.

estructuras, lo que supone la concurrencia de dos injustos penales diferentes: el de organización o grupo criminal y el delito cometido o intentado.

Además, los delitos de organización y grupo criminal son delitos tanto de peligro abstracto como de peligro concreto: de *peligro abstracto* respecto del bien jurídico protegido y de los delitos medio para la consecución de sus fines, y de *peligro concreto* en cuanto a los delitos programados por la actividad criminal.

También se caracterizan por ser *delitos de aptitud*, por cuanto el legislador no tipifica un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para poner en peligro el bien jurídico protegido, es decir, que la situación de concreto peligro no es un elemento del tipo, siéndolo en cambio la idoneidad del comportamiento para ocasionar dicho peligro.

Por otro lado, se trata de *delitos de mera actividad y permanentes* que se extienden desde el momento del ingreso del agente en la organización o grupo hasta que se produce su apartamiento, apareciendo una consumación ininterrumpida hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio delictivo a cuya vida contribuía, persistiendo mientras tanto en la renovación de la conducta antijurídica. El carácter permanente subsiste mientras el autor consienta su adscripción a la estructura criminal, sin que para ello el tipo penal exija la realización de una actividad determinada, porque como ya se ha indicado las concretas acciones llevadas a cabo por los miembros de la organización o grupo son infracciones autónomas, independientes del delito de pertenencia a aquéllos.

Sin perjuicio de las anteriores características, no basta con la existencia de un sustrato subjetivo o voluntad de pertenencia a la organización o grupo, sino que junto a dicho elemento ha de concurrir, como aspecto material u objetivo, la realización o posibilidad de realización de actividades para los mismos en orden a alcanzar su designio criminal, en el entendimiento de que se extingue el delito cuando se pone fin a la permanencia en la organización por diversos motivos: cese o apartamiento voluntario, expulsión o fuerza mayor (como la condena por dicho delito), situaciones que rompen la situación delictiva previa. No obstante, es posible que una misma persona pertenezca simultánea o sucesivamente a más de una organización o grupo, pudiendo ser castigada como autora de más de un delito de pertenencia a organización o grupo criminal.

VII. Como antes se apuntó, conviene también observar las diferencias existentes entre “organización y grupo criminal” y “conspiración para delinquir”, que podemos sintetizar como sigue¹¹:

- En la conspiración bastan dos personas concertadas para la ejecución del delito; en la organización o grupo han de concurrir al menos tres personas.

- La conspiración (como la proposición y la provocación) sólo se castiga en relación con terminados delitos graves cuando así lo prevé el Código; la organización o grupo se castiga para todo tipo de delitos, incluida la comisión reiterada de faltas.

- La penalidad de la conspiración es siempre inferior en uno o dos grados a la pena prevista para el delito consumado; la organización o grupo tienen una pena autónoma cuya mayor o menor gravedad depende de la que, a su vez, se atribuya por la ley al delito que sea objeto o fin de la organización o grupo, así como del grado de participación de sus integrantes.

- La conspiración solamente se castiga cuando el delito aún no ha llegado a la fase de ejecución o consumación, quedando absorbida por la pena del delito intentado o consumado si finalmente se pasa a la ejecución o el delito se consuma; la organización o grupo conservan su autonomía respecto del delito que se cometa a través de ellos, lo que provoca situaciones concursales no siempre fáciles de resolver cuyo estudio excedería de la finalidad de esta comunicación.

VIII. Sentados los anteriores conceptos, y con la finalidad de observar su aplicación a supuestos concretos, puede resultar de utilidad el tratamiento que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se desarrolla sobre la delincuencia organizada, la coautoría y la conspiración en el ámbito del tráfico de drogas, aprovechando los subtipos agravados introducidos en los artículos 369.1.2^a (participar en otras actividades organizadas) y 369 bis (pertenencia a organización delictiva) del Código Penal, por la reforma del mismo a través de la Ley Orgánica 5/2010:

IX. La STS 309/2013, de 01 de Abril, aborda la diferenciación entre codeincuencia, grupo criminal y organización criminal, en el supuesto de pluralidad de sujetos activos. Expone la sentencia que la “organización criminal” se caracteriza por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad.

¹¹ LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal (...)”, op. cit., págs. 3-4.

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

Seguidamente la sentencia distingue entre grupo criminal y los casos de mera codelincuencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera sólo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible advertir la presencia de un grupo criminal, concluyendo que se está ante la codelincuencia en los casos de agrupaciones o uniones de sólo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

En el caso concreto analizado en la resolución se declara probado que el recurrente vendía sustancias estupefacientes que le guardaba el coacusado Luis en un piso; que cuando se iba de viaje a su país de origen le sustituía en esa clase de transacciones el coacusado Juan, quien también recogía la droga en el citado piso; que entre febrero y noviembre de 2011, reclutaron a otras personas para que transportaran droga hasta España, hechos por los que se siguen piezas separadas; que en ocasiones utilizaban para sus transacciones de cocaína al coacusado Luis, quien además los tenía como proveedores; que cambiaron el almacén de la droga del piso antes mencionado a una habitación en la vivienda de la madre de Luis que aquella alquiló a Juan; y que el tráfico de drogas constituía su actividad habitual y su único medio de vida.

Sobre esta base fáctica resulta la concurrencia de los elementos consistentes en la agrupación o unión de más de dos personas con la finalidad de cometer delitos en forma concertada. Y, aunque el Tribunal de instancia entienda que no concurre el elemento de estabilidad requerido para la organización criminal, tal como recoge en la fundamentación, lo cierto es no sólo que ese carácter estable resulta sin dificultad de los hechos probados, cuando así se declara que actuaron en la forma que describen, al menos entre febrero y noviembre de 2011 y que el tráfico de drogas “constituía su actividad habitual y su único medio de vida”, sino también que el propio Tribunal reconoce su concurrencia, aunque de forma matizada, al aceptar que “la actividad concertada y coordinada era mientras les durara

el depósito de cocaína que atesoraban”, lo cual, por otra parte, es una expresión de la prolongación temporal de la existencia del grupo para la ejecución de continuos actos de tráfico de drogas, aunque a causa de las particularidades del tipo descrito en el artículo 368 del Código Penal se consideren constitutivas de un solo delito, eso sí, integrado por múltiples actos. En cualquier caso, de los hechos probados resulta que no se trata de la agrupación o unión de más de dos personas formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

X. Sobre la pertenencia a una organización criminal habla la STS 207/2012, de 12 de Marzo, en la que se recuerda que la jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo que la pertenencia a una organización constituye lo que modernamente se denomina un delito de estatus y configura un comportamiento diverso de la simple participación en un delito puntual de la organización. Dicho de otra manera: la calidad de partícipe en un delito programado por una organización no convierte necesariamente al partícipe en miembro de la organización.

Con cita de la STS 544/2011, de 07 de Junio, expone que no se trata de una colaboración en actos ejecutados por una organización, sino de que el culpable pertenezca a ella, lo cual implica una relación caracterizada no sólo por la presencia de elementos jerárquicos, sino también por otros aspectos más relacionados con la estabilidad o permanencia o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello. La posibilidad de que las organizaciones o asociaciones fueran de carácter transitorio, contemplada expresamente en el anterior artículo 369.1.2^a, y desaparecida ahora del artículo 570 bis, en el que se define la organización criminal, no impedía estas consideraciones, que resultaban útiles para diferenciar en cada caso la organización, como elemento agravatorio, de la mera codelincuencia unida a una cierta complejidad en la preparación y ejecución de una operación delictiva que presentara, por sus características, una relevante complicación.

En el caso concreto de la STS 544/2011, sólo se declara probado que el recurrente era miembro de la tripulación del barco en el que se transportaba la droga. Nada se dice respecto de sus previas relaciones con los demás acusados; ni de la forma en la que fueron contratados; ni sobre su eventual disponibilidad anterior o de futuro para otras operaciones similares; ni de su retribución; ni de ningún aspecto que pudiera resultar relevante a los efectos de afirmar que pertenecían a un grupo distinto del formado simplemente para

integrar la tripulación del barco en esta operación. Por lo tanto, no puede considerarse que el recurrente perteneciera a una organización.

XI. Otro supuesto de exclusión de pertenencia a organización respecto de la tripulación de un barco se recoge en la STS 773/2010, de 15 de Septiembre, en la que se afirma sobre determinados acusados que eran marineros, se conocían entre sí, algunos no cobraron por anticipado, siéndole cambiado, en ruta, el destino al barco en que trabajaban. Como se ve, su profesión, nacionalidad común y conocimiento entre sí, no parece que sean elementos suficientes para deducir su integración en “la organización”, de acuerdo con los parámetros jurisprudencialmente exigidos. Tampoco puede ser atribuible a los meros tripulantes el cambio de rumbo en la travesía, que si es imputable a alguien ha de serlo respecto del armador que iba a bordo, y respecto del capitán de la embarcación, ninguno de cuyos miembros de su tripulación consta que le hubiera tenido que sustituir en momento alguno en tal función.

XII. Luego de exponer las características de la “organización criminal” en los términos que ya se han desarrollado anteriormente, la STS 293/2011, de 14 de Abril, señala que lo que se trata de perseguir, en realidad, sancionando con una pena de mayor intensidad, es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad para los autores, y también una eventual gravedad de superior intensidad en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión. Son estas consideraciones las que justifican la exacerbación de la pena.

Continúa diciendo que también se ha considerado que cuando la operación ilícita de tráfico de drogas se refiere a una cantidad de importancia o reviste una cierta complejidad, los hechos no podrían ejecutarse sin una mínima estructura, pues es evidente la necesidad de unos contactos para la compraventa y la posibilidad de posterior difusión que no están al alcance de cualquier persona individualmente considerada, así como la disposición de medios para ocultar la droga. No puede afirmarse con carácter general que en estos casos, o en aquellos en los que la cantidad de droga sea de notoria importancia, deba apreciarse necesariamente la pertenencia a una organización, lo que revela que es precisa la concurrencia de otros requisitos referidos más directa y concretamente a la empresa criminal como conjunto organizado.

XIII. Sobre la mera codeincuencia o coautoría es interesante la STS 749/2009, de 03 de Julio, que excluye la concurrencia de organización criminal. Introduce la cuestión afirmando que la jurisprudencia ha distinguido entre *participación plural* de personas, encuadrable en el ámbito de la *coautoría*, y aquélla otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud, ha afirmado que la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo, pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización. La pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación. La existencia de personas, aun coordinadas, no supone la existencia de una organización, frente a la mera codeincuencia.

En la relación fáctica se declara probado que los acusados, puestos de acuerdo y bajo la dirección y la supervisión de Manuel, constituyeron una red de distribución de cocaína en Lorca, con vocación de permanencia, sustancia que Manuel obtenía de personas no identificadas, al parecer en ocasiones, en Fuente Álamo, y que él, tras mantenerla oculta en lugares seguros, distribuía entre otros a su hermano Francisco, que también le auxiliaba en la venta y distribución a terceros, siendo también ayudado en esa actividad por su esposa María Belén, que realizaba tareas de entrega de drogas a los distribuidores o recogida de dinero. Los consumidores solían contactar con los vendedores a través de teléfonos móviles, concertando citas en lugares públicos. Manuel captó a Rubén con la pretensión de controlar toda la venta de cocaína en Lorca y, dentro de esta actividad de distribución de cocaína en situación de monopolio, Manuel reunió y distribuyó armas de fuego y munición de las que poder disponer cuando fuera preciso (un subfusil ocupado a José, una pistola semiautomática ocupada a Rubén, un revolver calibre 22 ocupado a Isabel y una escopeta de caza ocupada a Francisco).

Interpreta aquí el Tribunal Supremo que de tal descripción no cabe deducir que se den, conforme a los referidos parámetros jurisprudenciales, los elementos exigibles para la aplicación del subtipo agravado de “pertenencia a organización que tuviera como finalidad difundir las sustancias tóxicas”. En el caso, aunque se dé por existente una “red” de adquisición y venta de cocaína, ni por su carácter exclusivamente local, ni por la ausencia de posibilidad de sustitución entre sus miembros, más allá de una colaboración más o menos puntual entre todos los acusados, ni por la utilización de medios comunes de comunicación (teléfonos móviles) o de transporte (algún automóvil), ni por la aprehensión de algunas

armas de fuego, de variopintas características, en poder de algunos implicados, puede afirmarse que se hubiera alcanzado el nivel organizativo que hace aplicable la agravante específica, interpretada restrictivamente, tal como el legislador la concibió, reservada a supuestos de verdadera envergadura y consiguiente peligrosidad criminal.

XIV. Finalmente, la STS 77/2007, de 07 de Febrero, suministra un caso de conspiración para el tráfico de drogas. Se trata de la concurrencia de cuatro personas con el recurrente en la preparación de una operación de desembarco y se detalla la concreta actuación que habría de llevar a cabo este último, lo que constituye la conspiración, específicamente prevista en el artículo 373 del Código Penal con pena igual a la tentativa.

En el caso enjuiciado, el acusado estuvo en contacto con antelación con otro coacusado para adquirir de éste una cantidad de droga no concertada, pero de cierta importancia, realizando incluso un viaje para comprobar la existencia de la droga, cantidad y precio, compra que no se llevó a cabo debido a la intervención policial, con lo que esa intención de compra (en definitiva, tráfico) no llegó ni siquiera a iniciarse. Sobre esta base, la sentencia establece tres parámetros:

- El artículo 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la “ejecución de un delito” y, de otro, el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito “matriz”), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (artículo 373).

- Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución.

- Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada, que ha de inferirse de “condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia”, cuales son no sólo el carácter previo o *pactum scaeleris* entre esas formas, sino también la decisión de su efectividad o *resolutio finis*.

XV. Como conclusión de todo lo expuesto, podemos observar que la actual regulación del CP en materia de codelincuencia permite distinguir cuatro modalidades de la misma, en orden de gravedad decreciente: la “organización criminal”, el “grupo criminal”, la

asociación ilícita y la coautoría. Las dos primeras constituyen la conocida como criminalidad organizada, que se caracteriza por la concurrencia de ciertas notas como son la consecución de objetivos comunes, la división interna de funciones, la existencia de una estructura organizativa, un sistema de toma de decisiones, cohesión entre sus miembros y tendencia a la autoconservación de los mismos.

Estas dos formas de codelinuencia han de ser a su vez diferenciadas del delito de asociación ilícita, que subsiste en el Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, cuyos elementos han sido explicados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, compartiendo la delincuencia organizada y la asociación ilícita determinadas características en común, es preciso delimitar mejor los perfiles de dichas categorías acudiendo a criterios tales como su diferente ubicación sistemática en el Código, el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 – no exento de alguna crítica al respecto – y la naturaleza de los delitos cometidos o promovidos, sirviendo la asociación ilícita para fines subversivos (delitos contra la Constitución o contra el orden público) y reservando las organizaciones criminales para los demás tipos de delincuencia.

De la regulación del Código Penal resulta que el “grupo criminal” se describe por vía negativa, existiendo como grupo a efectos típicos tanto aquello que no sea una organización criminal – por falta de alguna o de algunas de las características de ésta – como lo que no sea mera coautoría, con especial referencia al desarrollo jurisprudencial de la “coautoría aditiva”, debiéndose diferenciar la agrupación criminal y la coautoría atendiendo a parámetros como la unión de más de dos personas, la ausencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal y la finalidad de perpetración concertada de delitos o de comisión concertada y reiterada de faltas.

En cuanto a su naturaleza jurídica, los delitos de organización y grupo criminal son independientes de los delitos que se cometan aprovechando su estructura, lo que sin duda origina problemas concursales de normas o de delitos - cuyo estudio excede de los límites de este trabajo -, especialmente cuando se consideran los subtipos agravados de participación en actividades organizadas y de pertenencia a organización delictiva en el ámbito del delito de tráfico de drogas, existiendo también diferencias entre la “organización y grupo criminal” y la “conspiración para delinquir”.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS: DISTINTAS MANIFESTACIONES DE LA VOLUNTAD ASOCIATIVA.

ANA ISABEL BETRÁN PARDO.

Fiscal sustituta. Licenciada en Criminología. Doctoranda en Derecho Penal.

Correo electrónico: ana.betran@telefonica.net

Resumen: Los delitos de tráfico de drogas se presentan como el prototipo de los delitos en los que la voluntad asociativa de los delincuentes aparece como la forma más natural de la acción, pues la suma de voluntades delictivas consigue unos mejores resultados y minimiza los riesgos. Y a consecuencia de las numerosas conductas descritas en el tipo básico, se contempla un concepto extensivo de autor que casi deja vacía de contenido la figura del partícipe. Desde que entró en vigor la L.O. 5/2010, de reforma del Código Penal, la coexistencia de la codelincuencia con el delito de organización delictiva y el de grupo criminal ha supuesto la aparición de zonas de conflicto que no encuentran fácil solución en la teoría clásica de la participación, de marcado sesgo individualista y que la jurisprudencia trata de resolver a fin de garantizar el principio de proporcionalidad de las penas.

I.- Planteamiento.

Como expresa Quintero Olivares¹ toda la llamada teoría de la participación tiene un marcado sesgo individualista, pues procede de una larga época, que en modo alguno ha concluido, en la que la teoría del delito gravitaba sobre la conducta de individuos aislados, que a veces actuaban conjuntamente o eventualmente eran ayudados por otros. Si el presupuesto individualista falla, la teoría deja de servir, lo que implica que la crisis que viene afectando a la teoría del delito, afecte también a la teoría de la participación que aunque se presenta como una rama separada de aquella, se encuentra en la primera línea de las categorías dogmáticas del Derecho penal, de forma que no es capaz con sus limitadas armas de absorber la realidad criminal de nuestro tiempo, donde junto con el delincuente individual cohabitan las organizaciones y grupos criminales.

Partiendo de este planteamiento, resulta relevante destacar que entre el catálogo de tipos delictivos que contiene el Libro II del Código Penal los artículos 368 a 370 se conforman como preceptos que por la diversidad de las conductas contenidas en los mismos y por la propia naturaleza del objeto material del delito, aparecen como el prototipo de infracciones penales en las que por su *modus operandi* tienen una tendencia

¹ QUINTERO OLIVARES, G., La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes o grupos en: QUINTERO OLIVARES, G, *La participación criminal: nuevas orientaciones (asociaciones ilícitas)*, Cuadernos Digitales de Formación, n° 36, Consejo General del Poder Judicial, 2009, pág. 5.

natural a sobrepasar la mera participación individual, pues por las características de la acción delictiva se trata de un delito cuya autoría individual, desde el concepto más estricto del término, no resulta posible ya que en su comisión siempre habrá participado más de una persona. En efecto, hay delitos que pueden perpetrarse por un solo delincuente, pero el objeto material del delito que nos ocupa, compuesto por drogas tóxicas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas indica que se trata de sustancias que han de ser cultivadas, manipuladas, transportadas, distribuidas y vendidas, de ahí que sea inevitable la intervención en el proceso de más de una persona. Lo que sucede es que no siempre toda la cadena de intervinientes, lo que se ha dado en llamar “ciclo de la droga”, habrá sido puesta al descubierto y podrá ser objeto de imputación. Pero en abstracto, lo cierto es que el texto legal prevé la penalización de todo comportamiento que suponga una contribución por mínima que sea a su consumo, convirtiéndose en coautor del delito toda persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de dicha conducta, así como todos los que se conciertan para la operación, cualquiera que sea la actividad desarrollada. Ciertamente, el legislador realizó en los artículos 368² a 370 una descripción muy amplia de conductas ilícitas, en base a las cuales es posible incriminar a uno o varios individuos, bien a todos ellos o alguno de ellos. Es decir, permitirá incriminar a quien transporte la droga a pesar de que no se haya identificado al que la cultiva; o permitirá incriminar al que la vende, con independencia de que los anteriores eslabones de la cadena se hayan perdido; o al que dirige una organización, aunque no se hayan identificado a sus miembros o viceversa. Esta descripción tan exhaustiva de las acciones típicas propiciará, que a la mayoría de las personas que intervienen en el ciclo de la droga pueda realizárseles una imputación a título de autor, por lo que la intervención a título de partícipe en estos delitos tiene carácter residual, sobre todo en lo que a la complicidad se refiere. Así pues, en lo que respecta a este delito la jurisprudencia emanada de los tribunales nos indica sin lugar a dudas que nos encontramos ante un concepto extensivo de autor, lo que ha estado exento de críticas por la doctrina³ por entender que es preocupante que en uno de los delitos que mayor índice de población penitenciaria genera (tráfico de drogas) el Código configura de tal modo la posibilidad de imputar autoría del delito que da lugar a que la adquisición de la condición de autor no obedezca a criterios precisos de entidad objetiva

² Actos de producción de drogas, estupefacientes y psicotrópicos (cultivo, elaboración, fabricación); actos principales de tráfico (venta, permuta); actos previos (tenencia); actos auxiliares (transporte) y actor de fomento (promoción, intermediación, favorecimiento y facilitación).

³ QUINTERO OLIVARES, G., La crisis de la configuración individualista, pág. 8.

de la contribución al hecho o de sentimiento subjetivo, lo que produce como censurable consecuencia una grave desproporción punitiva entre los últimos escalones de la cadena del tráfico y los auténticos controladores de ese tráfico, en el difícil supuesto de que se logre arrestarlos y juzgarlos.

Así pues, como consecuencia de la crisis apuntada de la teoría clásica de la participación, además de acudir a la dogmática penal, también resulta fundamental la aportación de la jurisprudencia, pues la variedad de acciones de tan diversa tipología como las que pueden encontrarse en el tráfico de drogas, requiere la realización de matizaciones e interpretaciones para relacionar cada una de estas conductas con las formas clásicas de autoría y participación con cada supuesto de hecho.

Debido a que la voluntad colaborativa o asociativa con fines ilícitos aparece con frecuencia en este delito, es por ello por lo que ya desde hace tiempo se viene castigando con penas más elevadas cuando esta colaboración cumple con determinados presupuestos⁴, estableciéndose diferentes estadios en la organización en función de las tareas que realizan unos y otros de sus miembros.

Por otra parte, ha de ponerse de manifiesto que estos delitos la quiebra de formulaciones clásicas sobre la autoría y participación se han acrecentado desde la entrada en vigor de la L.O. 5/2010, pues desde entonces coexisten en el Código Penal junto a las formas clásicas de delincuencia y la agravación por pertenencia a una organización criminal, otros delitos asociativos que resultan de plena aplicación al tráfico de drogas, debiéndose destacar entre ellos el delito de grupo criminal introducido *ex novo* por la citada Ley en el artº 570 ter del Código Penal. Lo anterior ha supuesto tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial la necesidad de fijar los límites de este delito con la codelincuencia, tarea que no siempre resulta fácil pues la imputación de un delito de grupo criminal que además trafica con drogas trae consigo importantes consecuencias penológicas que son mucho más graves que en el caso de la mera asociación de delincuentes, y por supuesto, que en el caso del delincuente individual.

⁴ El artº 369-6º ya desde su redacción original castigaba la pertenencia a una organización con la pena superior en grado a la del tipo básico.

Pero no siempre es sencillo deslindar las cuestiones relacionadas con la autoría y la participación en este delito, ni señalar con claridad los límites entre una y otra clase. Y ello, porque obviamente, la diferenciación entre una y otra figura dependerá de las investigaciones efectuadas y del resultado que arrojen las probanzas analizadas, y siempre, de una labor esencialmente individualizadora como corresponde a todo enjuiciamiento desde el estricto respeto debido al principio de presunción de inocencia, lo que a mi juicio representa una cuestión compleja, pues los tribunales han de acudir con frecuencia a la prueba indiciaria para la determinación de las responsabilidades que sean procedentes. Y todo ello, por más que se haya puesto de manifiesto⁵ que la heterogeneidad de los problemas en cada sistema y de la dificultad de legislar sobre las organizaciones criminales, se ha traducido en una continua aprobación de normas procesales que facilitan la lucha contra las organizaciones descargando a los tribunales de dificultades de prueba, de forma que en nombre de la investigación sobre la organización delictiva se puede expandir sin límites la indagación.

Así las cosas, trataremos a continuación de realizar un recorrido por las cuestiones más representativas a nivel de autoría y participación en el delito de tráfico de drogas.

II.- La coautoría o codelinquencia.

El artículo 28 del Código Penal señala que son autores, entre otros, los que realizan el hecho conjuntamente. Son muchas las definiciones que encontramos del término coautoría o codelinquencia en la doctrina. Así, sin modo de ser exhaustivos podemos decir que la coautoría es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente⁶. Otros autores⁷ la denominan con el término coejecución, en base al hecho de que más de una persona puede intervenir a la vez en la ejecución inmediata del hecho que se describe como realización conjunta que no es sino la presencia de varios autores inmediatos del mismo hecho. Por su parte Welzel, dice que la coautoría es autoría y su particularidad consiste en que el dominio

⁵ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, Comares, 2009, pág. 224

⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002, pág. 125.

⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Aranzadi, 2014, pág. 146.

unitario es común a varias personas. El coautor es quien estando en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito.

Así pues este concepto de coautoría implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas. La coautoría supone igualmente una división del trabajo, aunque no basta cualquier aportación, pues es necesario que sea esencial y como ninguno de ellos, por sí solo realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno partícipe del hecho de otro. Se distingue de la autoría accesoria en que en esta, al menos dos personas contribuyen a la realización del tipo pero no se hallan unidos en la ejecución por un mutuo acuerdo, de forma que cada uno responderá de lo suyo dado que en estos casos no procede la imputación recíproca.

La coautoría requiere la presencia de dos elementos:

Un elemento subjetivo, integrado por la decisión conjunta, el acuerdo de voluntades, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores con o sin reparto expreso de tareas, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a esta. Y puede ser expresa o tácita, siendo que en este último caso, todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

Un elemento objetivo, consistente en una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, lo que puede tener lugar aún cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional del hecho en el coautor. En efecto, cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una

posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal. Su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que no resulta prescindible. Se trata, pues, no tanto de que cada coautor domine su parte del hecho, sino de que todos y cada uno dominan el hecho en su conjunto.

Una jurisprudencia que se mantiene invariable desde hace tiempo expone que la mera codelincuencia, se supera cuando se aprecia además de una pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de sus partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes. (STS 759/2003) (STS 759/2003)⁸.

No obstante lo anterior, y como ya se ha apuntado, la inclusión por la L.O. 5/2010 en el Código Penal del delito de grupo criminal ha significado a mi juicio que si bien los contornos entre la codelincuencia y la organización criminal siguen siendo claros, el hecho de que el grupo criminal se sitúe como en un estadio intermedio de ambos implica la existencia de puntos de colisión y que los contornos entre organización criminal y grupo criminal se difuminen, al igual que los de este último con la codelincuencia..

III.- La organización criminal.

No se pretende en este trabajo realizar un análisis en profundidad del concepto de organización criminal, sino únicamente apuntar sus elementos a fin de proyectar una mayor claridad en la tarea de deslindarla de otros conceptos, sobre todo, porque el

⁸ En el mismo sentido la STS de 2 de febrero de 2.006, con cita de otras anteriores señala también que lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión.

legislador define el grupo criminal por exclusión en relación con la organización criminal..

Pero previamente y ahondando en la significación criminológica de la expresión organización criminal, algunos autores⁹ señalan, que puede entenderse el concepto en un sentido amplio, pues desde que una persona se asocia a otras para maximizar el rendimiento de su esfuerzo criminal, con un menor riesgo y una mayor facilidad de éxito en su propósito, existe, *latu sensu*, delincuencia organizada, entendiendo como tal la delincuencia grupal.

Es por ello que otros¹⁰ afirman que delincuencia organizada ha existido siempre, por la misma razón que siempre ha existido, también la actividad ilícita organizada debido a la tendencia del hombre a planificar sus tareas cuando ha de trabajar en equipo. Sin embargo, el concepto estricto del fenómeno no se refiere tanto a la delincuencia que utilice grados simples de organización, pues estos son inherentes a cualquier clase de delincuencia sino que, para estos autores, se circunscribe a la comisión de delitos en grupo, sí, pero de forma estructurada y jerarquizada, permanente, con una finalidad de enriquecimiento ilegal o de efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de disciplina y coacción en relación a sus miembros y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos¹¹.

Pero los conceptos criminológicos del término resultan secundarios ante la existencia del concepto legal. En efecto, el delito de tráfico de drogas cometido por organización se regula en el artº 369 bis del Código Penal, si bien este precepto, a diferencia de lo que sucedía en el proyecto de Ley no recoge ninguna definición de organización delictiva, por lo que será necesario acudir al artº 570 ter, considerando así a la agrupación que reúna las siguientes características¹²:

⁹ LEGANÉS S., ORTOLÁ, M.E., *Criminología, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág 360.

¹⁰ HERRERO HERRERO, C., *Criminología*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, pág 268.

¹¹ MEDINA ARIZA, J. J., Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado, en: FERRÉ OLIVÉ, J.C., (Coor.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pág. 115.

¹² Añade la Circular 2/11 de la Fiscalía General del Estado, la redacción del art. 570 bis CP elude dos requisitos recogidos en las normas internacionales, esto es, que la agrupación de personas tenga como objetivo la comisión de delitos de cierta gravedad y que su finalidad, en última instancia, sea de carácter económico o material. El legislador ha pretendido que su ámbito de aplicación sea más amplio que el de los textos internacionales y alcance a las organizaciones dirigidas no sólo a la comisión de delitos graves y menos graves sino también a la comisión reiterada de faltas, por ser la lucha contra este tipo de pequeña delincuencia una de las finalidades político-criminales de la reforma.

- Que esté formada por más de dos personas,
- Que tenga carácter estable o por tiempo indefinido,
- Que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones,
- Que tenga por finalidad la de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas¹³.

En Derecho español, a los jefes de bandas de organizadas que trafican con drogas se les considera autores mediatos de los concretos delitos que como autores cometan sus miembros, pues el tráfico de drogas constituye un grupo estadísticamente muy numeroso de delitos cometidos a través de aparatos organizados, y en ese ámbito, como reconoce el Tribunal Supremo, rige una concepción unitaria de la autoría, lo que se traduce en que todos los intervinientes pueden ser directamente acusados como autores, debiéndose tener en cuenta que se cualifica la pena si el que actúa pertenece a una organización, y que los responsables o jefes de tal organización son castigados con una pena cualificada, sin entrar a considerar su concreta intervención en el hecho, que es un extremo irrelevante¹⁴.

Y a nivel jurisprudencial, el concepto de organización criminal se reserva para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad lesiva. Por lo tanto, para la apreciación del delito de organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos que se resultan más comprometidos en los casos de codelinuencia o, incluso, de grupos criminales.

¹³ La expresión “así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas” quedará suprimida el 1 de julio de 2015 cuando entre en vigor la reforma introducida en el Código Penal por la L.O. 1/2015.

¹⁴ QUINTERO OLIVARES, *La crisis de la configuración individualista*, pág. 26.

IV.- El grupo criminal.

La Decisión Marco 2008/841/JAI de 24 de octubre relativa a la lucha contra la delincuencia organizada instaba a los Estados a cumplir una serie de medidas relacionadas con las organizaciones delictivas, si bien no les obligaba a tipificar como delito la figura de la “asociación estructurada” a la que define 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, que como puede observarse, menciona las notas del grupo criminal. De hecho, el proyecto de L.O. de modificación del Código Penal ni siquiera preveía su existencia. Sin embargo, el legislador nacional decidió regular el grupo criminal en una forma que recuerda mucho al concepto de asociación estructurada que acabamos de referir.

El artº 570 ter Código Penal define el grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas".

De esta forma, los puntos comunes entre organización y grupo serán los siguientes:

- Unión de más de dos personas,
- Que tengan por finalidad la comisión concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas o delitos leves en el caso del grupo criminal, a partir del 1 de julio de 2015.

Además, el grupo puede no reunir alguna o algunas de las siguientes características que han de concurrir en plenitud en la organización criminal:

- Tener carácter estable o por tiempo indefinido.
- Coordinación y reparto de tareas o funciones.

Lo primero que sugiere el concepto es que el legislador ha compuesto una especie de degradación de la organización criminal, más flexible en cuanto a los requisitos a exigir, y que lo que no aclara el texto legal es si cualquiera de los requisitos precisos para la organización criminal puede faltar en este caso. Del tenor literal del texto parece que pudiera faltar cualquiera, y desde esta perspectiva podríamos decir que

el grupo criminal se configura por exclusión en relación a la organización delictiva, siendo posible su punición sin que exista estabilidad, coordinación o distribución de funciones expresa, siendo sólo imprescindible que se trate de al menos tres personas concertadas para la perpetración de delitos o de faltas reiteradas¹⁵.

Así, el grupo criminal podrá ser estable pero no estructurado y a la inversa y, por último, podrá ser puramente transitorio y sin reparto de tareas, si bien, así expresado resulta que esos contornos se corresponden a las categorías clásicas de autoría y participación, por lo que solo cabría encontrar un sentido diferenciador con estas en una nota de profesionalidad, referido a los concretos sujetos intervinientes, que desarrollan un modo de vida de delincuencia en grupo, aunque sin inserción ni adscripción a una estructura estable con vocación de permanencia.

Es a este segmento criminológico al que pudiera estar haciendo referencia el preámbulo cuando afirma de la existencia de fenómenos “muy extendidos en la sociedad actual” en que se desarrollan formas de concertación criminal con un plus de peligrosidad que no responden al arquetipo de la organización. Pues bien, si se afirma que existe una necesidad de castigo que no encuentra respuesta bastante en la coautoría y en la conspiración para delinquir, solo cabe encontrar nota diferenciadora que colme esa peligrosidad y que justifica una punición autónoma, en la profesionalidad puesta de manifiesto en la vocación vital de los sujetos intervinientes de participar de un modo intercambiable en delitos cometidos a través de la unión esporádica de varias personas¹⁶.

Otros autores¹⁷ afirman que en esta tesitura y revisadas las notas enumeradas anteriormente podemos afirmar que pudieran faltar el reparto expreso de funciones o el carácter estable del grupo, pero no la actuación concertada o coordinada, puesto que ello no nos llevaría ni siquiera a una codeincuencia, sino a una actuación prácticamente individual de sus miembros, debiendo aparecer, al así exigirlo el artº 570 ter 1 CP, que

¹⁵ LUZÓN CÁNOVAS, M., La tipificación penal de la organización y el grupo criminal, Problemas concursales. www.elderecho.com

¹⁶ MARTELL PÉREZ ALCALDE, C. y QUINTERO GARCÍA, D., De las organizaciones y grupos criminales, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2010, Pág 365. Afirman los autores que resulta enojoso observar que tampoco el debate parlamentario y la intervención de la Ponencia arroja luz acerca de la necesidad político criminal y del ámbito punitivo propio de este artículo 570 ter, en tanto las acertadas enmiendas de supresión o sustitución fueron despachadas con generalidades sin mayor concreción.

¹⁷ MUÑOZ CUESTA, F.J., Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2011, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 4.

sean más de dos personas y que tengan la finalidad delictiva determinada en ese artículo.

La jurisprudencia¹⁸ posterior a la reforma establece que la organización criminal requiere, además de estabilidad o constitución por tiempo indefinido, que se repartan tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos de forma conjunta: estabilidad y reparto de tareas), mientras que el grupo criminal puede apreciarse cuando no concorra ninguno de estos dos requisitos o cuando concorra uno. De esta manera, para la jurisprudencia y desde el punto de vista teórico, la distinción entre organización delictiva y grupo criminal parece clara. Entre otras, las STS núm. 309/2013, de 1 de abril; STS núm. 855/2013, de 11 de noviembre; STS núm. 950/2013, de 5 de diciembre; STS núm. 1035/2013, de 9 de enero de 2014, STS núm. 371/2014, de 7 de mayo o STS núm. 426/2014, de 28 de mayo. En las STS núm. 855/2013 y 950/2013, se recordaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles:

1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del art. 570 bis.

2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del art. 570 ter".

Por tanto, se reconocen dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que determinan una distinta gravedad en la sanción penal.

Pero la pretendida claridad cuya existencia afirma la jurisprudencia, en realidad no es tan rotunda, pues así lo demuestra el contenido de la reciente STS de 11 de marzo de 2015 que pone de manifiesto la necesidad de evitar incurrir en alguno de los errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor como son:

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-3-2015, nº 162/2015, rec. 10655/2014, Ponente: Granados Pérez, Carlos.

a) Por una parte, utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización que conduzca a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal.

b) Por otra, ha de evitarse acudir a una interpretación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización, pues en ambos casos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura de grupo criminal.

Por otra parte, debe abundarse en que las conductas delictivas que se sancionan en el grupo criminal, sin mayor relevancia unas de otras, se personalizan en quienes constituyeren, financiaren o integraren el grupo criminal, situaciones estas que reflejan la vida del agrupamiento delictivo. La primera se refiere a su iniciación, la segunda a la aportación de medios y la última a su pertenencia, que no será meramente pasiva, sino con participación diseñada en una futura acción delictiva. Es notorio que no se incluyen las funciones de dirección, organización o coordinación, porque precisamente la ausencia de éstas son las que separan al grupo de la organización criminal.

A estos efectos hay que considerar integrantes del grupo a quienes intervienen de algún modo, previo concierto, en la planificación y realización de sus objetivos, esto es, la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas, sin que suponga que necesariamente sean partícipes todos ellos en su ejecución. No se comprenden los actos de mera cooperación (distintos de la financiación de su actividad) o colaboración ocasional en algún aspecto puntual, sino que se exige la integración, lo que equivale a la “pertenencia” o ser miembro del grupo. La alusión al concierto indica que en el grupo no es exigible la existencia de relaciones de jerarquía y sumisión perfectamente definidas, ni una estricta división de funciones entre los que dirigen y planifican y los que ejecutan, sin perjuicio de que pueda existir una distribución de roles o papeles entre sus miembros para facilitar la perpetración de la infracción criminal.

Así las cosas, resulta claro que la comisión de este delito es independiente de los delitos que puedan cometerse en su seno. El desvalor de las organizaciones o grupos criminales se configura por la potencialidad lesiva de los bienes jurídicos protegidos: de una parte el bien jurídico general, el orden público, entendido como garantía del buen funcionamiento de los servicios e instituciones públicas y la libertad en su legítimo ejercicio, y de otra, la protección de los bienes jurídicos atacados por el programa criminal, donde deben entenderse incluidos, no sólo los delitos que son el objeto de las

organizaciones o grupos criminales, sino también aquellos otros delitos que se configuran como instrumentales o mediales para la consecución de esos fines. Por ello, cuando la voluntad asociativa de más de dos personas concertadas para cometer el delito, traspase la frontera de la codelincuencia y pueda integrarse dentro del grupo criminal, a fin de atender a ese mayor desvalor de la acción habrá de acudir a la figura del concurso real de delitos entre el tipo básico del artº 368 o cualquiera de sus modalidades agravadas de los artículos 369 y 370 y el artº 570 ter, por lo que resultaría fundamental desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y el de la proporcionalidad de las penas, que los límites entre el grupo criminal y la coautoría o codelincuencia estuvieran perfectamente trazados pues la diferencia penológica entre el castigo de una y otra conducta es importante, ya que a la pena que pudiera imponerse al coautor de un delito de tráfico de drogas, sea cual sea el tipo delictivo imputado habría de sumarse la pena correspondiente al delito de grupo criminal, según la gravedad de la modalidad delictiva elegida por el grupo.

De esta forma, coexistirá una forma de coautoría o codelincuencia en un delito de tráfico de drogas con una forma de autoría en el delito de grupo criminal.

V.- Los límites entre el grupo criminal y la coautoría.

Según lo que se acaba de exponer, parece que las diferencias entre la organización criminal y la coautoría pueden apreciarse con claridad. La coautoría, recordemos, requiere únicamente decisión conjunta y dominio funcional del hecho y la organización criminal, estabilidad y reparto de tareas. Y parece también, que las diferencias entre la organización delictiva y el grupo criminal también pueden hallarse con facilidad. Y delimitados estos contornos debe afrontarse una empresa de mayor envergadura como es trazar los límites entre el grupo criminal y la coautoría y sus clases. Y la primera pregunta que surge es si siempre que tres o más personas se concierten para cometer un delito, y hayan consumado éste, si además de la pena correspondiente al delito cometido, también ha de imponerse la pena correspondiente por el delito de grupo organizado, o lo que es lo mismo, en qué supuestos se conseguirá castigar todo el desvalor de la acción producto de la voluntad asociativa a través de la mera coautoría.

Y antes de avanzar en esta cuestión debe aludirse al hecho de que dentro del concepto de autoría, la jurisprudencia¹⁹ admite la coautoría adhesiva o sucesiva, también denominada coautoría aditiva, caracterizada por los siguientes elementos:

-Que alguien hubiere dado comienzo a la ejecución del delito;

-Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél;

-Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

-Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiere producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En una primera aproximación al tema, parece que se encuentran alejados del concepto de grupo criminal los supuestos de coautoría aditiva o adhesiva, pues en ellos no existe el acuerdo previo necesario para la perpetración del delito o delitos. Del mismo modo, quedarían excluidos del grupo criminal los supuestos en donde la idea criminal es prácticamente simultánea a la ejecución del delito, en donde el acuerdo se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado dolo compartido.

Ahora bien, si la coautoría aparece caracterizada por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas en una división de funciones acordadas, entendemos necesario encontrar un punto diferenciador con el concepto de grupo criminal²⁰.

Y así, según el legislador, de las notas que determinan la presencia de un grupo criminal, tanto la unión de al menos 3 personas como el concierto entre las mismas es requisito ineludible, pero también un grupo de codelincuentes puede tener 3 personas que con mayor o menor rigor o antelación se hubieran concertado para delinquir. Para que exista grupo criminal, es necesario que entre ellos haya un soporte o

¹⁹ SSTS 14 de junio de 2.011, 3 de noviembre de 2.010, 22 de julio de 2.010, entre otras.

²⁰ LUZÓN CÁNOVAS, M., *La tipificación penal de la organización y el grupo criminal, Problemas concursales*. www.elderecho.com

una base superior a la mera coincidencia. Ello se confirma si tenemos en cuenta la previsión establecida en el párrafo primero del art. 570 quáter CP que prevé como consecuencia accesoria, la disolución del grupo, lo que carecería de sentido, si hubiera una simple coincidencia de personas que deciden cometer un ilícito criminal.

En cuanto al segundo elemento, definido por exclusión (que no reúnan alguna o algunas de las características de la organización criminal), y contrariamente a lo que se ha puesto de manifiesto en alguna Sentencia del Tribunal Supremo, hay autores²¹ que consideran que no puede prescindirse de la totalidad de las notas determinantes de la organización criminal para que exista el grupo criminal. El legislador no habla de la falta de alguna o de todas las características de la organización criminal, sino de la ausencia de "alguna o algunas", por lo que entendemos que deberá haber o una unión estable, o una coordinación aunque no sea jerárquica, o una distribución de funciones en la ejecución del hecho criminal, nota que también nos permite distinguir el grupo criminal de la coautoría. Particularmente considero que cuando el legislador se refiere a que no reúnan alguna o algunas se está refiriendo únicamente a aquellas que organización delictiva y grupo organizado no tienen en común en sus respectivas descripciones legales, por lo que la expresión "alguna o algunas" sólo puede referirse a la estabilidad y a la coordinación de forma que podrá faltar una, otra o las dos, por lo que si esto es así, las diferencias entre grupo organizado y codelincuencia siguen sin ser claras.

Parece que una de las notas diferenciales definitivas a las que se refiere la jurisprudencia es al hecho de que si no concurre estabilidad ni reparto de funciones, lo único que diferencia al grupo criminal de la codelincuencia sería la existencia de una cierta predeterminación, o lo que es lo mismo, que en el caso del grupo criminal, la unión no sea fortuita como pudiera serlo en el caso de la codelincuencia. Sin embargo, considero que si bien estos conceptos desde el punto de vista dogmático son fáciles de determinar, en la práctica resultan muy complicados de clarificar y no resulta sencillo determinar cuanta planificación o preterminación tiene un grupo de más de dos delincuentes para considerar que forman un grupo criminal o nos encontramos ante una mera codelincuencia.

²¹ LUZÓN CÁNOVAS, M., *La tipificación penal de la organización y el grupo criminal, Problemas concursales*. www.elderecho.com.

Así las cosas, puede adivinarse que las dificultades para fijar los límites son importantes y fue la jurisprudencia tras la reforma quien pareció encontrar una nota que en principio parecía definitiva, pues si el grupo criminal debe tener por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas (o delitos leves, cuando entre en vigor la reforma L.O. 1/2015)). Aunque sólo habla de reiteración en las faltas, la referencia a "delitos", sugiere que no se trate de la comisión de un delito aislado entre varias personas, que configuraría la coautoría, sino de la constitución de un grupo para la perpetración de una pluralidad de delitos.

En este sentido se expresaba la STS 544/2012, de 2 de julio cuando establecía lo siguiente:

“De ello ha de concluirse que no puede conceptuarse en una organización criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, lo que ha de valorarse en función de la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del legislador, en donde ya define tales organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno”.

Así las cosas, de lo anteriormente expuesto parece deducirse que si sólo se comete un delito estaremos ante una simple codelinquencia y si se cometen varios, ante un grupo criminal. Pero tampoco aclara la sentencia si la referencia a “delitos” en detrimento de “delito” se refiere a los que se cometan en un espacio más o menos prolongado de tiempo, o si las exigencias del tipo se colman por el hecho de que el resultado de una misma operación policial permita imputar varios delitos a cada integrante, por ejemplo, tráfico de drogas, tenencia de armas y falsedad en documento público.

No obstante, la STS 445/2014 matiza la cuestión controvertida cuando establece lo siguiente:

“En ocasiones esta Sala, tal y como destaca el Tribunal sentenciador, ha afirmado la necesidad de que la agrupación de dos o más personas se forme con la vocación de cometer una pluralidad de delitos. Sin embargo, esas afirmaciones han resultado matizadas, y, como señala la STS 289/2014 " el tipo que castiga la pertenencia al grupo criminal no incorpora ninguna exigencia cuantitativa referida al número de infracciones que han de cometerse para su aplicación. Antes al contrario, la mención a

la "comisión concertada y reiterada de faltas", en contraste con la previsión referida a la "perpetración concertada de delitos", apoya la tesis que se suscribe. No es descartable, en fin, la promoción o integración en un grupo criminal para un proyecto concreto. No se olvide que la comisión concertada de delitos -pese al plural empleado- puede ser el fin que inspire la creación del grupo o el objeto -sólo uno- que justifique su existencia."

En el mismo sentido, la reciente STS 162/2015 de 11 de marzo de 2015, matizando las anteriores dice que " a estos efectos ha de entenderse que cuando el grupo o organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de tráfico de drogas integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, aún cuando en estos delitos el conjunto de la actividad de tráfico pueda sancionarse como un delito, por su naturaleza de tipos con conceptos globales (expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor de modo que con una sola de ellas ya queda consumado el delito y su repetición ni implica otro delito a añadir, STS 487/2014, de 9 de junio), sin embargo, a los efectos de la tipificación del grupo u organización de tráfico reiterado de drogas debe considerarse como una actividad delictiva plural.

La Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales expone que los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal frente a los supuestos de codelincuencia o ejecución del delito o delitos por una pluralidad de personas, son los siguientes:

- el acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan delictivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados, y dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad, que supera la simple u ocasional consorciabilidad para el delito,
- la trascendencia del acuerdo de voluntades más allá del concreto hecho ilícito o ilícitos que se cometan,
- la distribución de cometidos o tareas a desarrollar,

- la existencia de una mínima estructura criminal presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada,
- y el empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal.

Por otra parte expone la Circular que ha de tenerse en cuenta el carácter clandestino propio de la actuación de los grupos y organizaciones criminales y las dificultades probatorias de su existencia, que frecuentemente se limitará a la concurrencia de prueba indiciaria, por lo que insta a los Fiscales a que para determinar la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelincuencia y de coparticipación, valoren la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por el *modus operandi* y los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenda la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

Transcurridos cinco años desde la entrada en vigor de la reforma, el Tribunal Supremo ha dictado numerosas sentencias en las que aborda los límites de la codelincuencia y el grupo criminal y el hecho de que la dificultad en distinguir los conceptos existe se pone de manifiesto desde el momento en que las más recientes sentencias abundan en matices interpretativos.

Así en la STS 162/2015, de 11 de marzo de 2015 se establece lo siguiente: “Así como la diferencia entre grupo y organización criminal es clara, para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelincuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización”.

Por su parte, en la STS de 25 de febrero de 2015, con cita de la STS de 18 de julio de 2014 dice que los criterios jurisprudenciales para distinguir el grupo criminal de la codelincuencia se centran en que el grupo criminal no está formado fortuitamente para la comisión de un delito o delitos, sino que, están predeterminados a esa finalidad. Añade que en relación a la diferenciación del grupo criminal y de la organización criminal con los supuestos de codelincuencia la jurisprudencia de la Sala es constante. La mera pluralidad de personas aún con una cierta -y obvia- planificación para la comisión de un ilícito penal, no constituye una organización criminal ni menos un grupo. La codelincuencia viene a ser un simple consorcio ocasional para la comisión de un delito en tanto que tanto la organización criminal como el grupo criminal constituye un aliud en relación a la codelincuencia.

Por tanto, puede concluirse que la única diferencia destacable entre el grupo criminal y la codelincuencia es que los codelincuentes forman un simple consorcio ocasional y se reúnen de forma fortuita y casual, mientras que el grupo criminal no se forma de manera fortuita y está predeterminado a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos.

Desde que se conoce el contenido del nuevo artº 570 ter y su coexistencia con la coautoría, han surgido reacciones en la doctrina, duras en algunos casos²², en contra de la figura del grupo criminal, considerando que el precepto eleva a categoría de tipicidad autónoma el conjunto y la totalidad de supuestos de simple coautoría, duplicando el castigo. Y para aquellos supuestos de falta de ejecución efectiva de otros delitos, construye una suerte de conspiración para delinquir no acotada a *numerus clausus*.

VI.- La conspiración para delinquir.

El artº 373 del Código Penal castiga con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponde a cada delito, la conspiración para cometer los delitos previstos en los artículos 368 a 372. Y si la misma coexiste con los delitos de organización y grupo criminal es por el hecho de que pueden encontrarse diferencias entre unos y otra. Así

²² MARTELL PÉREZ ALCALDE, C. y QUINTERO GARCÍA, D., *De las organizaciones y grupos criminales*, cit., pág. 62.

pues, el concierto en la comisión de delitos, que constituye un elemento integrante tanto de la organización como del grupo criminal, asemeja estas figuras al concepto de conspiración previsto en el art. 17 CP, si bien es de notar las siguientes diferencias²³:

-En la conspiración es suficiente que haya dos personas concertadas para la ejecución del delito, mientras que en la organización y grupo criminal, al menos, deben ser tres personas.

-La conspiración sólo se castiga en relación con determinados delitos graves en los que expresamente se declara, entre los que se incluye el tráfico de drogas, en tanto que la organización y grupo criminal se castiga para todo tipo de delitos.

-La penalidad de la conspiración difiere según el tipo de delito que se pretende ejecutar, puesto que se castiga con pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de referencia consumado, en tanto que en la organización y grupo criminal, tienen una pena autónoma, que es de mayor o menor gravedad según el tipo de delito cometido y la distinta participación.

-La conspiración, tanto si se concibe como un acto preparatorio o como una forma de participación intentada o de coautoría anticipada, sólo se castiga si el delito de que se trate aún no ha llegado a la fase de ejecución o consumación, quedando absorbida por la pena de la tentativa o la consumación caso de que se pase a la ejecución o el delito se consuma, mientras que la organización o el grupo criminal, mantienen su autonomía independientemente del delito que se cometa a través de la misma, provocando un concurso de delitos no siempre fácil de resolver.

- La conspiración es un comportamiento aislado y determinado en el tiempo, una unión de personas que se agota en la comisión de un único y concreto delito, mientras que la organización criminal requiere un acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un plan delictivo que traspase los límites de la concreta realización futura de un determinado ilícito o ilícitos criminales, así como la existencia de una coordinación entre sus miembros adecuada a la actividad criminal planificada que aporta un plus de eficacia en su ejecución.

²³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Editorial Comares S.L. 2009. pág. 260.

VII.- Los partícipes en los delitos de tráfico de drogas.

Como dice la ya citada STS de 5 de marzo de 2015, para la determinación de cuando una participación es meramente eficaz para ser calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición sine qua non, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho.

De esta forma, existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho).

En la STS. 699/2005 de 6 junio, ya se reconocía que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

La complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas

coyunturas comitivas, debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal. La complicidad requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuuandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común.

La complicidad, pues, se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso. El cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél.

Ahora bien, en relación al delito del [art. 368 del Código Penal](#) al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor. Por ello, la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del [art.](#)

[368 Código Penal](#) y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley.

Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino. Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en las que se pone de manifiesto que la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar. Es lo que se ha venido a denominar "actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico", que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría.

Así pues, aún de forma muy excepcional, la jurisprudencia ha venido reconociendo al figura de la complicidad como forma de participación en conductas de colaboración mínima, de carácter episódico o de escasa relevancia como por ejemplo, la indicación a un consumidor del lugar donde se vende la droga en un supuesto en el que incluso le acompaña hasta el lugar, la ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad de droga, el transporte de droga desde el domicilio del traficante a otro con fines de ocultación, la recepción de llamadas telefónicas hechas por el porteador de la droga desde distintos puntos del viaje de regreso a España y el traslado de los mensajes a los implicados con el transportista, la vigilancia del lugar donde está la droga, facilitar el teléfono del suministrador, la labor de desciframiento de mensajes en clave sobre el curso de la operación, colaborar con un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser el destinatario no tener disponibilidad efectiva de la misma, el que efectúa labores de vigilancia en el lugar donde el coacusado vende la droga, quien facilita el código de acceso para detectar el itinerario de un paquete a la persona que finalmente era la destinataria de la droga, por considerar que su participación no era necesaria, entre otros.

En cuanto al cooperador necesario, el hecho de que se castigue su conducta con la misma pena que el autor no ha de significar que olvidemos que no es autor, sino partícipe. Y si bien su existencia no es ajena a la casuística de los delitos de tráfico de drogas, lo cierto es que como ya hemos puesto de manifiesto, el hecho de que la jurisprudencia haya adoptado un concepto amplio de autor en este delito hace que los supuestos en los que se llevan a cabo condenas a título de cooperación necesaria no son abundantes, pues sea cual sea la conducta que se someta a debate podrá incardinarse en alguno de los verbos nucleares contenidos en el artº 368 CP. No obstante, a título de cooperador necesario se han castigado conductas como el alquiler de un chalet para instalar un laboratorio de droga o al intermediario de una venta de droga que su única intervención consiste en cobrar el precio.

VIII.- A modo de conclusión.

Los delitos de tráfico de drogas regulados en los artículos 368 a 370, se presentan como el prototipo de los delitos en los que la voluntad asociativa de los delinquentes aparece como la forma más natural de la acción. Debido a las características del objeto material de estos delitos como son las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la realidad es que en su comisión, por más que se no llegue a identificarse a todos los participantes, siempre habrá más de una persona que de algún modo habrá intervenido en algún momento del llamado “ciclo de la droga”. La suma de voluntades delictivas consigue unos mejores resultados y minimiza los riesgos, pero esas manifestaciones de la voluntad asociativa en estos delitos tienen muy diversa configuración pues abarca desde la codelinquencia o coautoría a la organización delictiva, formas clásicas de punición de estas conductas, pasando por el grupo criminal y en coexistencia con la conspiración para delinquir.

Por otra parte, la naturaleza eminentemente descriptiva de las conductas incluidas artº 368 implica que nos encontremos ante un concepto extensivo de autor, de manera que la intervención a título de partícipe se configura como algo completamente residual, sobre todo en lo que a la complicidad se refiere, no tanto en los casos de cooperación necesaria, aunque también la casuística es poco abundante.

La L.O. 5/2010 introdujo ex novo en el Código Penal la tipificación de una conducta intermedia, entre la codelinquencia y la organización criminal, como es el

grupo criminal. Se trata de un delito autónomo que el legislador ha definido por exclusión en relación a la organización delictiva, lo que supone que los contornos de este nuevo delito con aquella, así como con la codelincuencia no sean del todo claros.

La coautoría requiere únicamente decisión conjunta y dominio funcional del hecho y la organización criminal, estabilidad y reparto de tareas. Los criterios distintivos a los que apunta la jurisprudencia se concretan en que la codelincuencia será una asociación fortuita de al menos dos personas para cometer un delito y que se diferenciaría del grupo criminal en que este sugiere la existencia de una cierta predeterminación o planificación para la comisión de delitos, mientras que la organización criminal requiere estabilidad y reparto de tareas. Y a pesar de que el Código Penal define respectivamente en los artículos 570 bis y ter tanto la organización como el grupo criminal, desde su entrada en vigor la jurisprudencia se ha visto obligada a utilizar numerosos recursos para establecer matices que diferencien estos conceptos, pues aunque teóricamente parece que no resulta difícil establecer diferencias, la práctica demuestra que esa afirmación no es tan categórica como aparenta, de forma que en los cinco años a los que se remonta su vigencia, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de evolucionar en la interpretación del concepto de grupo criminal, que en definitiva es el estadio intermedio entre los otros dos y el que ha venido a crear zonas de conflicto. En algunas resoluciones parece desprenderse que si la asociación de delincuentes sólo ha cometido un delito y no varios, estaríamos ante una codelincuencia, pues el artº 570 ter habla de delitos y no de delito, aunque posteriormente, y en lo que al delito de tráfico de drogas se refiere afirma que a estos efectos ha de entenderse que cuando el grupo o organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de tráfico de drogas integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, aún cuando en estos delitos el conjunto de la actividad de tráfico pueda sancionarse como un delito, por su naturaleza de tipos con conceptos globales, sin embargo, a los efectos de la tipificación del grupo u organización de tráfico reiterado de drogas debe considerarse como una actividad delictiva plural.

La distinción tiene la máxima relevancia a efectos penológicos, pues configurándose la organización y el grupo criminal como delitos autónomos, la comisión en el seno de estos de un delito de tráfico de drogas representará la imposición de una pena más elevada que si se trata de una mera codelincuencia, aunque resulta claro que serán los tribunales los que definitivamente terminarán por fijar los conceptos,

pues la atribución de responsabilidad dependerá de las investigaciones realizadas y del resultado de las pruebas practicadas como colofón a la labor individualizadora que corresponde a cada supuesto de hecho.

BIBLIOGRAFÍA

HERRERO HERRERO, C., Criminología, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.

LEGANÉS S., ORTOLÁ, M.E., Criminología, Parte Especial. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

LUZÓN CÁNOVAS, M., La tipificación penal de la organización y el grupo criminal, Problemas concursales. www.elderecho.com

MARTELL PÉREZ ALCALDE, C. y QUINTERO GARCÍA, D., De las organizaciones y grupos criminales, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2010.

MEDINA ARIZA, J. J., Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado, en: FERRÉ OLIVÉ, J.C., (Coor.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Universidad de Huelva, 1999.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal, Parte General, 5ª edición, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

MUÑOZ CUESTA, F.J., Organizaciones y grupos criminales: tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 1/2011, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

QUINTERO OLIVARES, G., Manual de Manual de Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, Aranzadi, 2.014.

QUINTERO OLIVARES, G., La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes o grupos en: QUINTERO OLIVARES, G, La participación criminal: nuevas orientaciones (asociaciones ilícitas), Cuadernos Digitales de Formación, nº 36, Consejo General del Poder Judicial, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, Granada, Comares, 2009.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS EN ESPAÑA.

FRANCESC CALLS GINESTA

Abogado. Socio de la FICP

francagi@icab.cat

RESUMEN: En el derecho penal los delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas suelen regularse, en general, con unas técnicas legislativas que contemplan una amplísima formulación de conductas punitivas carentes de la precisión que requiere el principio de legalidad en la técnica de elaboración de las leyes como principio informador del derecho penal. Ello dificulta enormemente la distinción entre la autoría y la participación, equiparando comportamientos que en ningún caso son equivalentes. El presente trabajo, partiendo de la información bibliográfica y atendiendo a las interpretaciones jurisprudenciales y a las valoraciones de autores especialistas en la materia, pretende examinar brevemente las figuras de la autoría y participación en el derecho penal y especialmente en el delito de tráfico de drogas en España, como delito de mera actividad y de peligro abstracto, significando que el problema radica en la difícil distinción entre las distintas formas de participación y que la Jurisprudencia se ha movido, en ocasiones, más por principios de proporcionalidad y de necesidad de pena, que por consideraciones estrictamente dogmáticas, desplazándose la cuestión hacia la esfera de la medida de culpabilidad, como factor determinante de la diferenciación entre autores y partícipes por un lado, y de cómplices por otro.

PALABRAS CLAVE: Tráfico de drogas; Delito de peligro abstracto; Principio de legalidad; Autoría y participación; Distinción de las distintas formas de participación.

SUMMARY: In criminal law offenses against public health in the form of drug trafficking often regulated, in general, with a legislative techniques that provide a wide formulation of punitive behavior lacking the precision required by the principle of legality in the preparation technique laws as guiding principle of criminal law. This greatly complicates the distinction between authorship and participation, equating behavior that in no case are equivalent. This work, based on the bibliographic information and according to the judicial interpretations and valuations of authors specializing in this field, aims to briefly examine the figures of authorship and participation in criminal law and particularly in the crime of drug trafficking in Spain, as a crime of mere activity and abstract danger, meaning that the problem lies in the difficult distinction between the different forms of participation and the Court has been moved, sometimes more by principles of proportionality and the need for punishment, which strictly dogmatic considerations, moving the issue into the sphere of the measure of guilt, as a factor of differentiation between perpetrators and participants on the one hand, and the other accomplices.

KEYBOARDS: Drug trafficking. Crime of abstract danger. Rule of law. Authorship and participation. Distinction of the different forms of participation.

I. INTRODUCCION

Si bien la política criminal interna seguida por nuestros legisladores en los delitos de tráfico de drogas viene determinada en gran medida por los acuerdos suscritos por España a nivel internacional, no es menos cierto que los Estados siempre tienen un cierto margen de actuación de ajuste de las disposiciones internacionales a sus específicas circunstancias.

No supone ninguna novedad afirmar que el actual modelo prohibicionista no sirve para reducir y prevenir el tráfico y consumo de drogas ilegales. Por tanto, aunque cada vez se han ido introduciendo más conductas en el Código Penal e incorporando subtipos cualificados a fin de evitar resoluciones injustas, lo cierto es que el índice de criminalidad en esta materia aumenta. Anta tal tesitura, el Legislador lejos de optar por excluir del catálogo de conductas típicas determinadas sustancias o dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica modificando la redacción de determinados tipos, vemos que continúa con su deriva punitivista y populista, incurriendo en modificaciones contradictorias a la hora de reformar, por ejemplo, el artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por la Ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo, relativa a la justicia universal, a consecuencia de la cual la Audiencia Nacional ha excarcelado a una cincuentena de personas detenidas por tráfico de drogas¹

II. EL DELITO DE TRAFICO DE DROGAS EN EL CODIGO PENAL DE 1995. BIEN JURIDICO PROTEGIDO. OBJETO MATERIAL. EL TIPO BASICO DEL ARTICULO 368. LA ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA

Los delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico ilícito de drogas se encuentran regulados en el Capítulo III “delitos contra la salud pública” del Título XVII “de los delitos contra la seguridad colectiva” del Libro II del Código Penal.

Todo delito ha de comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y la doctrina mayoritaria estima que el bien jurídico protegido en estos delitos es la salud pública, como bien jurídico de carácter colectivo. Dicho bien jurídico encuentra reflejo en el artículo 43 de la Constitución Española.

¹ VIDALES RODRIGUEZ, C. Coord. Política criminal española en materia de tráfico ilícito de drogas. Tráfico de drogas y delincuencia conexa. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 188

El delito de tráfico de drogas se configura como un delito de peligro abstracto y como tal sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión, aunque no conviene confundir el peligro abstracto ni con la ausencia de verdadero peligro, ni con un pretendido peligro presunto, ni con un delito de simple desobediencia o formal. Lo relevante es que, además de la infracción formal de la norma, pueda apreciarse un riesgo para el bien jurídico.

En cuanto al objeto material del delito, referido a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la Jurisprudencia reiteradamente ha declarado que se trata de una ley penal en blanco, que ha de integrarse con los convenios internacionales suscritos por España formando parte del ordenamiento interno, conforme al artículo 96 de la CE

La amplia formulación de la conducta prevista en el artículo 368 del Código Penal resulta objetable, fundamentalmente, por dos razones: en primer lugar, porque contiene una cláusula excesivamente genérica y difusa, carente de la precisión que requiere la seguridad jurídica y el principio de legalidad, y en segundo término, porque dificulta enormemente la posibilidad de admitir un grado de ejecución distinto a la consumación y una forma de contribución al hecho distinta de la autoría, equiparando comportamientos que no pueden considerarse equivalentes.

El artículo 368 del Código Penal junto a las tres conductas específicas relativas a la ejecución de actos de cultivo, elaboración o tráfico, se refiere a los que “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. Por lo tanto, el tipo vendría a comprender todos aquellos actos que contribuyan de alguna manera al consumo ilegal de dichas sustancias, aunque reduciendo su sentido literal incluiría sólo aquellas conductas que inmediata y directamente signifiquen expansión del consumo ilegal.

La última conducta típica contemplada en el citado artículo es la posesión “con aquellos fines”. En materia de drogas, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo parte del concepto jurídico-civil de posesión, por lo que la consumación no precisa de la material o física tenencia de la sustancia. La posesión puede ser inmediata o mediata sin un directo contacto material sobre la cosa. Lo relevante es la disponibilidad que la posesión entraña, la puesta a disposición. Para apreciar la presencia de posesión típica, la

Jurisprudencia suele apoyarse en una serie de indicios requiriéndose que sean plurales o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa. Así, la cantidad de droga aprehendida incompatible con el propio consumo y su pureza, la no condición de drogodependiente o al menos de consumidor del poseedor, la forma de distribución de la droga, la tenencia de elevadas cantidades de dinero de procedencia no justificada, la variedad de drogas poseídas, la ocupación de útiles, instrumentos o materiales para el pesaje,...

La Jurisprudencia ha ido excluyendo de su ámbito de aplicación una serie de conductas que, aunque desde una perspectiva formal pudieran ser subsumidas en el precepto, se estima que no ponen en peligro el bien jurídico protegido, por considerar que se trata de comportamientos socialmente aceptados, por estimar que el riesgo es insignificante, por no existir proporcionalidad entre el comportamiento realizado y la pena contemplada en la ley o por faltar la finalidad de traficar requerida por el tipo. Estas exclusiones se dan en supuestos como el autoconsumo y consumo compartido, la invitación o donación a sujeto determinado, las entregas compasivas y la venta de una pequeña cantidad de droga.

La necesidad de supuestos de atipicidad jurisprudenciales es consecuencia de una regulación legal inadecuada. Ante tipos penales tan indeterminados como el del artículo 368 del Código Penal, los Tribunales deben optar entre una lectura literal y formalista que conduzca a la punición de conductas inocuas, o una lectura restrictiva de su ámbito típico, estableciendo breves sumarios de esta tipología de casos que deben entenderse atípicos, fundamentados en la ausencia de riesgo típico y de intención de difusión del consumo ilegal. En tales supuestos podríamos convenir en que la insignificancia del hecho se traduce en la irrelevancia de la conducta en cuanto al bien jurídico protegido, añadiendo que en estos supuestos no existe intención del autor relativa al favorecimiento o expansión del consumo ilícito de la sustancia tóxica (ausencia del elemento subjetivo del injusto).

Sin embargo, debe advertirse sobre la excepcionalidad de estos supuestos de impunidad, sólo aplicables cuando no aparezcan como modo de encubrir conductas que

² ALVAREZ-GARCIA, F.J. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Coords. El tipo básico. El delito de tráfico de drogas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pps. 22-44.

realmente constituyan una verdadera y propia expansión del tráfico ilegal de estas sustancias.

Como rasgos definitorios del ámbito de atipicidad en la línea Jurisprudencial más flexible o aperturista señalaríamos los siguientes: -Gratuidad: ausencia de contraprestación; -Sujeto activo “familiar” o “allegado”; -La concreta finalidad altruista o compasiva (en especial, el síndrome de abstinencia); -Donatario adicto; -Cantidad mínima: entre el límite de la “dosis terapéutica” y un escaso número de dosis de consumo.³

En relación a la posibilidad o no de aplicar el “principio de insignificancia”, existiendo resoluciones contradictorias, puede llegarse a la conclusión de la ausencia de tipicidad en los supuestos en que la extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada, determine que carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición legal, de modo que lo transmitido no es droga, teniendo en cuenta la dosis mínima psicoactiva (dmp).⁴

III. LA TENTATIVA. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCION. ACTOS PREPARATORIOS. UNIDAD NATURAL DE ACCION Y DELITO CONTINUADO

La tentativa en este delito es de difícil admisión, dada la amplitud en la configuración de la conducta típica por parte del legislador. Asimismo, la Jurisprudencia considera suficiente para la consumación del delito el acuerdo de voluntades entre el comprador y el vendedor, la posesión de droga,... En consecuencia, la posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en estos delitos se admite con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, dado que en el tipo básico de tráfico de drogas la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar la sustancia prohibida al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos previstos en el tipo penal. Sin

³ ALVAREZ-GARCIA, F.J. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Coords. El tipo básico. El delito (...) 2009, loc.cit. pps. 49-113

⁴ LUZON CUESTA, J.M., Compendio de Derecho Penal Parte Especial. DyKinson, Madrid, 2008, pps. 245-249

embargo, excepcionalmente, se ha apreciado la tentativa cuando el sujeto no ha alcanzado la posesión de la droga ni le fuera achacable cualquier forma de disponibilidad.

En el Código Penal de 1995 sólo son punibles los actos preparatorios si están especialmente previstos en la parte especial, con lo cual se acoge un sistema de números cerrados. Los artículos 17.3 y 18.2 del Código Penal así lo declaran. Y sucede que el artículo 373 castiga la conspiración, proposición y provocación para cometer los delitos de tráfico de drogas y de precursores. El Código tampoco menciona entre los actos de imperfecta ejecución ni la tentativa inidónea ni la frustración, utilizando en el artículo 16 un concepto amplio de tentativa, puesto que en él se incluyen tanto los supuestos en los que únicamente se ha dado inicio a los actos ejecutivos, como aquellos otros casos en que se han practicado todos los actos objetivamente necesarios para producir el resultado y ello no ha sucedido por causas ajenas a la propia voluntad del autor.

La propia naturaleza del delito conlleva la dificultad de apreciación de la continuidad delictiva no aplicable a la repetición de actos, siempre que no haya una ruptura temporal importante.

No es tanto una cuestión de si cabe el delito continuado en los delitos contra la salud pública, como de determinar cuándo se cierra una actividad delictiva, de forma que las actuaciones típicas posteriores pasarán a integrar una infracción diferente.

El artículo 368 del Código Penal se refiere a "actos", en plural. Y estamos ante una infracción de mera actividad, permanente y de peligro abstracto. El referido precepto es un tipo mixto alternativo que da lugar a un solo delito aunque se hayan realizado varias de las acciones típicas descritas. También es evidente que la repetición en un corto espacio de tiempo de una misma conducta es también un caso de unidad típica y por tanto de delito único: unidad natural de acción. No existen varios delitos por el hecho de que se hayan producido varios actos de venta. En general se niega la posibilidad de continuidad delictiva. Incluso cuando la actividad se ha desarrollado durante un largo lapso de tiempo; o, más aún, aunque haya habido interrupciones temporales. La variedad de sustancias tampoco tiene un efecto multiplicador del número de infracciones por cuanto el bien jurídico protegido es idéntico. En definitiva, actividades plurales que nos obligan a que tengamos forzosamente que considerar

integrados en esta figura criminal, como delito único, la pluralidad de conductas homogéneas que, de otro modo, habrían de constituir un delito continuado.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo estima que es procedente señalar como dato clave el momento en que el sujeto activo es objeto de detención, o de una citación para defenderse en la investigación seguida por unos hechos, en los que deben tener cabida todos los cometidos, y no enjuiciados o prescritos en sus concretas manifestaciones conductuales, referidas al mismo bien jurídico.

El tipo penal del artículo 368 puede llevarse a cabo mediante un solo acto que configura una acción o, mediante una diversidad de actos, siempre que en tales casos puede considerarse que concurre una sola acción en sentido natural. Para que pueda aceptarse que tal diversidad debe ser considerada una unidad en el sentido de unidad de acción, es preciso, como decimos, que los diversos actos se ejecuten en un ámbito espacial corto y en un contexto temporal breve. Ahora bien, la existencia de una pluralidad de acciones puede -en ciertos casos- conformar una unidad jurídica dando lugar al denominado delito continuado.

La Jurisprudencia de la Sala Segunda ha elaborado la doctrina del delito continuado conforme a un criterio objetivo-subjetivo al considerar que la unidad jurídica de valoración que representa el delito continuado exige que concurren ciertos requisitos, a la vista del artículo 74 del Código Penal, para que pueda considerarse la continuidad delictiva: a) la existencia de un plan preconcebido (elemento subjetivo) o el aprovechamiento de idéntica ocasión (elemento objetivo); b) la realización de una pluralidad de acciones u omisiones; c) que ofendan al mismo o a distintos sujetos pasivos; d) que infrinjan el mismo precepto penal o varios pero de igual o semejante naturaleza y e) que dichas acciones se lleven a cabo en un cierto contexto espacio-temporal delimitable.

El referido artículo 368 no establece una unidad jurídica de acción, ni es una excepción a la regla de una acción un delito, sin perjuicio de que, en ocasiones, puedan estimarse que varios actos son constitutivos de una acción en sentido natural. Por ello en caso de pluralidad de acciones y concurriendo el resto de los requisitos indicados sería posible considerar la existencia de un delito continuado contra la salud pública, exigiéndose la concreta individualización de una nueva acción incardinable en el tipo penal aplicado, autónoma e independiente surgiendo de esta forma un renovado riesgo

para la salud pública, y cuando aparezca diferenciada la técnica comisiva de la primera acción respecto de las otras no será posible apreciar un delito continuado, y sí el concurso real de delitos.

IV. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL

La distinción entre cometer un delito, que da lugar a una responsabilidad principal, y participar en un delito cometido por un tercero, que da lugar a responsabilidad accesoria, responde a la distinción entre quienes son directamente responsables por la violación de la norma penal (autores) y los que son responsables de forma derivada (partícipes). Autores de un delito son aquéllos cuya responsabilidad puede ser establecida independientemente de todos los demás intervinientes en el mismo, mientras que partícipes, o partes secundarias, son aquéllos cuya responsabilidad se deriva de la responsabilidad principal de los autores.

El principio de accesoria de la participación no significa necesariamente que la pena para los partícipes deba ser siempre inferior que la pena para los autores, aunque en los sistemas pertenecientes a la tradición romano-germánica el principio de atenuación para la responsabilidad accesoria es explícitamente reconocido. Esta distinción en el nivel de la pena se basa en la premisa de que el castigo debe ser irrogado en proporción a la reprochabilidad de la conducta de cada interviniente en la comisión del delito.

Puede definirse doctrinalmente la autoría como dominio exclusivo o compartido del hecho. Según MIR PUIG⁵ el autor es todo aquél que contribuye al delito en condiciones que éste puede imputársele como suyo, caracterizando la autoría como pertenencia del delito y a su vez, la coautoría como una situación de pertenencia compartida del delito por dos o más personas que conjuntamente tienen el dominio de la acción típica y de la causalidad, mientras que la participación constituirá una forma de contribución accesoria en el comportamiento típico propio del autor o autores.

Los sistemas nacionales que distinguen entre autoría y participación utilizan distintos criterios para delimitar ambos conceptos. Cuando una pluralidad de personas interviene en la comisión de un delito, la consideración de cada uno de ellas como autor o partícipe depende del fundamento a partir del cual se construya el concepto de autor.

⁵ MIR PUIG, S. Derecho Penal. Parte General. 9ª Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, p. 383

Las posiciones existentes a este respecto se pueden agrupar en tres: -objetivo-formal; - subjetiva y -objetivo-material.

Según las teorías objetivo-formales, autores son sólo quienes realizan uno o más elementos objetivos del delito, mientras que partícipes son aquéllos que contribuyen de cualquier otro modo a su comisión. Dicha teoría resulta inadecuada para explicar los casos de autoría mediata o autoría por conducto de otro, donde la persona que realiza los elementos objetivos del delito es una mera herramienta de otros.

Las teorías subjetivas consideran que es imposible basarse en criterios objetivos para distinguir entre autores y partícipes, porque la contribución de todas las personas que intervienen en un delito está causalmente conectada con su comisión. Fundamentan la distinción entre autoría y participación en la actitud personal frente al delito de los distintos intervinientes. Las teorías subjetivas solucionan los problemas relativos a la autoría mediata, porque no es la cercanía a la escena del crimen sino su actitud, lo que distingue la autoría de la participación. Aunque al basarse la distinción entre autores y partícipes exclusivamente en la voluntad de los intervinientes en el delito, estos últimos estarían decidiendo acerca de la naturaleza de su propia contribución.

Las teorías objetivo-materiales son un intento de solucionar los problemas que presentan las otras dos posiciones. Según estas teorías, la autoría y la participación se distinguen con base en el nivel y la intensidad de la contribución a la ejecución de los elementos objetivos del delito, requiriendo el conocimiento por parte de quien interviene en la comisión del delito de la importancia de su contribución. Los defensores de esta posición la justifican en la mayor reprochabilidad de la conducta de los autores en comparación con la de los partícipes. Sin embargo, sus detractores sostienen que es imposible diferenciar entre contribuciones indispensables y contribuciones prescindibles, a menos que uno recurra a juicios de valor hipotéticos.⁶

Antes de la aprobación del Código Penal de 1995, el Tribunal Supremo adoptó una posición subjetiva con reflejo en la llamada doctrina del acuerdo previo. Sin embargo, desde finales de los años 80, fue abandonando la posición subjetiva y adoptó progresivamente el concepto de dominio del hecho. Con la entrada en vigor del Código Penal abandonó definitivamente la posición subjetiva.

⁶ OLASOLO ALONSO, H., Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pps. 57-127.

El concepto de dominio del hecho se enmarca en una posición objetivo-material del concepto de autor y de la distinción entre autoría y participación y combina un elemento objetivo que consiste en las circunstancias fácticas que conducen al dominio del hecho y un elemento subjetivo relativo al conocimiento de dichas circunstancias fácticas. Según Rocín,⁷ el dominio del hecho es un concepto abierto que, cuando se analizan las diferentes formas de autoría, se desarrolla de tres modos diferentes: en la autoría directa o inmediata como “dominio de la acción”, en la autoría mediata como “dominio de la voluntad”, y en la coautoría como “dominio funcional”.

El artículo 28 del Código Penal ha adoptado el concepto del dominio del hecho para responsabilizar a título de autor a la persona que utiliza a un agente inocente como instrumento no responsable para cometer un delito. “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven, como instrumento.

V. AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL DELITO DE TRAFICO DE DROGAS EN ESPAÑA

La autoría y participación en los delitos contra la salud pública se rige por las reglas generales para los delitos comunes (artículos 28 y 29 del Código Penal), si bien, la formación tan amplia de la conducta típica dificulta la posibilidad de admitir una forma de contribución al hecho distinta de la autoría.

El Código Penal en su artículo 28 dispone que son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Mientras que, conforme al artículo 29, cómplices son los que, no hallándose comprendidos en las formas de autoría, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, si bien la actuación del cómplice no puede consistir ni en una inducción directa y decisiva ni en una cooperación necesaria sino en una aportación material o psíquica accesoria que refuerce o facilite una preexistente intención delictiva del autor. Al constituir una forma menos grave de participación, la ley impone al cómplice una pena inferior en grado con respecto a la fijada para el autor.

⁷ OLASOLO ALONSO, H., Tratado de Autoría (...) 2013, loc.cit. p. 87.

En consecuencia, dentro de la delimitación legal de autoría se incluye al inductor y al cooperador necesario, equiparándolos a los autores, aunque constituyen formas de participación.

La distinción entre formas de autoría y de participación plantea en este delito de tráfico de drogas problemas específicos derivados de la propia redacción del tipo. Concretamente, por la amplitud en que aparecen configuradas las conductas típicas. En efecto, si autor es -según una teoría restrictiva de autor- el que realiza alguna de las conductas descritas en algún tipo de la Parte Especial del Código Penal, ya sea directamente (autoría directa), por medio de un instrumento (autoría mediata) o conjuntamente con otros (coautoría), de la simple lectura del precepto parece necesario concluir que cualquier persona que ejecute dolosamente un acto de favorecimiento, promoción o facilitación del tráfico de drogas podrá ser considerado autor, puesto que ejecuta un acto expresamente previsto en la Parte Especial. Si esto es así, es difícil imaginar algún supuesto de intervención en el tráfico de drogas que pueda ser calificado de inducción, cooperación necesaria o complicidad sin a la vez constituir facilitación, favorecimiento o promoción del tráfico, y por lo tanto autoría. Frente a esta interpretación literal del precepto cabe adoptar distintas posiciones, que se examinan a continuación:

- Concepto unitario de autor.- Es la postura mantenida por la Jurisprudencia mayoritaria y como señala MUÑOZ CONDE ⁸, conforme al mismo, se califica de autor a todo el que contribuye causalmente de algún modo a la realización del delito. Ello dificulta la diferenciación entre autor, partícipe y cómplice, considerando el alcance de las conductas incriminadas en el tipo legal. Desde este punto de vista quedarían derogados aquellos preceptos de la parte general del Código penal que hacen referencia a las formas de intervención distinta a la autoría. No regiría el principio de accesoriedad limitada y, por lo tanto, un hecho podría ser impune para uno de los partícipes y punible para otros.

- Concepto restrictivo de autor.- Se considera necesario mantener la distinción entre autoría y participación. En el marco de esta concepción algunos autores proponen una interpretación de este precepto conforme a la doctrina del dominio del hecho, concluyendo que tan sólo sería autor quien finalísticamente dominase la ejecución de

⁸ MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal Parte Especial. 15ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 667

los actos típicos descritos. Un concepto restrictivo de autor comporta reconocer el principio de accesoriidad limitada de la participación y para castigar al partícipe deberá previamente concurrir una conducta típica y antijurídica del autor.

Un concepto restrictivo de autor conlleva la necesidad de delimitar los actos del autor de los del partícipe, y respecto de estos últimos, distinguir entre la participación cualificada -inducción y cooperación necesaria- de la participación simple -complicidad-, permitiendo una valoración más equitativa de las distintas aportaciones ajustándose mejor al principio de proporcionalidad y culpabilidad.

- Concepto extensivo limitado de autor.- Cabe sostener una posición intermedia, como a veces hace la Jurisprudencia. Según esta posición, la regla general sería calificar cualquier intervención realizada en el marco de este precepto legal como de autoría, englobando en esta categoría no sólo al autor en sentido estricto (esto es, al autor directo, al coautor y al autor mediato), sino también al inductor y al cooperador necesario. No obstante, algunas veces, por la poca relevancia de la intervención podría aceptarse la figura de complicidad.

La defensa del concepto extensivo limitado de autor o extensivo impropio conlleva que casi cualquier intervención en el hecho, con independencia de su entidad y relación con el ataque al bien jurídico protegido, es calificada de autoría. La complicidad es una categoría residual que sirve para calificar conductas muy alejadas del núcleo del bien jurídico protegido. Tampoco rige con carácter general el principio de accesoriidad limitada, que sólo podrá aplicarse en aportaciones muy poco relevantes -las calificadas excepcionalmente de complicidad- y, por lo tanto, un hecho puede ser impune para uno de los partícipes y punible para otros.

La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo señala que en la cooperación, la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta.⁹

Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto que para la segunda, ha de investigarse si, en ese

⁹ ALVAREZ-GARCIA, F.J. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Coords. El tipo básico. El delito (...) 2009, loc.cit. pps. 45-49

caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición sine qua non, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho.

Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho).

Entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la Jurisprudencia de la Sala Segunda, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de ésta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce, concluyendo que lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen, sino la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor.

La complicidad criminal requiere una participación meramente accesorio, no esencial, debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito del autor principal. La complicidad requiere el concierto previo o por adhesión (*pactum scaeleris*), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado (*consciencia scaeleris*), el denominado “*animus adiuvandi*” o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización el empeño común.

Se trata de una participación accidental y de carácter secundario. Para que exista complicidad ha de concurrir un elemento objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél.

La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene establecido como regla general que en el tipo delictivo del artículo 368 del Código Penal y por expresa voluntad del Legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor principal, admitiéndose que la aplicación de la complicidad permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar. Es lo que se ha venido a denominar actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico, que no ayudan directamente al tráfico pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la trascendencia que exige el concepto de autoría.

El problema radica en la dificultad de distinguir entre cooperación necesaria y complicidad, por lo que la Jurisprudencia se mueve más por principios de proporcionalidad y de necesidad de pena, que por consideraciones estrictamente dogmáticas, desplazándose la cuestión hacia la esfera de la medida de culpabilidad, como factor determinante de la diferenciación entre autores y partícipes por un lado, y de cómplices por otro.¹⁰

Ad exemplum, pueden citarse diversos supuestos calificados de complicidad: -el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde pueden hallar a los vendedores; -la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía; - la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas; -la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación; -facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga; -realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga; -acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico; -colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal (...) 15ª Ed. 2004, loc. cit. p. 668.

También en el ámbito de la autoría se plantea la problemática del agente provocador, cuyo comportamiento se caracteriza por estar dirigido a que otro cometa un delito, pero sin la intención de que ello suponga la afectación al bien jurídico, sino con el propósito de que el otro sea declarado criminalmente responsable de ello. En este sentido, deberíamos distinguir entre los llamados “delitos provocados”, en los que se hace surgir la idea criminal en quien no estaba ya predispuesto, en cuyo caso debe absolverse también al inducido y los de “actuación del agente provocador” o “delito comprobado”, en los que sólo se trata de obtener la prueba de una actividad delictiva precedente y en los que el inducido incurre en responsabilidad criminal.

Como formas especiales de autoría, debe señalarse la pertenencia a una organización delictiva tipificada en el artículo 369 bis del Código Penal, comprendiendo en el tipo a todos los sujetos integrantes de la banda, con independencia de la función que desempeñan. A los jefes, encargados y administradores, sin embargo, se les aplica la pena superior en grado a la señalada en el tipo principal, estableciendo una diferenciación subjetiva de la autoría entre los miembros y sus dirigentes.

La agravación obedece a la superior capacidad de agresión al bien jurídico de la salud pública por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que la organización representa. Los elementos o notas características de lo que debe entenderse por organización o asociación son: -La concurrencia de de una pluralidad de personas; - la jerarquización entre sus miembros; -la distribución de tareas; -la existencia de medios idóneos para alcanzar el fin de difusión de la droga y su duración en el tiempo o, al menos, la vocación de permanencia.¹¹

Ahora bien, no toda concurrencia de personas responsables implica la existencia de una organización, pues como indica la Jurisprudencia, tiene que haber algo más que una mera reunión de personas para delinquir. Se trata de algo más que una simple codelincuencia. La mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo, pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización.

¹¹ ALVAREZ-GARCIA, F.J. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Coords. Tipos agravados del artículo 369 CP. El delito (...) 2009, loc.cit, pps. 167-170

Asimismo, cabe distinguir la integración o pertenencia a una organización de aquellos supuestos de transitoria consorciabilidad con aquélla.

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ-GARCIA, F.J. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Coords. El delito de tráfico de drogas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LUZON CUESTA, J.M. Compendio de Derecho Penal Parte Especial. DyKinson, Madrid, 2008.

MIR PUIG, S. Derecho Penal. Parte General. 9ª Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.

MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal Parte Especial. 15ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

OLASOLO ALONSO, H. Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

VIDALES RODRIGUEZ, C. Coord. Política criminal española en materia de tráfico ilícito de drogas. Tráfico de drogas y delincuencia conexas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

DELITOS ESPECIALES E INTERVENCIÓN CONJUNTA.

ENRIQUE DEL CASTILLO CODES

Abogado de Jaén. Prof. Centro asociado UNED Úbeda

RESUMEN.- En el estudio de los denominados delitos especiales y los problemas de participación que en ellos se presentan, es necesario partir de un concepto simple de delito especial, en el que tengan cabida tanto los tipos en los que el sujeto activo se encuentra estrechamente vinculado con la protección de un determinado bien jurídico, como aquellos en los que el sujeto activo ocupa una concreta posición que le permite lesionar ciertos bienes jurídicos. En ambos casos, la lesión de los bienes jurídicos se restringe a un círculo limitado de sujetos, y por eso se trata de delitos especiales, sin que en cambio se incluyan dentro de tal clasificación los delitos agravados por la cualidad de sujeto activo, en los que la lesión del bien jurídico está abierta para cualquiera, aunque se prevea una agravación de la pena cuando el autor reúna ciertas cualidades.

Una vez diseñado el concepto de delito especial conforme a tal fundamentación, es necesario encontrar el criterio adecuado para resolver los supuestos en que intervenga, junto al sujeto cualificado (intraeus), un tercero (extraneus). La solución a la que se llegue deberá asegurar, en todo caso, el castigo del intraeus en concepto de autor, dada la especial vinculación/posición respecto del bien jurídico lesionado.

I.- Planteamiento.

En el ámbito penal existe consenso doctrinal y jurisprudencial en torno a la distinción entre delitos comunes y especiales, en el sentido de que mientras los primeros pueden ser cometidos por cualquiera, en el caso de los segundos el círculo de posibles sujetos activos se encuentra restringido. Y dentro de la categoría de delitos especiales se ha venido distinguiendo entre *impropios*, que son aquellos que pueden cometerse por cualquier otra persona si bien, en tal caso, la conducta será subsumible en otro tipo penal con una penalidad más suave. Así sucede, por ejemplo, con los delitos de falsedad en documento público, que pueden ser cometidos, tanto por autoridad o funcionario público (art. 390) como por un particular (art. 390), pero las consecuencias penológicas son mucho más graves para el primero (prisión de tres a seis años y multa de seis y veinticuatro meses, aparte de la inhabilitación especial de dos a seis años) que para el segundo (prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses). En ambos casos, la conducta objetiva –falsificar un documento público- es la misma, y puede ser cometida por cualquier persona, pero cuando su ejecución la lleva a cabo una autoridad o funcionario público tiene mayor gravedad, y de ahí que se hable en estos casos de delitos especiales *impropios*.

Distintamente, y también dentro de la categoría de delitos especiales, se encontrarían los denominados *proprios*, como aquéllos que sólo pueden ser cometidos por un círculo, concreto y reducido, de sujetos, quedando por el contrario excluidos todos los demás. Dentro de esta modalidad se encuentra la prevaricación, tipo penal que únicamente puede ejecutarse por parte de la “autoridad o funcionario público” (art. 404) o por el “juez o magistrado” (art. 446), pues solo ellos tienen la potestad de dictar resoluciones arbitrarias o injustas, respectivamente, sin que los particulares puedan llevar a cabo dicha actuación.

Pues bien, en relación con los delitos especiales y con la clasificación expuesta – propios e impropios- han surgido diversas dificultades a la hora de resolver supuestos en los que, en la ejecución del correspondiente tipo penal, han intervenido varias personas. Así, por ejemplo, en el caso de los delitos especiales *proprios*, cuando un particular *induce* a un juez a dictar una resolución injusta, cabe preguntarse si debe ser sancionado como inductor del referido tipo penal, en cuyo caso, y a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 28 CP, se le deberá imponer la misma pena que al autor principal. Pero esto genera reparos si se tiene en cuenta que el particular no es sujeto idóneo para cometer la conducta típica, por lo que la imposición de la pena prevista para su comisión puede suscitar dudas sobre su proporcionalidad. La otra opción, esto es, la impunidad total, tampoco resulta satisfactoria.

Pero mucho más problemática es la intervención plural en los delitos especiales *improprios*, pues al existir en ellos una previsión para el sujeto cualificado (*intraneus*) y otra para el no cualificado (*extraneus*), las dudas se multiplican. Así, por ejemplo, en el caso concreto de los delitos de violencia de género, si el marido *induce* a un tercero para que amenace a su esposa, tendremos que el hecho principal en concepto de autor directo lo comete el *extraneus*, pero al tratarse de una amenaza leve se trataría de una falta del art. 620.2 CP; en cambio, el marido, es decir, el sujeto activo que determina la especialidad del delito, habría actuado como mero partícipe, por lo que se plantea la duda de si debe responder como inductor de una falta de amenazas o por el delito especial de amenazas en el ámbito familiar. A la inversa, si es el tercero el que convence al esposo para que golpee a su esposa, la responsabilidad de aquél podría establecerse, bien como inductor de un delito de malos tratos en el ámbito familiar –con la misma

pena que para el autor- o bien, al carecer de la cualidad para ser autor del citado tipo, por una falta de malos tratos del art. 617.2 CP.

II.- Caracterización de los delitos especiales.

Con el fin de ofrecer una respuesta satisfactoria a la cuestión planteada, es preciso ante todo posicionarse sobre la clasificación bipartita, antes expuesta, de los delitos especiales. En este sentido, por parte de la doctrina se ha diferenciado entre un concepto complejo de delito especial, a través del cual no sólo se procedería a describir la restricción que en sede de autoría establecen ciertos elementos en el tipo de los delitos especiales, sino que además incluyen el fundamento que determina que el círculo de posibles autores quede delimitado, considerando dicho concepto que todos los delitos especiales responden a un mismo fundamento¹. En cambio, el concepto simple se conforma con definir el delito especial a partir de las específicas limitaciones de autoría consignadas en el tipo, sin consideración al fundamento sobre el que descansan tales restricciones².

A este respecto, un sector de la doctrina considera innecesaria la referida distinción, al entender que ambas modalidades merecen idéntico tratamiento en tanto no existe diferencia en relación al contenido de injusto, independientemente de que para los llamados “impropios” se haya previsto por el legislador un tipo común paralelo³. De este modo, los elementos que delimitan la autoría en estos últimos delitos no constituirían circunstancias de agravación o atenuación de la pena, sino auténticos elementos fundadores de la misma⁴. En apoyo de esta concepción, se puede aducir que uno de los criterios que permite determinar si un delito debe ser calificado como especial, es comprobar si la restricción del círculo de autores tiene su razón de ser en la mayor protección del bien jurídico⁵. De esta forma, es posible diferenciar, con claridad, entre los auténticos delitos especiales y los delitos agravados por la cualidad del sujeto activo. Así, la condición de “autoridad o funcionario público” en los delitos previstos en

¹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, El Administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, p. 157.

² FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, El Administrador de hecho, op.cit, pp. 154-155.

³ GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, Edisofer S.L, Madrid 2006, pp. 421-422.

⁴ GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, op.cit, p. 432.

⁵ GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, op.cit, pp. 32-33.

los arts. 167, 198 y 204 CP, no daría lugar a la aparición de un tipo distinto puesto que la conducta en los mismos sancionada seguiría afectando al mismo bien jurídico, en los casos citados, la libertad ambulatoria, la intimidad y la intimidad domiciliaria, respectivamente. En cambio, en los delitos especiales, como la falsedad en documento público cometida por autoridad o funcionario, tal condición sí que implicaría un nuevo delito –y no una mera agravación del común- por lesionar un bien jurídico supraindividual, en el delito citado, el correcto funcionamiento de la Administración Pública⁶.

En una línea parecida, en el sentido de rechazar la diferenciación entre delitos especiales propios e impropios, se propone clasificar tales delitos en dos modalidades. Dentro de la primera se encontrarían los denominados *delitos de posición*, en los que se produce una limitación del círculo de posiciones a partir de las cuales se otorga relevancia jurídica a la lesión, pero sin limitar las formas de conducta⁷. En tales casos, como se ha indicado, el legislador describe las formas de ataque relevantes para el bien jurídico a través del establecimiento de determinadas posiciones, como sucede, por ejemplo, en los delitos contra la ordenación del territorio, publicidad engañosa (art. 282), delitos societarios, delito concursal o delito fiscal⁸.

Por otro lado, se encontrarían los *delitos especiales de deber*, referidos a la infracción de deberes que regulan la relación específica entre un sujeto y el objeto de protección, deberes que sólo rigen para determinadas personas que resultan, por ello, especialmente obligadas⁹. Al igual que sucede con los primeros, también el legislador selecciona determinadas posiciones a través de las cuales el bien jurídico puede resultar afectado, pero con la diferencia de que en esta segunda modalidad el injusto no consiste en la lesión del bien desde dicha posición sino en el incumplimiento del conjunto de deberes que define dicha posición, siendo éstos los únicos delitos que merecen la

⁶ GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, op.cit, pp. 253-254. De otra opinión, ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices. La intervención por omisión y los delitos especiales. Ed. Atelier, Barcelona 2007, p. 126, quien considera que el delito previsto en el art. 167 es especial impropio.

⁷ ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices, op.cit, pp. 125-126.

⁸ ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices, op.cit, pp. 129-130.

⁹ ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices, op.cit, pp. 125-126.

calificación de especiales, y siendo ejemplo paradigmático de ellos los delitos puros de funcionarios¹⁰.

En relación con la caracterización de los delitos especiales como delitos de infracción de deber, se afirma que mientras en los primeros se alude a una modalidad de tipo penal, con los segundos se hace referencia a un criterio delimitador de la autoría. En consecuencia, mientras los delitos especiales se contrapondrían a los delitos comunes en función del sujeto activo, los delitos de infracción de deber se contrapondrían a los delitos de dominio y su diferenciación no residiría, como en los primeros, en la cualidad del sujeto activo sino en los criterios que permiten fundamentar la autoría (la infracción del deber o el dominio del hecho), con lo cual la clasificación delito común/delito especial y delito de dominio/delito de infracción de deber se encontraría en planos diversos¹¹.

La fundamentación de la autoría con base, exclusivamente, en el criterio de la infracción del deber no resulta admisible al ser necesario, además, que el sujeto realice la conducta típica descrita en el tipo correspondiente, pues de otro modo, dicho criterio podría llevar a una responsabilidad cuasi-objetiva¹². En consecuencia, cuando en un hecho delictivo intervengan varios sujetos especialmente cualificados (intrañeus), no todos ellos deberán responder como autores sino que es preciso determinar el concepto en que han intervenido, pues si bien formalmente todos ellos tienen la misma capacidad lesiva respecto del bien jurídico, ello debe confirmarse desde una perspectiva material atendiendo al quantum de aportación de cada uno, lo que podrá ser determinado con el criterio del dominio¹³. Por esta razón, se opta por emplear la denominación de “delitos especiales” y, dentro de ellos, el concepto simple, el cual abarcaría todos los tipos que presentan restricciones en sede de autoría independientemente del fundamento que tenga tal delimitación¹⁴.

Definida la autoría como la posibilidad de acceso al bien jurídico protegido, dicha capacidad sería un requisito necesario pero no suficiente, lo cual, aplicado a los delitos

¹⁰ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, op.cit, p. 133.

¹¹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, *El Administrador de hecho*, op.cit, pp. 161-162.

¹² FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, *El Administrador de hecho*, op.cit, pp. 226-227.

¹³ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, *El Administrador de hecho*, op.cit, pp. 227-228.

¹⁴ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, *El Administrador de hecho*, op.cit, p. 229, nota 1.

especiales, significa que no basta con que el sujeto ostente un determinado rol o cualidad para ser calificado autor, sino que tal posición debe materializarse a través el ejercicio de una concreta función, mediante la cual el intraneus controla “el *ámbito de responsabilidad* que de él *depende* y en el que está implicado el bien jurídico protegido”¹⁵. Obrando así, el sujeto no habría tenido solo un acceso meramente formal al bien jurídico, sino la capacidad real y efectiva de lesionarlo o ponerlo en peligro al ejercer las funciones que corresponden a su posición y todo ello podrá ser completado con el criterio del dominio, cuando sean varios los intraneus implicados en el hecho¹⁶.

La solución que se considera más correcta es la de mantener un concepto de delito especial simple, que aglutine todos aquellos tipos penales que limitan el círculo de posibles autores, con independencia del fundamento sobre el que se descansa tal restricción. De este modo y dentro de la referida categoría, son delitos especiales, en primer lugar, aquellos en los que el sujeto se encuentra estrechamente vinculado a la protección de un determinado bien jurídico, como sucede con la falsedad documental cometida por autoridad o funcionario público, la infidelidad en la custodia de documentos o los denominados delitos impropios de omisión. En el primer caso, el notario tiene legalmente encomendada la función de salvaguardar la veracidad de los documentos que a su presencia se extienden, pesando sobre él especiales deberes garantizar la autenticidad de los mismos. En el segundo caso, el funcionario está vinculado a la incolumidad de los documentos. Y en los delitos de comisión por omisión, el sujeto ostenta una posición de garante que le obliga a la protección del bien frente a determinados peligros o bien a controlar los riesgos que se deriven de una fuente de peligro.

Por otra parte y también como delitos especiales, se encuentran aquellos en los que el sujeto, en virtud de la posición que ocupa, se encuentra en condiciones idóneas para lesionar determinados bienes jurídicos. Es el caso del delito fiscal, en el que la condición de obligado tributario le otorga al sujeto la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido por dicho tipo penal, o bien, en el delito contra la ordenación del

¹⁵ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, El Administrador de hecho, op.cit, p. 252 (subrayados en el texto original).

¹⁶ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, El Administrador de hecho, op.cit, pp. 256-257.

territorio, la condición de promotor, técnico o director de obra le permite atacar dicho bien jurídico. A diferencia del supuesto anterior, el sujeto no se encuentra obligado a preservar el bien jurídico, sino que simplemente su posición le da la posibilidad de lesionarlo, pero se trata asimismo de un delito especial por cuanto sólo puede ser cometido por quien ostente tal posición.

En cambio, quedan fuera de tal categoría los tipos en los que la concreta condición del sujeto supone simplemente una agravación de la pena, como ocurre con el delito de detención ilegal cometido por autoridad o funcionario público. En tal supuesto, la lesión del bien jurídico (la libertad ambulatoria) queda abierta a cualquiera, pero cuando la misma es obra de quien ostenta tal cualidad, resulta más reprochable.

III.- Supuestos de participación.

La intervención de varias personas en un delito especial genera problemas que deben obtener una solución satisfactoria. En concreto, las dudas surgen en torno a la forma en que debe ser sancionado quien, no ostentando el deber específico o posición idónea (*extraneus*), participa (induciendo o ayudando) con el autor principal cualificado, por ejemplo, el particular que induce al juez para que dicte una resolución injusta. También se puede presentar la situación inversa, es decir, cuando sea el *extraneus* el que realice la conducta típica, inducido o ayudado por el *intraneus* (el funcionario encargado de la custodia de unos documentos le pide a su amigo que los destruya).

La resolución de estas situaciones puede hacerse, en términos generales, desde dos perspectivas: una, en virtud de la cual existiría un único título de imputación, que vendría determinado por el hecho principal, es decir, el que comete el autor directo, de manera que con arreglo al principio de accesoriedad, según el cual la calificación del partícipe dependerá de la actuación del autor principal, la calificación jurídica de la conducta del partícipe estará en función de la conducta realizada por el autor.

De este modo, en los delitos especiales, el *extraneus* que participa en el hecho deberá ser castigado con arreglo al tipo especial previsto para el autor. Y en la situación inversa, en la que es el particular el que ejecuta el hecho, inducido o ayudado por el *intraneus* (funcionario que le pide a su amigo que destruya unos documentos o el marido que convence a su amigo para que golpee a la esposa del primero) quien ejecuta

la conducta carece de las cualidades exigidas por el correspondiente tipo (la condición de funcionario o esposo de la víctima, respectivamente), y quien ostenta tales condiciones (funcionario y marido) no toman parte en la ejecución, limitándose a participar. En consecuencia, aplicando el criterio de la accesoriedad no hay modo de sancionar a ninguno de los intervinientes, en tanto el hecho principal es atípico al haberse cometido por un sujeto inidóneo. Por su mayor complejidad, nos referimos en primer lugar a este último grupo de supuestos.

1.- La solución de la autoría mediata.

La categoría de la autoría mediata tiene su razón de ser en una realidad innegable: que el hombre, para lograr sus propósitos delictivos, se puede valer de otras personas que, actuando bajo su dominio directo, se convierten en instrumentos suyos, ejecutores de la conducta prevista en el tipo penal¹⁷. Esta forma de intervención que, como se ha indicado, no se hallaba reconocida –al menos de forma expresa- en nuestro derecho codificado con anterioridad al vigente CP de 1995, era sin embargo admitida de manera prácticamente unánime, tanto por la doctrina¹⁸ como por la jurisprudencia¹⁹, planteando la cuestión de forma sumamente ilustrativa la STS 31 de marzo de 1944, cuando declaraba que *es bien sabido que abundan los casos en que el que concibe la idea criminal y decide ponerla en práctica se vale de otra persona como mero instrumento que produzca el resultado apetecido, causante físico que resultará responsable cuando con plena conciencia de la trascendencia de sus actos los realice*

¹⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G, “El autor mediato en derecho penal español”, ADPCP 1969, p. 468: “Del mismo modo que se reconoce que el hombre puede efectuar determinadas obras predisponiendo y sirviéndose de animales o aparatos mecánicos, hay que admitir igualmente que puede realizar ciertos hechos a través de otras personas que obran como instrumentos”.

¹⁸ SÁINZ-CANTERO, J.A, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3ªed, Barcelona, p. 804; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M, Derecho Penal Español, Parte General, Madrid 1993, p. 800; RODRÍGUEZ RAMOS, L, Compendio de Derecho Penal, Parte General, Madrid, 1985, p. 249; ANTÓN ONECA, Derecho Penal, Parte General, Madrid 1986, p. 469; COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, T.S, Derecho Penal, Parte General, Valencia 1987, p. 558; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M, Derecho Penal, Parte General, Valencia 1993, p. 388; QUINTERO OLIVARES, G, Los delitos especiales y la teoría de la participación, Barcelona 1974, p. 91; BUSTOS RAMÍREZ, J/HORMAZÁBAL MALARÉE, H, Manual de Derecho Penal, Parte General, Barcelona 1994, p. 436; DIÁZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, La Autoría en Derecho Penal, Barcelona 1991, p. 608.

¹⁹ SSTS 29-11-1943, 7-5-1946, 28-9-1979, 2-10-1981, 31-12-1983, 17-4-1985, 18-7-1987, 22-4-1988, 12-7-1989, 7-4-1990, 30-4-1991, 16-7-1992, 2-11-1994, 15-7-1996, entre otras.

voluntariamente y no lo será si ajeno a la maquinación dolosa ejecuta esos actos inconscientemente y sin intención de cooperar al designio criminal, pero la cooperación de esta persona intermedia, sea o no responsable en la esfera penal, no aleja el proceso y exime de responsabilidad al que se sirve de ella, puesto que si esa doctrina prevaleciese se habría encontrado una fórmula para que los delincuentes se pusieran a salvo de las sanciones penales.

Admitida ya de modo explícito en nuestro derecho positivo la autoría mediata, es preciso establecer los requisitos necesarios para que se pueda apreciar dicha forma de intervención, siendo de destacar al respecto que el tenor literal del texto legal se limita a establecer que dicha forma de autoría concurrirá cuando el hecho se realice a través de otra persona de la que el autor se sirve como instrumento. En consecuencia, la instrumentalización de la persona que, ya de forma directa e inmediata, ejecuta la conducta delictiva, se convierte en el criterio rector de la autoría mediata.

Son muchas las teorías que en la literatura penal se han elaborado para fundamentar la autoría (subjctiva, objetivo-formal, objetivo-material, pertenencia del hecho), y su estudio individualizado desbordaría los fines de la presente investigación, lo que unido a la existencia de importantes monografías sobre la materia dispensa detenerse en este particular, pasando directamente a la teoría que se considera más acertada, como es la del dominio del hecho. Muy a grandes rasgos, según esta teoría el autor es el que ejerce un dominio superior sobre la realización típica, y dicha posición la ostenta quien actúa “mediante una conducción consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico”²⁰.

El dominio del hecho tiene un componente subjetivo, consistente en la representación que tiene el sujeto sobre la idoneidad de su conducta para producir, de forma directa, un determinado resultado lesivo²¹, y otro de naturaleza objetiva, que la

²⁰ WELZEL, H, Derecho Penal Alemán (traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Santiago de Chile, 1969, p. 119.

²¹ ROXIN, C, Täterschaft und Tatherrschaft, Berlín-Nueva York, 1994, p. 189.

doctrina ha caracterizado de forma muy variada pero, en todo caso, reconducible a dos criterios: uno, de carácter fáctico, definido como la posibilidad real y efectiva de influir en el acontecer causal²², es decir, como aquella conducta que se encuentra en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado²³; y el otro, de índole normativa, como la realización de la conducta típica²⁴, es decir, aquélla que se enfrenta de forma más directa a las prescripciones contenidas en los tipos penales²⁵, existiendo asimismo posiciones que combinan ambos presupuestos (fáctico y normativo)²⁶.

Esta diversidad de criterios, cuyo estudio individualizado no podemos abordar, permite llegar a la conclusión común de que la instrumentalización que fundamenta la autoría mediata se logra provocando o aprovechando un déficit de libertad en la persona de delante, lo que faculta al de detrás dominar el acontecer causal y, por ello, atribuirle el dominio del hecho. En base a ello, es pacífico en la doctrina afirmar la instrumentalización cuando el sujeto de delante actúa bajo una situación de error (A le entrega a B una pistola cargada, y manifestándole que no tiene munición, le incita a que dispare sobre C para darle un susto, lo que aquél hace en la creencia de que el arma está descargada, produciendo la muerte de este último), o de coacción (A amenaza de muerte a B, si no prende fuego a la vivienda de C). En ambos casos, B no ha actuado con libertad, pues en el primero obra desconociendo –aunque de forma vencible- que la pistola estaba cargada, y en el segundo, aun sabiendo que está incendiando una vivienda, lo hace presionado por las amenazas, por lo que con independencia del criterio que se maneje –fáctico, normativo o mixto-, ese déficit de libertad provocado por el hombre de atrás le otorga el dominio del hecho y, por ello, permite su consideración como autor mediato de la muerte o del incendio.

²² MAURACH, R/GÖSSEL, K.H/ZIPF, H, Derecho Penal, Parte General II (traducido por Jorge Bofill), Buenos Aires 1995, p. 317; KINDHÄUSER, U, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2000, pp. 356-357; KÜHL, K, Strafrecht, Allgemeiner Teil, München 2000, p. 728.

²³ LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, ADPCP 1989, pp. 892-893.

²⁴ LESCH, H.H, “Intervención delictiva e imputación objetiva” (traducido por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), ADPCP 1995, pp. 938-939.

²⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, La Autoría, op.cit, pp. 580-581, 631-632.

²⁶ BOLEA BARDÓN, C, Autoría mediata en Derecho Penal, Valencia 2000, pp. 125-ss.

Sin embargo, las discrepancias aparecen cuando se plantean otros supuestos de autoría mediata en los que el hombre de delante actúa con plena libertad, pero careciendo de las cualidades necesarias para ser autor del correspondiente tipo penal. Nos referimos a los ya aludidos delitos especiales mal llamados “impropios”, en los que no es suficiente con realizar la conducta objetivamente descrita en el tipo penal sino que es preciso, además, ostentar la cualidad subjetiva prevista en el mismo. Así, en el caso de la falsedad en documento público cometido por autoridad o funcionario público (art. 390 CP), no basta con falsificar un documento sino que es necesario, además, que el autor sea una autoridad o funcionario.

En estos casos, si el sujeto que tiene la cualidad personal exigida en el tipo encarga a un tercero que ejecute la conducta típica –el funcionario encarga a un amigo que destruya los documentos cuya custodia tiene encomendada- tendremos que quien actúa de forma inmediata realizando la conducta típica –amigo- carece de la cualidad exigida en el tipo, y quien ostenta dicha cualidad no lleva a cabo de forma personal la actuación penalmente sancionada. Las dificultades que entrañan tales supuestos y las indeseables lagunas de punibilidad que pueden generar, han tratado de ser resueltas por un sector doctrinal a través de la autoría mediata, incluyendo como uno de los supuestos de instrumentalización, la utilización del llamado “instrumento doloso no cualificado”, es decir, una persona que actúa con dolo, sabiendo lo que hace, sin presión ni coacción alguna y, por ello, con absoluta libertad, pero careciendo de las cualidades personales requeridas por el tipo para poder ser autor. De esta forma, se podría castigar al funcionario como autor mediato de la conducta de destrucción de documentos, realizada libremente por su amigo.

La instrumentalización en estos supuestos se ha tratado de fundamentar de diversas maneras. Así, se dice que el dominio del hecho del hombre de atrás debe entenderse en sentido normativo-psicológico, pues no pudiéndose cometer el delito por el ejecutor inmediato sin la contribución del hombre de atrás, el cual posee las cualidades exigidas legalmente, su actuación unida al influjo psicológico sobre el

instrumento resulta decisiva para afirmar su autoría²⁷. Otro de los criterios manejados al respecto es el del llamado “dominio social del hecho”, en virtud del cual en los delitos especiales propios el sujeto cualificado que induce al “extraneus”, le está otorgando a éste la posibilidad de tomar parte en la comisión de un delito especial, lo que le confiere al primero el dominio (social) del hecho y, por tanto, la autoría²⁸. Del mismo modo, se aduce que al sujeto de atrás se le puede imputar el hecho como suyo porque posee las cualidades personales exigidas por el tipo y, además, es causa de que actúe el de delante, por lo que el hecho le pertenece²⁹. Quien tiene capacidad de cometer el hecho por sí mismo, puede también cometerlo utilizando a un tercero³⁰.

Esta posición no parece admisible, pues como ya se ha indicado antes la autoría mediata se fundamenta en la instrumentalización de otra persona, y ello solo puede conseguirse anulando o disminuyendo su libertad, a través de error, coacción o cualquier otra circunstancia que no le permita decidir de modo autónomo su forma de actuación. En consecuencia, en los supuestos que nos ocupan, en los que el sujeto que posee las características personales exigidas en el tipo encarga a un tercero la ejecución del hecho delictivo, la actuación de este último es libre y, por tanto, no puede decirse que haya sido instrumentalizado. Los argumentos, antes expuestos, que abogan por la admisión de la autoría mediata no parecen convincentes, pues por mucho que se quiera normativizar el dominio del hecho, no se puede prescindir de la vertiente fáctica, y en estos casos ya hemos visto que actuando el ejecutor inmediato de forma totalmente libre y responsable, no se puede establecer un dominio en la persona que le ha incitado a

²⁷ JESCHECK, H.H, Tratado de Derecho Penal, Parte General (traducido por José Luis Manzanares Samaniego), Granada 1993, p. 610.

²⁸ WELZEL, Das deutsche Strafrecht, op.cit, p. 125.

²⁹ MIR PUIG, S, Derecho Penal, Parte General, PPU, Barcelona 1985, p. 321; GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, op.cit, pp. 380-382, adhiriéndose a esta tesis y en relación con el tipo previsto en el art. 413 CP (infidelidad en la custodia de documentos públicos), considera que tanto desde una interpretación literal del tipo como desde su sentido material, se puede afirmar sin dificultad que el funcionario encargado de la custodia del documento que ordena a su secretaria que lo destruya puede ser considerado autor mediato del mismo al haber sido lesionado el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y ello con independencia de quien haya destruido, materialmente, el documento.

³⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J, Autoría y participación, Akal/Iure, Madrid 1996, p. 59.

obrar³¹. En consecuencia, los supuestos problemáticos que nos ocupan no pueden resolverse a través de la autoría mediata, por lo que es necesario valorar otras posibles alternativas.

2.- La ruptura del título de imputación.

Todas las propuestas que se hacen desde esta perspectiva tienen, como denominador común, el prescindir de la accesoriedad como criterio definidor de la participación, aunque difieran en sus fundamentos.

Así, un sector doctrinal estima que el partícipe y el autor infringen normas distintas y, por tanto, pueden responder de forma autónoma. Según esta propuesta, la norma penal tiene como objetivo la evitación de determinadas conductas lesivas y para ello disuade a sus destinatarios de su realización, pero tal efecto intimidatorio sólo puede conseguirlo cuando el sujeto no ha comenzado todavía a actuar, por lo que el enunciado de la norma sería del tenor “*tú no debes realizar un comportamiento del que se puede derivar un perjuicio a terceros*”³². De ello se deriva, como consecuencia necesaria, que la imputación sólo puede recaer sobre la realización de la conducta, pues solo ello depende de la voluntad del sujeto, mientras que lo que se encuentre más allá de esta secuencia –la producción del resultado lesivo o, en el caso de la participación, la posterior actuación del autor- no forma parte de la prohibición pues tal elemento resultativo ya sólo depende del azar, no del sujeto activo³³.

Partiendo de lo expuesto y aplicándolo al terreno de la codelinuencia, se puede afirmar que cada uno responde de las consecuencias que se derivan de su actuación, es decir, por su propio injusto, de manera que la participación supone la lesión de una norma de conducta propia y no ajena³⁴, lo que significa que también el partícipe infringe una norma y que, por tanto, realiza por su parte un hecho punible, sin que para ello

³¹ STS 5-2-2008: “La autoría mediata, prevista en el art. 28 CP (quienes realizaren el hecho por medio de otro) requiere, al menos en los supuestos fuera de discusión, que el instrumento sea incapaz de culpabilidad, obre con error (de tipo o de prohibición) o bajo coacción. Sólo estas circunstancias en principio, pueden desplazar el dominio del hecho al que actúa por detrás”.

³² SANCINETTI, M, Injusto penal y participación, Buenos Aires, 1997, p. 23.

³³ SANCINETTI, M, Injusto penal, op.cit, p. 28.

³⁴ RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen 1997, pp. 68-69.

tenga que depender de que, a su vez, el autor principal dé comienzo a la ejecución³⁵, infringiendo el autor y el partícipe normas de conducta diversas³⁶.

De este modo, la norma de la inducción prohíbe hacer surgir en un tercero la resolución de cometer un hecho susceptible de lesionar un bien jurídico, y la complicidad, ayudar en un hecho ajeno a partir del cual se pueda ocasionar dicha lesión³⁷. De ello se deriva, por una parte, que el ilícito de la participación queda consumado tan pronto el sujeto, habiendo inducido o ayudado al autor principal, pierde el control sobre el posterior curso causal, es decir, sobre la posibilidad de evitar la comisión del hecho por parte del autor principal y, por otra, que si bien la norma de la participación toma como referencia el mismo bien jurídico que la del autor, en el primer caso se produce un adelantamiento al instante anterior al del comienzo de la ejecución³⁸.

A su vez y como corolario de lo argumentado, se puede afirmar que la participación debe ser punible con independencia de que se produzca el comienzo objetivo de la ejecución del hecho principal, pudiéndose prescindir por ello de la accesoriedad externa³⁹, y, por tanto, “no hay una <<obra en común>> que fundamente la responsabilidad de cada uno; la obra en común es sólo el *product*o de la reunión de los aportes individuales. La medida en que *cada uno* es responsable de esta “reunión” es justamente la medida de su *contribución*; pero para juzgar la medida de su contribución sólo falta evaluar lo ilícito del aporte propio, cualquiera que haya sido el disvalor propio del hecho de cada uno de los demás participantes”⁴⁰.

Desde otra perspectiva pero también al margen de la accesoriedad, se afirma que la problemática de la autoría y la participación no debe resolverse a partir del concepto de autor, sino de la relación que permite vincular un hecho injusto con una determinada persona⁴¹. En este sentido, en lugar de hablar de autoría y participación se prefiere

³⁵ SANCINETTI, M, *Injusto penal*, op.cit, pp. 67-68.

³⁶ RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff, op.cit, p. 122; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, op.cit, pp. 76-77, si bien en pp. 413-414 niega que la responsabilidad del partícipe sea autónoma con respecto a la del autor, pues aun cuando el partícipe responde por su propio injusto, distinto al del autor, ello no significa que exista autonomía entre ellos.

³⁷ SANCINETTI, M, *Injusto penal*, op.cit, pp. 68-69.

³⁸ SANCINETTI, M, *Injusto penal*, op.cit, pp. 72 y 74.

³⁹ SANCINETTI, M, *Injusto penal*, op.cit, p. 77.

⁴⁰ SANCINETTI, M, *Injusto penal*, op.cit, p. 89.

⁴¹ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, op.cit, p. 16.

emplear el término “intervención”, en tanto que la misma supone que el sujeto se encuentra vinculado con el bien jurídico, aunque dicha vinculación pueda ser de intensidad diversa, de manera que tanto el autor como el partícipe se encuentran en estrecha relación con el bien jurídico, pero mientras el primero interviene con mayor peso, el segundo lo hace de una forma menos importante⁴². De este modo, la distinción entre autoría y participación precisa, ante todo, fundamentar la responsabilidad de determinados sujetos por un mismo hecho delictivo y, a continuación, una vez afirmada tal responsabilidad, determinar cuál es el título de responsabilidad que debe asignarse a cada uno de los intervinientes (como autores o partícipes)⁴³.

Según este planteamiento, los tipos de la Parte Especial del Código Penal no describen la conducta del autor sino que se limitan a describir riesgos penalmente intolerables, por lo que en base a ello también la conducta de los partícipes se encuentra abarcada por el tipo, no como modalidades de intervención sino como creación conjunta de un riesgo típico⁴⁴. Y se creará un riesgo desaprobado de intervención en el delito, bien cuando se infrinjan deberes específicos previstos por el ordenamiento jurídico para evitar que una cierta clase de aportaciones sean aprovechadas por otro para cometer un delito (prohibición de venta de armas o deberes impuestos a los notarios para evitar el blanqueo de capitales), o bien cuando, no existiendo tales deberes, se lleve a cabo una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido⁴⁵.

De lo anterior se deduce, sin dificultad alguna, que la responsabilidad de cada uno de los intervinientes es personal, propia e independiente, por lo que la accesoriedad pierde todo su sentido. En concreto, la accesoriedad cuantitativa se convierte en un requisito general de la atribución de responsabilidad aplicable a todo interviniente, en el sentido de que si no se ha pasado a la fase ejecutiva no puede haber responsabilidad penal, sencillamente porque la conducta no ha generado la suficiente lesividad como para merecer un reproche penal. Y en lo que concierne a la accesoriedad cualitativa,

⁴² ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, op.cit, pp. 17-18.

⁴³ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, op.cit, p. 21.

⁴⁴ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, op.cit, pp. 21-22.

⁴⁵ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, op.cit, pp. 26-27.

deja también de ser relevante ya que es el hecho, en sí mismo considerado y no la conducta del otro interviniente (autor), el objeto de referencia de la imputación⁴⁶.

Desde este planteamiento y según se vio anteriormente, sólo los delitos de infracción de deber son auténticos delitos especiales, y como éstos sólo se refieren a un círculo restringido de personas, el “extraneus” que participe en uno de tales delitos deberá quedar impune, pues al no pesar sobre él deber alguno no estaría realizando injusto propio alguno y, por tanto, no alcanzaría el primer nivel de imputación⁴⁷. Por su parte y en relación a los supuestos en los que el “intraneus” induzca al “extraneus” a la realización del delito especial, será aquél el único autor del hecho pues, infringiendo el especialísimo deber que sobre él recaía, configura el hecho típico en su totalidad, aun cuando para ello se haya valido de un particular quien, por su parte, quedará impune por las razones antes expuestas, es decir, porque no infringe deber alguno⁴⁸.

3.- La actuación en lugar de otro.

Muy relacionada con esta última orientación, se encuentra la solución basada en el actuar en lugar de otro. Esta propuesta ha sido desarrollada con profundidad en nuestra doctrina por GRACIA MARTÍN, quien expone su teoría a partir de una argumentación que tiene su origen en la particular relación existente entre el sujeto activo y el bien jurídico en los citados delitos.

Así, comienza declarando que, a diferencia de los delitos comunes –que él denomina “delitos de dominio”- en los que los bienes jurídicos pueden ser atacados por cualquiera, en los especiales la estructura social de los bienes jurídicos por ellos tutelados determina que sólo un espectro reducido de personas pueda atacarlos⁴⁹, por lo que en tales casos se habla de una relación de “dominio social” en virtud del cual el sujeto específico al que se refiere el tipo tiene capacidad para lesionar el bien jurídico y, además, posee el dominio sobre la protección del bien jurídico⁵⁰. Partiendo de lo expuesto, la persona que carece de las condiciones personales para ser autor del delito

⁴⁶ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, op.cit, pp. 28-29.

⁴⁷ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, op.cit, pp. 134-135.

⁴⁸ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, op.cit, p. 139.

⁴⁹ El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, *Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985, pp. 350-351.

⁵⁰ El actuar, op.cit, pp. 356-357.

especial puede, no obstante, tener acceso al dominio social típico a través de la realización de la conducta prevista para el sujeto cualificado, en cuyo caso y en virtud de ello el *extraneus* asume fácticamente su inserción en un ámbito específicamente establecido por la posición de autor que él ha decidido asumir. Aplicando lo expuesto al caso que nos ocupa, cuando el *intraneus* induce al *extraneus* para que ejecute el hecho típico, éste podrá ser considerado como autor directo del delito especial con base en la figura del “actuar en lugar de otro”, y el *intraneus* calificado como inductor⁵¹.

La fundamentación legal de esta vía se encontraría en el art. 31.1 CP, según el cual quien “actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”⁵².

La actuación en lugar de otro fue introducida por vez primera en nuestro ordenamiento, a través de la reforma parcial y urgente del Código Penal operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, en la que se incluyó el art. 15 bis, con la siguiente dicción: *El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.*

La finalidad que guió al legislador a introducir dicho precepto era muy concreta, atajar la delincuencia de naturaleza económica perpetrada al amparo de entidades colectivas, y así lo destaca de forma expresa en la Exposición de Motivos, cuando establece que “la urgencia de la reforma impide abordar con el necesario rigor el problema de los llamados delitos económicos. Mas no por eso se oculta la gravedad de la situación actual, en la que se aprecia cómo dentro de una importante crisis económica se cometen además abusos frente a los que el Derecho Penal no tiene sino los muy

⁵¹ El actuar, op.cit, pp. 115-ss.

⁵² Vid, HERNÁNDEZ PLASENCIA, La autoría mediata en Derecho Penal, Comares, Granada 1996, p. 318.

angostos preceptos del Código vigente, en modo alguno concebido para tales hechos. El problema se agrava cuando de individualizar la responsabilidad se trata, de ordinario en el marco de la actividad de las personas jurídicas o de las actuaciones en nombre de otro. La rigurosa interpretación de la autoría en función de los tipos de delito dificulta la imputación de responsabilidad en aquellas figuras de delito cuya aplicación requieren que el autor reúna determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Los esfuerzos que en busca de la justicia material ha realizado la jurisprudencia en este terreno han puesto de manifiesto la necesidad de que nuestras leyes penales incorporen una regla especial, la que aparece en el nuevo art. 15 bis”.

Como puede comprobarse, pues, el citado precepto nace con vocación de ser aplicado estrictamente en el ámbito de la delincuencia económica perpetrada en el seno de las personas jurídicas⁵³, por las lagunas de punición que se planteaban cuando la persona física responsable de la conducta, no reunía los requisitos específicos exigidos por el tipo penal correspondiente⁵⁴. Así, por ejemplo, en los delitos contra la Hacienda Pública, sujeto activo solo puede ser el obligado tributario, por lo que en el caso del Impuesto de Sociedades sólo la persona jurídica reúne las condiciones necesarias para ello, pero es el gerente o directivo –persona física- el que realiza las actuaciones encaminadas para que la entidad eluda el pago del referido tributo. En tal supuesto, la persona física que ha ejecutado la conducta no puede ser autor, ya que no tiene la condición de obligado tributario, la cual sólo concurre en la persona jurídica que, como tal, no podía delinquir⁵⁵. Pues bien, precisamente para evitar la injusta situación de impunidad que se deriva de ello, se introduce el citado art. 15 bis, el cual, sin embargo, sólo se refiere a la actuación en nombre de personas jurídicas, no de personas físicas.

Hubo que esperar a la promulgación del actual CP de 1995, para que en su art. 31 se incluyera, entre las actuaciones en nombre de otro, las llevadas a cabo por cuenta de

⁵³ STC 253/1993, de 20 de julio, en referencia al citado art. 15 bis CP, declaraba que el mismo tiende a evitar “la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes”.

⁵⁴ GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, op.cit, pp. 360-361.

⁵⁵ En la actualidad, este problema ya no se plantea, desde el momento en que la reforma del Código Penal establecida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introduce de forma expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

una persona física, de manera que la redacción primitiva se mantuvo añadiendo la expresión “o en nombre o representación legal o voluntaria de otro”. De este modo, es ya posible resolver los supuestos problemáticos que nos ocupan a través de esta vía, pues si bien el precepto sigue referido a delitos de contenido eminentemente económico o de índole similar, se incluyen en su ámbito de aplicación los casos en que la actuación se realiza en nombre o por cuenta de una persona física. En este sentido, la doctrina alemana, en referencia al parágrafo 14 del Código Penal Alemán, muy parecido a nuestro actual art. 31, ha puesto de manifiesto que las características personales especiales a las que alude el precepto del texto punitivo alemán son en exclusiva los elementos referidos a la función social (deudores, empresarios, personas obligadas a guardar fidelidad), pero no, en cambio, a los elementos altamente personales, ya que los mismos no pueden gravar al representante sin no concurren en él⁵⁶.

Conforme a lo expuesto y teniendo en cuenta que nos encontramos con delitos especiales en los que la autoría se fundamenta en la específica vinculación entre el autor y el bien jurídico, cuando se cometan por un extraneus, éste podrá ser condenado como autor directo, mientras que el intraneus lo será como inductor. Así lo ha reconocido de modo expreso la jurisprudencia, en concreto, en la STS 29 de mayo de 2008, al declarar que “el art. 31 supone la extensión del círculo de autores de los delitos especiales propios cuando el extraneus obra en representación del intraneus”. Del mismo modo, la STS 30 de abril de 2003 manifestaba que el tan repetido artículo venía a dar respuesta “a la posibilidad de que, en un delito especial propio como el delito contra la Hacienda Pública, el «extraneus», esto es, el sujeto en que no concurre la cualificación necesaria para realizar la acción típica, sea inductor o cooperador necesario del «intraneus»”.

4- Toma de posición.

Descartada la posibilidad de aplicar la autoría mediata, los supuestos en examen deberán ser resueltos a través de alguna de las otras dos vías analizadas: la disociación del título de imputación o el actuar en lugar de otro. Como ya se ha visto, las

⁵⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E, “Las actuaciones en nombre de otro”, ADPCP 1984, p. 63; GÓMEZ MARTÍN, V, Los delitos especiales, op.cit, p. 362, estima que el citado precepto sólo resultaría aplicable para los delitos especiales consistentes en la infracción de determinados deberes jurídicos especiales derivados del ejercicio de ciertas funciones sociales, pero no para aquéllos en los que la restricción del círculo de autores tiene otro fundamento.

consecuencias para el extraenus son radicalmente diversas, pues mientras en el primer caso será absuelto, en el segundo responderá en concepto de autor, relegando al intraneus a la condición de mero inductor.

Ante esta disyuntiva y conforme a la regulación legal contenida en el art. 31 CP, parece obligado decantarse por la actuación en lugar de otro, de manera que el extraneus que realiza materialmente la conducta por encargo del sujeto cualificado, responderá como autor del correspondiente tipo. Sin embargo y por lo que respecta al intraneus, no se estima acertada su calificación como mero inductor, siendo en cambio más correcta en este punto la teoría de la disociación del título de imputación de manera que, con renuncia a la accesoriedad, el intraneus responderá como autor directo y ello en atención al específico deber que sobre él pesa de protección del bien jurídico⁵⁷.

Partiendo de esta premisa, su responsabilidad radica en no haber evitado conscientemente la lesión del referido bien jurídico, siendo intrascendente que dicha lesión se haya producido por una conducta pasiva del obligado (el funcionario no impide que un tercero destruya los documentos) o por un comportamiento activo (el funcionario le pide a su amigo la destrucción). Siendo el funcionario garante de la incolumidad de los documentos, su responsabilidad como autor surge de forma directa, del mismo modo que el padre es autor directo por la muerte de su hijo recién nacido, tanto si la muerte se ha producido por una conducta omisiva (no alimentarlo) como activa (induciendo a otro a quitarle la vida).

Y cuanto se trata de la situación inversa, esto es, el extraneus participa en un delito especial, entonces rige con toda su intensidad la accesoriedad, respondiendo aquél del mismo delito. En tales casos, es posible afirmar que existe una norma que prohíbe a los particulares realizar conductas que favorezcan la ejecución, por parte del correspondiente sujeto activo, de un delito que sólo puede cometer éste⁵⁸, debiendo en

⁵⁷ ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho *Penal* (traducido de la 7ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid 2000, pp. 394-395.

⁵⁸ STS 21-12-1999: “La ley no impide la punibilidad del <<extraneus>> como partícipe en el delito propio del <<intraneus>>. Esta solución tiene una clara fundamentación normativa: el partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal. Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen sin ninguna fricción a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud es evidente que la ilicitud del hecho del autor, es el resultado de la conducta del partícipe que

tal caso ser condenado el particular como partícipe del correspondiente delito especial, con la penalidad al mismo asignada. No obstante, para evitar la exasperación punitiva que la aplicación de la pena prevista para el delito especial podría suponer para el partícipe no cualificado, acertadamente el art. 65.3 CP, introducido tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, establece la facultad de suavizar la respuesta punitiva, al disponer que “cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

El citado precepto viene a confirmar la corrección de la postura expuesta al restringir, únicamente a los delitos especiales la posibilidad de rebajar la pena⁵⁹. De igual modo y también en corroboración de lo expuesto, cobra pleno sentido lo dispuesto en el número primero del mencionado artículo, en virtud del cual “las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren”, lo que hace clara referencia a los delitos agravados por la condición personal del sujeto activo, en los que el bien jurídico puede ser lesionado por cualquiera, pero en caso de que el actuante se encuentre vinculado con el mismo por alguna circunstancia de naturaleza personal, sólo a él le afectará y no, en cambio, a los demás, que responderán por el correspondiente delito común.⁶⁰

en forma mediata ataca el mismo bien jurídico; si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente, pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito”.

⁵⁹ STS 16-7-2009, declara que el particular que participe en un delito de falsedad documental cometido por autoridad o funcionario público, deberá ser sancionado conforme al tipo previsto para el sujeto cualificado y no, en cambio, por la falsedad cometida por particulares, en tanto ello implicaría la ruptura del título de imputación.

⁶⁰ MORENO Y BRAVO, E, Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión), Dykinson, Madrid 1997, p. 96: “Partimos de entender que en estos delitos especiales el fundamento de la agravación es la relación personal del autor con el ofendido, que es siempre el titular del bien jurídico protegido, lo que implica que el partícipe no cualificado debe ser punible sólo por el delito común”.

AUTORIA, COAUTORIA Y COOPERACIÓN DE NECESARIA EN LOS DELITOS DE TERRORISMO CONFORME LA LEGISLACIÓN ACTUAL

MARTA ESCUDERO MUÑOZ

PROFESORA ASOCIADA UNIVERSIDAD CARLOS III. Criminóloga

FISCAL STA –FISCALÍA TSJ MADRID

Resumen: En el presente estudio se lleva cabo un análisis de los delitos de terrorismo en Derecho penal español, atendiendo tanto a su contexto teórico como a su aplicación jurisprudencial, haciendo hincapié en las últimas reformas de la LO 10/95 acaecidas en la LO 5/10 de 22 de junio y la muy reciente LO 2/15 de 30 de marzo, dando una definición actual de delito terrorista, para finalmente hacer una diferenciación desde el punto de vista teórico y jurisprudencial de aquellas conductas que pueden ser incardinadas en autoría, en coautoría, cooperación necesaria o, en su caso, en complicidad.

I.- RESUMEN. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL ESTUDIO

El terrorismo es un fenómeno complejo, que puede ser analizado desde el punto de vista de la Ciencia Política, el Derecho Penal, la Sociología Criminal, la Criminología. Actualmente, debido a la nueva situación internacional y debido a las amenazas terroristas en el mundo, la legislación española se ha ido adaptando y prueba de ello es la nueva Ley en materia de delitos de terrorismo 2/15 de 30 marzo, que tiene prevista su entrada en vigor el 1 de julio de 2015. Me referiré a dicha ley y a la actual para tratar el nuevo concepto de delito terrorista y discernir las distintas posiciones jurisprudenciales sobre las diferencias entre autoría, coautoría y cooperación necesaria en relación a los delitos de terrorismo.

En el Preámbulo de la Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de Terrorismo que es el mismo que el de la LO 2/15 de 30 de marzo, recoge los llamamientos internacionales a fin de que las legislaciones tipifiquen conductas a la vista de la nueva situación y las necesidades legislativas. Así, la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo. En el catálogo de medidas que constituyen la parte dispositiva de esta Resolución, aparece en el punto sexto un recordatorio de la Resolución 1373 (2001), en virtud de la

cual todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos. Tras este recordatorio, la Resolución 2178 pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito. Las acciones terroristas a las que alude detalladamente la Resolución 2178 constituyen el máximo exponente de las nuevas amenazas que el terrorismo internacional plantea a las sociedades abiertas y que pretenden poner en riesgo los pilares en los que se sustenta el Estado de Derecho y el marco de convivencia de las democracias del mundo entero.

Antes de abordar el tema jurídico, desde el punto de vista sociológico, podemos observar, si hacemos un seguimiento prospectivo de los temas de interés que preocupan a la opinión pública que española, que según el barómetro del CIS de julio de 2007¹, el problema del terrorismo de E. T. A ocupaba el cuarto lugar de las preocupaciones de los españoles. Sin embargo, la sensibilidad social ha cambiado a este respecto y el año 2012 el 84% de los españoles, ve el desempleo como el principal problema, según el CIS. El terrorismo de ETA preocupa a tan sólo el 1,7%. Y en el año 2013 los principales problemas que preocupan a los españoles son la crisis económica, el desempleo y la corrupción. En la última encuesta del CIS para el años 2013, el desempleo vuelve a encabezar la lista de los problemas de España a juicio de los ciudadanos, con un porcentaje del 82,4%, un par de puntos por encima de lo que venía registrando este año pero por debajo del record de febrero de 2012, cuando llegó al 84 por ciento.

El dato, que pertenece al barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), es anterior al comunicado en el que ETA anunció el cese definitivo de su actividad armada. En el reciente Barómetro de julio de 2014 se coloca al problema del terrorismo en el 0,1 %, frente al paro en un 54 %². En el mes de enero de 2015, la preocupación por los delitos terroristas cometidos por E.T.A sigue bajando y se sitúa en

¹ http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2720_2739/2728/e272800.html.

² http://datos.cis.es/pdf/Es3033mar_A.pdf

un problema que solo preocupa al 0,0 % de la población, es decir, parece que ha desaparecido como primer problema situándose como segundo problema en un 0,5% y como tercer problema en un 0,6% y el terrorismo internacional se sitúa como segundo problema en un 0,2% y como tercer problema en un 0,1%, preocupando a un 0,4% del total de la población española³.

Por ello entiendo que es una constante del legislador adecuar las necesidades existentes a la legislación vigente, y que existe una preocupación constante por adecuar las normas desde el marco punitivo a los nuevos fenómenos terroristas que surgen en la actualidad, no en vano, el delito de terrorismo se viene legislando desde el Código Penal de 1973 El CP del contenía en los artículos 260 a 263 los delitos de terrorismo, los cuales fueron sacados del CP por ley 82/1978, de 28 de diciembre, y regulados por leyes especiales, hasta la LO 3/1988, de 25 de mayo, que los devolvió al Código Penal, pasando a integrar la actual sección desde el CP 1995, con puntuales modificaciones posteriores⁴.

II.- EL DELITO DE TERRORISMO: LEGISLACIÓN ACTUAL

2.1 Definición de terrorismo en términos generales

Se ha tipificado como terrorismo aquellos comportamientos delictivos de grupo que producen una honda conmoción nacional⁵. El terrorismo implica una acción llevada a cabo por grupos no gubernamentales o por unidades secretas o irregulares, que operan fuera de los parámetros habituales de las guerras⁶. En el *Diccionario de la Real Academia*, se dice que terrorismo es “la sucesión de actos de violencia”.

Para A. KAPLAN, solo aquellas acciones violentas que incluyen a las víctimas entre sus objetivos pueden catalogarse como acciones propiamente terroristas. En el terrorismo, la producción, la producción de *víctimas seleccionadas* (preferentemente policías, militares, políticos, periodistas), *inintencionales* (el paseante muerto por una bala perdida) o *incidentales* (el espectador tomado como rehén para procurar la huida)

³ http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3040_3059/3050/es3050mar.pdf.

⁴ SÁNCHEZ MELGAR, J, (Coord.) Código Penal, Comentarios y jurisprudencia, Sepin, Madrid, 2004, p. 2405

⁵ PULGAR GUTIÉRREZ, M.B, Víctimas del Terrorismo: 1964-2004, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 21

⁶ KAPLAN, A., La ética del Terror, en Eichelman, Soskis y Reids : Terrorism, American Psychiatric Association, Washinton, 1983, pp. 5-30.

forma parte del plan estratégico de sembrar el terror para aproximarse al objetivo fundamental.

Según la Confederación Española de Cajas de Ahorros, “el terrorismo no es un acto político, en cuanto que cualquiera que sea su pretensión última, constituye una forma de actuación opuesta a la política y su pacífica manera de expresarse”⁷.

Conforme la Ley Orgánica 2/15 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, en materia de delitos de terrorismo, antes aludida, el terrorismo actual se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados.

El artículo 573 de LO 2/15 de 30 de marzo tipifica en delito de terrorismo: “1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.^a Alterar gravemente la paz pública.

3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

⁷ Vid. “Comentario Sociológico”, nº 31 y 32, julio-diciembre, 1991, p. 5.

2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo”.

2. 2 Legislación nacional en materia terrorista

La legislación existente en materia de terrorismo internacional es abundante pero dado que el tema elegido es sobre las víctimas del terrorismo en nuestro país voy a señalar como leyes más significativas las siguientes:

- Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo.
- Ley 54/1978, de 4 de diciembre, ley Antiterrorista.
- Modificación al Código Penal de 1973, ley 28/79.
- Real Decreto Ley, de 26 de enero de 1979, tipifica las conductas de apología y preparación con fines ilícitos.
- Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo sobre fundadores de asociaciones con fines ilícitos.
- Ley Orgánica 3 y 4/1988, de Reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, título XXII, Capítulo V Sección 2ª y sus modificaciones con la reforma 5/10 de 22 de junio y la actual modificación por Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, en materia de terrorismo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (que no entrará en vigor hasta el 1 de julio de 2015)

2. 3 Modificaciones legislativas más importantes en materia de terrorismo

a) Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Las modificaciones de la Ley Orgánica 10/1995 han venido endureciendo las penas, como muestra de la preocupación de los distintos gobiernos ante el terrorismo,

ampliando las conductas que se tipifican o dificultando las salidas penitenciarias como señala el artículo 36. 2 del Código Penal.

Con la reforma 5/10 de 22 de junio, se separa al Terrorismo de la delincuencia vinculada con la ideología, y por tanto con el asociacionismo delictivo –contrario al art. 22 y lo hace desaparecer del art. 515,2 y 516 CP a la vez que suprime el término "banda terrorista".

Conforme a la nueva ubicación y redacción, el art. 571 CP, se constituye así en una sección genérica definitoria de los caracteres que singularizan las organizaciones y grupos terroristas, y la otra sección, –arts. 572-580 CP– se destina a la concreción de las diversas actividades terroristas sancionadas, colocándolas a continuación de las organizaciones y grupos criminales –art. 570 bis, ter y quáter CP– y por primera vez, unificándolas en un mismo capítulo del CP.

Se amplían las modalidades de colaboración terrorista y se tipifica en el artículo 576 bis el delito de financiación terrorista. Continúa igual la punición del enaltecimiento de actividades y autores terroristas, así como del escarnio a sus víctimas en el mismo art. 578 CP.

Sin embargo se añade un 2º epígrafe al primer párr. del art. 579 CP que tras continuar penando la provocación, la conspiración y la proposición para la realización de cualquiera de los delitos terroristas, y cuando no quede incluido en estas resoluciones manifestadas de delito, o en otro delito terrorista con pena mayor, castiga la "distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos terroristas, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión".

Novedad importante, es la nueva redacción del Art. 131.4º último párr. CP que establece que no prescriben en ningún caso los delitos de terrorismo, si hubiesen causado la muerte de una persona. En consonancia con ella, el art. 133.2º último párr. CP fija que en ningún caso prescribirá la pena impuesta en esos mismos casos.

La nueva medida post penitenciaria de libertad vigilada se establece como obligatoria, "ab initio", con las medidas concretas de entre las recogidas en el párr. 1º del art. 105 CP.

En cuanto a la posibilidad de comisión de los delitos de terrorismo por las personas jurídicas, sólo la financiación del terrorismo regulada en el art. 576 bis prevé la posibilidad de ser cometida por persona jurídica, aunque a las mismas se les aplican las consecuencias accesorias previstas en las letras b) a g) de artículo 33.7 del CP.

El terrorismo como tal es un fenómeno reciente, ya que aunque a través de la historia surgen manifestaciones de todo tipo que podríamos calificar de terroristas, se puede afirmar que el terror como método sistemático de lucha no surge verdaderamente hasta la segunda mitad del siglo XIX⁸.

En la actualidad el terrorismo en España ha disminuido gracias al cese definitivo de ETA, aunque otras organizaciones como Resistencia Galega han causado explosiones sin daños personales pero si materiales, también el terrorismo islamista (Yihadismo) por parte de organizaciones como Al Qaeda mantienen en alerta a España, actualmente se han llevado a cabo múltiples detenciones por parte de la policía a estos yihadistas.

b) Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, en materia de terrorismo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Como he mencionado al principio de la exposición, el PP y PSOE adoptaron el pacto de tratar el terrorismo como un “asunto de Estado”, y por ello se decidió dejar fuera del proyecto de reforma general del Código Penal la regulación relativa a los delitos de terrorismo. Después de seguir un trámite parlamentario paralelo, se ha aprobado la LO 2/2015, publicada en el BOE de 31 de marzo, que no entrará en vigor hasta el 1 de julio de 2015, siendo necesario hacer referencia a la misma dado que existen modificaciones importantes y ampliaciones en relación a la autoría, pues pretende combatir singularmente el terrorismo yihadista, el cual, como señala la Exposición de Motivos de la norma, se caracteriza por haber incorporado nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos.

⁸ PULGAR GUTIÉRREZ, M. B., *Víctimas*, 2004, p. 30.

Siguiendo la Exposición de Motivos de la LO 2/15, que reproduce el Preámbulo de la Proposición de Ley aprobado por el Senado el día 23 de marzo de 2015, podemos decir que la reforma supone una amplia modificación del capítulo VII del título XXII del libro II del CP "De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo".

Este capítulo se divide en dos secciones y comprende los artículos 571 a 580.

La sección 1.^a lleva por rúbrica «De las organizaciones y grupos terroristas» y mantiene la misma lógica punitiva que la regulación vigente, estableciendo la definición de organización o grupo terrorista y la pena que corresponde a quienes promueven, constituyen, organizan o dirigen estos grupos o a quienes se integran en ellos.

La sección 2.^a lleva por rúbrica «De los delitos de terrorismo» y comienza con una nueva definición de delito de terrorismo en el artículo 573 que se inspira en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, de lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco, de 28 de noviembre de 2008. La definición establece que la comisión de cualquier delito grave contra los bienes jurídicos que se enumeran en el apartado 1 constituye delito de terrorismo cuando se lleve a cabo con alguna de las finalidades que se especifican en el mismo artículo: 1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; 2.^a Alterar gravemente la paz pública; 3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; 4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

El artículo 573 bis establece la pena que corresponde a cada delito de terrorismo, partiendo de que si se causa la muerte de una persona se aplicará la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el Código Penal. Esta remisión hace que sea posible, en estos casos, la imposición de la prisión permanente revisable recogida en la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, a pesar de que sobre este punto no hubo acuerdo

entre las fuerzas políticas y por ello no se ha hecho mención expresa a esta pena en el texto objeto de este análisis⁹.

En el resto de supuestos, las penas aumentan considerablemente. Así, en los secuestros, si no se da razón del paradero de la persona desaparecida, la prisión será de 20 a 25 años (antes de 20 a 30); si se produjera un aborto o lesiones, de 15 a 20 años (antes de 10 a 15). Como novedad recogida por primera vez en esta Ley, se agrava la pena si la víctima es un funcionario de Prisiones, equiparándolo así a los agentes policiales y a los militares

El artículo 574 establece la tipificación de todas aquellas conductas relacionadas con el depósito de armas y explosivos, su fabricación, tráfico, suministro o la mera colocación o empleo de los mismos, cuando se persigan las finalidades enumeradas en el artículo 573.1. Se recoge de manera particular la agravación de la pena (de 10 a 20 años de prisión) cuando se trate de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva.

El artículo 575 tipifica el adoctrinamiento y el adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas y explosivos, incluyendo expresamente el adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, con especial mención al que se realiza a través de Internet o de servicios de comunicación accesibles al público, que exige, para ser considerado delito, una nota de habitualidad y un elemento finalista que no es otro que estar dirigido a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines. También se tipifica en este precepto el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, esto es, quienes para integrarse o colaborar con una organización terrorista o para cometer un delito de terrorismo se desplacen al extranjero. Todas estas conductas se castigarán con una pena de 2 a 5 años.

El artículo 576 establece la pena básica de prisión de 5 a 10 años y multa del triple al quíntuplo de su valor para las conductas relacionadas con la financiación del

⁹ Diario La Ley, Nº 8511, Comentario a la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE 31 de marzo de 2015), Sección Documento on-line, 31 de Marzo de 2015, Editorial LA LEY.

terrorismo incluyendo a quien, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo. La tipificación incluye las formas imprudentes de comisión del delito, como la negligente omisión de los deberes emanados de la normativa sobre blanqueo de capitales y prevención de la financiación del terrorismo. Se prevé, además, la responsabilidad penal para las personas jurídicas por estos delitos.

El artículo 577 recoge la tipificación y sanción (prisión de 5 a 10 años y multa de 18 a 24 meses) de las formas de colaboración con organizaciones o grupos terroristas o que estén dirigidas a cometer un delito de terrorismo. Se contemplan específicamente las acciones de captación y reclutamiento al servicio de organizaciones o fines terroristas, agravando la pena cuando se dirigen a menores o a personas necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata.

En los artículos 578 y 579 se castiga con prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 28 meses el enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo. La pena se agrava en el supuesto en que se cometan mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, Internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, articulando, además, la posibilidad de que los jueces pueden acordar como medida cautelar la retirada de estos contenidos.

El artículo 579 bis incorpora, siempre que se den las circunstancias enumeradas en dicho precepto, las penas de inhabilitación absoluta y la novedosa pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia. Se prevé la posibilidad de atenuación de la pena a quienes hayan abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y colaboren con las autoridades y también en

el caso de que el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

El artículo 580 prevé en relación a la perseguibilidad, que los delitos de terrorismo serán perseguibles en España siempre que el culpable sea español, resida habitualmente en territorio español o se encuentre en España, con independencia de que sean o no punibles en el lugar de ejecución. Asimismo, se contempla que, en todos los delitos de terrorismo, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.

Al condenado a prisión por uno o más delitos de terrorismo se le impondrá, además, la medida de libertad vigilada de 5 a 10 años, y de uno a 5 años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. En cualquier caso, y aunque se trate de un delito que no sea grave y el condenado hubiere delinquirido por primera vez, el juez podrá imponerla atendiendo a la peligrosidad del sujeto.

Como novedad cabe destacar que el juez podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente podrá ordenar a los responsables de los servidores que retiren los contenidos ilícitos y a los buscadores que supriman enlaces que apunten a ellos. Esta medida, que tendrá que ser siempre proporcional a la gravedad del delito, podrá ser acordada por el juez de forma cautelar durante la instrucción de un caso.

III. AUTORIA, COAUTORIA Y COOPERACIÓN NECESARIA EN LOS DELITOS DE TERRORISMO.

Una vez vista la legislación vigente y la que entrará en vigor en unos meses, nos hemos de plantear las diferencias existentes entre la autoría y la cooperación necesaria en los delitos relacionados con el terrorismo pues la frontera es muchas veces dudosa, por lo que en primer lugar me referiré a los conceptos generales desde el plano de la Teoría General del delito para después enfocarlo a los delitos objeto de estudio.

3.1 Concepto actual de coautoría conforme a la STS de 16.04.10

Con relación al denominado "pactum scaeleris" la jurisprudencia de la Sala 1º del TS tiene declarado que, en los delitos dolosos, la común responsabilidad de los partícipes se basa en el acuerdo entre los distintos intervinientes en la acción con la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.

2) Que posteriormente otro u otros ensambren su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél.

3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por éste, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hubieran concurrido a los actos de iniciación ya no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho (v. S de 29 de marzo de 1993);

5) que la coautoría presupone la común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevarla a efecto, siendo esencial la unidad de conocimiento y voluntad de aquéllos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la puesta en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno la entidad y relevancia precisas que definan al delito (Sentencia de 14 de diciembre de 1985);

6) que la coautoría debe ir acompañada en su vertiente subjetiva por dolo directo o eventual (STS 2 de febrero de 1982); que el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización de un plan delictivo por ellos trazado, establece entre los que se conciertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se le asigne (STS de 31 de mayo de 1985); y

7) que la jurisprudencia actual rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este

motivo, la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha "tomado parte directa" en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho (STS de 8 de febrero de 1991).

Toda participación en la comisión del hecho delictivo -para implicar una responsabilidad criminal- ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría. El otro elemento -el objetivo-, se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal. Sobre esta base, diversas han sido la tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos. Así, cabe hablar de la denominada teoría del "acuerdo previo" ("pactum scealeris" y reparto de papeles), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.

Otra teoría es la del "dominio del hecho" (en cuanto posibilidad de *interrumpir* a voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos *actúa y deja actuar* a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúen de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos. Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto. La doctrina habla en estos supuestos de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la "totalidad" de lo hecho en común.

Por lo que a la coautoría se refiere, la doctrina de esta Sala, reiterada y pacífica, de la que puede ser exponente la sentencia de 13 de marzo de 2001 , entre otras muchas (Sentencias de 14 de diciembre de 1998, núm. 1179/1998, 14 de abril de 1999, núm. 573/1999, 10 de julio de 2000, núm. 1263/2000, 11 de septiembre de 2000, núm. 1240/2000 y 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000 , entre otras), señala que la

nueva definición de la coautoría acogida en el *art. 28 del Código Penal 1995* como "*realización conjunta del hecho*" implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, *por sí mismo*, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

La coautoría, como señala la sentencia de 27 de septiembre de 2000, núm. 1486/2000, aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

Tal conceptualización requiere:

a) de una parte, la existencia *de una decisión conjunta*, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos como el enjuiciado en el que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

b) Y, en segundo lugar, la coautoría requiere *una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria*, lo cual integra el elemento objetivo, lo que puede tener lugar aun cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo. Sobre la trascendencia de esa aportación, un importante sector de la doctrina afirma la necesidad del dominio funcional del hecho en el coautor. Decíamos en la STS 251/2004, de 26 de febrero, que "cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los

demás coautores. Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal". Y se añadía que "su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que no resulta prescindible (STS 529/2005, de 27 de abril). Se trata, pues, no tanto de que cada coautor domine su parte del hecho, sino de que todos y cada uno dominan el hecho en su conjunto (véase STS de 3 de julio de 2006).

En este tema la STS 20-7-2001 , precisa que la autoría material que describe el *art. 28 del Código Penal* , no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por *disponibilidad potencial* ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

En el caso enjuiciado, el dominio funcional del hecho lo está en la ideación conjunta del acto criminal, la preparación de elementos para llevarlo a cabo, incuestionablemente de forma igualmente conjunta, el dirigirse hasta el lugar de los hechos de manera combinada y de común acuerdo, con su presencia en el mismo, la unánime decisión de atentar contra la integridad física de los moradores de la vivienda, pues no otra consecuencia puede tener el lanzamiento del *cóctel* a través de una ventana para que penetrara en su interior, junto al hecho objetivo, perfectamente previsible, de que se encontraran durmiendo sus moradores, como así efectivamente se acreditó, las consecuencias tremendas de su acción, de haber penetrado el artefacto explosivo e incendiario, acciones conjuntas aunque se realizaran por un solo miembro del grupo, porque todos ellos convenían en su realización, animándose recíprocamente, y aceptando en plural las consecuencias de sus actos, y ratificándolo con su presencia en el momento del lanzamiento, que si no fue conjunto (porque físicamente no era posible), sí concurría un evidente pacto criminal y una aportación de papeles acordes, que no han de traducirse en actos ejecutivos, cuando todos ellos contribuyen de una u otra forma al fin criminal, posición doctrinal que es trasladable a muchos delitos en donde la simple presencia convierte al concurrente en coautor (vg. un atraco) aunque no realicen físicamente acto alguno ejecutivo de apropiación de bienes ajenos, con tal que exista

acuerdo previo, reparto de papeles -incluso el propio acompañamiento- y dominio funcional del hecho, en el sentido de aquietamiento ante su realización sin desistir en su aportación criminal. Satisface mejor la teoría del dominio funcional del hecho el fundamento de la autoría conjunta, que la comisión por omisión, por estar los implicados en situación de garante, ante un riesgo previo creado por el autor (*art. 11,b del Código penal*), sobre todo en los delitos de realización instantánea, siendo la comisión por omisión más propia de los delitos permanentes, todo ello sin perjuicio de su aplicación en casos puntuales a los primeros delitos.

a) Teoría de las desviaciones posibles

En la Sentencia de este Tribunal Supremo nº 1500/2002 de 18 de septiembre, con carácter general establece que, "aunque admitiéramos que el «pactum sceleris» entre los acusados se limitara al apoderamiento del dinero de la víctima mediante una acción meramente intimidatoria, lo cierto es que el supuesto examinado se inscribe en el ámbito de la llamada teoría de las desviaciones previsibles, reiteradamente aplicada por esta Sala al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001).

Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 se indica que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los

partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

b) Requisitos de la coautoría aditiva

En efecto, la coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una *decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas*. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SSTS 29-3-1993, 24-3-1998 y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación *adhesiva o sucesiva* y también coautoría *aditiva*, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido ya la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

c) Dominio funcional del hecho positivo y negativo

Por último y en relación a la coautoría es de referir que TS tiene declarado que es preciso para hablar de coautoría que exista un acuerdo previo entre todos los intervinientes en el hecho delictivo, o al menos, en los casos de *coautoría aditiva*, que conocido el plan criminal por uno de los intervinientes, decida unirse a la ejecución del hecho delictivo bajo el presupuesto de que éste aún no se hubiera consumado.

No obstante esta postura extensiva de la autoría se ha visto matizada en el sentido de exigirse además la concreta actuación en fase ejecutiva que no sea meramente

auxiliar, bastando para reputarse coautor el que pueda afirmarse que el sujeto tenía el dominio funcional del hecho, es decir, que pudiera decidir el cómo y el cuándo del acontecer típico, bastando el mero dominio funcional del hecho, entendido como dominio negativo, en virtud del cual el plan del autor o el "pactum sceleris" previo se desbarataría con la retirada de la aportación del sujeto.

3. 2 La cooperación necesaria. Estudio de las distintas teorías existentes

En cuanto a la cooperación necesaria como coautoría señala que es una actuación adyacente imprescindible: "El cooperador necesario no realiza la actividad comprendida en el tipo, pero sí otras adyacentes imprescindibles o necesarias para la producción del resultado delictivo propuesto" .

Lo diferencia de la complicidad pues esta es "Es una participación accidental en que se realiza una actividad secundaria, coadyuvante, auxiliar, accesoria, subalterna o periférica, caracterizando los actos del cómplice como no imprescindibles para la obtención del resultado, pero sí dotados de cierta relevancia y eficacia, pues de lo contrario serían impunes"

Las diferencias con la complicidad las aporta la "Teoría de la conditio sine qua non": "Es autor todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, diferenciándose la causa (autoría) de la condición (complicidad), evitándose así la teoría de la equivalencia de las condiciones, que es insuficiente para fundamentar la distinción entre autoría y complicidad"

La "Teoría del dominio del hecho" señala: "La posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica es lo que distingue la autoría y la complicidad, la cual queda relegada a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión y sin dominio final del hecho.

Y, la "Teoría de los bienes escasos, conforme a la cual: "Se toman en consideración las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios, y así toda actividad claramente criminal que, por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además, es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito .

El criterio jurisprudencial preponderante viene conjugando los anteriores criterios, sin exclusividad de ninguno de ellos, aunque con cierta preferencia de la doctrina de los bienes escasos, prestando una atenta consideración a la eficacia y poderío causal de la acción de auxilio.

Por último, la cooperación necesaria se diferencia con la complicidad en que la complicidad se entiende como participación delictiva que requiere el concierto previo por adhesión “pactum sceleris” en la conciencia de la ilicitud del acto proyectado (conciencia sceleris), el denominado “animus adiuvandi” o de voluntad de participar contribuyendo a la consecución de un acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común (STS 449/06 de 17.04 y 224/07, 19.03)

Lo define el artículo 29 por oposición al concepto de autor. Es cómplice quien colabora pero no autor y por tanto ni ejecuta el hecho típico antijurídico ni por tanto tiene el dominio del hecho; ha puesto una colaboración prescindible para la realización de aquel. Es un facilitador de la acción de los autores con quien comparte del dolo porque su acción denota el conocimiento de la actividad delictiva a la que presta su colaboración y su propio aporte, sólo que lo hace desde fuera del núcleo de la ejecución, el cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes de los ejecutores materiales y lo hace de una manera facilitadora pero no esencial ni nuclear (STS 933/09, 24-07).

3. 3 Supuestos de autoría en los delitos relacionados con el terrorismo

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, han venido aplicando los distintos criterios expuestos en relación a la autoría y participación en relación a delitos relacionados con el terrorismo que venimos a sistematizar.

Y así, estima que debe considerarse autores, (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 23/2013 de 15 marzo, a la vista de la prueba que se practicó en el plenario, en el caso que exponemos que en que el comando de ETA que asesinó a un empresario vasco mediante tres tiros en la cabeza, en el marco de su lucha en contra del tren de alta capturaron y retuvieron al testigo protegido a fin de poder utilizar su vehículo en el atentado y le retuvieron durante cerca de cuatro hasta la finalización de su acción criminal. Entiende el Tribunal que “en la ejecución se produjo una

distribución de papeles entre los intervinientes de forma que la sustracción del coche y su posterior destrucción, la detención de su propietario y la ejecución del atentado contra el señor José obedecieron a un plan preconcebido del que todos los intervinientes participaron realizando cada uno de ellos una aportación imprescindible para su ejecución, En lo que hace al acusado Anton ha resultado acreditado que vigilaba al conductor detenido mientras otros miembros del comando, en el vehículo sustraído al citado testigo, se dirigían a donde esperaban encontrar al señor José , le disparaban y acababan con su vida. Se trata por lo tanto de un supuesto de coautoría, de realización conjunta de todos los hechos delictivos en la que cada uno de los coautores realiza una aportación objetiva, causal y eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto Es por ello que todos los que actuaron conjuntamente son coautores de los delitos cometidos. Anton tenía en definitiva un dominio del hecho que conocía y al que prestó una cooperación eficaz para su perpetración”.

Una sentencia relevante que estudia los supuestos de autoría conjunta, mediata e inmediata y de complicidad es la del TS (Sala de lo Penal) Sentencia num. 2084/2001 de 13 diciembre que entien de que existe autoría mediata en la ejecución, al servirse de otros, para producir explosión en cuartel de la Guardia Civil y Atentado causando la muerte perteneciendo a grupos terroristas y de complicidad al trasladar información sobre cuartel de la guardia civil a responsable de comandos ilegales de ETA, sin perjuicio de que esa información fuese comprobada por el comando que utilizó explosivo contra el citado cuartel. En relación a la autoría directa mantiene que: En cuanto a los denominados informes periciales de la Guardia Civil, con independencia de su naturaleza procesal, de la que nos ocuparemos más adelante, tampoco pueden constatar el error. En efecto, aun partiendo de que se trate de verdaderos dictámenes periciales, para alcanzar valor casacional «ex» artículo 849.2 LECrim es preciso que sus conclusiones sean vinculantes para el Tribunal. Como reitera la Jurisprudencia de esta Sala la prueba pericial puede incluirse en el presente supuesto siempre y cuando se dé la existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos, siempre que el Tribunal

haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ellas (SSTS de 21-11-1999, 8-2 y 1-3-2000). Sin embargo, es la propia conclusión acerca de la participación como cómplice del recurrente la que pone de relieve la inexistencia del error (fundamento jurídico tercero), pues la Audiencia no desconoce que «fueron los propios autores materiales los que eligieron la vía concreta de colocación de los explosivos», admitiendo que «B. proporcionó la información sobre los posibles métodos para cometer los hechos», pero no habiendo quedado acreditado «hasta que punto fue esa información la misma que siguieron los autores materiales ...». En realidad lo que se está impugnando es la calificación jurídica del título de participación del recurrente (lo que se hace directamente a través del motivo noveno)”. En relación a la complicidad mantiene “ como ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala el cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del delito mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito criminal, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa en el que todos están interesados, participación accidental y de carácter secundario que conlleva la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Desde el punto de vista objetivo se trata de actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo que deben reunir los caracteres de mera accesoriedad y periféricos; y desde el subjetivo, consiste en el conocimiento al que nos hemos referido más arriba (SSTS 8-2-1984 , 8-11-1986 , 16-3 y 12-5-1998 ó 24-4-2000). La complicidad, en síntesis, supone una forma de participación que consiste en la intervención en un hecho ajeno mediante la aportación de una determinada conducta que no se constituye en causa condicionante del resultado y sí supone un favorecimiento eficaz del hecho. La cuestión trascendental no es otra, tal como se plantea por el recurrente, que la de la eficacia de su aportación al hecho criminal. Y desde esta perspectiva es innegable la relevancia de la misma en cuanto que recibida la información por el corresponsable de los comandos ilegales fue trasladada al comando operativo «Araba» y a partir de la misma se produjo la entrada del mismo en España, previa entrega del material explosivo que iba a ser utilizado. Con independencia de que dicha información fuese «in situ» comprobada y estudiada por los

miembros de dicho comando, la misma supuso el punto de arranque de la actividad criminal, de forma que su eficacia es innegable: existe un favorecimiento eficaz del hecho”.

En otro supuesto que resuelve el Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal) Sentencia num.73/1999 de 8 marzo, en un caso de depósito de armas o municiones o de sustancias o aparatos explosivos, fabricación, tráfico, transportes y mera colocación de tales sustancias por pertenecientes a grupos terroristas colocan y hacen explotar diversos artefactos explosivos, al entender que: “... es evidente que no puede tener éxito la pretensión de que se haya infringido en la sentencia recurrida, por haberse condenado en la misma a la recurrente en concepto de autor, la norma que define las distintas modalidades de autoría, sea el art. 14 CP de 1973, sea el art. 28 CP de 1995. Hay que entender, por el contrario, que dichas normas -concretamente, el art. 28 CP vigente que ha sido el aplicado según hemos visto- han sido correctamente interpretadas y aplicadas al considerar a quien hoy recurre autora de los hechos enjuiciados. Así hay que afirmarlo no sólo porque en la declaración probada los tres procesados, sin distinción, son designados siempre como sujetos de las acciones de planificación, preparación y ejecución -« eligieron los lugares», « se dirigieron a los lugares para concretar el sitio de colocación» de los explosivos, « colocaron cuatro artefactos explosivos», « llevaron los explosivos a los lugares señalados», etc.-sino porque la especificación, que igualmente encontramos en el «factum», de los papeles encomendados a la recurrente -alquilar un piso en Pamplona y comprar un vehículo para desplazarse, todos los procesados, a los lugares donde habían decidido colocar los artefactos- le confiere inequívocamente la condición de autora de los hechos o, al menos, de cooperadora necesaria en su ejecución. Porque proporcionar a los autores materiales de unas acciones terroristas, como las que se describen en la declaración de hechos probados, un piso donde puedan planear sus actividades y refugiarse después de realizados los crímenes, y un automóvil con el que puedan tener la movilidad deseada para el traslado al lugar elegido, el transporte de los explosivos y la fuga posterior, no es una colaboración secundaria o meramente facilitadora sino una cooperación imprescindible sin la cual la actividad terrorista, apenas concebible sin el apoyo logístico de personas de absoluta confianza, muy difícilmente llegaría a concretarse en operaciones como las que han sido objeto de

enjuiciamiento en la sentencia recurrida. No ha existido, en consecuencia, infracción legal de clase alguna en la calificación como autoría de la participación de la recurrente en los hechos enjuiciados, lo que nos lleva a la desestimación de este tercer motivo”.

En otros supuestos considera que no hay autoría, como en la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª) Sentencia num. 10/2011 de 14 febrero, en relación con el Secretario General de PCE(r) y máximo responsable de la unitaria organización armada y miembro de la sección operativa del comando central de los Grapo entendiendo que no había indicios de participación: “como señaló la STS 180/2009, de 7 de enero de 2009 , partiendo como aquí ocurre de que el hecho fue ejecutado por el grupo terrorista GRAPO, esto es, en el seno de una organización criminal de naturaleza terrorista, caracterizada por su estructura jerarquizada y obediencia a las directrices que del mando emana a los otros integrantes del grupo: "quien decide sobre una acción sin la que el delito no se hubiere producido, es evidente que actúa con un dominio funcional del hecho que finalmente es cometido por otro. No se trata de que actúe como inductor " el que decide la actuación que debe efectuar el grupo, y el resto de los componentes, están unidos por una misma ideología patógena y dispuestos a efectuar los hechos que se le indiquen, solo necesitan la orden o autorización para actuar. En este sentido es claro que todos los que deciden y los ejecutores materiales tienen un condominio del hecho no tanto porque todos realicen o ejecuten en sentido formal todos y cada uno de los elementos del tipo penal, sino porque todos están unidos en un proyecto común concreto de naturaleza clara e inequívocamente delictiva y todos efectúan aportes relevantes a su ejecución, de suerte que es la suma de las respectivas contribuciones al resultado el que permite que sea imputable a todos.

A todos y por lo tanto no solo a los que intervienen en el ejecución, sino a los que tienen la capacidad de decidir y de ordenar un hecho concreto se les puede imputar el hecho. Los primeros tienen un dominio funcional del hecho, los ejecutores un dominio material. Se trata en definitiva de conductas convergentes " SSTS 693/2005, de 18 de mayo o 1568/2005, de 23 de diciembre -. El tipo penal se produce por la totalidad de las acciones efectuadas de los intervinientes animados por un fin querido y compartido por todos, por lo que el resultado debe ser atribuido a todos los que pusieron

su actitud al unísono de aquel fin, porque todos dominan el hecho en su conjunto " SSTS 251/2004, de 26 de febrero y 732/2006 de 3 de julio -. No puede cuestionarse la condición de autor de quien por el puesto que ocupa en la organización terrorista tiene la capacidad de decidir una concreta acción, pues es evidente que si esta decisión no se hubiera dado, el hecho no se hubiera cometido, con lo que queda patente la situación de dominio funcional que tuvo del hecho en cuanto que lo ordena y lo transmite a quienes deben de llevarlo a cabo. Es irrelevante que el objetivo esté concretado en todos sus aspectos o detalles, bastando con que se tome la decisión de atentar aunque se deje al grupo ejecutor la determinación de los detalles al llevar a cabo el atentado. "La responsabilidad" de decidir un atentado concreto lo hace partícipe como autor de las consecuencias de la ejecución de lo decidido. No se trata de arribar por esta vía el derecho penal de autor, incompatible con los postulados de un estado de derecho propio de una sociedad democrática, ni por tanto de establecer sic et simpliciter que todo jefe o responsable terrorista debe responder automáticamente de todas las acciones efectuadas por el grupo además de los ejecutores materiales, lo que se afirma es que en aquellos casos en los que se comprueba que una persona con capacidad de decisión dentro de un grupo criminal acuerda la realización de una acción armada, debe responder de ella junto a los ejecutores materiales", tesis que concuerda con la mantenida en la STS 257/2009 al señalar que "la capacidad de acción y el dominio sobre la fuente de peligro no es cuestionable en los delitos de ejecución permanente en el tiempo, como la detención ilegal, puesto que el cese puede ser ordenado en cualquier momento mientras transcurre la privación de libertad; en los delitos instantáneos, por el contrario, dependencia de si tuvo conocimiento del plan del delito y pudo intervenir antes de la ejecución".

3. 4 Supuestos de cooperación necesaria en los delitos relacionados con el terrorismo.

La jurisprudencia ha venido estableciendo casos concretos en los que considera cooperación necesaria, como en la sentencia de la AN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) Sentencia num. 29/2003 de 19 junio, que entiende que proporcionar a miembros de banda terrorista dos vehículos, habiendo colocado en uno de ellos placas de matrícula falsas, a sabiendas de que éste iba a ser empleado para la colocación de un coche-

bomba, sin que se acredite que supiera que aquéllos iban a disparar contra agentes de la Guardia Civil. En esta sentencia, en el Fundamento Jurídico tercero mantiene que “De la declaración judicial sumarial, folios 214, 221, 224 y 226, ratificando con la necesaria pormenorización su declaración policial, prestada ante la Policía Autónoma Vasca obrante a los folios 159, 160, 161 y el reconocimiento fotográfico de los folios 214 y 215, todos del atestado, se desprende con claridad que el acusado robaba coches para utilizar en los atentados, que los escondía junto con otras personas en la lonja de Astrabudua, entre otros, en concreto el Fiat Tipo utilizado el día de los hechos, declaración que es congruente con la de Amanda . Que en una cita preestablecida, para realizar el atentado los miembros liberados del comando Vizcaya solicitan al acusado que les deje su vehículo Fiat Punto y que les prepare un vehículo sustraído con placas falsas, que no colocó el acusado, que hacía tiempo que había sido robado y que tenían en la lonja de Astrabudua. Sobre las 7 horas de la mañana del día del atentado el acusado Gregorio les pasa a recoger a los tres miembros liberados del comando por la C/ Euskalduna de Bilbao, llevando los miembros liberados un artefacto de unos 3 kilogramos de amonal y un paquete de amerital. El acusado que tenía acceso a la lonja les deja en ella siendo consciente del porte del artefacto explosivo, y allí les deja, prestándoles su vehículo Fiat Punto y poniendo a su disposición el Fiat Tipo robado para la acción que realizarán, abandonando el acusado el lugar, y no acompañándoles a la realización concreta de los hechos. Su conocimiento de que se iba a realizar un atentado con empleo de explosivos es claro, y su participación fue necesaria para la realización del delito de terrorismo. Aplicando el principio de "in dubio pro reo" no se puede concluir que conociera que se iban a efectuar disparos contra agentes de la autoridad, no constando suficientemente que conociera la existencia de un fusil de asalto, por lo que debemos absolverle de los delitos de atentado y asesinato”.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en la sentencia num. 456/2005 de 23 marzo considera un supuesto de cooperación necesaria en el supuesto de un asesinato terrorista en el supuesto de proporcionar información sobre las costumbres de la víctima, explicando que “como consecuencia de lo hasta aquí expresado ha de ser mantenido el factum de la sentencia, la cual dedica sus páginas 37 y 38 a explicar porqué la cooperación de Evaristo ha de ser considerada necesaria, incluíble en el art.

28.b) CP. Lo que se ajusta a que la actividad de ese acusado ha condicionado «el sí» del hecho, desde una perspectiva «ex ante» atendido el plan de autor, como bien escaso; los datos aportados por Evaristo perfeccionaron la información de que los autores disponían; véanse sts 23/07/2004 y anteriores que cita”.

Por último, en el caso 11-M (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso 11-M. Sentencia num 503/2008 de 17 julio, establece como acto de colaboración el acto del traslado de vehículo a otra ciudad que había sido utilizado en el transporte de explosivos utilizados en el 11-M, sin que conociese el acusado esa circunstancia, a pesar del conocimiento de las ideas radicales y violentas de la persona que encargó el traslado y que participó en el atentado; Y como cooperador el entregar explosivos, detonadores y metralla a tercero conociendo su inclinación al uso de la violencia con esos medios que iban a ser utilizados de forma inmediata en atentado terrorista, “...La base fáctica de la condena es la labor de intermediación que se le imputa en orden a la adquisición de los explosivos por el grupo de Felipe. En el hecho probado, luego de establecer que entró en contacto en la prisión de Villabona con Luis Manuel, quien posteriormente le presentó a Carlos Daniel, se declara que fue captado como confidente policial en noviembre de 2001, y que en esas funciones comunicó la disponibilidad de unos 150 kilogramos de dinamita por parte de aquellos, llegando a obtener de éstos y a entregar a la Policía una muestra del explosivo en febrero de 2003. Desde esas fechas no volvió a aportar información sobre explosivos. Se declara probado que "estaba haciendo labores de intermediación para el suministro de detonadores y explosivos entre el grupo de Felipe y Carlos Daniel. Durante ellas, a primeros de octubre de 2003, tuvo en su poder al menos un detonador industrial proporcionado por Luis Manuel y Carlos Daniel. Este detonador le explotó cuando lo manipulaba en su domicilio junto con el procesado Carlos Antonio y les causó heridas en las manos a Alberto y en la cara a Carlos Antonio". Más adelante se declara probado que asistió a la reunión celebrada el 28 de octubre de 2003 en una hamburguesería en el barrio de Carabanchel de Madrid, a la que también asistieron Carlos Daniel, Carlos Antonio, y Felipe, en el curso de la cual el procesado Carlos Antonio propuso a los asturianos que le suministraran 60 kilogramos de dinamita. Asimismo está presente en una reunión posterior, en noviembre, en la que no consta que se tratara de explosivos”.

Por el contrario, El TS (Sala de lo Penal, Sección 4ª) Sentencia num. 46/2010 de 23 julio considera que no puede inferirse la participación relevante y esencial del acusado en el robo y en el acto falsario enjuiciado: por ejercer funciones de «lanzadera» en las actividades de los «comandos» de ETA que albergó en su domicilio ya ha sido juzgado y condenado y así lo estableció del resultado de la prueba practicada en el acto de juicio: “El resultado de la prueba practicada no ha permitido acreditar que el acusado Casiano haya participado, bien como autor directo, bien como cooperador necesario, o bien como mero cómplice, en los hechos delictivos que le atribuye el Ministerio Fiscal”. Y en relación a la cooperación necesaria mantiene que “Por lo que se refiere a la autoría por cooperación necesaria (artículo 28 párrafo 2º letra b del Código Penal), constante jurisprudencia (como las S.T.S. de 21-2-2001 y de 22-5-2001) viene conceptuando como cooperador necesario al sujeto que realiza una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material del delito; por tanto, ayuda al delito cometido por el autor principal mediante una actuación operativamente indispensable, conforme a la dinámica objetiva del hecho delictivo de que se trata; está integrado este concepto por un elemento subjetivo, consistente en el acuerdo previo para delinquir, y por un elemento objetivo, consistente en una aportación eficaz, necesaria, imprescindible y trascendente en el resultado producido, no requiriéndose una necesidad absoluta, sino que es suficiente una aportación difícilmente reemplazable en las circunstancias concretas de la ejecución. Como indica la S.T.S. de 15-3-2007, el Código Penal español distingue en el artículo 28 entre autores y cooperadores necesarios, aunque luego sancione ambas conductas de la misma forma; sin embargo no son idénticas, pues mientras el autor ejecuta el hecho, solo, en unión de otros o por medio de otro, el cooperador es un colaborador, que, por lo tanto, precisa de la existencia de un hecho ajeno al que aporta algún elemento relevante. La coautoría precisa de un acuerdo previo o simultáneo, expreso o tácito, unido a alguna clase de aportación objetiva y causal al hecho típico; no es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas y que exista un condominio funcional del hecho con alguna aportación al mismo en la

fase ejecutoria. En cambio, la cooperación se caracteriza por la subordinación del colaborador al autor, a cuya conducta realiza alguna aportación que, sin participar del acuerdo ni suponer acto de ejecución del núcleo del tipo, coadyuva al resultado en cuanto se trata de una aportación relevante. Este aspecto relativo a la trascendencia de lo aportado permite distinguir dos tipos de colaboradores: el cooperador necesario, cuando realiza una aportación sin la cual el hecho no se habría efectuado; y el cómplice, en los demás casos. La distinción entre uno y otro no es sencilla en todos los casos. La jurisprudencia ha exigido en la configuración de la complicidad la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, ya que ello nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que, sin embargo, deben constituir una aportación de alguna relevancia para su éxito, por lo que han de ser actos no necesarios o de segundo grado; en cambio, si la colaboración fuera esencial, anterior a la ejecución o no integrante del plan global del hecho y simultánea a éste, integraría la cooperación necesaria”.

IV. CONCLUSIONES

El terrorismo en España se ha visto considerablemente disminuido desde los últimos atentados del aeropuerto de Barajas en 2006 principalmente debido a las acciones policiales y al progresivo rechazo social y político a sus acciones. También el terrorismo islamista (Yihadismo) por parte de organizaciones como Al Qaeda mantienen en alerta a España por lo que se ha hecho necesario reformar la legislación en este sentido y de ahí las reformas realizadas a la LO 10/95 por la LO 5/10 y la actual reforma 2/15.

La ampliación de la definición del delito terrorista establece que la comisión de cualquier delito grave contra los bienes jurídicos que se enumeran en el Código Penal constituye delito de terrorismo atendiendo a las finalidades que es especifican que son variadas y recogen los distintos supuestos en aras a que no haya un vacío legislativo, aumentándose considerablemente las penas.

Por otro lado, es la jurisprudencia la que, caso por caso, especifica los supuestos en lo que estamos ante autoría, coautoría, cooperación o complicidad, atendiendo a los criterios generales jurisprudenciales mantenidos para otros ilícitos.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO-FERNÁNDEZ, F., *Psicología del terrorismo: la personalidad del terrorista y la patología de sus víctimas*, Barcelona, Ediciones Científicas y Técnicas, 1994.

ALVAREZ- GÁLVEZ, J./DÍAZ VALCÁRCEL, R., “Acerca de la responsabilidad patrimonial del estado en los daños causados por el terrorismo”, en *L. L.*, 1895-3

BACA BALDOMERO, E., y CABANAS ARRATE, M.L., (editores), *Las víctimas de la violencia: estudios psicopatológicos*, Madrid, Triacastela, 2003.

BILBAO, G., *Víctimas del terrorismo y reconciliación en el País Vasco*, Bilbao, Bakeaz, 2007. COBO DEL ROSAL Y OTROS, *El Código Penal (con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre de 2004)*, Bosch, Barcelona, 2004 e *Instituciones de Derecho Penal Español, Parte General*, CESES ediciones, Madrid, 2004.

DE MIGUEL, M. E., “La asistencia respecto de las víctimas, coordinadas del Departamento de Justicia”, en *Eguzkilore*, núm. 1462, 1987.

Diario La Ley, Nº 8511, *Comentario a la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE 31 de marzo de 2015)*, Sección Documento on-line, 31 de Marzo de 2015, Editorial LA LEY.ETXEBERRIA, X., *Dinámicas de la memoria y víctimas del terrorismo*, Bilbao, Bakeaz, 2007 y *La participación social y política de las víctimas del terrorismo*, Bilbao, Bakeaz, 2007.

FISCHER, H. A., *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, Victoriano Suárez, 1928.

GARCÍA ANDRADE, J. A., *Raíces de la violencia: un estudio sobre el mundo del delito*, (el autor), Madrid, 1982.

GAROFALO, R., *Indemnización a las víctimas del delito*, Pamplona, Analecta, 2002.

HERMAN, J. *Trauma y recuperación*, Espasa Calpe, Madrid.

KAPLAN, A., “La ética del Terror”, en *Eichelman, Soskis y Reids : Terrorism*, American Psychiatric Association, Washinton, 1983.

LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Marcial Pons, 2007 y *Manual de autoayuda para víctimas de atentados terroristas*, Madrid, Asociación de Víctimas del Terrorismo, 2004.

LÓPEZ MARTÍN, P., *III Congreso Internacional sobre Víctimas del Terrorismo*, Valencia, 13-14 de febrero de 2006, (Coordinador de contenidos Pablo López Martín) Madrid: CEU, 2006.

MARTÍN BERISTAIN, C., *Violencia, apoyo a las víctimas y reconstrucción social: experiencias internacionales y el desafío Vasco*, Madrid, Fundamentos, 2004.

MENDELSÖHN, B., *La victimología*, Revista Francesa de Psicoanalogía, 1958.

MORENO MARTÍNEZ, J. A., (coord.), *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo Milenio*, Madrid, Dykinson, 2000.

PATIÑO, J. F., *Trauma por explosiones y bombas*. En: <http://www.fepafem.org/guias/trauma.htm>, V., *Prácticas de Medicina Legal y Toxicológica*, F. Martínez, Zaragoza, 1940.fepafem.org/guias/trauma.htm, 1999.

PÉREZ, F. P., *Las víctimas ante el proceso de paz en Euskadi día a día, cronología del proceso de Paz*, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2006; *Los Derechos de las víctimas y su conquista*, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003; *Guía de atención psicológica a las víctimas del terrorismo: manual de autoayuda psicológica*, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003; *Guía de ayuda psicoasistencial a las víctimas del terrorismo*, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003.

PULGAR GUTIÉRREZ, M. B., *Víctimas del Terrorismo: 1964-2004*, Madrid, Dykinson, 2004.

REDONDO HERMIDA, A., “La Víctima del terrorismo: una reflexión jurídica”, en *Diario La Ley*, nº 6807, Madrid, 2007.

ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Sánchez Melgar, J. (Coord.) *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia*, Sepin, Madrid, 2004

SANMARTÍN, José, *La violencia y sus claves*, Barcelona, 2001, Ariel.

SANMARTÍN, José y RAINE, A., *Violencia y psicopatía*, Barcelona, 2000, Ariel.

SAN SEBASTIÁN, I., *Los años de plomo: memoria en carne viva de las víctimas*, Madrid, Temas de Hoy, 2003.

SYMMONDS, M., “La victimización y el tratamiento rehabilitador”, en *Eichelman, Soskis y Reids : Terrorism*, American Psychiatric Association, Washinton, 1983.

TORRES MINAYA, P., *11-M, Homenaje a las víctimas: testimonio de vida*, Madrid, Martínez Roca, 2004.

VILLA, I., *Saber que se puede: recuerdos y reflexiones de una víctima del terrorismo*, Madrid, Martínez Roca, 2004

VILLALAÍN BLANCO, J. D., *Lesiones originadas por explosivos*. En: Rodríguez Albarrán MS, Casas Sánchez JD. Manual de Medicina Legal y Forense. 1ª edición. Editorial Colex. Madrid, 2000.

ZABALZA, R., (seud.), *¡Secuestrados!: 117 días en la encrucijada Vasca*, Tafalla, Txalaparta, 1997

LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL ART. 290 CP

PAZ FRANCÉS LECUMBERRI
Prof. Ayudante de Derecho Penal.
Universidad Pública de Navarra

Resumen: En el trabajo se parte de un concepto simple de delito especial considerando a su vez que debe estudiarse el fundamento de la limitación del círculo de los sujetos activos. En el art. 290 CP los sujetos activos son los administradores de hecho y de derecho de una sociedad constituida o en formación y se concluye que el fundamento de acotar a este círculo a los autores se encuentra en la relación que éstos tienen con los bienes jurídicos allí tutelados – la funcionalidad del documento y el patrimonio-, porque frente a los sujetos descritos el bien jurídico protegido en este precepto se presenta vulnerable – jurídicamente- de manera exclusiva, o en otras palabras, el acceso a su afectación sólo puede darse a través de estos sujetos, pues estamos ante un delito especial propio.

La figura del administrador de derecho no trae especiales problemas y será quien tiene aceptado, inscrito y publicado su nombramiento. Mucho más problemática es la determinación del administrador de hecho. En el trabajo se considera que el concepto de administrar como los de administrador de hecho o de derecho han de tener un contenido mínimo común para todas las figuras delictivas que prevean como sujeto activo del delito a uno de ellos, por lo que su ámbito de actuación y control será el de administrar, pero que posteriormente, en atención al tipo y sobre todo al bien jurídico protegido, se deberán determinar las peculiaridades específicas propias de la figura del administrador para ese tipo. En este sentido, para el art. 290 CP se acoge un concepto mercantilista de administrador de hecho y se concluye que los únicos supuestos de administración de hecho posibles en el art. 290 CP son los de: nombramiento de un administrador sin publicidad, administradores sobre los que pesa una causa de prohibición o incompatibilidad, y administradores con cargo caducado que a pesar de esa circunstancia continúan ejerciendo la administración.

Índice de contenidos: I. Introducción. La importancia del bien jurídico en los delitos especiales; II. La relevancia de la condición de administrador de hecho o de Derecho en el art. 290 CP; III. El administrador de hecho en el art. 290 CP; IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS ESPECIALES.

Los arts. 290, 293, 294 y 295 CP recogen al administrador de hecho o de derecho de una sociedad como el sujeto activo idóneo para realizar las conductas contenidas en esos tipos delictivos. Se establece así la diferencia con respecto a los arts. 291 y 292 CP, también delitos societarios, en los cuales el administrador no está previsto como sujeto activo de la conducta sino que lo son los miembros de una Junta de accionistas o del órgano de administración de una sociedad constituida o en formación. Sin embargo, y aun con este matiz, la característica común de todos los delitos societarios es que se tratan de delitos especiales, ya sea porque el sujeto activo previsto sea el administrador de hecho o de derecho de una sociedad, o porque lo sean los miembros de una Junta de accionistas o de un órgano de administración.

Es claro que el legislador ha querido restringir el ámbito de posibles sujetos activos en los delitos societarios¹; decisión que viene determinada porque, en el contexto de las sociedades, las particularidades que se presentan implican una serie de poderes que se permiten o conceden a ciertos sujetos para el funcionamiento de estos entes jurídicos y que, justamente, hacen que existan y se puedan lesionar bienes como la «funcionalidad del documento» y que otros como el «patrimonio» sean más vulnerables. Entendiendo entonces que en estos supuestos –como en general ocurre en los delitos especiales²– el acceso al bien jurídico protegido tiene singularidades que son las que llevan a establecer la tutela sólo frente a ciertos sujetos, que se encuentran en una determinada situación jurídica subjetiva (formada por la posición previa del sujeto frente al bien y por la calificación jurídica indicada en el tipo³), se dejan fuera las actuaciones de todos aquellos que no cuentan con la calificación que indica el tipo penal.

Será por tanto necesario identificar qué sujetos pueden ser considerados *intranei*, es decir, quiénes reúnen las condiciones o cualidades que el tipo exige: en este caso ser

* Abreviaturas utilizadas: ADPCP= Actualidad de Derecho penal y Ciencias Penales; CDJ=Cuadernos de Derecho Judicial; DPC=Revista de Derecho penal contemporáneo. Revista internacional; L'indice=L'indice Penale ; LL= Le Ley; PE= Parte Especial; RdS= Revista de Derecho de Sociedades; RP=Rivista Penale.

¹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría, Tirant monografías, Valencia, 2007, 271.

² V. RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propri alla luce del bene giuridico, Tesis doctoral leida en la Università degli Studi di Modena, 2010, (inédita).

³ ALLEGRA, RP 1949, 166 ss.

administrador de hecho o de derecho de una sociedad. Una vez delimitada esta figura, esto es, cuando se determine esa condición especial y las cualidades específicas de ese estatus, podremos definir quiénes no podrán formar parte de ese círculo de personas, que serán entonces *extranei*, pudiendo tener el rol de partícipes pero no de autores⁴. Así, la protección penal está limitada a aquella lesión de los bienes jurídicos que provenga de los *intranei* o sujetos calificados, independientemente de que también, en algunos casos, un *extraneus* pudiera lesionar directamente ese bien, pero de una manera irrelevante a efectos de los tipos penales estudiados.

La necesaria condición de *intraneus* del autor de un delito especial no obedece a una condición personal del sujeto (esto sería un criterio propio de un Derecho penal de autor totalmente inaceptable), sino a la especialidad del bien jurídico con el que íntimamente se relaciona. Me alejo de un concepto complejo de delito especial, porque no sostengo que todos los delitos especiales tengan necesariamente un mismo fundamento, aunque todos se caracterizan por el hecho de que la conducta sólo es típica en concepto de autoría cuando es realizada por determinados sujetos⁵. Sin embargo, aun partiendo de un concepto de delito especial simple, debe estudiarse su fundamento y, considero que, en el delito del art. 290 CP que aquí se analiza, el fundamento de la limitación de los sujetos activos que hace de éste un delito especial, se encuentra en la relación que éstos tienen con los bienes jurídicos allí tutelados; es decir, porque frente a los sujetos descritos el bien jurídico se presenta vulnerable -jurídicamente- de manera exclusiva⁶, o en otras palabras, el acceso a su afectación sólo puede darse a través de estos sujetos, pues estamos en presencia de un delito especial propio.

Desde mi punto de vista, tal y como mantiene GÓMEZ MARTÍN, sostener una concepción simple del concepto de delito especial no significa abandonar el porqué de la delimitación de los sujetos activos a determinadas personas, y en este sentido es donde se hace evidente la relación entre la restricción de los sujetos activos y el bien jurídico, pues la calidad especial lo que permite es identificar a quiénes tienen una especial vinculación con los bienes jurídicos tutelados, por la posición de la persona y su eventual potencialidad en la lesión de un bien jurídico⁷.

⁴ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 272.

⁵ LUZÓN PEÑA, Curso de Derecho Penal: Parte general, t. I, Madrid, Universitas, 1996, 304 s.

⁶ GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, Madrid, Edisofer, 2006.

⁷ GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, 2006, 254.

En este sentido, y a los efectos del art. 290 CP es importante, el propio GÓMEZ MARTÍN⁸ afirma lo siguiente:

“De todo lo anteriormente expuesto cabe deducir que la restricción legal del círculo de posibles autores que caracteriza a los delitos especiales no siempre tiene el mismo fundamento material. A este respecto, considero no sólo posible, sino, incluso, necesario, distinguir entre *dos clases de delitos especiales: los delitos especiales en sentido estricto y los delitos especiales en sentido amplio*. Los primeros se caracterizan por que (sic), en ellos, sólo pueden ser autores del delito determinados sujetos que se encuentran *en una posición especial con respecto al bien jurídico protegido*. En los delitos especiales en sentido amplio, la restricción del círculo de posibles autores obedece, fundamentalmente, *a razones de tipificación de una determinada realidad fenomenológica habitual*. Cabe afirmar, por tanto, que la categoría de los delitos especiales puede dividirse en dos clases de infracciones penales: *los delitos especiales de posición* (delitos especiales en sentido estricto) y *los delitos especiales con elementos meramente tipificadores* (delitos especiales en sentido amplio)”⁹.

En el art. 290 CP nos encontramos frente a un delito de posición y en concreto frente a un delito de posición no institucional, es decir, consistente en el incumplimiento de una función no institucionalizada¹⁰, en el que también tiene su peso la infracción por parte del autor de un deber jurídico especial de naturaleza extrapenal¹¹.

⁸ GÓMEZ MARTÍN, Delitos especiales y moderna dogmática del derecho penal económico: ¿un matrimonio bien avenido?, en: SILVA SÁNCHEZ, J. M/MIRÓ LINARES, F. (Dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, La Ley, Madrid, 2013, 424 s.

⁹ Desde presupuestos dogmáticos diferentes, como el propio GÓMEZ MARTÍN advierte, sostiene la existencia de delitos de posición ROBLES PLANAS, La participación en el delito. Fundamento y límites, Marcial Pons, Madrid, 2003, 240 s.; Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales, Atelier, Madrid, 2007, 125 s.

¹⁰ GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), Práctica penal económica, 2013, 425 “La primera de estas dos clases de delitos especiales, la representada por los delitos especiales en sentido estricto, o delitos especiales de posición, debe comprender, a su vez, dos distintos grupos de delitos: los consistentes en el incumplimiento de una función institucionalizada (*delitos especiales de posición institucional*); y los que se fundamentan en el incumplimiento de una función social no institucionalizada dimanante de una determinada posición social no institucional (*delitos especiales de posición no institucional*). Tanto los primeros como los segundos son delitos de posición, porque tanto en unos como en otros el elemento fundamental explicativo de la restricción del círculo de posibles autores consiste, como ya se ha dicho, en la *posición de especial accesibilidad* en que se encuentra el autor con respecto al bien jurídico protegido”.

¹¹ GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), Práctica penal económica, 2013, 425, “no obstante, el contenido de injusto de tales delitos no siempre se encuentra configurado exclusivamente por el ya referido *elemento organizativo*, esto es, el relativo a la posición especial que ocupa el sujeto activo con respecto al bien jurídico protegido. En algunos delitos especiales de posición, junto al mencionado elemento organizativo, aunque ocupando un segundo nivel de relevancia penal, se encuentra un segundo

Sobre la relación entre el sujeto en el delito especial y el bien jurídico protegido también RUEDA MARTÍN¹² afirma que existen relaciones entre el sujeto idóneo del delito especial y el bien jurídico protegido que constituyen el elemento esencial para determinar los motivos que han inducido al legislador a restringir la autoría en los delitos especiales. La cualidad personal puede fundar de modo exclusivo el desvalor de un hecho que, sin esa cualidad, si se comete por un sujeto no cualificado, no constituiría ni siquiera un delito¹³. Esto es lo que sucede con el art. 290 CP por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito especial que no cuenta con ninguna tipificación común paralela. Siguiendo a NÚÑEZ CASTAÑO, entiendo que, al menos para el caso aquí examinado, "el fundamento material de los elementos de la autoría de los delitos especiales radica en el ejercicio de una función específica, determinante de la construcción de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para ese ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función; relación que constituye una relación de dominio social típico, que constituye además el fundamento material de las posiciones de garante y del deber de actuar"¹⁴.

Esta idea es la que subyace cuando me refiero a que en el art. 290 CP el bien o los bienes jurídicos protegidos son de accesibilidad limitada¹⁵, por la relación entre el sujeto y la vulnerabilidad del bien jurídico, de donde se derivan, como sostiene la autora citada, tanto la "posición de garante": como se denomina la calidad especial del sujeto activo en los delitos de omisión impropia, como el "deber" que un sector de la doctrina –con la que como se ha indicado no se está de acuerdo- considera como fundamento de la punición, alejándose de la perspectiva que limita el Derecho penal a la protección de bienes jurídicos, pero que aquí constituye sólo una de las manifestaciones de esa calidad especial, que configura una posición de especial lesividad frente a los bienes jurídicos tutelados.

Con lo dicho hasta el momento se evidencia cómo en este trabajo se parte de que los delitos especiales, como todos los delitos en nuestro ordenamiento, son delitos de

elemento: el relativo a la *infracción* por parte del autor de un *deber jurídico especial* de naturaleza *extrapenal*".

¹² RUEDA MARTÍN, Delitos especiales de dominio y su relación con el art. 65.3 del Código Penal, Editorial Comares, Granada, 2010, 140 s.

¹³ PALAZZO, Corso di diritto penale: parte generale, Giappichelli Editore, Torino, 2008, 239.

¹⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, 64.

¹⁵ GULLO, Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa, Giuffrè, Milano, 2005, 96; RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propri, 2010, 107 ss.

dominio, y en este sentido el art. 290 CP constituye un delito de dominio y no un delito de infracción de deber¹⁶. Como se decía se deberá determinar quiénes tendrán acceso a la vulneración del bien jurídico y quiénes no, y por ende: quiénes son los sujetos que cuentan con las calidades (manifestación de una especial relación con el bien jurídico) para ser sujetos activos del delito del art. 290 CP.

Esto, es especialmente importante en relación con el art. 290 CP porque, como se verá, las limitaciones que emanan de la norma mercantil en relación a los deberes de los administradores y por tanto al propio concepto de administrar, vincularán de manera irremediable la interpretación del contenido del concepto de administrador, tanto de derecho como de hecho¹⁷.

II. LA RELEVANCIA DE LA CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR DE HECHO O DE DERECHO EN EL ART. 290 CP

Como se abordará más adelante, una de las primeras dificultades que surgen para la imputación de la autoría en los delitos societarios que tienen como sujeto activo al administrador, será la de determinar las diferencias entre las figuras de los administradores de hecho y de derecho. La equiparación del administrador de hecho al

¹⁶ Consideran que aquí se presenta un delito de dominio: CHOCLÁN MONTALVO, LL 2002-7, 1648; GALLEGO SOLER, Responsabilidad penal, 2002, 163; FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad en documentos sociales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, 83 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la Empresa. Parte Especial, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 350, 389 (con los matices en la evolución de su posición anteriormente expuesta en las ediciones posteriores MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la Empresa. Parte Especial, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 466); MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, 19ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, 498.

Sostienen en cambio que se trata de un delito de infracción de deber: GARCÍA CAVERO, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa, Bosch Editor, Barcelona, 1999, 181; BACIGALUPO ZAPATER, en: El nuevo Derecho mercantil contable y el Derecho penal (art. 290 CP), en: BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.)/BACIGALUPO SAGGESE, S./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, 164. En Italia: ANTOLISEI, Manuale di Diritto penale, Parte Generale, 9ª ed. Giuffrè, Milano, 1982, 269, expone cómo los delitos societarios se caracterizan y se introducen en los CP por ser “delitos cometidos en violación de deberes o abuso de poderes legalmente establecidos, por las personas que ejercen funciones de particular importancia en el seno de esas asociaciones”.

¹⁷ Como se ha dicho se trata de un delito especial de posición institucional y esto tiene sus consecuencias en la determinación de la autoría. En concreto GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dirs.), Práctica penal económica, 2013, 426 pone un ejemplo que sirve de modelo para este art. 290, son los delitos de funcionarios. De este modo afirma “Nos obstante, de acuerdo con lo que se ha afirmado supra, los delitos especiales de posición institucional se caracterizan, además, por la concurrencia en el *intraneus* de un deber especial personalísimo de naturaleza extrapenal. Así, por ejemplo, el Juez que dicta una resolución injusta, además de contribuir con su conducta a un incorrecto funcionamiento de la Administración de Justicia, quebranta por medio de su comportamiento el deber de fidelidad y lealtad inherente a su cargo que le vincula a la función pública que presta. En mi opinión, a pesar de no ser éste el elemento determinante del injusto de la conducta típica, tiene pleno sentido afirmar que la ausencia de dicho elemento en el *extraneus* servirá para descargar su conducta de una parte del injusto de la realizada por el *intraneus* aquélla que, por tener contenido personalísimo, no le resulta comunicable”.

de derecho respondió a razones claramente político-criminales¹⁸, porque eran abundantes y evidentes los problemas que suscitaba la anterior regulación desprovista de esta figura reclamada entre la doctrina¹⁹. En los anteriores Códigos Penales no aparecía recogido el rol del administrador de hecho, lo cual fue puesto de manifiesto por la doctrina entendiéndose que de esta manera se favorecía injustamente a quienes por desidia o incluso dolosamente mantuviesen de manera irregular su nombramiento²⁰, ya fuese, por ejemplo, porque existía un vicio de prohibición u otro tipo de incompatibilidad. Otros autores consideran, sin embargo, que el motivo por el cual el legislador introdujo la figura del administrador de hecho respondió a la necesidad de solventar problemas de escisión entre la apariencia jurídica y la realidad material²¹.

Parece ser entonces que desde 1995 el legislador español haya optado, con la introducción del administrador de hecho, por una tesis funcionalista y no por una formalista. Sin embargo, por el contenido concreto del concepto de administrar que ha de ser interpretado para el art. 290 CP, no habiendo un concepto unitario y aplicable a todos los casos de la acción de “administrar”, la introducción de la figura del administrador de hecho no puede desplegar, como se expondrá más adelante, todos los efectos deseados.

Debe tenerse en cuenta que, como sostiene PALAZZO²², dentro del establecimiento de los criterios que permitan identificar los sujetos con una cualidad especial indicada en el tipo, se plantea la disyuntiva entre asumir que se debe cumplir con la cualidad especial de acuerdo a requisitos formales (tesis formalista), o de acuerdo en cambio a que *de facto* se posean las características, funciones y poderes propios del sujeto calificado (tesis funcional). Ahora bien, que nuestro legislador opte por indicar desde el propio tipo penal que se trata de administradores de derecho o de hecho, implica que se está formalizando una tesis funcional; es decir, que se quiere asumir una tesis

¹⁸ MATA MARTÍN, Rds 1995-III, 168; DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios en el Código Penal de 1995, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998, 58; RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, ADPCP, 1999, 458.

¹⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1984, 688; TERRADILLOS BASOCO, Derecho penal de la empresa, Trotta, Madrid, 1995, 81; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la Empresa. Parte Especial, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 434.

²⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1981; MATA Y MARTÍN, RdS 1995-V, 168; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 1996, 139.

²¹ GALLEGO SOLER, El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en derecho penal, en: CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.)/LARA GONZÁLEZ, R. (Coord.), Derecho penal de la empresa, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002, 152.

²² PALAZZO, Corso di diritto penale: parte generale, Giappichelli Editore, Torino, 2008, 240. Sobre el tema son interesantes también los análisis que adelanta CINGARI, L'indice 1 (2006) 289; TIEDEMANN, Manual de Derecho penal económico. Parte General y especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 228 ss.

funcionalista y ésta se recoge en el tipo penal para respetar, de esta manera el principio de legalidad, especialmente en su vertiente de negación de la analogía.

Así, para poder abordar la cuestión de determinar las figuras del administrador de hecho y de derecho se partirá, siguiendo a FERNÁNDEZ BAUTISTA, de la idea de que será imprescindible la comprobación de que en el caso concreto el supuesto acceso al bien jurídico protegido pueda materializarse efectivamente²³, que es el requisito que implícitamente establece el legislador cuando habla de administradores de hecho o de derecho, y que no es más que una actuación coherente con el principio de legalidad y de lesividad en cuanto a la comprobación de la antijuridicidad material. Y esto se concretará no sólo cuando el dato formal de la especial cualificación es tal, sino que será necesario, además, tener en cuenta que el sujeto tiene una posibilidad de acceso real al bien jurídico, es decir, la capacidad efectiva de lesionarlo²⁴. No bastará entonces con ostentar formalmente un determinado estatus o condición para ser calificado como autor de un delito especial, sino que ello debe materializarse en el ejercicio o desarrollo de una concreta función, que se refleja en una posición de poder del sujeto activo, y que en el caso del art. 290 CP es la de administrar una sociedad, y en concreto en la faceta de administrar más íntimamente relacionada con la llevanza de los libros contables y aquellos otros de especial trascendencia por su contenido jurídico-económico; es decir; por el poder otorgado formal o fácticamente a ciertos sujetos, de determinar el contenido de los libros contables y otros instrumentos con que cuentan las sociedades.

Entonces, en primer lugar, se deberá concretar el ámbito de responsabilidad o de competencia propio del sujeto en cuestión, especialmente cualificado²⁵, que hace que se configure para ciertas personas el dominio que materialmente deberá darse sobre la lesión de los bienes jurídicos tutelados, porque sólo entonces se comprueba que el sujeto tiene acceso real, y no sólo teórico, a la lesión de los bienes jurídicos²⁶. Y esto es así porque “el alcance de la delimitación conceptual de administrador no puede reducirse a una concepción formal ajena a los criterios que determinan cuándo un sujeto puede ser autor de un determinado delito”²⁷. Tan sólo podrá afirmarse la autoría de un sujeto en la medida en que además de tener formalmente el estatus requerido por el tipo cumpla los criterios de acceso al bien jurídico en el ejercicio de una función esencial en

²³ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 334.

²⁴ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 334.

²⁵ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 254.

²⁶ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 255.

²⁷ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 264.

el ámbito de responsabilidad o competencia del sujeto²⁸, o cuando incluso careciendo de ese requisito formal, materialmente se encuentre en iguales condiciones frente al bien lesionado. Esto, por supuesto, si no se quiere vulnerar el principio de legalidad y el carácter subsidiario de los delitos especiales²⁹.

Establecido lo anterior, se puede pasar a examinar, en concreto, la figura del administrador de hecho.

III. El administrador de hecho en el art. 290 CP

Es administrador de Derecho de una sociedad mercantil quien tiene aceptado, inscrito y publicado su nombramiento³⁰, sin embargo hay ocasiones en las que sucede que en la administración de la empresa existan divergencias entre la situación formal y la situación material³¹, es decir, que formalmente sea una persona o un Consejo de Administración los encargados de administrar y en la realidad sea otra u otras las personas que *de facto* gestionan la empresa. Esta situación se pone en evidencia también en las pequeñas empresas³²; empresas familiares donde tal vez la persona que formalmente administra la empresa sea un miembro de la familia que poco o nada tiene que ver con esas labores de administración. No es por tanto infrecuente encontrar en la práctica diaria supuestos de personas que llevan a cabo cargos de administración y dirección de la sociedad no habiendo sido nombrados como tales. Tampoco es poco habitual observar la permanencia en el tráfico jurídico de los llamados *hombres de paja*, es decir, sujetos que se encargan formal y externamente de la administración de la sociedad, siendo otras las personas o persona que materialmente se encarga de esta

²⁸ FERNÁNDEZ BAUTISTA, El administrador, 2007, 265.

²⁹ RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati propi, 2010, 127 ss.

³⁰ DEL ROSAL BLASCO, Los delitos societarios, 1998, 58 s.; POLO VEREDA, LL 1998-2, 2044; CASTRO MORENO, Administración desleal, 1998, 213; FARALDO CABANA, Los delitos societarios, 2000, 177; GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 153. GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, Esquemas de Derecho penal. Parte Especial, 2ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, 207 “no existe concepto legal de administrador, por lo que acudimos a la doctrina mercantilista, de la cual podemos extraer que *administrador de derecho es todo aquel que, con arreglo a la normativa vigente, desarrolla las funciones de gobierno, gestión y representación de una sociedad*, considerándose situaciones dudosas las del administrador judicial y del secretario del Consejo de Administración; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Derecho penal, PE, 16ª, 2011, 539; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 434.

³¹ GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 149.

³² GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 150.

función³³. Todas estas son situaciones de administración de hecho.

Sobre el concepto de administrador de hecho penal, a diferencia del de administrador de Derecho, no hay unanimidad entre la doctrina. En palabras de SILVA SÁNCHEZ³⁴ y siguiendo su clasificación son tres los conceptos de administrador de hecho que se pueden encontrar en la doctrina penal: un concepto puramente mercantilista³⁵, un concepto material en sentido restrictivo³⁶ y un concepto material en sentido amplio³⁷.

³³ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la Empresa, 2002, 149.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, en: GARCÍA CAVERO (Coord.), Responsabilidad penal, 2004, 198; también hace esta diferenciación GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 153.

El propio SILVA SÁNCHEZ, además, subraya la contribución de los supuestos de hecho del Derecho penal económico a la diferenciación de delitos especiales, cuestión que se abordará más detenidamente más adelante, en lo que afecta al art. 290 CP. En concreto, apunta, SILVA SÁNCHEZ, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LINARES (Dir.), La teoría del delito en la práctica penal económica, La Ley, Madrid, 2013, 58 “La base para la diferenciación venía dada ya por la fundamentación de las cláusulas de actuar en lugar de otro sobre la noción del «dominio social» del inicial *extraneus* transformado en *intraneus* en virtud de aquéllas. Pues, en efecto, a partir de esa idea podría imaginarse que un *extraneus* tuviera dominio social típico por vías distintas de las que, contempladas específicamente en aquellas cláusulas, permitan su transformación sobrevenida en *intraneus*; es decir, cabía concebir la paradójica existencia de delitos especiales abiertos en general a la autoría de *extranei*. Pero, al mismo, se advertía la existencia de delitos especiales con respecto a los que ningún *extraneus*, por mucho «dominio social» que poseyera sobre la realización típica, podría devenir *intraneus*”

³⁵ Mantiene un concepto mercantilista: GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios: Un enfoque mercantil, Civitas, Madrid, 1996, 46 s.; PÉREZ CEPEDA, La responsabilidad de los Administradores de Sociedades: criterios de atribución, CEDESC, Barcelona, 1997, 49; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/ JORGE BARREIRO, A. (Coord.), Comentarios al Código Penal, Civitas, Madrid, 1997, 834: “Administradores de hecho son los que presentan alguna irregularidad en su situación jurídica, por haber sido el nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado. Dado que el concepto de administrador ostenta un significado técnico en el ordenamiento mercantil, no parece que quepa incluir en el concepto ni a los altos directivos de la sociedad (Directores generales, gerentes, etc.) que aunque desempeñen labores gestoras no se encuentran adscritas al órgano de administración, ni a los liquidadores, que si bien desempeñan una función equiparable a la de los administradores constituyen un órgano específico dotado de una esfera propia de competencia y diferenciado del órgano de administración”.

Crítico con esta postura, GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 160, para quien “solo sería legítimo admitir la traslación de conceptos extrapenales al ámbito penal en los casos en que una institución o concepto homólogo tenga la misma finalidad en el ámbito del Derecho penal que fuera de él. Así, sólo sería legítimo adoptar el concepto mercantil de administrador de hecho cuando esta institución surgiese en ese ámbito como un criterio para atribuir responsabilidad personal por los propios actos realizados (u omitidos)”.

³⁶ Por otro lado, un concepto estricto de administrador de hecho delimita el contenido, pudiéndose denominar de ese modo al sujeto que actúe permanentemente como tal de manera abierta, reconocida social y personalmente, y que sus funciones estén unidas a las propias del administrador de Derecho. A todas las funciones del administrador y no sólo a algunas de ellas. Lo mantienen: FARALDO CABANA, El delito societario de falsedad, 2003, 77; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales de aplicación de los delitos societarios, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, 64 s; NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, 96.

³⁷ El concepto amplio define al administrador de hecho como la persona que en términos generales controle la gestión de la sociedad, independientemente del reconocimiento social; y que tenga un dominio social típico.

Desde mi punto de vista el primer problema que se plantea en relación a los conceptos de administrador de hecho es el relativo a determinar si se trata de un concepto unitario, válido para todos los tipos, o si más bien, por el contrario, deberá venir determinado de manera diferente atendiendo a cada tipo penal. Además, desde mi punto de vista esta polémica viene justamente de otra anterior, la de considerar si existe un solo concepto de administrador, válido siempre y en todos los supuestos, o por el contrario se deberá atender a las características peculiares del tipo y especialmente del bien jurídico protegido que puede verse afectado con la administración. Se expresa muy claramente sobre la concepción unitaria o no de estas figuras GALLEGO SOLER, quien advierte:

“cuando se alude a la posible aplicación de la figura del administrador de hecho y se realiza el estudio de esta institución, en la mayoría de ocasiones se olvida que, con independencia del contenido que se otorgue a dicho concepto, puede suceder que la inscripción de las distintas conductas típicas venga a limitar el ámbito de sujetos que, pudiendo considerarse en un plano genérico como administradores de hecho, es posible que no puedan ser sujetos activos idóneos de algún delito concreto. En otros términos, si autor es “quien realiza la conducta típica”, en la medida en que las distintas conductas típicas susceptibles de ser realizadas por administradores de hecho sean diferenciadas, puede suceder –de hecho sucede- que sujetos que se pueden considerar administradores de hecho –autores idóneos- para la comisión de un concreto delito, no puedan cometer otro”.

De este modo, sólo a partir de un detallado análisis de la conducta típica (extrayendo de ella las indicaciones en cuanto a la posición privilegiada de lesión de los bienes jurídicos tutelados) se podrá estar en condiciones de delimitar el ámbito de sujetos activos idóneos para los delitos societarios, sin perjuicio, como advierte el autor, de que deba elaborarse con carácter general un concepto genérico de administrador de hecho (y de derecho)³⁸. Se niega por tanto un concepto unitario de administrador de hecho³⁹.

Consecuentemente, el concepto de administrador de hecho del que se parte tiene que estar orientado a la conducta típica o, mejor, a la salvaguarda del bien jurídico-penal

Mantienen este concepto amplio; TERRADILLOS BASOCO, Delitos contra el orden socio-económico, en: TERRADILLOS BASOCO, J. (Coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Iustel, Madrid, 2012; GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/POIG TORRES, Esquemas, PE, 2ª, 2010, 207 “Por administrador de hecho podemos entender, a efectos penales: todo aquel que, sin haber satisfecho las exigencias legales, ejercita funciones de gestión, gobierno o representación en una sociedad”; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, en: SERRANO GÓMEZ, A. /SERRANO MAÍLLO, A., Derecho penal. Parte Especial, 16ª ed. Dykinson, Madrid, 2011, 539; MUÑOZ CONDE, Derecho penal, PE, 19ª, 2013, 499; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 435 ss., sin embargo, como se verá, en relación con el art. 290 y 295 restringe el ámbito.

³⁸ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 160.

³⁹ Crítico con un concepto unitario de administrador de hecho tanto en el art. 31 como en los delitos societarios GÓMEZ BENITEZ, Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal, Cóllex, Madrid, 2001, 107.

que el legislador pone en su ámbito de control, o de dominio social como prefieren llamarlo otros,⁴⁰. Es por ello que, siendo necesario efectuar una consideración general sobre el concepto de administrador de hecho como autor de un delito societario, no basta con ello, “pues un examen atento de la cuestión obliga a tomar en consideración cada una de las distintas conductas típicas en cuestión”⁴¹.

En este sentido, también CASTRO MORENO⁴² considera que no existe un concepto único de administrador de hecho y que éste estará condicionado por la configuración de cada tipo en cuestión.

MUÑOZ CONDE, en esta misma línea, dice: “Efectivamente, no se puede sin más atribuir la cualidad de administrador de hecho a quien tiene el control fáctico de una empresa, pues determinadas decisiones, con relevancia jurídica para terceros solo pueden ser tomadas por personas con una cierta capacidad de disposición o de representación social en el concreto ámbito en el que actúa. Así, por ejemplo, una posibilidad de representación que puede ser suficiente para fundamentar un delito de estafa (contraer, por ejemplo, obligaciones en nombre de una sociedad en perjuicio de ésta), no es, sin embargo, suficiente para la realización de una insolvencia punible, porque en ellas el administrador de hecho debe tener una *posibilidad de disposición* de los bienes de la sociedad, cuando lo sustrae a la acción de los acreedores, y salvo que se trate de sustracciones materiales de esos bienes, la mayoría de las veces se tratará (*sic*) operaciones jurídicas de disposición de los bienes para las que hay que estar legalmente habilitado”⁴³.

Es con esta perspectiva con la que estoy absolutamente de acuerdo. Pero es que, además, como anticipaba, esta discusión va de la mano de aquella que hace referencia a si podemos hablar de un único concepto de la acción de administrar o si por el contrario es necesario atender a las competencias específicas dentro de la administración global en relación con el bien jurídico protegido en el tipo penal, para terminar por ofrecer distintos tipos de conceptos de administración. A mi entender, se ha de partir en términos generales de que si las funciones básicas de un órgano de administración y representación son “las de gestionar la empresa, ejecutar la voluntad social formada en

⁴⁰ Me refiero a la tesis de GRACIA MARTÍN y los posteriores desarrollos de RUEDA MARTÍN.

⁴¹ GALLEGO SOLER, en: CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), Derecho penal de la empresa, 2002, 160.

⁴² CASTRO MORENO, Administración desleal, 1998, 240.

⁴³ MUÑOZ CONDE, CDJ 2002-14, 236.

la Junta General y representar a la sociedad frente a los terceros, con los que en nombre de ella se establecen relaciones jurídicas”⁴⁴, entonces administrar significa tener todas las facultades de representación y gestión necesarias para dirigir de manera integral una sociedad, conforme a los deberes de los administradores. Por tanto, realizar algún acto de administración no significa administrar la sociedad⁴⁵. Quien realiza un solo acto de administración no puede considerarse que dirija o administre la empresa, sólo ayuda al que lo hace⁴⁶.

Partiendo de que legalmente la administración social comprende tanto la gestión como la representación de la sociedad, competencias que abarcan por completo el campo de actuación de la administración en general para que un sujeto ejercite dicha función, POLO VEREDA⁴⁷, se pregunta: ¿tiene que ejercer todas, la mayoría, alguna, o una sola de dichas facultades? El autor acude a la relación de dominio social, fundamentándola además en una posición de garantía por la cual el administrador, al ejercer la función de administración social, se convierte en garante del bien jurídico para concluir, en base a esto, que si el dato relevante es el acceso a la posición de garantía “resulta totalmente intrascendente si el posterior comportamiento típico que en concreto se describe se encuentra en cada caso o no dentro de la competencia específica otorgada en concreto al sujeto”⁴⁸, lo importante, entonces es que tenga el dominio social.

Así, considero que tienen razón DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, cuando afirman que “de esta manera, el administrador social al ejercer la función de administración debe entrar en relación con el bien jurídico de forma que se convierta en garante de él. Sin embargo no todos los tipos delictivos comparten un mismo objeto de tutela. Eso no significa que la categoría de administrador de hecho y de derecho no sean unitarias, esto es, que dependiendo de cuál sea en cada caso el objeto de tutela se admitirán unos u otros sujetos. Lo que sucede es que existe un denominador común para

⁴⁴ BROSETA PONT/ MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho mercantil, I, Tecnos, Madrid, 2011, 423.

⁴⁵ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2045; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 63.

⁴⁶ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2045; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 62.

⁴⁷ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046.

⁴⁸ POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046. Así también DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 63.

tal diversidad de bienes, y es que todos dependen en cualquier caso de una correcta administración”⁴⁹.

Pero en este sentido, y dicho lo anterior, existiendo esa diversidad de bienes jurídicos protegidos en las normas penales, será necesario atender a la norma extrapenal para dar contenido al concepto «administrar» en relación al bien jurídico que se pretende proteger en cada tipo. Considero que en el art. 290 CP una correcta gestión se concreta en los deberes de los administradores en relación con las cuentas anuales y otros documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad.

Los preceptos donde se imponen estos deberes o los fundamentos para dotar de contenido a estas exigencias son como ya se hizo referencia, por un lado, el art. 25 CCom, en el que establece que la contabilidad será llevada directamente por los empresarios o por otras personas debidamente autorizadas, sin perjuicio de la responsabilidad de aquéllos, presumiéndose concedida la autorización, salvo prueba en contrario.

Por otro lado, el art. 34 CCom establece la obligación de formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. También, como se concretó, la LSC dispone varios artículos para desarrollar las obligaciones de los administradores en relación con las cuentas anuales. De esta manera, el art. 253 LSC determina que los administradores de la sociedad están obligados a formular las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados; y tanto las cuentas anuales como el informe de gestión deberán ser firmados por todos los administradores.

Pero es que además también los otros libros de los empresarios, como son el Libro Diario y el Libro de Actas, el Libro de Registro de Socios del art. 104 LSC y el Libro de Registro de las Acciones Normativas del art. 116 LSC deben ser llevados por el empresario. Igualmente, en relación con los “demás documentos que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad” los administradores tienen una especial función de garante bien porque son quienes redactan los documentos o bien porque

⁴⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/POLO VEREDA, Problemas generales, 2002, 62, si bien, después de este razonamiento concluye de la misma manera que POLO VEREDA, LL 1998-2, 2046.

conforme a los arts. 233 y 234 LSC tiene la representación de la sociedad y por tanto los obligados a inscribir los documentos en el Registro Mercantil.

Son por tanto sólo y exclusivamente los administradores de derecho de una sociedad quienes podrán acceder, a través del falseamiento de los documentos societarios que constituyan el objeto material del delito, a la lesión de la funcionalidad de este tipo específico de documentos mercantiles y a la eventual puesta en peligro o lesión del patrimonio de sociedad, socios o terceros porque este ha sido un requisito previo establecido para concretar qué documentos son objeto material del art. 290 CP.

Como se ha dicho, formular las cuentas sólo le incumbe al empresario del que habla el art. 34 CCom y a los administradores que recoge el art. 37 CCom. Además, es una de las pocas funciones no delegables del Consejo de Administración en una sociedad anónima, salvo expresa autorización de la Junta General. Por tanto, en puridad “ni los apoderados, ni los mandatarios, ni los directivos en general tienen posibilidad de realizar la conducta típica en relación a las cuentas anuales porque no les incumbe formularlas ni presentarlas a la junta por lo que no podrían ser sujetos activos. Tampoco, por éste motivo, los promotores, ni los fundadores, ni los liquidadores. A lo sumo, dice podrían ser castigados como partícipes”⁵⁰.

Con SÁNCHEZ ÁLVAREZ⁵¹ concreto el concepto de Derecho penal societario ligado al concepto de poder en la empresa o poder societario, entendido como aquella situación de control, dominio o fuerte incidencia en el sistema económico específico y en particular en el ejercicio de las funciones típicas de gestión (administración y representación). Dicho en los términos que expone el autor, el poder reside en la capacidad de decisión o de disposición autónoma en un ámbito previamente acotado por la normativa legal o por el contrato de sociedad⁵². Manejo por tanto un concepto material y no formal de poder societario; sin embargo, la función de administrar en relación a los documentos sociales a los que se refiere el art. 290 CP está recogida de manera clara por la ley, y se puede concretar en tres funciones básicas: 1ª La de redacción de las cuentas anuales conforme al criterio de imagen fiel; 2ª La de la firma que garantiza que la funcionalidad de los documentos se respete, y no sólo de las cuentas anuales, sino también de todos aquellos documentos que deban ser firmados y

⁵⁰ BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, Derecho penal económico, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010662.

⁵¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, Aranzadi, Pamplona, 1996, 58.

⁵² SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 58.

certificados por ellos para ser publicados en el Registro mercantil; 3ª La de ser garantes de la publicidad de los documentos que así lo exijan que, en última instancia, es lo que califica al documento de mercantil.

IV. CONCLUSIONES

Con todo lo dicho hasta ahora, y concluyendo, entiendo que tanto el concepto de administrar como los de administrador de hecho o de derecho han de tener un contenido mínimo común para todas las figuras delictivas que prevean como sujeto activo del delito a uno de ellos, por lo que su ámbito de actuación y control será el de administrar, y se configurará por tanto como un delito especial propio, que sólo puede realizar el administrador de hecho o de derecho. Pero posteriormente, en atención al tipo y sobre todo al bien jurídico protegido, se deberán determinar las peculiaridades específicas⁵³ propias de la figura del administrador para ese tipo. Se configuran entonces como delitos especiales en tanto se entiende que esas conductas societarias puede llevarlas a cabo quien ostenta el poder societario conforme al tipo. Este poder reside de manera fundamental en la capacidad de decisión o de disposición autónoma en un ámbito previamente acotado por la normativa legal o por el contrato de sociedad, es decir, tendrá que tener algún tipo de legitimación jurídica⁵⁴. No me estoy refiriendo a la infracción de deberes del administrador sino a su acceso⁵⁵, por su función, a la lesión del bien jurídico⁵⁶ por sus peculiares circunstancias personales⁵⁷.

⁵³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, PE, 4ª, 2013, 433.

⁵⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Los delitos societarios, 1996, 59. En este sentido también GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro, I, 1986, 383 “Sólo quienes, en virtud de sus competencias jurídicas, institucionales o sociales, tenga la posibilidad de ejercer las facultades de disposición de dicho patrimonio estarán en situación de realizar el ataque penalmente relevante al bien jurídico –el derecho de crédito- el cual, por ello, queda bajo el dominio social de dichos sujetos”; MUÑOZ CONDE, CDJ 2002-14, 236 “cuando hablamos de delitos especiales de delitos en los que el auto en sentido estricto y, por tanto, el principal responsable debe tener una cierta competencia o capacidad institucional para realizarlos”.

⁵⁵ Básicamente es el planteamiento que hace MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ en relación a los arts. 290 y 295, especialmente a éste última que más adelante se seguirá desarrollando y quien dice textualmente: “Con todo, conviene reiterar que, aun cuando se rechace –como aquí se hace- se configuración como genuino delito basado en la infracción de un específico deber extrapenal institucional que vincule dos esferas deferentes de organización (la del administrador con el patrimonio de la sociedad), no se trata de un delito de dominio común, sino de un delito de dominio “particularizado”, dado que se construye como un delito especial propio, en el que la punibilidad de la conducta se basa en la especial posición de proximidad del administrador con respecto al bien jurídico protegido”.

⁵⁶ RUEDA MARTÍN, DPC 7 (2004), 151, expresa que “El criterio del “dominio social” sirve para averiguar las posibilidades que tiene un sujeto para realizar la acción típica, pues quien lo ostenta tiene un mayor acceso para lesionar o poner en peligro el bien jurídico. [...] A través del criterio del “dominio social” se determina el ámbito de protección de la norma de los delitos especiales. De todo ello se deduce la relación tan estrecha que existe entre el *intra-neus* -funcionario público o autoridad- que ostenta el dominio social en el que se desarrolla la función pública, el bien jurídico y la acción típica en estos delitos”.

Teniendo en consideración que son éstas las funciones de los administradores y por tanto por ellas queda condicionada esa previa cualidad del sujeto activo, la determinación de la figura del administrador de hecho quedará muy reducida y, a su vez, estos criterios servirán de límite para que, en el sentido en el que me expresaba anteriormente, no suceda que el estatus de administrador suponga ya la calificación de sujeto activo a una persona en concreto. Como se esgrimió, el criterio material es también importante, es necesario demostrar que el sujeto no sólo tiene un acceso formal al bien jurídico protegido por la norma, sino una posibilidad de acceso real a éste y por tanto la capacidad efectiva de lesionarlo. Y para poder determinarlo, estas funciones serán las que revelen si estamos ante quien puede realizar la conducta típica o no.

Concluyendo, teniendo en consideración lo manifestado sobre los deberes legales de los administradores en relación con el objeto material del delito del art. 290 CP, y tal y como ya anticipé, comparto la tesis de GARCÍA ENTERRÍA, cuando afirma que “hay delitos societarios que, al conectarse directamente a deberes u obligaciones de carácter orgánico, podrán ser cometidos únicamente por administradores “regulares”, considerando la imposibilidad de cualquier otra persona que no tenga una situación plenamente regularizada de poner en práctica hechos como los contemplados”⁵⁸, poniendo como ejemplo la falsificación de las cuentas que son depositadas en el Registro Mercantil. Entiendo, como este autor, que con la introducción de los administradores de hecho, se está aludiendo a los administradores que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, como podrían ser los administradores con nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado⁵⁹.

Se excluye por tanto, dentro de la categoría de administradores, a los socios, los altos directivos de la sociedad o especialmente a los propietarios de la empresa, pese a su posición e influencia de determinar el comportamiento social⁶⁰, porque no tienen las obligaciones sociales en relación con los documentos sociales de los administradores y por tanto no son garantes en su situación de lo expuesto en ellos, ni tampoco de su

⁵⁷ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental. Ensayos y documentos, Grupo Editorial Ibáñez Ltda., Bogotá, 1998, 417 ss. En la pág. 423, expresa: “Queda entonces claro que las cualidades típicas del autor de un delito especial (propio o impropio) no son “circunstancias personales” del autor ni de la punibilidad sino del tipo legal y por tanto no son susceptibles de comunicación de una persona a otra, pues el sujeto las tiene o no las tiene, sin más.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

eventual destino⁶¹. Además, plantea el autor, que si el legislador penal hubiese realmente pretendido extender el mismo régimen sancionatorio a aquellos que desempeñan funciones gestoras dentro de la sociedad, aunque sin estar adscritas a su órgano de administración, lo hubiera dicho expresamente, sin necesidad de deformar y desvirtuar de forma arbitraria una noción con un significado tan preciso como la de administradores⁶².

También PÉREZ VALERO apunta cómo en el art. 290 CP sólo el administrador de Derecho puede ser sujeto activo de la conducta, por lo que existen difíciles obstáculos conceptuales para dar algún sentido a la previsión de los administradores de hecho en este tipo⁶³. El hecho de que las obligaciones en relación a los documentos sociales sean propias de los administradores de la sociedad, les hace garantes de ese ámbito de competencia administrativa exclusivamente a ellos y por tanto hace que las posibilidades de que otras personas, puedan cometer el delito sólo pueda ser en grado de participación. De este modo precisa cómo “no hay un único concepto de administración de hecho válido para todos los delitos societarios, sino que el contenido de dicha noción vendrá impuesto por la estructura de la conducta típica de cada uno de los delitos”⁶⁴; “La razón por la que la ley ha decidido extender el castigo a dichos administradores de hecho es, precisamente, la especial relación de estos con el bien jurídico, la cual permite afirmar que los mismos se hallan en condiciones de lesionarlo; esto es así, porque estamos ante un delito especial propio, que se caracteriza por el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege”⁶⁵.

PÉREZ VALERO⁶⁶ acaba afirmando que ha sido un error, por inútil y distorsionador, incluir la administración de hecho en el ámbito del art. 290 CP; el motivo es porque es complicado que un sujeto inmerso en la sociedad pueda llevar a cabo una conducta susceptible de ser castigada por el art. 290 CP si no se es administrador.

Yo estoy totalmente de acuerdo con esta posición, si bien, a diferencia de PÉREZ VALERO, atiendo a que se trata de un delito de dominio y no de infracción de deber cuyas diferencias ya se expusieron anteriormente. Considero correcta esta valoración

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, Los delitos societarios, 1995, 46.

⁶³ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 271.

⁶⁴ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 248.

⁶⁵ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 297.

⁶⁶ PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 310.

porque efectivamente es competencia exclusiva de los administradores de una sociedad el manejo de la documentación social y por tanto una regulación tan clara al respecto provoca que el concepto funcional de administrador de hecho sea superfluo a los efectos de este precepto, y no solo porque prescinde de la especial cualidad otorgada por la ley a los administradores de derecho sino también porque solo éste será el que pueda afectar los bienes jurídicos «funcionalidad del documento» y «patrimonio». Otra cosa es que el tipo tendría que haber previsto a otros sujetos a través de los cuales los bienes jurídicos quedasen potencialmente afectados. Podría ser el caso del Secretario de la Junta General, quien es el que tiene la capacidad de certificar los acuerdos tomados en Junta y con cuya firma serán validados para inscribirse en el registro mercantil. Por tanto, de *lege ferenda*, los sujetos activos tendrían que verse ampliados⁶⁷ porque además parece claro que el legislador pensó en las cuentas anuales pero no en los demás documentos que parece quería incluir a través de la cláusula inclusiva de todos aquellos documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa.

CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN también se pronuncian al respecto y, si bien afirman en primer lugar que a efectos penales es indiferente la posición que el “administrador” posea en el seno del organigrama empresarial, o que no posea ninguna, ya que para su consideración como autor lo importante es que materialmente pueda tener el dominio de la situación, se comporte como tal, lo que también evidencian es la posibilidad de que los delitos societarios sean cometidos por un administrador de hecho, pero advierten cómo parece más difícil admitir la idea de que este delito sea cometido por estos últimos. En consecuencia, apuntan que: “la referencia a los mismos, que por lo general es redundante, aquí es prácticamente vacua. Es obvio que los sujetos que pueden intervenir a título de autores, no son cualesquiera que materialmente puedan cometer la falsedad descrita, puesto que si así fuera no estaríamos ante un delito especial. Sólo pueden ser autores de esta falsedad contable quienes puedan ofrecer la

⁶⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, Estudios de Derecho penal económico, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, 55. “En efecto, respecto al secretario no consejero sucede que, salvo que se fuerce en exceso el tenor del tipo y se le considere un “administrador de hecho”, no es en este caso un administrador, requisito exigido por el tipo para ser sujeto activo del delito, por lo que a lo sumo podría resultar partícipe necesario en la falsedad del sujeto cualificado. Tampoco ello sería posible aquí, dado que el presidente no es el que redacta el acta ni el que firma como autor de la misma, función que corresponde al secretario (art. 99 Reglamento del Registro Mercantil), y dado que la mera función de dar el “visto bueno” no puede equivaler en intensidad y en responsabilidad a la función propia de documentación. Recuérdese que estamos ante una falsedad ideológica que sería solo relevante respecto a lo que el documento prueba, y el documento sólo hace prueba respecto a los datos comprobados por quien tiene un específico deber mercantil de reflejar lo acaecido”.

necesaria credibilidad de la que deben gozar ciertos documentos, capacidad que sólo puede estar vinculada al cargo formal que ostentan”⁶⁸.

Igualmente NÚÑEZ CASTAÑO se hace eco de esta cuestión en relación a los delitos de infracción de deber que ella acepta, advirtiendo cómo en ocasiones, “algunos bienes jurídicos no están destinados a la realización de funciones generales sino específicas y, por lo general, estrictamente normativizadas, de modo que las posibilidades de uso de tales bienes jurídicos se encuentran notablemente restringidas. Estos bienes jurídicos no se encuentran en el espacio social abierto a todos, pues únicamente pueden desempeñar su concreta y específica función social dentro de determinadas, limitadas y, por ello, “cerradas” estructuras sociales”⁶⁹. Esto da lugar a que una equiparación total entre administrador de hecho y de derecho no sea correcta⁷⁰.

Debemos recordar que se está tratando un delito especial en sentido estricto⁷¹, y en este sentido sólo puede falsear la información social quienes estén en la esfera del objeto (ya sea porque lo redacta o porque lo puede inscribir en el registro mercantil), que es el que será garante de éste “por lo que castigar al *extraneus* es tanto como desnaturalizar un delito en el que la autoría se halla seriamente limitada por criterios formales”⁷². Como ya he mencionado, el CCom y la LSC son claros con respecto a quiénes son responsables de las cuentas anuales. Sobre los demás documentos, como se ha expresado, existen algunos que deben ser redactados por los administradores y otros que no siendo redactados por ellos los deben inscribir.

Por todo lo anterior, y concluyendo, siendo claras las funciones que el ámbito mercantil otorga a los administradores en relación a los documentos sociales que son objeto material del art. 290 CP, no se pueden desatender. Se trata este de un ámbito legalmente cerrado y acotado a los administradores de derecho por lo que se debe hacer necesariamente una interpretación restrictiva de los administradores de hecho en este tipo⁷³ porque lo relevante es que el sujeto pueda (jurídicamente) realizar la conducta típica. Por tanto, los supuestos de administración de hecho serían los de: nombramiento

⁶⁸ CUGAT MAURI, Los delitos societarios, en: CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (Dir.), Comentarios al Código penal, Parte Especial, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, 1092.

⁶⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal de la empresa, 2000, 63.

⁷⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal de la empresa, 2000, 75.

⁷¹ En el sentido de los delitos de posición institucional GÓMEZ MARTÍN, en: SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (Dir.), Práctica penal económico, 2013, 425.

⁷² PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad, 2001, 274.

⁷³ También otorga un concepto restrictivo de administrador de hecho para la administración desleal CASTRO MORENO, Administración desleal, 1998, 239 ss.

de un administrador sin publicidad, administradores sobre los que pesa una causa de prohibición o incompatibilidad, y administradores con cargo caducado que a pesar de esa circunstancia continúan ejerciendo la administración.

CODELINCUENCIA. CONCEPTO Y ANÁLISIS DE SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL. DIFERENCIACIÓN DE ESTA FIGURA DE LA ORGANIZACIÓN Y DEL GRUPO CRIMINAL, INTRODUCIDOS POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010.

MARÍA JESÚS MUÑOZ COMPANYY

Abogado Fiscal Sustituta adscrita a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Alicante.
Criminóloga.

Profesora Asociada del Departamento de Fundamentos del Orden Jurídico y
Constitucional de la Universidad de Murcia.

Socia FICP.

Mail:maramu43@gmail.com

RESUMEN: Dentro de las formas de autoría, la codelincuencia ha ido tomando protagonismo, hasta desembocar en formas de actuación conjunta que van más allá de la mera coautoría, acercándose a las redes criminales y a la delincuencia organizada. Por eso, es interesante analizar esta evolución y diferenciar las nuevas figuras de grupo criminal y de organización criminal de aquella, tal y como ha hecho la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

I.INTRODUCCIÓN.

El artículo 28 del Código Penal, dentro del Título II, del Capítulo VI del Libro I, dispone, en su primer párrafo, que “*son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*”, por lo que legalmente, los coautores son auténticos autores del hecho delictivo¹. En el Texto Refundido del Código Penal, publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, no se recogía la posibilidad de una autoría conjunta, o coautoría, definiéndose como autores en el artículo 14 a aquellos a que toman parte directa en la ejecución del hecho. La mención expresa de la realización conjunta del hecho como forma de autoría, se recoge por primera vez en el citado artículo 28, aunque con anterioridad al mismo la Jurisprudencia² ya hablaba de la “*societas sceleris*” como forma de autoría conjunta,

¹GARCIA DEL BLANCO, Victoria y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, María, “El caso Alakrana: un ejemplo de la inadmisibile sobrevaloración del mutuo acuerdo en la coautoría”. Uned. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Epoca, nº 7 (2012). Pág. 267.

² STS de 9 de octubre de 1992. Ponente: DELGADO.

produciendo la responsabilidad penal de todos los copartícipes hasta donde llega el acuerdo. DEL ROSAL³ analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1953 en la que se analizaba la comisión por dos Agentes de la Guardia Civil de un delito de imprudencia temeraria, por causar la muerte a una persona, al dispararse el arma reglamentaria de uno de ellos. El Tribunal Supremo ya introduce un elemento subjetivo en esta forma de autoría cuando habla de que “la unión de varias personas bajo el impulso de propósitos comunes para desarrollar juntas sus actividades delictivas, produce ciertamente un caso de codevincencia según la doctrina científica y la jurisprudencial de esta Sala”. El profesor ANTÓN ONECA⁴ ya afirmaba entonces, que la distribución de distintos papeles en la obra criminal concertada, no destruye, sino afirma, la unidad de acción y la culpabilidad común.

La codevincencia supone la realización compartida por varios sujetos de la acción típica, y esta forma de actuar ha evolucionado desde incluso antes de que existiera una definición legal expresa en nuestro Código Penal, hasta la actualidad, en la que, apoyados en los grandes avances tecnológicos, la actuación conjunta delictual ha derivado en verdaderas organizaciones criminales especializadas, hasta el punto de que se encuentran recogidas en dicho texto legal, como nuevas figuras delictivas. Conviene, por tanto, diferenciar la codevincencia de los grupos y de las organizaciones criminales.

II. CODEVINCENCIA.

II.1 Definición y elementos.

Como ya hemos visto, en el artículo 28 del Código Penal, se recoge la codevincencia o coautoría, como la realización conjunta del hecho. Como afirma BUSTOS⁵ el coautor es autor, por lo que deberá reunir todas las cualidades propias de éste. Debemos analizar muy someramente, en este punto, las diversas teorías que se han mantenido doctrinalmente, con respecto al concepto de autor.

La doctrina española se ha encontrado dividida entre la teoría objetivo-formal y la objetivo-material de dominio del hecho. La primera considera que autor es aquel que ejecuta por sí mismo total o parcialmente, las acciones descritas en los distintos tipos

³ DEL ROSAL Juan, “Sobre la Delincuencia Culposa”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 6. Fasc/Mes 3, págs. 529-536. 1953.

⁴ DEL ROSAL, op.cit. pág. 532.

⁵ BUSTOS RAMÍEZ, Juan. “Obras completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General.” Ed. ARA Editores. 2004. Pág. 1079.

penales⁶. Como defensores de esta teoría podemos citar a GIMBERNAT-ORDEIG; VIVES ANTÓN; RODRÍGUEZ MOURULLO; QUINTERO OLIVARES, entre otros. La segunda, de origen alemán⁷, desarrollada principalmente por ROXIN⁸, considera autores a quienes dominan el hecho. WELZEL consideró que tiene el dominio del hecho quien mediante la dirección consciente y final del curso causal hacia el resultado típico, es señor sobre la realización del tipo⁹; destacando los siguientes autores como partidarios de esta doctrina: CEREZO MIR; GÓMEZ BENÍTEZ; HERNÁNDEZ PLASENCIA y PÉREZ ALONSO. También se han seguido teorías subjetivas, en cuanto a que dan primacía a la intención o el interés del sujeto en la realización o no de la conducta delictiva. Así, la teoría del ánimo, que distingue entre “*animus auctoris*” y “*animus socii*” para distinguir entre aquellos que actúan o quieren el hecho como autor, de aquellos que los hacen como partícipe.

En la codelinuencia se ha mantenido de forma unánime por la doctrina, que ha de concurrir una aportación causal y eficaz en la ejecución de los hechos¹⁰, y así BACIGALUPO¹¹ sostiene que: “para la coautoría es decisivo una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor. La aportación objetiva que determina la existencia de un co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella no hubiera podido cometerse.” Y MIR PUIG¹² sostiene que lo acertado es considerar como coautores no sólo a aquellos que ejecuta el sentido formal los elementos del tipo, sino también a todos aquellos que aporten una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva.

De estas aportaciones doctrinales apuntadas, ya podemos deducir los elementos que tanto la doctrina como la Jurisprudencia, considera necesarios en la codelinuencia. En primer lugar, un elemento de carácter subjetivo: el acuerdo conjunto o mutuo

⁶ SOTA SÁNCHEZ, Percy Andrés. “Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho.” Revista Derecho y Cambio Social. 2005. Pág. 2.

⁷ En 1939 WELZEL enlaza por primera vez, la idea del dominio funcional del hecho con la doctrina de la acción.

⁸ Esta teoría la desarrolló en su obra “Täterschaft und Tatherrschaft”, traducida al español por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo: “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”. 1998.

⁹ SOTA SÁNCHEZ, op. cit. pág.7.

¹⁰ SERRANO GÓMEZ, Alfonso. “La coautoría en el Código Penal a través de un supuesto de tentativa de homicidio”. Revista de Derecho UNED, núm. 7, 2010. Pág. 623.

¹¹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Principios de Derecho Penal. Parte General.” Madrid. Ed. Akal. 1997. Pág. 366

¹² MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Barcelona. Ed. Reppertor, 2010. Pág. 397.

acuerdo; y, en segundo lugar una contribución de carácter objetivo por parte del coautor, que es lo que se conoce doctrinal y jurisprudencialmente, como el dominio funcional del hecho.

En cuanto al mutuo acuerdo, o "*pactum scaeleris*", consiste en la transmisión recíproca de conocimientos entre los diferentes coautores sobre la realización de una determinada conducta para la consecución de un objetivo común¹³. No es necesario que concorra un acuerdo formal y expreso entre los diversos sujetos, sino que basta con la confluencia tácita de voluntades entre ellos. Igualmente, puede concurrir en un momento previo a la realización de la acción, o, durante la realización del hecho. El mutuo acuerdo debe referirse a la realización conjunta, es decir, a la realización compartida mediante un reparto de papeles en la ejecución de los hechos, así los coautores no realizan todos y cada uno de ellos de propia mano, todos los actos del tipo, sino que se reparten la ejecución del mismo. En virtud de este acuerdo mutuo, los distintos sujetos conocerán tanto cual es su función en el reparto previo de tareas, como cual es la de los demás intervinientes en la realización conjunta del hecho. Este elemento de carácter subjetivo es muy importante, hasta el punto como veremos al analizar la Jurisprudencia, de que ésta se basaba al principio, únicamente en él para determinar si nos encontrábamos o no ante un supuesto de coautoría. Sin embargo, actualmente la doctrina relativiza su importancia, al tiempo que la Jurisprudencia considera que se trata de un elemento más de la codeincuencia pero no el único. Ejemplo de la relativización de la importancia de este elemento es GARCÍA DEL BLANCO¹⁴, que entiende que sólo es una forma de obtener datos del entorno objetivo y subjetivo en el que cada interviniente actúa, sin que aporte un mayor desvalor a la conducta de cada uno de los coautores que hubieran adquirido los mismos conocimientos por una vía distinta.

Por lo que se refiere al elemento objetivo, o dominio funcional del hecho, en cuanto a la existencia de la aportación de una acción por parte de cada uno de los coautores, durante la fase de ejecución del delito, debiendo tratarse de la aportación de un elemento esencial para la realización del propósito común. Será coautor quien realice una parte necesaria de la ejecución del plan global. MUÑOZ CONDE¹⁵ afirma que lo

¹³ GARCIA DEL BLANCO, Victoria y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, María, op. cit. pág. 270.

¹⁴ GARCIA DEL BLANCO, Victoria. "La Coautoría en Derecho Penal." Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 636 y ss.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito". Ed. Temis S.A. 1999. Pág. 157.

decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del reparto funcional de papeles, asumen por igual la responsabilidad de su realización, debiendo considerarse las diversas contribuciones como un todo, atribuyéndose el resultado total a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. El dominio funcional del hecho representa un proceder bajo condiciones de división del trabajo, en el marco del cual los coautores ejercitan una medida equivalente de dominio de hecho¹⁶. Este elemento es muy útil a la hora de delimitar la figura de la coautoría o codelincuencia de las formas de participación, dado que no serán coautores aquellos que no dominan conjuntamente el hecho, dado que no realiza ningún acto de dominio sobre el hecho típico. Ahora bien, es necesario analizar en cada caso concreto, la concreta contribución de cada uno de los sujetos para evitar que les sean imputables posibles excesos no abarcados por la acción conjunta. De los excesos de un coautor respecto de lo acordado y no abarcado por el dolo de los demás coautores, no responderán éstos. Es claro que no se excluye el carácter de coautor en los casos de decisiones de alguno de aquellos, siempre que estas decisiones se den en el marco habitual de los hechos realizados, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no se puedan considerar imprevisibles (las decisiones adoptadas) para los diversos partícipes.

Por lo tanto, la codelincuencia se caracteriza desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas dentro de la división de funciones que se hubiere acordado previamente; y, desde el plano objetivo, porque las acciones de los autores deben estar enmarcadas en la fase de ejecución del delito.

II.2. Clases.

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia han distinguido varias clases de coautoría o codelincuencia:

- **Coautoría Alternativa:** se dice que existe cuando los intervinientes en el plan común acuerdan realizar el delito, pero en el momento de realizar las diversas tareas, sólo uno de ellos será el idóneo y realizará por completo el tipo penal.¹⁷ Se trataría de aquellos supuestos en los que los coautores hacen su propio aporte

¹⁶ SOTA SÁNCHEZ, op.cit. pág. 10

¹⁷ SOTA SÁNCHEZ, op.cit. pág. 19.

potencial idóneo para la comisión típica, pero que finalmente es ejecutada por uno de ellos, sin intervención de los demás. Considero que no nos encontramos ante un supuesto de coautoría por no existir intervención o actuación efectiva de los diversos sujetos, sino de uno solo de ellos, por lo que, atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso, podría tratarse de algunas de las formas de participación, pero no de un supuesto de codelinquencia.

- Coautoría Accesoría: se dice que existe cuando dos o más personas, sin común acuerdo, actuando cada una de forma independiente de la otra, producen un resultado típico¹⁸. Tampoco en este caso considero que se trate de un supuesto de codelinquencia o coautoría porque faltaría uno de los elementos que hemos analizado con anterioridad, el mutuo acuerdo entre los diversos sujetos, que, aunque se haya relativizado por la doctrina su importancia, sí que es constante la Jurisprudencia en admitir que es uno de los elementos fundamentales para la existencia de esta figura.
- Coautoría Aditiva, o participación adhesiva o sucesiva, como también la ha denominado el Tribunal Supremo¹⁹, en las que se considera suficiente que el pacto surja durante la ejecución, o cuando alguien suma su actuación a la ya realizada por otro con el fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por el segundo de ellos. Así, el Tribunal Supremo exige como requisitos para que concurra esta clase de coautoría, los siguientes: que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito; que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero, para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel; que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito, aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento; y, que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

Entra dentro de esta clase de coautoría lo que la Jurisprudencia ha denominado como “dolo compartido”, o coincidencia de voluntades dirigidas a una misma finalidad,

¹⁸ SOTA SÁNCHEZ, op. cit. pág. 21.

¹⁹ STS 29-3-93; 24-3-98; 26-7-00; 12-7-14; 12-3-15.

en la que los coautores suman conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en la acción.

II.3.Diferenciación entre codelincuencia, complicidad y cooperación necesaria.

Como ha destacado la Jurisprudencia²⁰, en la codelincuencia no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, dado que a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de aquellos. En consecuencia, a través del desarrollo del acuerdo previo y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directamente en su ejecución. Por ello, es necesario diferenciar estas conductas de las de cooperación necesaria y de la complicidad.

Así, será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio en la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría, y existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la "conductio sine qua non"), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito, retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), pero, en todo caso, será necesario que este participe en la acción del autor material se hubiese representado no solo la posibilidad sino aún la probabilidad de que en el "iter" realizado por éste pudiese llegar a la comisión del delito en cuestión, siendo necesario por tanto cuando menos la concurrencia del dolo eventual²¹.

El cómplice es un auxiliar del autor, que carece del dominio del hecho, pero que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios, físicos o síquicos, conducentes a la realización del proyecto, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria realizando actos considerados secundarios. Colabora mediante una "acción favorecedora" pero que eleva el riesgo de la producción del resultado. La complicidad requiere el concierto previo o

²⁰ STS de 12 de marzo de 2015. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE.

²¹ SSTs. 114/2015, de 12.3; 23/2015 de 4.2; 158/2014, de 12.3; 927/2013, de 11.12; 776/2011, de 20.7; 391/2010 de 6.5

por adhesión (“pactum scaeleris”); la conciencia de la ilicitud del acto proyectado (“consciencia scaeleris”); la voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito (“animus adiuuandi”) y la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar. Para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquel.

Se diferencia de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la que la acción delictiva se podría haber realizado de igual forma.²² Para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la Jurisprudencia se ha decantado a favor de esta última, que permite a su vez distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que el dominio del hecho depende no solo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce, de forma que el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, “el dominio del hecho”, siendo partícipe necesario, pero no coautor.²³

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

La fundamentación utilizada por el Tribunal Supremo para afirmar la responsabilidad penal de cada uno de los que considera coautores ha evolucionado desde la aplicación de la teoría del acuerdo previo hasta la teoría del dominio del hecho mantenida actualmente en la práctica unanimidad de sus sentencias, si bien con algunas variaciones.²⁴

La teoría del acuerdo previo sostiene la responsabilidad como coautores de un delito de todos aquellos sujetos que se hubieran concertado previamente para la comisión de aquel, sin exigir ningún otro requisito; resultando así irrelevante el hecho de que cada uno de ellos realizara o no una aportación material en la comisión del ilícito

²² STS de 29 de diciembre de 2014. CONDE-PUMPIDO TOURÓN.

²³ STS de 12 de marzo de 2015. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

²⁴ GARCIA DEL BLANCO, Victoria y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, María, op. cit. pág. 275.

penal. Muy criticada por la doctrina esta teoría, fue dejando paso en los años 80 y, sobre todo, a partir de la década de los 90, a la teoría de que el acuerdo previo es uno de los requisitos de la coautoría, pero no el único, siendo necesaria la presencia de elementos objetivos, como son una aportación a la ejecución por parte de cada uno de los sujetos, que exteriorice el dominio funcional del hecho, o el condominio del mismo, como recoge la Sentencia de 14 de diciembre de 1998. La teoría objetivo-material del dominio del hecho acapara los fundamentos jurídicos de la Jurisprudencia en esta materia, teoría que se afianza con la incorporación de la mención expresa de la realización conjunta del hecho en el artículo 28 del Código Penal por el legislador de 1995. Así, para afirmar la coautoría, se considera necesario que exista un mutuo acuerdo entre los coautores y que, además cada coautor lleve a cabo una aportación al desarrollo del suceso que le confiera el denominado dominio funcional del hecho. La constatación de estos requisitos implicará la imputación recíproca de las aportaciones entre los coautores y, por tanto, la responsabilidad de cada uno de ellos por el hecho realizado.

La Jurisprudencia, por tanto, basa el concepto de codelincuencia en el “*pactum scaeleris*” entre los diversos coautores del hecho delictivo, que ha de ir acompañado de los siguientes requisitos:

1. Que alguno de ellos hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
2. Que posteriormente otro u otros ensamben su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
3. Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por éste, no bastando el simple conocimiento.
4. Que cuando intervengan los que no hubieren concurrido a los actos de iniciación ya no se hubiese producido la consumación, puesto que quien interviene después no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.
5. Que haya existido una común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevar a efecto la coautoría, siendo esencial la unidad de conocimiento y la voluntad de aquellos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la puesta

en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno, la entidad e importancia precisas que definan el delito.

6. Que concurra el dolo en cada uno de los sujetos, ya sea dolo directo o dolo eventual, estableciendo el acuerdo de voluntades entre todos los sujetos un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de ellos se les asigne.

La Jurisprudencia actual por tanto, rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo del autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito en cuestión. Por este motivo, se ha acercado más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si ha tomado parte directa en la realización del hecho típico, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho.

IV. DIFERENCIA ENTRE CODELINCUENCIA, ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y GRUPO CRIMINAL, ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo un nuevo Capítulo VI en el Título XXII, dentro del Libro II del Código Penal, compuesto por los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, en respuesta a la lucha contra la criminalidad organizada, que ha visto incrementada de forma muy importante su actuación tanto en al ámbito nacional como en el transnacional, siendo necesaria una regulación uniforme entre los distintos estados miembros de la Unión Europea para poder combatirla de una forma más eficaz y eficiente.

La Fiscalía General del Estado²⁵ ha establecido unas pautas a partir de las cuales considera que nos encontramos ante el crimen organizado. Así, si se dan como mínimo seis de estos indicadores, se considerará delincuencia organizada: existencia de un grupo de personas más o menos numeroso; actuación prolongada en el tiempo; comisión de actos delictivos graves, con métodos complejos de ejecución y uso de altas

²⁵ CIRCULAR 2/2011 DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 5/2010 EN RELACIÓN CON LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES, pág. 3

tecnologías; actuaciones transnacionales o intensa movilidad dentro del territorio del Estado; uso sistemático de la violencia o de la intimidación grave; utilización de instrumentos jurídicos legales para crear estructuras económicas o comerciales; blanqueo de capitales; influencias sobre cargos públicos o personas que desempeñen sus funciones en la esfera política, medios de comunicación, funcionarios públicos y/o de la Administración de Justicia mediante la corrupción; y, finalidad primordial de obtención continuada de beneficios económicos o de cualquier forma de influencia social, política o económica.

Estas actuaciones se caracterizan sobre todo, por la actuación conjunta de varios sujetos que, puestos de común acuerdo y guiados por un ánimo de cometer un ilícito penal, participan en la realización del hecho delictivo; por ello conviene diferenciar lo que en el ordenamiento jurídico español se considera organización y grupo criminal, después de la citada reforma del Código Penal, de los supuestos de codelincuencia.

El artículo 570 bis define la organización criminal como *“la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como la perpetración reiterada de faltas.”* Las notas características de la organización criminal son pues la existencia de una pluralidad subjetiva (más de dos personas), que se asocia para la realización de una determinada actividad; de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, debiendo existir una estructura jerárquica y disciplinaria, con sometimiento de sus miembros a las decisiones de los superiores; una consistencia o permanencia y con un fin que se centra en la comisión de delitos como producto de una *“voluntad colectiva”*²⁶, superior y diferente a la voluntad individual de cada uno de sus miembros.

Por grupo criminal se entiende según dispone el artículo 570 ter: *“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.”* Se trata de una figura de carácter residual frente a la de la organización criminal, ya que comparte con ella el hecho de estar formada por la unión de más de dos personas y por tener como finalidad la comisión concertada de delitos o la perpetración reiterada de

²⁶ CIRCULAR 2/2011 Pág. 11

faltas; pero, puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de la infracción criminal a la que oriente su actividad delictiva careciendo de una estructura organizativa perfectamente definida, o bien puede contar con una estructura organizativa interna pero carecer de estabilidad, por no perpetuarse en el tiempo. Lo decisivo es la existencia de concierto entre una pluralidad de personas para el desarrollo de un proyecto criminal, lo que posibilita el desarrollo de un plan delictivo de manera independiente de las personas que integran dicho proyecto, ya que es esto lo que dificulta la prevención y la persecución de los delitos cometidos por el grupo criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad.²⁷

Como se puede deducir de las definiciones que hemos dado, lo que la reforma ha pretendido ha sido aportar unos instrumentos útiles para la lucha contra la delincuencia organizada²⁸, siendo la organización criminal para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por la profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales económicas, sociales e institucionales; y el grupo criminal, para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad. (STS 855/2013 y 950/2013).

Los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal de los supuestos de codeincuencia o ejecución del delito por una pluralidad de personas, son los siguientes²⁹:

- El acuerdo de voluntades ha de contar con una anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados y ha de estar dotado de cierta continuidad temporal, superior a la simple u ocasional consorciabilidad para la comisión de un delito.
- La trascendencia del acuerdo de voluntades ha de ir más allá del concreto hecho ilícito que se vaya a cometer.
- Debe existir una distribución concreta de tareas a desarrollar.
- Debe existir una mínima estructura criminal, presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada.

²⁷ CIRCULAR 2/2011 Pág. 21

²⁸ STS 576/2014, de 18 de julio. CONDE-PUMPIDO TOURON.

²⁹ CIRCULAR 2/2011. Pág. 25

- Y, como tal organización o grupo criminal, deben emplearse los medios que sean más idóneos a los planes de los mismos.

La Jurisprudencia ha delimitado sobre todo las instituciones de grupo criminal y codelincuencia, que son más similares, dado que la organización criminal tiene su ámbito de actuación sobre todo en delincuencia organizada internacional y operaciones criminales de gran envergadura. Así, entiende que para realizar dicha diferenciación hay que atender a lo dispuesto en la Convención de Palermo: la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000³⁰. En dicha Convención se define el grupo organizado como aquel que no se ha formado fortuitamente para la comisión inmediata de un hecho delictivo. Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos; por ello, cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito específico nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización. Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los artículos 570 bis y ter confirma esta determinación del legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno³¹, como ocurre en los supuestos de codelincuencia.

Interpretando la norma penal en relación con la citada Convención de Palermo, la codelincuencia, acaba afirmando la STS 309/2013, se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de sólo dos personas, o cuando estando integradas por más de

³⁰ En el artículo 2 de la citada Convención de Palermo se establecen las siguientes definiciones:

- En el apartado a) por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.
- En el apartado c) por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

³¹ STS 576/2014, de 18 de julio. CONDE-PUMPIDO TOURON.

dos personas, se hubiera formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, es decir, de forma esporádica u ocasional.³² Tanto la organización como el grupo criminal están predeterminados para la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello, cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codeincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.³³

V. CONCLUSIONES.

Como hemos podido analizar, la figura de la codeincuencia ha sufrido una evolución muy importante desde su reconocimiento como realización conjunta del hecho delictivo por varios sujetos, en el artículo 28 del Código Penal. Nos encontramos ante supuestos de dolo compartido, en los que los distintos autores, puestos de acuerdo y guiados por esa idéntica voluntad y ese mismo conocimiento de estar cometiendo un ilícito penal, actúan, ya en el mismo momento, ya de forma sucesiva, y consuman los hechos. La realización conjunta de estos, sólo requiere que los coautores sumen conscientemente sus actos en función de una finalidad objetiva común manifestada en su acción, respondiendo cada uno de ellos por la totalidad del hecho, con los problemas de prueba que ello conlleva a la hora de poder imponer la pena correspondiente a los ilícitos penales realizados.

La delincuencia organizada es un escalón superior al de la codeincuencia, y ello se aprecia en los requisitos que se han establecido tanto en el derecho internacional como en el ordenamiento jurídico español, a la hora de regular los delitos de organización y grupo criminal. La codeincuencia se queda como concepto residual, aplicable a aquellos supuestos en los que el delito sea cometido de mutuo acuerdo por dos sujetos, con dominio funcional de los hechos; o, en los supuestos de comisión inmediata y espontánea del hecho delictivo por una pluralidad de sujetos. El concepto de codeincuencia, por tanto, entiendo que tiene poca aplicación dentro de lo que actualmente se conoce como delincuencia organizada.

Sin embargo y a pesar del tratamiento jurisprudencial de estas figuras, en la práctica será difícil la diferenciación de todas ellas, teniendo que estar a las

³² STS 575/2014, de 17 de julio. SORIANO SORIANO.

³³ STS 787/2014, de 26 de noviembre. MARTÍNEZ ARRIETA.

circunstancias de cada caso concreto con aplicación de los requisitos y de los elementos que hemos analizado en cada una de ellas.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Principios de Derecho Penal. Parte General.” Madrid. Ed. Akal. 1997
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Obras completas. Tomo I. Derecho Penal. Parte General.” Ed. ARA Editores. 2004
- CIRCULAR 2/2011 DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 5/2010 EN RELACIÓN CON LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES.
- DEL ROSAL Juan, “Sobre la Delincuencia Culposa”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 6. Fasc/Mes 3. 1953
- GARCIA DEL BLANCO, Victoria y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, María, “El caso Alakrana: un ejemplo de la inadmisibile sobrevaloración del mutuo acuerdo en la coautoría”. Uned. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Epoca, nº 7 (2012).
- GARCIA DEL BLANCO, Victoria. “La Coautoría en Derecho Penal.” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Barcelona. Ed. Reppertor, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Teoría General del Delito”. Ed. Temis S.A. 1999.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso. “La coautoría en el Código Penal a través de un supuesto de tentativa de homicidio”. Revista de Derecho UNED, núm. 7, 2010
- SOTA SÁNCHEZ, Percy Andrés. “Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho.” Revista Derecho y Cambio Social. 2005