

## **Comentario: SOBRE EL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

En el comentario que nos disponemos a analizar se trata de dilucidar, partiendo de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Enero de 1995, los conceptos de organización, autoría y participación relativos al tan discutido delito de tráfico de drogas.

Otro aspecto a analizar es cómo la aprobación del C.P. de 1995 afecta a la materia de tráfico de drogas, cómo proceder cuando algún precepto de la parte especial se presta a amplias interpretaciones incluso llegando a contravenir lo dispuesto en la parte general. Lo más correcto sería seguramente decantarse por una interpretación más restrictiva que beneficiara al reo y no comportara, en consecuencia, problemas de constitucionalidad.

Partiremos, por tanto, del análisis de la S.T.S. de 19 de enero de 1995 y concretamente de la exposición de hechos probados. De ellos se desprende principalmente que en los hechos delictivos participaron diversos sujetos entre los cuales regían determinadas relaciones de jerarquía y dependencia pero no queda probado que realmente se estructuraran como grupo, ni la existencia de jefes pese a la distribución de funciones entre ellos verificada.

Por ello pasaremos a analizar a continuación los conceptos antes planteados empezando por el de organización.

### **Concepto de organización**

El concepto de organización se ha ido especificando a medida en que se ha dado la reforma del Código Penal en los preceptos relativos a este tipo.

La L.O. 1/98 añadió que la agravante de pertenencia a una organización subsistía aún cuando ésta fuera de carácter transitorio.

La L.O. 8/92 estableció como agravante el hecho de que el culpable participara en otras actividades delictivas organizadas y en otras actividades ilícitas facilitadas por la comisión del delito.

El art 344 bis b), añadido por la L.O. 1/98, dispone que el ser jefe, administrador o encargado de la organización sea agravante de segundo grado.

De estos cambios se deriva la similar regulación que encontramos en el actual C.P. de 1995 que añade a la agravante de organización la de asociación.

Parece correcta una interpretación restrictiva de la agravante organización entendiéndola como estructura organizada de poder y no una mera planificación delictiva. Cabría, por tanto, identificar la organización con una auténtica empresa criminal. Por ello no es el número de personas asociadas el elemento decisivo para hablar de organización si no que la estructura en la que actuaran los partícipes se caracterizara por estar escalonada en distintos niveles jerárquicos con una cúpula de mando de donde partieran las decisiones. Pero lo que marca sobre todo la cualidad de empresa criminal es la posibilidad de llevar a cabo el plan delictivo independientemente de los sujetos individuales y por tanto la existencia de una red de reemplazos que permitiera que el proyecto siguiera adelante.

Por ello se puede resumir que son dos los motivos en que se basa esta agravante: la dificultad que supone la existencia de la organización a la hora de perseguir el delito y el mayor alcance del daño causado.

Son tres los requisitos indispensables para afirmar la existencia de una organización: su estructura jerárquica, la fungibilidad de los integrantes de la misma y la existencia probada de un centro de mando.

Dado el carácter clandestino de estas organizaciones resulta muy complejo descubrir a los jefes de las mismas, ello puede derivarse a que en la práctica la agravante de organización se vuelva inoperante por la exigencia directa de todos los requisitos expuestos anteriormente. Este es el concepto de organización que se desprende de la S.T.S. de 12 de enero 1995: concepto de organización propio; sin embargo existen otros dos conceptos de organización que ahora analizaremos.

El concepto de organización orientado a las consecuencias político–criminales, apoyado por sentencias como la S.T.S. de 13 marzo de 1995, sostiene que para que se determine la agravante del art 369 n.6 C.P. bastará con la proyectación de la acción criminal por parte de varios sujetos siempre que la duración de dicha planificación se extienda más allá de la ocasional consorciabilidad para el delito y esté estructurada con cierta jerarquización y distribución de tareas.

Por tanto los requisitos para apreciar la agravante serán: la concurrencia de varias personas reunidas con la finalidad de llevar a cabo un plan criminal, la distribución de cometidos y presumir la existencia de jefes mandantes.

Si mantenemos este concepto de organización será mucho más fácil la apreciación de la agravante en los casos en que no ha podido mas que presuponerse la existencia de estructura jerárquica por el tipo de actividad llevada a cabo.

El tercer concepto de organización que baraja la jurisprudencia es el denominado concepto impropio en que se basa la S.T.S. de 1 de diciembre de 1992 que declara que se debe entender de forma extensiva abarcando los supuestos en que dos o más personas programan un proyecto para desarrollar un plan criminal con diversas salidas posibles, o sea un grupo preconstituido idealmente para un delito aunque alguno de sus miembros no participe directamente en la ejecución del mismo, se dan por tanto los mismos elementos requeridos por a la coautoría.

Por ello debemos establecer als diferencias entre la coautoría y los delitos cometidos con organización y el punto de partida para establecer esta delimitación es la equivalencia entre organización y aparato de poder organizado. Entendiendo de esta forma la organización será preciso que se trate de una organización de estructura jerárquica, piramidal donde se diferencian los órganos decisivos de los ejecutivos en las que además ninguno de los agentes suele conocer la totalidad del plan. Este tipo de organización se caracteriza por la división del trabajo y la profesionalidad de sus miembros que por otro lado son sustituibles por otros igualmente especializados que puedan ocupar su cargo.

Otros conceptos de difícil interpretación son los de asociación y jefes, administradores o encargados.

El problema es que del término asociación se desprenden las mismas características de la coautoría y por tanto debería interpretarse de otra manera. Podríamos entender por asociación la reunión de personas que tiene por finalidad los actos previstos en el tipo y que además tuviera un carácter estable. Sería de su permanencia de donde radicaría su mayor peligrosidad y por tanto el motivo por el que no se requiriera la complejidad de la organización. Pero de interpretarlo así se chocaría con el precepto legal que se refiere al carácter transitorio. Por tanto es preferible equiparar asociación a organización y no a la simle coautoría y hacer la vista gorda ante la redundancia de la ley.

El concepto de jefe es la pesona que manda sobre otras sometidas a su autoridad. El administrador es aquel que dirige la economía de una entidad determinada y el encargado es quien actúa en representación del dueño del negocio que tiene a su cargo. Dadas las altas penas previstas para esta agravante de segundo orden debe entenderse preferible una aplicación restrictiva de la misma y que sobre todo la apreciación de dicha agravante

esté supeditada a la existencia probada de la organización.

### **Concepto de autoría y de participación**

Una vez analizado el concepto de organización debemos preguntarnos si se pueden diferenciar en ella los autores de los partícipes, entender por tanto si toda relación con la organización puede calificarse de autoría.

Una de las teorías acerca del concepto de autoría es la denominada teoría del interés criticada por varios autores y descartada por el Tribunal Supremo en la S.T.S. de 14 de diciembre de 1992. Esta teoría consiste en una variante de la teoría subjetiva y considera que lo que determina la autoría es el animus auctoris o sea el del sujeto que tiene más interés en que el hecho delictivo se lleve a cabo. Según esta teoría podría considerarse autor sólo el propietario de la droga y los demás miembros de la organización serían considerados meros cooperadores lo que contravendría al texto legal que establece distintas formas de participación dependiendo de la implicación y el aporte de los partícipes.

Por tanto debemos decantarnos por una concepción objetivo-material de la autoría, entendiendo que no puede delimitarse de antemano si no según la materia a tratar. De todos modos debe haber un concepto general de autoría aplicable a todos los delitos y según Roxin consiste en que es autor quien constituye la figura central del proceso de actuación. En el caso concreto de los delitos de dominio será autor quien tenga el dominio del hecho que puede consistir tanto en un dominio de la voluntad (caso de la autoría mediata), de la acción (caso de la autoría directa) o un dominio funcional del hecho (caso de la coautoría). Por ello los que dan órdenes en el aparato de poder organizado serán considerados autores mediatos, y los que ejecutan el mandato serán los autores directos. Es la fungibilidad del ejecutor lo que fundamenta la autoría mediata, puesto que el que imparte la orden conserva el dominio del hecho al asegurarse que su mandato se cumplirá independientemente del ejecutor individual. Por tanto, tanto el hombre de atrás como quien ejecuta su orden son autores. Así según Roxin, todo el que puede dictar órdenes a personas que le son subordinadas es autor mediato de los hechos a prescindir de que actúe por propia iniciativa o por encargo de instancias superiores del aparato de poder organizado.

Otra parte de la doctrina en la que se adscriben Jescheck, Otto, Samson y Jackobs, considera que debe castigarse al ordenante y al ejecutor como coautores. Según su teoría los elementos básicos de la coautoría son la existencia de un plan común y el dominio funcional del hecho. Sin embargo, esta concepción es muy criticada puesto que faltan los requisitos fundamentales de la coautoría (plan común y acuerdo mutuo) cuando se trata de organizaciones criminales en las que raras veces se conocen el sujeto que da la orden y el que la ejecuta y este último además suele desconocer la totalidad del plan que obviamente no ha participado en desarrollar.

Otra teoría consiste en considerar como partícipes a todos los sujetos que imparten la orden y como autor al ejecutor material del delito. Pero el problema reside en establecer el tipo de participación de los sujetos de la organización jerárquica, si son cómplices, cooperadores necesarios o inductores del delito. Los mandos intermedios serían castigados como cómplices a menos que a su vez indujeran a ampliar el objeto del delito en cuyo caso serían autores por inducción de la parte añadida.

De todas estas teorías entendemos que no es posible calificar a priori y con carácter general el jefe del aparato de poder organizado como autor o partícipe. Tiene sentido, por tanto, hablar de autoría y participación en el seno de un aparato de poder organizado, la duda reside en si dicha distinción puede mantenerse al referirnos al delito de tráfico de drogas.

En el Código Penal es muy amplia la redacción de tipo básico de tráfico de drogas por lo que se puede entender que nos encontramos ante un concepto unitario de autor. Pero lo más acertado parecería individuar el concepto de autor más adecuado a nuestra legislación, y éste parece ser el más restrictivo puesto que además sería el más favorable al reo.

Por consiguiente, debemos concluir afirmando que lo más correcto sería que la jurisprudencia tuviera en cuenta las distintas posibilidades que pueden dar lugar a un abanico de resultados lesivos diferentes y por lo tanto los posibles efectos de ello resultantes en la pena a imponer.