

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 362/2011 de 6 mayo.

Concepto de organización delictiva y jefe de la misma. Doctrina.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 783/2010

Ponente: Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

I. ANTECEDENTES DE HECHO DE INTERÉS:

HECHOS PROBADOS: APARECEN PROBADOS Y ASI EXPRESAMENTE SE DECLARAN que en la presente causa se investiga la existencia de una organización criminal dedicada a la adquisición e introducción de sustancia cocaína en España por distintos sistemas, (embarcaciones," correos", etc) para su distribución por la geografía española(Islas Canarias, Madrid, Barcelona) realizando traslados de grandes cantidades o en ocasiones de pequeñas cantidades para financiar los grandes transportes.

El procesado Antonio desempeña el papel de jefe de la organización, valiéndose de la colaboración de su esposa la procesada Melisa , que colabora en la fijación de los precios de compra y en los contactos para realizar dicha labor, y de la hija de ésta y también procesada Marí Luz que le sirve para contactar a través de internet con otras personas de la organización y para difundir los precios de venta, junto con el procesado Ismael, novio de la anterior, teniendo éste por sus conocimientos del medio marino encomendadas tareas de transbordo y alijamiento de la droga. También se vale Antonio del procesado Eloy para buscar compradores de la droga y fijar precios a la misma y todo lo que le encarguen Antonio directamente o a través de su esposa .Así el 14 de diciembre de 2004 Melisa se entrevistó en la cafetería Olimpo , sita en la Plaza de España de Santa Cruz de Tenerife, con Gustavo , negociando precios de la mercancía con el mismo, indicando posteriormente Antonio a Melisa que sea Eloy el que se encargue de la negociación.

[...]

Entre otras operaciones para la organización y a fin de su preparación en el mes de Noviembre de 2004 viajaron a Venezuela los procesados Antonio y Ismael a fin de adquirir la mercancía que se repartiría entre los procesados Antonio, Raimundo, Arturo y Jose Manuel (no localizado), para su introducción en el mercado ilícito. La droga sería trasladada en un barco nodriza asumiendo Ismael el trasbordo de la droga desde dicha embarcación a tierra y entregarla a Antonio, contando para dicha actividad con el auxilio del procesado Jose Augusto que, aparte de su intervención personal en la descarga, suministraría las zodiac para el desembarco y ya en tierra usarían el vehículo Jeep Cherokee matrícula HN-....-HN facilitado por el procesado Pascual.

[...]

Segundo

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

1.- QUE DEBEMOS DE CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado Antonio como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud ,en cantidad de notoria importancia, *perpetrado en el seno de una organización delictiva y con jefatura de los arts. 368, 369,2 y 6 y 370.2 del Código Penal*

[...]

TERCERO Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS:

RECURSO INTERPUESTO POR Antonio

[...]

OCTAVO

[...] En el desarrollo argumental del motivo cuestiona su condición de jefe de la banda organizada en el sentido de que según las propias declaraciones del Instructor de la policía, el recurrente desconocía los detalles de las actuaciones de Ismael, por lo que no puede colegirse que tuviese el dominio de la operación.

a) Como hemos dicho en STS. 628/2010 de 1.7, el Código no contiene una definición auténtica, previa y concreta, de los términos organización o asociación. (La LO. 5/2010 de 22.6, en el nuevo artículo 570 bis considera, a los efectos de este Código, organización criminal, la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten tareas o funciones con el fin de cometer delitos), por lo que el subtipo agravado de pertenencia "a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir las sustancias tóxicas aun de modo ocasional", previsto en el art. 369.1.2ª CP, ha tratado de ser delimitado por la jurisprudencia y así se ha venido precisando (STS de 3-7-2009, nº 749/2009), que: "los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidades de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura 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" (SSTS de 19-1 y 26-6-95; 10-2 y 25-5-97; y 10-3-2000).

Otras resoluciones (SSTS 899/2004, de 8-7; 1167/2004, de 22-10; y, 222/2006) sintetizan los elementos que integran la nota de organización en los siguientes términos: a) **existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida**; b) **empleo de medios de comunicación no habituales**; c) **pluralidad de personas previamente concertadas**; d) **distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones**; e) **existencia de una coordinación**; f) **tener finalmente, la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido**.

Respecto a éste último punto como el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una "mínima permanencia" que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinquencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un **centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos**, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal

con cierta independencia de las personas, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad, permitiendo hablar de una "empresa criminal" (sentencias de 25 de mayo de 1997 ó 10 de marzo de 2000).

La organización imprime mayor gravedad porque implica la concepción de la estructuración, orientación, funcionamiento del conjunto de las aportaciones; pero este elemento no se da en la adopción de papeles subordinados, definidos y coordinados por la organización. En el caso (como dice la STS de 20-7-2006, y recuerda la STS de 27-1-2009, núm. 16/2009), de los que sólo cooperan en un aspecto puntual y preparatorio, aunque sea importante, estos elementos no concurren. Es preciso considerar la analogía estructural que existe entre la organización delictiva y la empresa, no forman parte de la empresa los que sólo hacen aportaciones puntuales.

Conocida jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 24 de junio de 1995, 10 de marzo de 2000 y 12 de junio de 2001) tiene declarado que **existe organización para delinquir cuando** se acredite la concurrencia estable de una pluralidad de personas, dotadas de una articulación interna, con reparto, normalmente jerarquizado, de papeles y la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.

La concurrencia de un conglomerado de personas estructurado para llevar a cabo de manera eficaz una actividad, sugiere, al menos en principio, una forma de organización, y, desde luego, no improvisada ni ocasional, dada la envergadura de la operación y la importancia de los medios empleados (STS de 18-9-2002, núm. 1481/2002).

Ahora bien (STS de 23-1-2003, núm. 57/2003), para evitar una desnaturalización de lo que se ha de ser entendido como organización -dado el carácter ocasional y transitorio que se requieren para la agravación- esta Sala ha procurado buscar criterios que integren su contenido evitando que la misma pueda ser de aplicación tanto al famoso cártel que opera internacionalmente como grupo que opera en un barrio y se dedica al tráfico, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad. Por ello, se ha dicho por esta Sala, debe ser interpretada restrictivamente para guardar la debida proporcionalidad ante los hechos a los que se aplica.

Ha de partirse de la acepción que proporciona el Diccionario de la Real Academia organización significa "establecer o reformar una cosa, sujetado a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que lo componen o han de componerlo".

La jurisprudencia en interpretación de esta agravación, ha distinguido entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la coautoría, y aquella otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud ha afirmado que la **mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución** de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo, pero **no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización.**

La pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación (SSTS de 30-6-92 , 5-5-93 , 21-5-97 , 4-2-98 , 28-11-01). La existencia de personas, aún coordinadas, no supone la existencia de una organización en cuanto aliud y plus, frente a la mera codelinquencia (STS de 25-2-97 , 4-2-98 , 1-3-00).

En nuestro caso el factum describe en la presente causa "que se investiga la existencia e una organizaron criminal dedicada a la adquisición e introducción de sustancia cocaína en España por distintos sistemas, (embarcaciones," correos", etc.) para su distribución por la

geografía española (Islas Canarias, Madrid, Barcelona) realizando traslados de grandes cantidades o en ocasiones de pequeñas cantidades para financiar los grandes transportes.

El procesado Antonio desempeña el papel de jefe de la organización, valiéndose de la colaboración de su esposa la procesada Melisa , que colabora en la fijación de los precios de compra y en los contactos para realizar dicha labor, y de la hija de ésta y también procesada Marí Luz que le sirve para contactar a través de Internet con otras personas de la organización y para difundir los precios de venta, junto con el procesado Ismael , novio de la anterior, teniendo éste por sus conocimientos del medio marino encomendadas tareas de transbordo y alijamiento de la droga. También se vale Antonio del procesado Eloy para buscar compradores de la droga y fijar precios a la misma y todo lo que le encarguen Antonio directamente o a través de su esposa. [...]

El procesado Pascual, hijo de Antonio, colabora con su padre y forma parte de la organización suministrando los vehículos necesarios para el transporte por tierra de la droga una vez que la misma entrase a través de barcos y organizando contactos cuando la misma viene a través de "correos" o "mulas".

El procesado Jose Augusto, cuando la droga se introducía por mar, se encargaba de suministrar las lanchas zodiac para el desembarco así como su ayuda personal.

El procesado Raimundo colaboraba habitualmente con Antonio en adquisiciones de drogas, bien procedente de Italia, donde Antonio le utiliza para contactar con las personas adecuadas, o bien procedente de Sudamérica. [...]

Pues bien el anterior relato fáctico revela una actuación completa y coordinada de todos los acusados, con papeles previamente repartidos y con medios adecuados para el transporte y distribución de la droga (barcos, zodiac, Jeep, Cherokee) estructura organizativa con actuación diferenciada y medios suficientes que justifican la concurrencia del tipo agravado.

b) Y en relación a la **concurrencia** en el recurrente **de la condición del art. 370.2 CP. (Jefe, administrador o encargado)**, el fundamento de esta agravación descansa en **el hecho de que va a recaer sobre personas cuya actividad en el momento del tráfico es menor, puesto que a mayor riesgo de la actividad delictiva, más alejados se encontrarán los verdaderos cerebros de la operación y de ahí que resulte difícil la detención de los mismos. Según la doctrina por "jefe" debe entenderse la persona que da ordenes a los otros miembros de la organización; "administrador" es el sujeto al que se le confía la gestión económica de la organización, y "encargado" es la persona que tiene a su cuidado cierta cosa o la persona que dirige un negocio en representación del dueño del mismo** (STS. 629/2010 de 1.7).

Ciertamente se destacan los problemas de prueba con la que se van a encontrar los tribunales para comprobar y acreditar si una persona tiene o no verdadera capacidad de ordenar a otros dentro de la organización a efectos de la aplicación de esta garante. Ello llevará en muchos casos a afirmar la importancia de la prueba indiciaria, ya que normalmente no será posible acreditar a través de prueba directa cuál es la estructura interna de la banda, los medios concretos con los que cuenta, las conexiones entre sus miembros, el cometido de cada sujeto o la jerarquización del grupo.

La STS. 340/2001 de 30.5 , al tratar de la aplicación de esta circunstancia señala: **"que si bien es cierto que el tipo penal no requiere que la jefatura esté constituida por una sola persona, sino pueden serlo varios en distribución horizontal de cometidos, no todos los partícipes deben ser incluidos en tal agravación, sino únicamente aquellos que por su superior posición en el entramado de la organización delictiva tengan capacidad de decisión sobre los restantes, impartiendo las instrucciones necesarias que serán**

sucesivamente cumplidas por los distintos niveles de atribución en las tareas organizativas. Naturalmente, una interpretación lógica y coherente de la norma impedirá que todos los citados niveles adquieran a efectos de punibilidad la condición de "jefatura" en la organización, sino únicamente aquellas personas que estén ocupando los niveles más altos en el entramado criminal"

En cuanto a sus efectos, en estos casos no se puede olvidar que los jefes, administradores o encargados de la organización o asociación, ya tendrán elevada la pena un grado, dado que necesariamente concurrirá la agravante del art. 369.1.2, ya que difícilmente podrá hablarse de jefes... si previamente no existe la organización dedicada a la ilícita actividad, por tanto el arbitrio judicial debe jugar un papel muy importante a la hora de individualizar la pena.

En el caso presente la sentencia impugnada aplica a Juan Ramón ese nivel superior del entramado organizativo, al ser el más caracterizado o significado en el control y dirección de las operaciones tal como se describe en el factum y se deduce de los viajes realizados y número de llamadas telefónicas que mantiene con otros acusados, que evidencian que era la persona que dirigía o tenía una superior posición que el resto de los implicados.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

[...]

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Primera, el 25 enero 2010, las penas privativas de libertad impuestas será:

- A Antonio, como autor delito 369 bis en su condición de jefe, sin circunstancias modificativas y cantidad notoria importancia: 15 años prisión.
- A Arturo, art. 369 bis y notoria importancia: 10 años y 6 meses prisión.
- A Ismael por igual delito: 10 años prisión.
- A Raimundo por igual delito: 9 años y 6 meses prisión.
- A Imanol como autor delito art. 368.1 CP : 4 años prisión.
- A Carlos Antonio, delito art. 368 bis en grado de tentativa: 2 años prisión.