

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Sobre el concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

*(A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo
de 19 de enero 1995, ponente Excmo. Sr. Bacigalupo)*

UJALA JOSHI JUBERT

Prof. Titular

Universidad de Barcelona (*)

I

1. El tráfico de drogas constituye uno de los delitos que más ocupa a los tribunales de justicia, y entre ellos al Tribunal Supremo. Si bien existe cierta unanimidad respecto a ciertos temas, como por ejemplo, bien jurídico protegido, naturaleza del delito, fases de ejecución, conducta típica, autoría y participación, en otros es discrepante, por ejemplo, en la concreta interpretación de algunas conductas (una donación) y de las agravantes específicas. Y finalmente bastantes de las soluciones que se adoptan son por lo menos discutibles, así los conceptos de organización, de autoría y participación. No se trata ahora de abordar todos los problemas que suscita el tráfico de drogas, pues ello supera con creces los límites de un comentario jurisprudencial. El objeto de análisis es más limitado. Concretamente, el **concepto de organización**, y los a él vinculados

(*) Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación número PB94-0928, de la DGICYT.

de autoría y participación. Para ello se partirá de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995, puesto que propone, como se verá, interpretaciones muy sugerentes de determinadas estructuras. Que estos sean los temas centrales, no será obstáculo para incidir, aunque sea de modo breve en otras cuestiones. Una de ellas, de obligada mención, es la aprobación del nuevo Código penal en noviembre de 1995, y su afectación a nuestro tema de comentario. Creo poder afirmar que a pesar de que ambas regulaciones del tráfico de drogas parten del mismo tipo básico, el Código de 1995 resultará en algunos casos mucho más gravoso. Ejemplo de ello es —manteniéndonos siempre dentro del ámbito del tráfico de drogas— la punición de los actos preparatorios de los actos preparatorios, es decir, la preparación de la preparación. Pues, no ya sólo se castiga el tráfico de precursores, sino también de forma específica los actos preparatorios a él referidos. Si la interpretación de esta materia de acuerdo con los principios penales básicos aceptados de modo general por la doctrina y también por la jurisprudencia (principio de determinación, principio de responsabilidad por el hecho, criterios de autoría y participación, principio de dolo o culpa, para mencionar sólo algunos) era difícil, ahora la nueva regulación parece renunciar a ellos. Realmente, deberíamos preguntarnos hasta qué punto los principios establecidos en la Parte General del Código Penal (algunos recogidos en la Constitución) pueden ser simplemente pasados por alto por los preceptos de la Parte Especial, como acontece en materia de Tráfico de drogas. En otras palabras, y ahora con carácter general, la Parte General del Código Penal es de aplicación a toda la Parte Especial del mismo cuerpo e incluso a otras Leyes especiales penales, a no ser que se disponga lo contrario, y en este último supuesto, ello no sea inconstitucional. Ahora bien, *¿Cómo hay que proceder cuando algún precepto de la Parte Especial —en nuestro caso, tráfico de drogas— está redactado de forma tan amplia que permite ser interpretado de distinto modo a lo establecido en la Parte General?* ¿Qué criterios deben prevalecer? Entiendo que lo correcto sería distinguir varios supuestos: *uno*, que la interpretación derivada de la Parte Especial, por ser más restrictiva, beneficiara al reo, en este caso debería ser esta la preferente; *dos*, que la interpretación derivada de la Parte Especial, por ser más amplia, perjudicara al reo. Aquí caben a su vez dos posibilidades, *primera*, que el resultado de la interpretación extensiva en contra del reo no presentara problemas de constitucionalidad; *segunda*, que sí presentara problemas de constitucionalidad. En este último caso lo correcto sería interpretar dichos preceptos de la Parte Especial en conformidad con los principios de la Parte General y realizar la pertinente reducción del sentido literal posible del precepto de la Parte Especial del Código Penal (1). De ello hablaremos más adelante. Expongamos ahora resumidamente los hechos enjuiciados en la sentencia objeto principal de nuestro análisis:

(1) Sobre las relaciones entre la Parte General y la Parte Especial del Código penal, ver FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, 1975; ALVAREZ GARCÍA, *Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho penal* (1), ADP, 1993, pp. 1009 ss.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo). Resumen de los hechos probados y de las condenas impuestas: A) *F.C.* y *H.K.* (cuyo verdadero nombre es *A.B.*) se concertaron con el fin de distribuir, por cuenta propia o bien por cuenta de otras personas que aquí no se juzgan, en territorio español, o en su caso, para transportarla a otros países europeos, importantes cantidades de heroína. Esto sucedía alrededor del 26 de octubre de 1989. La Audiencia les condena entre otros por un delito contra la salud pública, anteriormente descrito. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por los procesados y entiende que **no les es aplicable la agravante de organización**, aunque sí la del art. 344 bis b) . B) El día 14 de noviembre de 1989 *G. O.* en compañía de otra persona que aquí no se juzga, están sometidos a vigilancia por parte de funcionarios de la policía, los cuales observaron como ambos salían de la casa n. 19..... y pasaron a ocupar un coche aparcado,encontraron dentro del mismo una bolsa que en su interior contenía otras tres, conteniendo unos 11 kilogramos de heroína. La Audiencia acuerda su internamiento en un establecimiento destinado a enfermos mentales. C) *I.K.*, cuyo verdadero nombre es *C. N.*, utilizando el nombre falso de *H.H.S.* alquiló el piso.... con la finalidad de ocultar en el mismo heroína de la que tendría la disposición material y cuya procedencia se desconoce, La Audiencia lo condena entre otros por un delito contra la salud pública. D) *A.B.T.* también conocido como *Yussuf* que al ser detenido dió el nombre de *N.R.* alquiló a través de otra persona a la que aquí no se juzga el piso situado en Móstoles....con el fin de vivir en el mismo y guardar allí importantes cantidades de heroína de la que tenía disponibilidad material. La Audiencia lo condena por un delito contra la salud pública. E) *K. A.*, por sí o por medio de terceras personas no identificadas alquiló un chalet denominado «Villa Esmeralda»....con la intención de que le sirviera de residencia y ocultar en el mismo determinadas cantidades de heroína, **cuya disposición material pasaría a detentar ya sea por sí mismo o siguiendo instrucciones de otras personas**. La Audiencia lo condena por un delito contra la salud pública, *sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. F) *I.E.*, que se entrevistaba con frecuencia con *K.A.*, se concertó con éste para guardar en el chalet «Villa Esmeralda» cantidades importantes de heroína, perteneciendo al propio *I.* al menos parte de la heroína ocupada en la vivienda. La Audiencia lo condena por un delito contra la salud pública. G) *Y.Y.* ... se reunía frecuentemente con personas de nacionalidad turca, concretamente el día 23 de enero de 1990.... se **reunió**.... desconociéndose cuales fueron los temas tratados en la reunión. La Audiencia resuelve **absolver** al acusado del delito contra la salud pública. H) I) J) K) ...L) M) *E.K* y *T. I. M.* , alquilaron el apartamento....con la finalidad de poder disponer si bien se desconoce si lo realizaban directamente o a través de terceras personas, que suministrasen la droga dentro de un sistema más amplio de distribución. La Audiencia los condena por un delito contra la salud pública. N) *H. O. I.B.* y

G. S. H. en fecha no determinada del año 1989, se concertaron para disponer y distribuir, dentro del territorio español importantes cantidades de heroína y para ocultarla **disponían de dos pisos alquilados por H.O.** Se practica registro y ocupación de droga. La Audiencia los condena por un delito contra la salud pública. El Tribunal Supremo, por contra, estima el recurso y **absuelve a H. O. I.B.** del delito contra la salud pública O).....Q)...

De los anteriores hechos probados es especialmente importante *re-*tener a nuestros efectos los siguientes puntos:

1.º Intervención de distintos sujetos con distribución de funciones y existencia de ciertas *relaciones de dependencia y jerarquía*. Así por ejemplo, se sabe que F.C. y H.K. se concertan para distribuir droga por cuenta propia o por cuenta de otras personas; G.O., acompañado de otro sujeto *transporta* droga; H.O., *alquila* dos pisos con la finalidad de que se pudiera esconder droga...

2.º No obstante, *no queda probada* la existencia de jefes, ni la real estructura del grupo.

A la vista de los hechos anteriormente descritos, así como de las calificaciones de la Audiencia y del Supremo se nos plantean diversas cuestiones. A saber, el concepto de organización, la relación entre las llamadas agravantes de primer orden y de segundo orden, el problema de la autoría y la participación en el seno de las organizaciones, y la posibilidad de aplicar las conclusiones alcanzadas a los delitos contra la salud pública, y en concreto al tráfico de drogas. Y otros temas de los cuales haremos mención al final.

II

2. Concepto de organización. 2.1. La reforma del Código penal llevada a cabo por la LO 1/1988, de 24 de marzo modificó la redacción relativa a la agravante de la pertenencia a una organización, en el sentido de requerir sólo el carácter transitorio de ésta. Posteriormente, la LO 8/1992, de 23 de diciembre consideró también agravantes el hecho de que el culpable participe en otras actividades delictivas organizadas, y que participe en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito (art. 344 bis a), n. 7 y n. 8 respectivamente). Además, el art. 344 bis b), añadido por la LO 1/1988, prevé como agravante de segundo grado (agravación del tipo agravado) el ser jefe, administrador o encargado de la organización. La reforma operada en 1992 en materia de tráfico de drogas establece agravaciones similares para el delito de precursores, blanqueo de bienes y encubrimiento y receptación. Finalmente el CP de 1995 regula de manera similar estas cuestiones. La aplicación de dichas agravantes obliga a precisar el significado de organización, de participación en otras actividades organizadas, y ejecución de otras actividades ilícitas facilitadas por el tráfico de drogas. El Código

penal recién aprobado añade una nueva dificultad a todas las anteriores, a saber, la agravante se aplicará no sólo en casos de organización, sino también de asociación. Dada la ausencia de jurisprudencia y doctrina referida a este último concepto, en lo que sigue nos referiremos en exclusiva a la organización, y sólo después haremos una breve referencia a la asociación. Por supuesto que ante todo habrá que probarse la existencia del delito básico de tráfico de drogas. Una vez constatado, se examinará la concurrencia de la agravante que ahora nos ocupa. La redacción del precepto permite numerosas interpretaciones, desde las más amplias, que conducirían a su apreciación en supuestos de coautoría, a las más estrictas y formales que supondrían, en definitiva su no aplicación (2). Una primera restricción es *entender por organización lo que en la doctrina recibe el nombre de aparato de poder organizado o estructuras organizadas de poder*. De este modo podrá distinguirse lo que es una simple planificación, presente en muchos delitos, de la verdadera «empresa criminal». En este sentido entiendo correcta la afirmación de Roxin de que «cuando media docena de elementos asociales se organizan para cometer delitos y eligen uno por debajo de ellos para la ejecución esto no es aún aparato de poder» (3). Esta es también la posición que parece sostener el Tribunal Supremo cuando, por ejemplo, acepta que «la confabulación entre dos personas no es suficiente para considerar que formó parte de una organización...» (STS 12 enero 1995). O, cuando rechaza la aplicación de dicha agravante en un caso en el que pese existir una asociación criminal, se constata «el carácter familiar de la actividad ilícita, la localización de la misma exclusivamente en el piso de autos y la composición mínima de aquélla» (STS 21 enero 1993). Pues, ¿qué es lo que define la existencia de un tal aparato si no es el número de personas asociadas? ¿la relación que existe entre ellas? ¿el modo de organizarse? ¿o más bien un conjunto de circunstancias? Disponer de un concepto lo más unívoco posible de *organización* es importante no sólo

(2) Ver VIVES (y AA.VV.), *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, 1994, p. 146; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 1995, p. 532; QUERALT, *Derecho Penal, Parte Especial*, II, 1987 y ADDENDA 1988, p. 532 y p. 35 respectivamente; CONDE-PUMPIDO, El tratamiento penal del tráfico de drogas: nuevas cuestiones, en *La problemática de la droga en España*, 1986, p. 139; CARBONELL, Consideraciones técnico-jurídica en torno al delito de tráfico de drogas, en *La problemática de la droga en España*, 1986, p. 347; REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas tóxicas, en *Comentarios a la Legislación penal*, (dir. Cobo del Rosal), T. XII, *Delitos contra la Salud Pública, (Tráfico ilegal de drogas)*, p. 291 ss.; Díez RIPOLLÉS, La política de drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente. ADP 1987, p. 363; Díez RIPOLLÉS, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, 1989; ARROYO, Aspectos penales del tráfico de drogas, *PJ* n. 11, pp. 22; FABIÁN CAPARRÓS, Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, ADP 1993, p. 590; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Conferencia Internacional sobre política en materia de drogas en Europa Occidental*, EGUZKILORE, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 2, 1988, p. 137.

(3) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5 ed., 1990, p. 251.

a efectos de determinar cuándo debe aplicarse dicha agravante sino también para distribuir responsabilidades en el seno de dichas organizaciones.

2.2. El Tribunal Supremo en la sentencia del 12 de enero de 1995 entiende que la organización «requiere ante todo que los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando, al mismo tiempo el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren aunque ello estará condicionado naturalmente, por las características del plan delictivo. Lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una «empresa criminal». ...«Es evidente, por lo tanto, que si sólo se conocen dos autores del delito y ni siquiera se ha podido saber quién daba las órdenes, en qué nivel jerárquico actuaban, ni cuál era la distribución de funciones que aseguraba la ejecución del plan con independencia de las personas de la organización, no es posible admitir que en este caso es aplicable el tipo agravado del art. 344 bis a) 6 CP. No cabe duda de que existe la sospecha de que el acopio de una cantidad tan significativa de heroína es difícilmente la obra de sólo dos personas. Pero, los datos aportados por la acusación no alcanzan para configurar todos los elementos de la organización.» De las anteriores consideraciones se desprende lo siguiente: A) La razón político-criminal de este tipo agravado parece residir principalmente en dos motivos: uno, que la existencia de una organización dificulta la persecución de los delitos cometidos; dos, mayor lesividad o daño (4). B) Requisitos esenciales de organización son: uno, estructura jerárquica; dos, fungibilidad de sus miembros; tres, existencia conocida de un centro de decisiones. Este concepto de organización plantea problemas dogmáticos, básicamente conceptuales, y procesales, concretamente de prueba. En efecto, dado precisamente la clandestinidad de estas organizaciones será sumamente

(4) Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994 (RJ 1994/9076) (Martínez-Pereda Rodríguez), se felicita de poder analizar el tema del tráfico de drogas «pero en el escalón más alto, no el usual en los recursos de esta clase del último mercader o del vendedor de zona, sino del gran traficante que nunca posee materialmente tan ilícita mercancía, pero que dispone de enormes cantidades de tan mortíferas sustancias que llenan a numerosas familias de dolor y angustia. Tan sólo en el territorio de Madrid se cuentan veintisiete mil familias afectadas por ese grave cáncer social que lleva el dolor y la muerte a numerosas personas que se ven enganchadas en ese infierno personal y que para poder conseguir tales drogas, por la compulsión sentida, acuden frecuentemente a medios criminales y peligrosos contra las personas y sus bienes».

difícil establecer con claridad la existencia del centro de decisiones y aún más identificar jefes y administradores. La existencia de una empresa criminal, así como la identificación de los canales a través de los cuáles se transmiten las órdenes o simplemente el constatar las funciones de las instancias no ejecutivas no podrá generalmente probarse directamente. Será seguramente por ello que la STS 13 de marzo de 1995 (Ponente Excm. Sr. De Vega Ruiz) advierte que «una actividad criminal tan compleja como la que ahora se enjuicia, llevada a cabo con detenida preparación y meticulosidad, puede dar lugar a lagunas fácticas, a oscuridades probatorias o incluso a contradicciones, nada de lo cual importa si, cual aquí acontece, lo fundamental aparece acreditado con suficiencia.» Ciertamente así sucede. Estas organizaciones, a diferencia de los delitos que se puedan cometer a través de empresas legales, operan desde un comienzo fuera de la ley. Su constitución misma es ilegal, el reparto de funciones no constará por escrito, será más bien tácito, tampoco existirán órdenes escritas, ni se llevarán contabilidades transparentes y legales. En definitiva, su real funcionamiento interior será raramente descubierto, como también lo será la cúpula. Estas dificultades probatorias pueden llegar a convertir en inoperante la agravante de organización de exigirse la prueba directa de todos los requisitos mencionados.

2.3. De todos modos no es el único concepto de organización que maneja la jurisprudencia. Creo poder catalogar hasta tres, uno restringido (*concepto de organización propio*) defendido por la STS de 12 de enero de 1995 acabado de exponer; otro muy extenso (*concepto de organización impropio*), que asimila la organización a la coautoría, por ejemplo STS de 1 de diciembre de 1992; y finalmente, y otro intermedio (*concepto de organización orientado a las consecuencias político-criminales*), sostenido por las STS de 13 de marzo de 1995, 14 de febrero de 1995 y 3 de mayo de 1994. Según este último para aplicar la agravante n. 6 del art. 344 bis a) CP 1973 o art. 369 n. 6 CP 1995 bastará que «dos o más personas programen un proyecto, un plan o un propósito para el desarrollo de la acción criminal, más sin que sea precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente.».....Se aplica «a cuantos intervienen en ella, cualquiera que fuera el momento en que se insertan en la organización o la forma de participación, directa o indirecta, en los actos delictivos.».... «Únicamente ha de tenerse presente... que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una especial continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional «consorciabilidad para el delito». Naturalmente que la organización, como aquí acontece, va acompañada de una cierta jerarquización con una distribución obligada de cometidos y tareas.» De acuerdo con esta segunda posición serán requisitos de la agravante: uno, concurrencia de diversas personas reunidas con el fin de llevar a cabo un plan criminal; dos, cierta organización y distribución de funciones; tres, no es necesario conocer los mandos ordenantes, sólo presuponer su existencia; y cuatro se aplicará a cualquier sujeto que mantenga relación con esta «especie de

organización». Este concepto de organización, mucho más flexible y abierto facilita la aplicación de la agravante a todos aquellos casos en que no se ha podido probar fehacientemente la estructura jerárquica, ni la función que corresponde a cada uno de los implicados, pero indiciariamente, por el tipo de actividad llevada a cabo, puede presumirse su existencia. Para quien maneje este concepto, los problemas probatorios van a ser los de la prueba indiciaria, sus requisitos y admisibilidad. Conceptualmente, en cambio, *habrá dificultades para distinguir los supuestos de organización de los de mera coautoría*. En efecto, la distribución de funciones, una cierta jerarquización, el dominio funcional son igualmente requisitos de la coautoría. También pues en esta figura existe cierta organización. No por ello debe aplicarse en estos casos la agravante. No obstante, y esta es la otra posición (la que llamo *impropia*), la jurisprudencia ha sostenido en alguna ocasión la postura opuesta. En este sentido la STS de 1 de diciembre de 1992 ha declarado que «la organización ha de ser entendida en la amplia extensión de su concepto abarcando todos aquellos supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto o un propósito para desarrollar un plan, una idea criminal, con múltiples posibilidades, con múltiples efectos, más o menos importantes, o trascendentes. Una organización o un grupo, en suma, preconstituido idealmente para el delito, aunque alguno de sus miembros no intervengan en los actos directos.» En suma, se exigen simplemente requisitos de la coautoría.

2.4. Al comienzo de este trabajo se ha establecido una *equivalencia entre organización y aparato de poder organizado*. Creo que éste es el punto de partida correcto para delimitar de forma nítida en lo posible entre coautoría y delitos cometidos por medio de organización. Ello nos lleva a realizar las siguientes consideraciones terminológicas. **Aparato** (del latín *apparatum*) es un conjunto de instrumentos que sirven para algún fin o determinado objeto. **Poder** indica la facultad para hacer algo, el dominio o influencia que uno tiene sobre alguno o sobre alguna cosa. **Organizado**, derivado de significado deducible de *organizar*, consiste en disponer algo ordenadamente con miras a una función o uso determinado. Para poder hablar de criminalidad organizada que utiliza un aparato de poder es preciso estar frente una organización piramidal, de estructura claramente jerárquica, dentro de la cual los órganos decisivos no son los mismos que los ejecutivos. En otras palabras, los agentes encargados de ejecutar el delito no han participado en modo alguno en la estructuración del plan del delito. Y no sólo esto, sino que normalmente la ejecución es realizada por distintos agentes de modo que cada uno de ellos sólo conoce parcialmente el plan. Este tipo de criminalidad, como se verá a continuación, supone un aumento considerable del peligro para bienes jurídico penales en comparación con la criminalidad clásica. En efecto, no hay que olvidar la gran movilidad internacional de estas organizaciones, el hecho de que se nutren de las más amplias técnicas y técnicos, especialmente comunicativas, para la preparación y perpetración de sus delitos, y además

cuentan con instancias moralizantes, con lo cual se pierde la moral individual, y con un código de comportamiento y de penalizaciones en caso de infracción (5). Este tipo de criminalidad juega un papel cada día más importante. Tanto es así, que actualmente puede decirse que la distancia entre los negocios legales y los ilegales está desapareciendo. La planificación y actuación está guiada por la máxima de «máximas ganancias en el menor tiempo», se trata pues de maximizar las ganancias. Ello es posible gracias a que estos aparatos cuentan con una especial logística caracterizada por la división del trabajo, la especialización de sus miembros y su gran profesionalidad. A pesar de ello, lejos de ser organizaciones rígidas, tienen, por el contrario, una gran flexibilidad: cada uno de los miembros, la persona en concreto, es, a diferencia de lo que sucede en la coautoría, sustituible; lo único necesario son los distintos cargos u ocupaciones que ellas ocupan. La disciplina se consigue cada vez menos con un clima de fuerte violencia y más por medio de presión moral, corrupción, y otros modos no violentos. La profesionalidad significa conseguir un enmascaramiento perfecto de los negocios. Muchos de los delitos que se cometen tienen la apariencia exterior de negocios plenamente legales, o por lo menos se cometen desde negocios legales (piénsese en la llamada criminalidad en el seno de las empresas). Buen ejemplo de ello son los hechos enjuiciados en la STS de 31 de octubre de 1994: se trata de un supuesto de tráfico de drogas en que el procesado, «comisionista de tabaco de ámbito internacional, cuya actividad encontraba cobertura y apoyo en una estructura empresarial no determinada, que igualmente dirigía y guiaba. Elementos importantes del precitado complejo económico lo eran la empresa de importación y exportación Artesa, radicada en la zona libre de Panamá: (sic) en su natural Galicia, un astillero en Cambados, e igualmente Thalassa, Repairs and Trading Rv, en la trepidante actividad naval de Amberes.» La criminalidad organizada por medio de los aparatos de poder tiene como ámbito de actuación propio no sólo el tráfico de drogas, de armas o de personas, sino otros más modernos como el tráfico de órganos, de residuos tóxicos.... (6).

En definitiva, lo que aquí se incluye dentro de la criminalidad organizada que opera a través de los aparatos de poder organizados sobrepasa las asociaciones de carácter genuinamente mafioso. Según esto los requisitos necesarios para poder hablar de este tipo de criminalidad serán los siguientes: a) *existencia de una seria planificación y preparación del hecho delictivo*. Esto supone una planificación precisa, adaptación a las necesidades del mercado a través de nutrirse de las lagunas de este, por haber explorado previamente sus necesidades, grandes inversiones,

(5) OSTENDORF, H., *Organisierte Kriminalität -eine Herausforderung für die Justiz*, en JZ 1991, p. 65; BORADAS, J/MARTÍN DE POZUELO, E., *La cosa nostra*, 1990, p. 14 y ss.

(6) Sobre ello ver ampliamente BUTZ, *Die Absahner Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik*, 1990.

por ejemplo, a través de la prefinanciación de fuentes no conocidas; b) *la ejecución del hecho será realizada por profesionales altamente cualificados*. Para ello se utilizarán medios y conocimientos científicos poco conocidos y caros. Si fuere necesario se recurrirá a especialistas extranjeros. Existencia de *división del trabajo en colaboración* (la llamada división vertical y horizontal del trabajo); c) las ganancias obtenidas se intentan introducir mediante el *blanqueo del dinero en la economía legal*; d) los grupos mantienen vínculos suprarregionales, nacionales e internacionales, lo que posibilita una *gran movilidad geográfica y flexibilidad*; e) *estructuración fuertemente jerarquizada*, con relaciones poco claras de dependencia y autoridad. Se sabe que existe un sistema interno de sanciones; f) *gran poder corruptor* e intentan introducirse y ocupar lugares y trabajos públicos; g) sus *ámbitos de actuación son del más diverso tipo*: desde los clásicos delitos relacionados con la noche, como rufianismo, lesiones, juegos ilegales, hasta el tráfico de drogas, armas, falsificación de moneda, y los más modernos delitos económicos; h) *«actitud criminal de grupo»*; i) cuando se trate de la aplicación concreta de la agravante por «organización» bastará *el carácter transitorio y la finalidad ocasional de difundir* los productos del tipo básico o del de precursores. Como reconoce ya un sector de la jurisprudencia y doctrina (7), si bien es cierto que el carácter transitorio se opone al permanente, ello no implica aceptar necesariamente la suficiencia de la comisión de un sólo delito. En definitiva, por lo que al concepto de organización se refiere hay que aplaudir a la sentencia comentada por intentar delimitar en la línea aquí propuesta, entre organización y coautoría.

Por otra parte, nótese que la agravante se refiere expresamente a organizaciones o asociaciones que tengan como *finalidad la difusión* (problema del ámbito de aplicación de la agravante) de dichas sustancias o productos. Debe pues determinarse si la difusión comprende tanto actos de cultivo, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento, posesión o facilitación del consumo. **¿Puede aplicarse la agravante a organizaciones o asociaciones que tengan como fin el cultivo de plantas con las que posteriormente se fabricará la droga? ¿y a las organizaciones o asociaciones encargadas de su elaboración? ¿y a las que se dedican al tráfico? ¿Y a todas aquellas que de otro modo favorecen o faciliten el consumo de dichas sustancias o las posean con dichos fines, por ejemplo, a una empresa encargada exclusivamente de almacenar droga?** A decir verdad, la jurisprudencia habrá tenido pocas ocasiones de plantearse esta problemática, pues la mayoría de organizaciones abarcan toda la trayectoria, desde el cultivo, hasta la puesta en el mercado. De encontramos con asociaciones u organizaciones dedicadas en exclusiva a uno de los comportamientos mencionados, no directamente encaminados a la difusión, esto es, a la propagación o extensión de la

(7) Ver por todos, REY HUIDOBRO, *El delito...*, p. 291 ss. y nota 2.

droga, y a pesar de que el sujeto activo conozca que su actuación es un paso previo a la difusión, lo cierto es que no resulta por lo menos evidente que sea de aplicación la agravante. Sobre todo si se acoge la interpretación que de este concepto —de difusión— hace la jurisprudencia, aunque sea en el marco de la agravante de introducir o difundir en determinados centros. En efecto, se entiende que lo correcto es acoger el sentido gramatical y entender por tal extender, divulgar o propagar (8).

3. Ha sido posible delimitar el contenido de «organización» de tal modo que se satisfagan en la mayor medida posible las finalidades político-criminales y se respete el campo lingüístico de la palabra. Más difícil va a ser otorgar un sentido plausible en esta materia al término *asociación* que aparece en el reciente Código penal, así como a algunos conceptos usados en la agravante de segundo grado, a saber, *jefes, administradores o encargados* (9). Me parece claro que a efectos de esta materia no puede entenderse por asociación el mero conjunto de personas para que cooperen a cierto fin, pues entonces abarcaría a la coautoría, y no parece ser esta la finalidad del precepto atendidas las elevadas penas que se preven. Quizá pudiera concurrir asociación cuando la reunión de personas a pesar de no alcanzar el grado de organización, tiene como fin cualquiera de los actos previstos en el tipo básico o en el de precursores siempre que tuviera cierta permanencia y estabilidad. De este modo mientras que la organización podría tener carácter transitorio, y el tráfico de drogas ser uno de sus fines, aunque no el único, la asociación por contra a pesar de no requerir la complejidad y requisitos de aquella, su peligrosidad vendría dada precisamente por el hecho del carácter estable y tener como único fin el tráfico de drogas en sentido amplio. No obstante, dicha interpretación choca con la literalidad del precepto al referirse la transitoriedad y el modo ocasional tanto a organización como a la asociación. Siendo así, o bien entendemos que asociación y organización tienen la misma referencia fáctica, aceptando la redundancia y el uso de una técnica legislativa incorrecta, o bien ampliamos el alcance del precepto asimilando la coautoría a la asociación, interpretación esta última que he intentando rechazar por sus efectos ampliatorios. Entiendo, pues, preferible *equiparar asociación a organización y no a la simple coautoría*.

Por lo que a la agravante de segundo grado se refiere propongo la siguiente interpretación restringida: *Jefe es definido como la persona que manda en otras o que es seguida por otras que se someten voluntariamente o no a su autoridad. Administrador puede predicarse de aquél que dirige la economía de una persona o una entidad cualquiera. Y, finalmen-*

(8) En este sentido STS de 30 de octubre de 1992, que trata de un caso en el que el paquete de droga enviado en un centro penitenciario es aprehendido en el momento de su llegada al mismo, y se rechaza la aplicación de la agravante.

(9) Cfr. la interpretación que realiza REY HUIDOBRO, *El delito ...*, p. 427 y referencias bibliográficas citadas en nota 6 de la misma página.

te, encargado se aplica al que tiene cierta cosa a su cuidado, o persona que dirige un negocio en representación del dueño de él. Los operadores jurídicos encargados de la aplicación del Derecho podrán en la práctica encontrarse ciertamente con algunas dificultades, que lejos de llevar a una ampliación conceptual, deben suponer la no aplicación de la agravante, habida cuenta de —como ya se ha dicho— la enorme elevación de la pena que suponen. La primera se derivará del hecho que la mayoría de las veces se trate de organizaciones fuera de la ley, cuya división del trabajo no constará en ningún lado. Así pues, no siempre podrá constarse el papel que desempeña determinada persona en el seno de la organización. En segundo lugar, a la vista de las altas penas que se prevén para estos supuestos de agravación de segundo orden, es preferible realizar una interpretación restrictiva, de modo que sólo pueda aplicarse a las más altas instancias de la organización. En tercer lugar, si para la aplicación de la agravante de organización se requería la realización de alguno de los actos descritos en el tipo básico (directamente, en coautoría, en autoría mediata, o incluso por aplicación de la estructura del autor tras el autor), para la aplicación de la agravante que ahora estamos examinando es del todo necesario, que además de contar con la realización de uno de estos actos, quede probada la existencia de la organización. Pues, en caso contrario, ¿cuál sería la estructura de referencia del jefe, el administrador o el encargado? De aquí que cuando la sentencia objeto de nuestro comentario considera que no puede aplicarse la agravante por organización, pero sí la de segundo orden, deba entenderse que ello no es resultado de apreciar jefe, administrador o encargado, sino por concurrir una conducta de **extrema gravedad** (10).

III

4. Determinado el concepto de organización, debemos a continuación preguntarnos *si puede distinguirse en su seno entre autores y partícipes*, y cómo hay que calificar cada contribución. En otras palabras se trata de decidir si, por ejemplo, la mera pertenencia a una organización convierte cualquier actuación que se practique en su seno en actuación a título de autoría. La jurisprudencia, para calificar de autoría o de participación determinadas conductas, ha acudido durante algún tiempo a las *teorías subjetivas*. Estas parten de la imposibilidad de diferenciar objetivamente las distintas contribuciones al hecho, dado que toda condición

(10) El art. 340 bis b) del Código penal 1973 y el art. 370 del 1995 (las llamadas agravantes de segundo orden) permiten agravar la pena en dos supuestos: a) cuando la conducta sea de extrema gravedad; o bien b) cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de la organización.

del resultado es causa del mismo y poner el acento en el interés con el cual se actúa. Como ejemplos paradigmáticos la doctrina (11) suele citar el caso *Staschynsky* (: este sujeto, por encargo de un servicio secreto extranjero, mató a tiros en la vía pública a dos altas personalidades políticas exiliadas); y el conocido caso *Eichmann*, sucedido durante el régimen nazi. Consecuencia de aplicar esta teoría, resultó que los ejecutores de propia mano fueron condenados como meros cómplices, mientras que el mandante, o el que impartía las órdenes fue considerado autor. O, incluso en alguna ocasión, señala Díaz y García Conlledo (12), citando a Müller, se llegó a condenar al ejecutor de propia mano de un asesinato como cómplice y al superior jerárquico que dio la orden como inductor, pareciendo que no existió ningún autor del asesinato. Roxin observa (13) que sólo cuando el ejecutor lo hacía por su propia iniciativa —por ejemplo, por sadismo o con el fin de enriquecerse— los tribunales lo reputaban autor. En los demás casos era siempre considerado partícipe. La inmensa mayoría de la doctrina ha rechazado rotundamente esta teoría (14). En primer lugar, se ha dicho que es una mera fórmula que carece de un contenido preciso. Los casos son decididos intuitivamente, y sólo luego se justifica ésta en base a que el presunto autor tiene ánimo de autor, y el cómplice ánimo de partícipe (15). En segundo lugar, se argumenta que el interés en la comisión del delito no es un elemento que pueda fundamentar ni, en todo caso, es suficiente para caracterizar al autor. En efecto, el interés en el delito lo puede tener también cualquier partícipe. Como dice Roxin, «seguro que los instigadores de estas empresas tienen un mayor interés en que estos hechos se lleven a cabo» (16). De todos modos, y en tercer lugar, lo que más parece haber sorprendido a la doctrina es que esta teoría permite castigar como cómplice al que realiza todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo con tal de que actúe en interés de otro o que deje al criterio de un tercero el que el hecho se realice o no (17).

(11) ROXIN, GA 1963, p. 194 ss.

(12) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, p. 326: not. 130.

(13) ROXIN, *Sobre la autoría y participación en el derecho penal*, trad. Bacigalu-
po, en Homenaje a J. Asúa, pp. 55-70, 1970, p. 55.

(14) Ver por todos, GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, p. 42 ss.; JÄGER, *Betrachtungen zum Eichmannprozess*, en MSchrKrim 1962, p. 78; BACIGALUPO, *La noción de autor en el Código penal*, 1965, p. 45 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)* ADP 1984, p. 104 ss.; ROXIN, TuT, 42 ss.; ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, en GA 1963, p. 194 ss.; ROXIN, *Sobre la autoría...* 55 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...* 289 ss.; PEÑARANDA, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1991, 162 ss.; SAX, *Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre. Gedanken zum Stachynskij-Urteil*, JZ 1963, p. 338 ss.

(15) Ver por todos, GIMBERNAT, *Autor...*, 50-51.

(16) ROXIN, TuT, 44.

(17) Ver por todos, GIMBERNAT, *Autor...*, 52, y not. 146, en donde cita autores en este sentido.

Ello ha dado pie a que Gimbernat (18) dirigiera las siguientes palabras a dicha posición: «Una teoría que puede justificar la calificación de cómplice de un sujeto que realiza todo el tipo de un delito es una aberración, es incompatible con la más elemental sensibilidad jurídica y tiene que ser, por ello técnicamente incorrecta». Finalmente, en cuarto lugar, de esta teoría se ha dicho también que contradice al derecho positivo, que la determinación de si en un determinado caso concurre autoría o participación se basa, en última instancia, en un juicio de la personalidad, y que es motivo de gran inseguridad jurídica (19). Esta doctrina ha sido además rechazada recientemente de forma expresa por la jurisprudencia del Supremo: la STS de 14 diciembre 1992 (ponente, Sr. Bacigalupo) entiende que «el elemento determinante en la autoría es el dominio (o en su caso condominio) del hecho de entregar la droga a cambio de precio. Debe rechazarse la llamada «teoría del interés» es decir, una variedad de la teoría subjetiva de la distinción entre autoría y participación que considera que el *animus auctoris* se manifiesta en el sujeto que tiene más interés en la realización del hecho. Desde tal punto de vista sería posible sostener que sólo quien es propietario de la droga es autor, mientras que los que sólo intermedian, dado su menor interés, serían sólo cooperadores en el delito, ya que no tendrían sino *animus socii*. ... (Esta teoría muestra) incompatibilidad con el texto legal que distingue las diversas formas de participación según el significado objetivo del aporte de los partícipes».

4.2. La solución de la autoría que se estudiará a continuación fue propuesta por Roxin, aunque actualmente es aceptada por amplios sectores de la doctrina (20). Se rechaza la teoría subjetiva de la autoría y se

(17) Ver por todos, GIMBERNAT, *Autor...*, 52, y not. 146, en donde cita autores en este sentido.

(18) GIMBERNAT, *Autor...*, 53.

(19) ROXIN, GA 1963, 194, ss.; SCHROEDER, F.-C., *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, p. 191 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, 323 ss.; PEÑARANDA, *La participación...*, 162 ss.

(20) Esta construcción ha tenido numerosos adeptos, sobre todo en su país de origen, Alemania. Efectivamente, ha sido bien acogida por los defensores no finalistas de las teorías del dominio del hecho, pero también por otros que critican esta fundamentación. Entre los autores que la han cogido cabe hacer mención de: A) en Alemania: BUSCH, R., en LK 9 ed. 1970, comentario al § 47 del StGB; HERZBERG, R.D., *Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme*, ZStW 99, p. 49 ss.; MAURACH, R., -GÖSSEL, K.-H., *Strafrecht*, AT 1989, 7 ed. 48/88; SCH/SCH- CRAMER, P., *Strafgesetzbuch*, 23 ed. 1988, comentario al § 25 StGB, Rn. 25; STRATENWERTH, G., *Strafrecht*, G, *Strafrecht*, AT, I, Die Straftat, 1981, 3. ed., Rn. 790; WESSELS, J., *Strafrecht*, AT, 18 ed. 1988, p. 157; EBERT, *Strafrecht*, AT, 1985, p. 175; HÜNERFELD, P., *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland*, ZStW 99, 1987, 244; SCHMIDHÄUSER, E., que primero no lo aceptó, *Strafrecht* AT 1975, 2 ed. 14/50, ahora, *Strafrecht, Studienbuch* AT 1984, 2 ed., 10/95, habla de autoría mediata en base a la fungibilidad del instrumento, pero en cambio no acepta el concepto de aparatos organizados de poder como fundamento de la autoría. Recientemente, autores que se muestran críticos respecto al fundamento de la autoría que Roxin propone han

defiende, por contra, una concepción objetivo-material de la misma. El concepto de autoría aparece como un concepto abierto («*offener Tatertschaftsbegriff*» (21)), es decir, la autoría no es algo ya de antemano delimitado y cerrado, sino que adquiere contornos concretos según sea la materia a regular. Sin embargo, aunque la autoría no tiene por que tener el mismo fundamento en los distintos grupos de delitos, sí que tiene que existir un concepto general aplicable a todos ellos. Para Roxin este concepto es el hecho de que el autor constituya la figura central del proceso de actuación («*Zentralgestalt des Handlungsmässigen Geschehens*»). A partir de este concepto común, los requisitos de la autoría son distintos según la clase de delito de que se trate. Así, por lo que aquí nos interesa, en los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) es autor el que tiene el dominio del hecho. Y este último puede consistir en dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional del hecho, según se trate de autoría directa, autoría mediata o coautoría

aceptado, de modo excepcional, la autoría mediata en el seno de los aparatos de poder organizado. Este es el caso de M.-K. MEYER, *Ausschluss der Autonomie durch Irrtum*, 1984, p. 101 ss., y SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 75 ss. Para MEYER, La libertad del ejecutor, o lo que es lo mismo, la ausencia de perturbación de su autonomía, excluye, como regla general, la posibilidad de imputar el hecho al hombre de atrás. Sólo admite una excepción: los supuestos de dominio de la voluntad ejercidos a través de un aparato de poder organizado. SCHUMANN rechaza la posibilidad de dominar la acción de un sujeto plenamente responsable, es decir, de un sujeto que actúe con dolo, conciencia de la antijuridicidad y de forma culpable. No obstante, admite una excepción: el dominio a través de los aparatos de poder, siempre y cuando se trate de un aparato de poder estatal. No alcanza, según este autor, dicha excepción a las organizaciones terroristas, mafias y otros grupos delictivos que se hayan apartado voluntariamente del ordenamiento jurídico.

B) En el Estado español esta figura ha sido aceptada expresamente por ALVAREZ-COBOS, *La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho penal*, RFDUC, Nr. 68, p. 175 not. 25; GÓMEZ BENÍTEZ, ADP 1984, p. 103 ss.; LUZÓN, *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado*, ADP 1989, not. 45. Los dos primeros aceptan la fundamentación de Roxin. Efectivamente, para Alvarez y Cobos, hay «supuestos en que el hombre de atrás aparece como un auténtico autor detrás del autor, con auténtico dominio del hecho y responsabilidad respecto de las acciones realizadas por otro». Según Gómez Benítez, Roxin está en lo cierto en entender que el hombre de atrás es autor mediato puesto que el que da la orden en el seno de dichas «organizaciones» domina la voluntad del «ejecutor». Finalmente, Luzón Peña entiende también que el que da la orden puede ser autor mediato, puesto que puede llegar a «determinar objetivamente el hecho», y esto es, según este autor, lo decisivo para decidir la existencia o no de autoría.

C) ROXIN, TuT, p. 642, señala que el BGH lo utiliza como argumento para justificar la admisibilidad de la figura del «autor tras el autor» (BGHSt 35, 353); y que también en el extranjero se ha asentado esta figura: en el proceso en contra de la Junta General argentina tanto la defensa como la acusación del Tribunal Superior se basaban en la autoría mediata de los Generales bajo el «dominio de la voluntad de los aparatos de poder organizados».

(21) ROXIN, TuT, 232.

respectivamente (22). En lo que a nuestro tema se refiere, podemos avanzar que tanto los que dan las órdenes en el seno de un aparato de poder organizado como los que las ejecutan son considerados autores. Los primeros autores mediatos y los segundos autores directos (23). La autoría del ejecutor de propia mano, siempre, por supuesto, que no concurre una causa que excluya la antijuricidad de su conducta, es indiscutible, y así lo estima la doctrina aboslutamente dominante. Más problemática es la afirmación de que *también son autores los que imparten las órdenes en el seno de un aparato de poder organizado*. A continuación analizaremos cómo y por qué se llega a esta conclusión. Después de afirmar que lo que fundamenta la autoría en la autoría mediata es el dominio del hecho por parte del hombre de atrás, se pregunta Roxin cuándo en concreto concurre esta situación. Parece claro —dice— que el dominio de la voluntad del hombre de atrás puede basarse bien en la coacción o bien el error del instrumento. Sin embargo —se pregunta— ¿se agotan con ellas todas las formas de autoría mediata? Su respuesta no se hace esperar: No. Sólo basta observar, en su opinión, lo que ocurrió durante el régimen nazi en Alemania: el hombre de atrás utilizaba un aparato organizado de personas para cometer sus crímenes. La particularidad de estos casos residía en que la coacción y el engaño no servía para fundamentar la autoría mediata del hombre de atrás simplemente porque normalmente se trataba de un ejecutor plenamente capaz. ¿Cómo, entonces, explicar su autoría? Lo característico de estos casos es precisamente el hecho de que el hombre de atrás construye una organización que funciona con independencia del estado cambiante de sus miembros. En realidad, funciona con independencia del ejecutor individual, es casi una máquina, su funcionamiento es automático. Dicho de otro modo y en palabras de Gimbernat, el que desde atrás, instalado en cualquier posición de mandos, aprieta el botón y requiere para que se asesinen, puede confiar en que se cumplirá la orden sin que necesite conocer al ejecutor. No es preciso que acuda a los medios de coacción o del engaño. Pues sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan a la realización del delito elude su tarea, aparecerá otro inmediatamente en su lugar sin que se perjudique la realización del plan total.

En definitiva, el factor que fundamenta en estos casos la autoría mediata parece ser la *fungibilidad del ejecutor*. La característica principal

(22) ROXIN, TuT, 626 ss. Cfr. críticamente CEREZO, *Autoría y participación en el Código penal vigente y el futuro Código penal, La Reforma del Derecho Penal*, 1980, ed. Mir Puig, pp. 231 ss.; o en *Problemas Fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 333 ss, para este autor, en los delitos dolosos es autor todo el que realiza en todo, o en parte, la acción típica, aunque no tenga el dominio del hecho. La distinción que hace Roxin entre el dominio de la acción y dominio de la voluntad es artificiosa. La voluntad es el factor que impulsa y configura la acción.

(23) Ver ROXIN, TuT, 242 ss., p. 642 ss; *el mismo*, LK 1978, 10 ed. § 25, nr. 88; *el mismo*, *Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter*, Lange-FS, 1976, p. 193; *el mismo*, GA 1963, p. 200 ss.; *el mismo*, *Sobre la autoría...* p. 61 ss.

de este tercer supuesto de autoría mediata es que en estos casos el ejecutor inmediato es también autor y como tal puede ser castigado: se trata de un ejecutor que actúa antijurídicamente y además culpablemente. No obstante, esa circunstancia no empece a que el hombre de atrás siga conservando el dominio del hecho: desde su punto de vista, el ejecutor inmediato es una figura anónima e intercambiable a discreción. Es tan sólo una ruedecilla en el engranaje del aparato que puede ser substituida en cualquier momento. El hombre de atrás conserva el dominio del hecho porque al construir el aparato de poder se asegura que el cumplimiento de sus órdenes no dependa del ejecutor individual: en caso de que uno no lo haga, lo hará otro. Así pues según esta concepción, tanto el hombre que da la primera orden como el último que la ejecuta son autores. ¿Qué sucede, sin embargo, con todos los otros personajes del aparato de poder? Como se ha puesto de relieve al comienzo de este trabajo, estos supuestos se caracterizan por la existencia de una larga cadena de personas a través de las cuales se va transmitiendo la orden. ¿Son todos ellos autores? Roxin tiene también una respuesta clara a esta cuestión. En efecto, para él todo aquél que puede dictar órdenes a personas a él subordinadas es autor mediato de los hechos punibles que se ejecutan. Es irrelevante el que actúe por propia iniciativa o en interés y por encargo de instancias superiores. Lo decisivo para afirmar su autoría es que pueda movilizar por sí mismo el aparato de poder. En cambio, toda actividad que no pone en marcha autónomamente al aparato sólo fundamentará participación. Este será el caso del que, por ejemplo, toma parte con una función asesora, del que sin autoridad para dar órdenes, proyecta planes de exterminio, del que proporciona instrumentos para cometer asesinatos (24)..... No toda asociación o complot para delinquir puede fundamentar autoría mediata del que da las órdenes. El llamado «jefe de la banda» que asume la dirección del atraco será a lo sumo coautor del plan acordado, pero de él no se dirá que ejerce el dominio de la voluntad a través de un aparato de poder organizado.

4.3. Otra parte de la doctrina propone castigar a ordenante y ejecutor como *coautores*. Esta es la solución que proponen Jescheck, Otto, Samson y en parte también Jakobs (25) entre otros. Según esta opinión la autoría es ciertamente un concepto primario, es decir, goza de prioridad frente a la participación. En consecuencia, la autoría mediata, al ser una verdadera autoría, es también un concepto primario y es preferente res-

(24) Ver ROXIN, TuT, 242 ss., 642 ss.; *El mismo*, LK 1978 § 25, Nr. 88; *El mismo*, Lange-FS, p. 193 ss.; *El mismo*, GA 1963, p. 198 ss.; *El mismo*, *Sobre la autoría...* p. 61 ss.

(25) JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal I y II*, trad. Mir Puig/Muñoz Conde, 1981, p. 928, entiende, sin embargo, que en determinados casos el «hombre de la central» puede ser autor mediato o partícipe, lo primero sucederá, en su opinión, si el ejecutor directo es un instrumento que actúa sin antijuridicidad; OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht*, AT, 3 ed. 1988, p. 324; SAMSON, E., SK I, 1985, *Comentario al § 25, Nr. 36*; JACKOBS, G., *Strafrecht*, AT, *Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*.

pecto de la participación. Hasta aquí coincidiría la mayoría de la doctrina. No obstante, esto tiene un claro límite: cuando el ejecutor directo es él mismo responsable queda vedada la autoría mediata del hombre de atrás, en otras palabras, rechazan la figura del autor tras el autor no sólo como supuesto de autoría mediata, sino como estructura ontológicamente válida. En los supuestos objeto de nuestro estudio el ejecutor directo es responsable. Por lo tanto, no puede apreciarse autoría mediata del hombre de atrás. No obstante, opinan que tiene razón Roxin al señalar como característica de estas constelaciones la existencia de unos aparatos de poder y su organización jerárquica. Partiendo de esta consideración, entienden que cabe la posibilidad de castigar a ambos sujetos como coautores. Señalan como características de la coautoría la existencia de un plan común y el dominio funcional del hecho. En efecto, según esta opinión, la coautoría se fundamenta en estos supuestos del siguiente modo: por un lado, el dominio de la organización por parte del hombre de atrás permite hablar de dominio funcional y por lo tanto de autoría en estos casos; por otro lado, en la misma existencia de la organización puede verse el plan común. A esta posición se le han dirigido diversas críticas. En primer lugar, se ha dicho que es dudosa la existencia de dominio funcional por parte del hombre de atrás. Efectivamente, la doctrina mayoritaria comparte la idea de que dicho dominio funcional será tal siempre y cuando se actualice de alguna manera en la fase ejecutiva. En cambio, en los supuestos que ahora estamos estudiando el hombre de atrás que da las órdenes, generalmente no actualiza su función de dirigente en la fase de ejecución, y en este sentido, la presente tesis está en abierta oposición con la mayoritariamente aceptada (26). En segundo lugar, la generalidad de la doctrina admite como requisitos de la coautoría la existencia de un plan común y el hecho de que todos los intervinientes se conozcan mutuamente. Y es debido precisamente a estos dos elementos que deciden cometer el hecho conjuntamente. Pero como señala Roxin (27), en los supuestos de delitos cometidos por medio de un aparato de poder falta no sólo la ejecución conjunta, sino también la decisión conjunta y el plan común, pues no debemos en ningún momento olvidar que estamos frente a organizaciones jerárquicas. En ellas el ejecutor raramente conoce a la persona que imparte primeramente la orden. Esta le llega, generalmente, a través de una cadena de sujetos. No parece pues aceptable la solución de la coautoría ya que faltan por lo menos algunos de los requisitos fundamentales de esta estructura: el plan común y el acuerdo mutuo. En efecto, como se ha señalado, la organización jerárquica habla en contra de la coautoría. El plan común y el acuerdo pueden a lo sumo existir entre los sujetos que forman parte de la cúpula

(26) De esta opinión, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., ADP 1984, p. 113.

(27) Ver ROXIN, C., TuT, 642; *El mismo*, Lange-FS, p. 193; *El mismo*, GA 1963: 200, not. 19.

de estas organizaciones. No debe olvidarse que el que da la orden no conoce la mayoría de las veces al ejecutor. El dominio funcional tampoco existe: no hay un reparto de funciones realizado de común acuerdo. No obstante también esta teoría resulta en algo acertada. Efectivamente, en mi opinión, acierta este sector doctrinal en señalar que a los jefes les corresponderá casi siempre la pena de autor. Y en que entre ellos sí puede existir coautoría.

4.4. Cabe todavía la posibilidad de acudir a la *participación*. En efecto, otra de las tesis sostenidas por la doctrina consiste en entender que la cadena de sujetos que da las órdenes son todos ellos partícipes, mientras que el único autor propiamente dicho será el ejecutor material del delito (28). El problema reside luego en determinar qué clase de participación constituye: inducción, cooperación necesaria o mera complicidad. Desde esta perspectiva, se considera que las actividades que inequívocamente criminales fundamentan en el caso normal la cooperación necesaria, son constitutivas en esta clase de delitos sólo de complicidad. El cambio de calificación se debe a que no es lo mismo colaborar a un delito con una contribución de la que sabemos que si nos negamos a prestarla, van a surgir dificultades para encontrar a alguien que nos sustituya (condición escasa) que si somos conscientes de que tales dificultades apenas existen (condición abundante). Así, los mandos intermedios encargados de transmitir la orden serán castigados como cómplices. El único supuesto en que un miembro intermedio puede ser hecho responsable como autor (autor por inducción) es cuando su orden se desvía del plan establecido e incluye como víctimas a sujetos cuya muerte no estaba prevista; pues respecto de estas muertes la idea parte de él y es él el que convence, el que induce: no existe ninguna instancia superior a la que pueda remitir su responsabilidad. De esta teoría sorprende el hecho de que considere al hombre que maneja el aparato como mero partícipe. En efecto, castigar al propio «cerebro» de todos los delitos cometidos por la organización con una pena que depende, o dicho de otro modo, que es en realidad accesoria a la del ejecutor, no me parece en todos los casos una solución adecuada, ni obligada desde una teoría de la pertenencia del hecho. Es cierto que la mayoría de las veces el hecho de que el ejecutor directo sea penalmente responsable permitirá castigar a los ordenantes como partícipes. Como sabemos, el principio de accesoriadad limitada, sólo exige, para la punición del partícipe, una conducta antijurídica del autor principal. Desde el punto de vista de justicia material y de la pena adecuadada, no existen, en principio, diferencias penológicas entre calificar dicha conducta de participación grave o de autoría propiamente dicha. No obstante, deben ponerse de manifiesto

(28) En este sentido: GIMBERNAT, E., *Autor...*, pp. 180 ss.; COBO/VIVES, *Derecho Penal*, PG, 2 ed. 1987, p. 530, not. 42; SPENDEL, G., *Der Täter hinter dem Täter -eine notwendige Rechtsfigur?* Lange-FS, 1976, p. 171.

algunas cuestiones: Primero, no debe olvidarse que la participación es accesoria de la autoría, y que por lo tanto su punición depende de que se cometa un hecho principal antijurídico. En consecuencia, puede darse el caso de que el ejecutor actúe en el último momento justificadamente con lo que el que imparte la orden quedaría en este caso impune, a no ser que se recurra a la autoría mediata (autor mediato a través de un instrumento que actúa justificadamente). De todas formas, ello no tiene que ser necesariamente de este modo. En efecto, deben distinguirse dos supuestos. Uno, *participar en un hecho justificado*, esto es, conociendo el partícipe la concurrencia de una causa de justificación (por ejemplo, inducir a alguien a que se defienda legítimamente...), caso en el que me parece clara la *impunidad del partícipe*. Y dos, *participar en un hecho «prima facie» no justificado, actuando el autor, no obstante, en el último momento de forma justificada*, circunstancia esta desconocida por el partícipe, por lo menos en el momento de llevar a cabo su participación (por ejemplo, inducir a alguien a que mate a otro, resultando luego que el inducido lo mata en legítima defensa —no provocada—), caso en el que *no me parece evidente la impunidad del partícipe* (29). Segundo, no siempre la participación tiene la misma pena que la autoría. No es así, si se califica la conducta del ordenante de mera complicidad en el hecho. De seguirse esta posición, resultará que al cerebro de toda la operación se le castigará con una pena inferior a la del autor. Por ejemplo, en el ámbito del tráfico de drogas podría llegarse a la conclusión que el sujeto que se mantiene detrás del sillón planeándolo todo se le castigaría como cómplice del encargado de transportar la droga. Tercero, si entendemos que su comportamiento debe dar lugar a una participación de aquellas que el Código penal castiga como autoría nos encontraremos con el problema de decidir si se trata de una inducción o de una cooperación necesaria. Si nos decidimos por la inducción nos enfrentaremos con el problema de la inducción en cadena, figura rechazada por la mayoría de la doctrina (30) y su delimitación de la inducción mediata, que sí puede ser válida. La cooperación necesaria será una calificación, a priori, casi siempre posible, desde el punto de vista dogmático. Pero la cuestión será entonces decidir si valorativamente es correcto considerar a los ordenantes meros partícipes. Es decir, debe valorarse si es apropiado entender que su responsabilidad es dependiente y secundaria de la del verdadero autor. Hay que poner de manifiesto, no obstante, que en Derecho penal español, a diferencia del alemán, no habrá diferencias penológicas (31).

(29) Considero que en este supuesto la causa de justificación no debe beneficiar al partícipe, pues en el hecho en el que va a participar no concurren, por lo menos en el momento de su participación, los presupuestos objetivos de justificación, ni cree el partícipe que vaya a concurrir supuesto de error. Otra cuestión es a título de a qué debería ser castigado el tal partícipe.

(30) Ver, por todos, GIMBERNAT, *Autor...*

(31) Sobre la inducción, y las diferencias con la complicidad y cooperación psíquicas, ver BALDÓ, ADP, 1989, pp. 1091 ss.

4.5. Procede ahora hacer un breve balance de algunas de las propuestas examinadas. La solución de la autoría mediata presenta, en estos casos, graves dificultades de fundamentación. En primer lugar, no *está claro que la estructura del «autor tras el autor» sea un caso de autoría mediata*. Por lo menos existe una *diferencia*: el instrumento del autor mediato no responde penalmente, mientras que en el autor tras el autor la existencia de un propio autor responsable de la ejecución no impide considerar autor al hombre de atrás. Se dice, que la característica principal del autor, desde un punto de vista estructural (32), es que es la última causa moral (entre ésta y el resultado no interviene ninguna causa moral más) y, en consecuencia, es directamente responsable por la producción del resultado. En los supuestos de «autor tras el autor», el hombre de atrás no puede verse como la última causa moral: después de su orden es necesaria la intervención de otras causas morales para que tenga lugar el resultado. Por ello, al jefe se le podrá considerar a lo sumo «indirectamente responsable por» el resultado. La responsabilidad indirecta, según esta posición, no puede dar lugar nunca a autoría, sino que es característica de la participación. Esta observación plantea, en realidad, el problema del concepto de causa moral y el de la distinción entre directamente/indirectamente responsable por el resultado. Es cierto que en estos casos existe una vinculación más estrecha, más fuerte, entre el hombre de atrás y el ejecutor que en la mera participación. No se trata solamente de que el jefe de la organización influya a sus subordinados, o de que ejerza sobre ellos autoridad moral. El que recibe una orden del jefe sabe que tiene que cumplirla, de lo contrario se le aplicará la sanción apropiada, que en determinados casos puede llegar a ser su propia muerte o la de sus allegados. Por otra parte ser miembro de una organización de este tipo se debe a una propia elección (a no ser que el aparato sea el mismo Estado, o una organización con personalidad jurídica, entes, en principio destinados a finalidades lícitas); pero, no es menos cierto, que una vez dentro entre el jefe y sus subordinados puede establecerse —aunque no necesariamente— una relaciones parecidas a determinados estados coactivos (33), o a veces al miedo insuperable. El que no cumple es drásticamente sancionado, se le priva de todos sus derechos, deja de ser un «hombre de honor». Por otra parte, recordemos que el incumplimiento no conlleva el fracaso del plan. Este llegará en todo caso a buen fin. El fracaso únicamente lo sufrirá el ejecutor. Son precisamente este conjunto de circunstancias —fungibilidad del ejecutor, organización jerárquica, existencia de un código moral y sancionatorio propio, relación de casi obediencia obligada y coactiva entre jefe y subordinados....—

(32) JOERDEN, J. C., *Strukturen des strafrechtlichen Werantwortlichekeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettung*, 1988, p. 87 ss.

(33) Sobre posibles estructuras de estado de necesidad coactivo y sus variantes, ver ampliamente, BALDÓ, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994.

las que permiten decir que el hombre de atrás ocupa una posición especial en la escena del crimen. Ahora bien, que llegue a ser tan especial que pueda decirse que el hecho le pertenece dependerá de cada caso en concreto, de la clase de delito que se cometa, y del tipo de organización (estatal, privada lícita, privada ilícita...). En definitiva, calificar de autor o de partícipe al jefe de un aparato de poder organizado no puede concretarse a priori y con carácter general. Dependerá de la clase de intervención, de la clase de delito que ordene ejecutar, y, en fin, de las características del aparato de poder. Debe advertirse que, de acuerdo con el concepto de autoría aquí mantenido, el hecho de que el jefe no ejecute actos estrictamente típicos, no impedirá, por sí sólo, la calificación de autoría, pues, como hemos dicho, lo que importa es que pueda entenderse que el autor realiza el hecho. En algunos delitos bastará, para que esto suceda, la realización de la parte intelectual del delito, en otros se requerirá la ejecución de propia mano, y finalmente, puede suceder que se precise una combinación de ambas formas. Entiendo que podría ser útil la utilización de un concepto de *autor intelectual*, entendido éste no como un mero inductor, sino como un sujeto con responsabilidad independiente, no sujeto, por tanto, al principio de accesoriedad limitada. Tal vez podría esta forma de autoría haber hallado cobijo en el art. 14.2. primer inciso, del Código Penal 1973, si se entendiera que el que «fuerza» ejerce fuerza moral. De este modo, el que da la orden fuerza de algún modo a sus subordinados a que la ejecuten. Como dice Ruiz Antón (34), «ni se le obliga materialmente al sujeto a ejecutar el delito, ni se le utiliza como mero instrumento, pero tampoco se le da opción a motivarse por sí mismo para formar una resolución, como sucede en la inducción, sino que debido a la presión psíquica que se ejerce sobre él, se le fuerza a delinquir». Esta presión no tiene que llegar a tener entidad suficiente para poder anular la motivación. Pues, en este caso, habría autoría mediata. Debe insistirse en que la característica principal de los supuestos que analizamos es el hecho de que el ejecutor material pueda ser castigado también como autor, puesto que actúa antijurídica y culpablemente. Esta característica es a la vez la mayor dificultad que presentan estas constelaciones. Efectivamente, su aceptación implica admitir, por lo menos en algunos casos, la discutida figura del «autor tras el autor». Es decir, ejecutor material y hombre de atrás son los dos autores responsables y como a tales se les debe castigar. Pero la cuestión no es esta, sino otra: ¿la autoría del hombre de atrás depende exclusivamente del grado de responsabilidad del hombre de delante? Si la respuesta fuera afirmativa esta posición del autor tras el autor debería ser rechazada.

(34) RUIZ ANTÓN, L.F., *El agente provocador en Derecho penal*, 1982, p. 213; en el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, B., *Sobre los elementos del hecho típico en la inducción*, CPC 1990, p. 102. Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría...*, p. 725.

IV

5.1. En conclusión, *tiene sentido hablar de autoría y participación en el seno de un aparato de poder organizado*. Pues ciertamente, por lo menos aquellas actuaciones que no conllevan la puesta en marcha del aparato ejecutivo deberán considerarse conductas de participación, y más concretamente de complicidad. Pero, *¿puede mantenerse esta distinción en la regulación del tráfico de drogas?* La redacción del tipo básico de tráfico de drogas —tanto en el Código penal vigente al momento de redactar este Comentario, como en el nuevo Código penal de noviembre de 1995— es sumamente amplio. De aquí que se haya considerado en numerosas ocasiones que estamos frente a un concepto unitario de autor, con la consiguiente imposibilidad de distinguir entre autoría y participación (35). De hecho son numerosas las sentencias en este sentido, y pocas las que abogan por la diferenciación. Si esta tesis es correcta, cualquier intervención relacionada con el tráfico de drogas realizada en el seno de una organización podrá ser calificada de autoría sin más y la agravante de organización se aplicará en todo caso. Si por el contrario, entendemos que es posible diferenciar actos de autoría de actos de participación deberemos determinar en qué supuestos podemos hacer uso de la agravación. De este problema nos ocuparemos en el apartado 5.3. al estudiar distintas estructuras que pueden darse. De todos modos, quiero adelantar que, según entiendo, el proceder correcto en esta materia debe ser el siguiente: primero, averiguar cuál es el concepto de autor más adecuado a nuestra legislación. La respuesta absolutamente mayoritaria entiende, con buen juicio, que es el concepto restrictivo de autor. Y, en segundo lugar, interpretar los preceptos de la Parte Especial, ahora el tráfico de drogas, de acuerdo con ello. En consecuencia, habrá de ser posible distinguir entre autoría y participación en este delito. Pues no hay razón, el precepto no lo impone, para acoger, en contra del reo, un concepto unitario de autor. Ciertamente que al referirse la regulación a los que «de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas....» parece incluir cualquier actividad por indirecta que sea ésta respecto del consumo. **Pero para que los actos de promover, favorecer o facilitar puedan dar lugar a responsabilidad por autoría deben estar en relación directa con el consumo ilegal de las sustancias mencionadas en el precepto.** De este modo, conductas que en realidad signifiquen facilitar la facilitación, deberían quedar excluidas del ámbito de la autoría. Se trata pues, de reducir el sentido literal posible del precepto a favor del reo.

(35) Parte de la doctrina española, no obstante admite la posibilidad de distinguir entre autoría y participación, ver por todos, TORIO LÓPEZ, *Antinomias jurídicas e ideológicas en el delito de tráfico de drogas*, en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Prof. A. Beristain, p. 950.

5.2. Otro de los problemas apuntado al inicio de estas páginas era el *concurso que debía establecerse entre el tipo agravado de primer orden por organización y el delito de asociación ilícita* previsto tanto en el Código en vigor al momento de redactar estas páginas, como en el recientemente aprobado, pero todavía pendiente de entrar en vigor. Me parece correcta la opinión de aquellos autores (36) que aprecian concurso de leyes entre ambos preceptos, a favor del tráfico de drogas agravado cuando la organización tenga como único fin la difusión de drogas. Antes de la reforma de 1992, se planteaba el problema de los preceptos a aplicar en caso de que la organización tuviera sólo parcialmente el fin de difundir drogas, coexistiendo otros fines igualmente ilícitos (vgr. tráfico de armas, transplante de órganos...). Había quien defendía el concurso real entre ambos preceptos (37). Entiendo que ya no va ser posible dicha interpretación habida cuenta que el Código contempla (en la versión a punto de desaparecer y en la que está a punto de aparecer) específicamente el problema. Efectivamente, constituye una agravante el hecho de que el «culpable participe en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito». El problema deberá resolverse entoces dentro del marco penal, y no en la teoría del concurso, tal y como se propone en el siguiente apartado.

5.3. En definitiva, sería conveniente que la jurisprudencia tuviera en cuenta las *distintas estructuras* que pueden aparecer con significado lesivo distinto, y por lo tanto *con posibles efectos en la pena a imponer*. Algunas de ellas son las siguientes:

1. Realizar alguna de las acciones del tipo básico:

1.1. *de forma individual*: por ejemplo, A vende droga a B. Aplicación del tipo básico (art. 344 CP 1973, o art. 368 CP 1995)

1.2. *en autoría mediata* utilizando alguno de los *instrumentos clásicos*: por ejemplo, A entrega a B una bolsa de la que dice contener caviar para que la venda a C y posteriormente le entregue el dinero. Aplicación a A del tipo básico (art. 344 CP 1973, o art. 368 CP 1995). B queda imputado por ser un instrumento que actúa atípicamente.

1.3. *en coautoría simple*: A y B realizan actos de cultivo de droga. Aplicación a ambos del tipo básico (art. 344 CP 1973, o art. 368 CP 1995).

1.4. *utilizando un aparato de poder organizado* (sólo en los casos en que se acepte como forma de autoría, de otro modo podrá concurrir otra de las estructuras definidas en los apartados anteriores):

(36) Ver por todos, L.F. REY HUIDOBRO, *El delito...*, p. 361 ss.

(37) *Vid.* nota anterior.

1.4.1. *que tiene por finalidad difundir la droga*: A, jefe de una organización, realiza una llamada para ordenar a B que se ocupe de la venta de una cantidad de droga. B realiza otra llamada para ordenar a C que se ocupe junto con sus hombres de la venta de la droga. Aplicación del art. 344 bis b) CP 1973, o art. 370 CP 1995.

1.4.2. *que no tiene por finalidad difundir la droga*: A, jefe de una organización, realiza una llamada para ordenar a B que se ocupe del cultivo de una planta de la que podrá luego fabricarse droga. B realiza otra llamada para ordenar a C que se ocupe junto con sus hombres del cultivo. No procede la aplicación de la agravante por organización (art. 344 bis a), 6 CP 1973 o 369 CP 1995) puesto que está ausente la finalidad de difundir. Ello impide que pueda aplicarse la agravante de segundo orden, la cual, como se ha dicho exige la presencia una organización que tenga por finalidad la difusión. Si concurre el tipo básico de tráfico de drogas, art. 344 CP 1973, o 368 Código penal 1995. Esto permite examinar si puede entrar en juego algún otro supuesto agravado. En teoría, caben por lo menos dos posibilidades, una, apreciar un concurso de delitos entre el tráfico de drogas y la asociación ilícita, o dos, estimar el tipo agravado correspondiente de tráfico de drogas. Entiendo que debe aplicarse el art. 344 bis a) 8, del Código penal 1973, o el 369, 7º, primer inciso CP 1995, y no la solución del concurso de delitos, por el principio de especialidad.

2. Realizar alguna de las acciones del tipo básico perteneciendo el sujeto activo a una organización o asociación (sin valerse de ella para cometer el delito, pues en este caso se trata —para quienes lo acepten— de un supuesto descrito en la estructura 1.4.):

2.1. *la organización o asociación tiene como fin único la difusión de drogas*: A es el encargado de vender la droga que le proporciona B, ambos pertenecientes a la organización Z. Aplicación del art. 344 bis a) 6, CP 1973, o 369, 6 CP 1995.

2.2. *el sujeto activo participa en otras actividades delictivas organizadas*: A, además de ser miembro de la organización Z (tráfico de drogas), pertenece a una organización dedicada al tráfico de residuos tóxicos. Supuesto previsto en el art. 344 bis a) 8, CP 1973 o art. 369, 7 CP 1995. Obsérvese que el marco penal que corresponde a este supuesto es el mismo que el descrito en el 2.1., aunque en realidad, la conducta aquí descrita parece ser más gravosa. Por ello, anteriormente a 1992, parte de la doctrina estimaba que estas conductas entraban en concurso con el delito de asociación ilícita. Actualmente esta solución es dudosa habida cuenta de su expresa contemplación, con lo que las reglas del concurso de leyes llevarán a la aplicación del precepto más específico. De todos modos, habría que tener en cuenta esta especial gravedad aunque sólo sea dentro del marco penal legal.

2.3. *El sujeto activo ejecuta otras actividades delictivas organizadas facilitadas por el tráfico de drogas:* A quiere comprar una partida de armas, y a cambio entrega droga. Supuesto previsto en el art. 344 bis a) 9, CP 1973, o 369, 7. CP 1995. Son de aplicación las mismas observaciones realizadas para la estructura 2.2.

3. Realizar alguna actividad de participación sin ser miembro de organización o asociación alguna:

3.1. *participando en los hechos realizados por un miembro de una organización o asociación:*

3.1.1. *participación especialmente grave:* A va al aeropuerto a recoger un paquete en nombre de B (miembro de una organización destinada al tráfico de drogas). Puede suceder: primero: que A sepa que B pertenece a una organización; segundo: que A no lo sepa. En la primera variante sería discutible la aplicación de la agravante de organización, en la segunda entiendo que no cabe apreciarla (38).

3.1.2. *complicidad:* A indica a B donde puede adquirir droga. Primero: A sabe que B pertenece a una organización. Segundo: A no lo sabe. Valen las consideraciones realizadas para la estructura 3.1.1.

3.2. *participando en hechos realizados por un autor que no es miembro de organización o asociación alguna,* ya sea 3.2.1. mediante participación especialmente grave, o, 3.2.2. mediante complicidad. Aquí debe partirse del tipo básico (a no ser, por supuesto, que concurra alguna otra agravante), y aplicar las reglas generales de determinación de la pena.

4. Realizar alguna actividad de participación siendo miembro de la organización o asociación dedicadas a la difusión de drogas:

4.1. *participación especialmente grave:* A miembro de la organización Z transporta (como cooperador necesario) la droga a la ciudad de destino. Será posible la aplicación el tipo agravado.

4.2. *complicidad:* A miembro de la organización Z, indica a B donde puede adquirir la droga. La determinación de la pena de B es discutible que deba realizarse a partir del tipo agravado.

(38) Aquí se plantea el problema de la comunicación de las circunstancias agravantes de la parte especial a los partícipes, sobre ello ver por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 679 ss.; GONZÁLEZ CUSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1988.

5. *Pertenecer a la organización o asociación dedicadas a la difusión de drogas y no realizar acción alguna descrita en el tipo básico:*

En los hechos probados sólo consta que A es miembro de la organización Z, pero no se tienen pruebas de que haya realizado acto alguno descrito en el tipo básico. Habrá que recurrir al delito de asociaciones ilícitas (arts. 173 y ss. CP 1973 o art. 515 y ss. CP 1995).

6. *Realizar alguna de las acciones descritas en el tipo básico concurriendo a la vez más de una agravante de primer grado:*

A, miembro de la organización Z, introduce droga en un establecimiento penitenciario. La concreción judicial de pena debe tener en cuenta, dentro del marco legal establecido, que concurren dos y no sólo una agravante.

7. *Realizar alguna de las acciones descritas en el tipo básico concurriendo alguna agravante de segundo grado:*

7.1. *sin ninguna otra clase de agravantes:* La conducta de A de vender droga es de extrema gravedad. Aplicación del art. 344 bis b) del CP 1973 o el art. 370 del CP 1995.

7.2. *con una agravante de primer grado:* A, jefe de una organización, ordena la venta de una partida de droga en cantidad de notoria importancia. Aplicación del art. 344 bis b) del CP 1973 o el art. 370 del CP 1995, teniendo en cuenta dentro del marco penal la concurrencia de la agravante de primer grado.

7.3. *con más de una agravante de primer grado:* A, jefe de una organización, ordena la venta de una partida de droga en cantidad de notoria importancia en un establecimiento abierto al público de su propiedad. Aplicación del art. 344 bis b) del CP 1973 o el art. 370 del CP 1995, teniendo en cuenta dentro del marco penal la concurrencia de las agravantes de primer grado.