



Revista

América

MÉXICO

Número 3 • Junio 2012



Los delitos en banda en el Derecho penal alemán*

Angélica Romero Sánchez

Facultad de Derecho de la Universidad Libre,
Bogotá, Colombia

Revista Penal México, núm. 3, enero-junio de 2012

RESUMEN: La figura jurídica de la banda es una herramienta de tradición en el Derecho penal sustantivo alemán, que hoy se constituye, entre otros, como uno de los principales instrumentos en la lucha contra la delincuencia organizada.^a Por el contrario, en Colombia, el término banda apenas empieza a surgir como concepto penal, como consecuencia de los esfuerzos emprendidos por el Gobierno Nacional contra la delincuencia organizada, más exactamente, contra lo que ha denominado *Bandas Criminales Emergentes*.^b Es así como el Proyecto de Ley No. 164 de 5 de octubre de 2010,^c presentado por el Gobierno Nacional colombiano, propone la creación del tipo penal de pertenencia a banda armada. Un análisis comparado de estas dos figuras, esto es, de una de tradición en el Derecho penal alemán, y de otra, que apenas se empieza a formar en el Derecho penal colombiano, mostrará no sólo que se trata de herramientas distintas, sino también que la primera carece de congruencia en su fundamentación, y la segunda resulta redundante en el Código Penal colombiano.

PALABRAS CLAVE: banda, Derecho penal sustantivo alemán, criminalidad organizada.

* Una mirada orientadora, a propósito del proyecto de ley en Colombia que propone la creación de un tipo penal de “Pertenencia a Banda armada” como instrumento eficaz para el control de la criminalidad organizada. Este artículo fue terminado el 14 de marzo de 2011. El 22 de marzo de 2011 la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, teniendo en cuenta el concepto emitido por la Fiscalía General de la Nación y la solicitud del Viceministro de Justicia, decidió eliminar del Proyecto de Ley 164 de 2010 el artículo que proponía la creación del tipo penal de *Pertenencia a Grupos de Delincuencia Organizada*, coincidiendo con algunas de las conclusiones a las que se llegó en el presente aporte.

^a Al lado de la banda se encuentran las figuras de la asociación criminal (*kriminelle Vereinigung*) (§ 129 del StGB) y de la profesionalidad (*Gewerbsmäßigkeit*) (§§ 146, Abs. 2, 152, Abs. 3, 152b, Abs. 2, 180a, Abs. 2, 181a, Abs. 2, 184b, Abs. 3, 232, Abs. 3, 236, Abs. 3, 243, Abs. 1 No. 3, 260, Abs. 1, 261, Abs. 1, Satz 3, Abs. 4, 263, Abs. 3 No. 1, 267, Abs. 3 No. 1, 275, Abs. 2, 276, Abs. 2, 282, Abs. 1, 284, Abs. 3 No. 1, 300, Abs. No. 2, 303b, Abs. 4 No. 2 y 335, Abs. 2 No. 3 del StGB).

^b A partir del año 2006, aproximadamente, y luego del proceso de negociación y entrega de grupos paramilitares y de autodefensas, resurgen en las zonas antiguamente dominadas por éstos “nuevos” grupos criminales, que el Gobierno colombiano denomina “Bandas Criminales Emergentes”. De aquí en adelante el término “banda” empieza a ser utilizado con vehemencia en Colombia, orientándose ahora los esfuerzos del Estado por su erradicación.

^c *Gaceta del Congreso*, núm. 737, de 5 de octubre de 2010.

ABSTRACT: *The figure of the band appears, in the German substantive law tradition as a main instrument in the effort to control the phenomenon of organized criminality. In Colombia, on the contrary, the concept of band doesn't have such an importance and has just begun to gain a space in the criminal law lexicon as a result of the governments initiative to face this same phenomenon, represented in the form of the so called Emergent Criminal Bands. Considering this intention, the Law initiative number 164 of 2010, presented by the Colombian government, aims to create an independent criminal offence to punish the participation in an armed Band. A comparative analysis of both figures, one located in the German tradition and the other one appearing as a new concept in the Colombian criminal law, will show that we are in front of two different figures with particular problems: the German conception suffers of a lack of congruence in its principles and the Colombian idea is redundant in terms of the Criminal code of this country.*

KEY WORDS: *band, German substantive law, organized criminality.*

SUMARIO: *A. Los delitos en banda en el Derecho penal alemán. B. El delito de banda en el Derecho penal colombiano. C. La banda en el Derecho penal alemán y en el Derecho penal colombiano. Comparación de las figuras. D. Análisis de la propuesta legislativa y su relación con el Art. 340 del CP colombiano. E. Conclusión final. Bibliografía.*

A. Los delitos en banda en el Derecho penal alemán

La figura jurídica de la banda posee una larga tradición en el Derecho penal alemán. A continuación se describirá el desarrollo de ésta, a partir del Derecho romano y hasta el Derecho penal actual de la República Federal de Alemania.

1. El Derecho romano tardío y el Derecho alemán antiguo

a. El Derecho romano tardío

En el Derecho romano, la participación de varias personas en el mismo delito podía tener lugar de diversas maneras, ya fuera como coparticipación, instigación o bien como ayuda anterior o posterior al delito.¹

A quienes concurrieran con igual grado de coparticipación en el delito se les llamaba *socii*, como en

el Derecho patrimonial; ello, en oposición al jefe, quien solía ser designado como *princeps sceleris* o *princeps delicti*. Por otra parte, aquel consabidor del delito, pero con poca intervención en éste, era denominado *consciis*; al instigador se le llamaba *auctor*, entendiéndose por instigación no cualquier simple recomendación para cometer un delito, sino que era necesario tener una intervención y una influencia decisivas en la resolución de otra u otras personas. Finalmente, a quien proporcionaba una ayuda, ya fuera anterior o posterior al delito, se le denominaba *minister*.²

Estas denominaciones para las diferentes formas de cooperación en el delito carecían no sólo de definición precisa, sino también de una aplicación en el ámbito jurídico, y eran empleadas generalmente en el lenguaje común.³

En cuanto a la sanción por estas formas de coparticipación, debe decirse que en ese entonces coautores y partícipes se hacían merecedores a la misma pena

¹ Véase Mommsen, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899, p. 98.

² *Ibid.*, pp. 98 y 99. Véase también Scherer, Martin, *Die Formen der Verbrechensbegehung bei den Rotten- und Bandendelikten im Verhältnis zu den Formen der Verbrechensbegehung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs*, Johannes-Gutenberg-Universität Mainz, 1966, p. 9. Tsai, Tun-Ming, *Die Bande als Verbrechensform im deutschen, chinesischen und japanischen Strafrecht*, Friburgo, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, 1964, p. 35.

³ Mommsen, *op. cit.*, pp. 98 y 99.

del autor, pues no había diferencia cualitativa ni cuantitativa en este aspecto.⁴

Tratándose de tipos penales que castigaran el actuar en grupo, encontramos en el Derecho romano los hechos de los *latrones*, esto es, de las tropas armadas de bandidos, y los hechos de los *grassatores*, esto es, de los ladrones de las carreteras que trabajaban mancomunadamente.⁵ Es de resaltar que tales comportamientos eran considerados de elevada gravedad, teniendo en cuenta la pena establecida para ellos, la pena de muerte.⁶

En el Derecho romano, la simple asociación con el fin de cometer delitos no era sancionada con pena alguna.

b. El Derecho alemán antiguo

En el Derecho germano aparece por primera vez el vocablo banda como agravante punitiva para la denominada “Comitiva” (*Gefolgschaft*), término utilizado para designar la unión de varias personas entre sí para la comisión de un delito, en el cual a su vez todas participaban de alguna forma. La banda, como subespecie de la comitiva, designaba, igualmente, la comisión conjunta de un hecho por varias personas, previamente acordadas, pero, a diferencia de la comitiva, armadas. De todos modos, tanto para una como para la otra se requería la participación de los asociados en el lugar y al momento de los hechos.⁷

Como tipo penal especial ha de mencionarse la existencia del delito de invasión (*Heimsuche*), el cual, si bien no utilizaba directamente el término *banda*, sí comprendía la comisión del hecho por varias personas. En algunas legislaciones se exigía un número mínimo de participantes. Así, el Derecho longobardo requería un mínimo de cinco socios, mientras que el danés exigía seis.⁸

La *Constitutio Criminalis Carolina*⁹ (CCC), por su parte, no hizo referencia alguna a comportamientos en banda. Sin embargo, es imprescindible hacer referencia a la tipificación en este ordenamiento y, por primera vez, del delito de complot para homicidio (*Mordkomplott*). De acuerdo con el Art. 148 de la CCC era indistinto en qué medida el participante en el acuerdo interviniera en el homicidio, ya que también se castigaba a aquel que condujera a la víctima al lugar de los hechos y ahí se comportara en forma pasiva. Apoyados en el Art. 148 de la CCC, los juristas de la época, haciendo abstracción del homicidio y a partir de la formación de un concepto general de complot, crearon una forma de culpa solidaria y con ello el fundamento para una responsabilidad solidaria.¹⁰

2. El Derecho penal prusiano

a. El Código Territorial General Prusiano de 1794 (ALR)

En los estados prusianos tuvieron validez tanto el Código Territorial General Prusiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht*) (ALR, por sus siglas en alemán) como también fuentes del Derecho locales. El ALR regía sólo de manera subsidiaria, cuando las legislaciones locales no contaran con su propia regulación.¹¹

1) Características de la banda

Si bien el ALR no consagró definición alguna del término banda, los párrafos 1208 a 1217 de dicha codificación se agruparon bajo el título “Hurto y Robo en Banda” (3er. capítulo, apartado 14).

A diferencia del concepto de banda del Derecho antiguo alemán, que se refería a la comisión conjunta tanto en el lugar como al momento del hecho, el

⁴ *Ibid.*, p. 100.

⁵ Cfr. Tsai, *op. cit.*, p. 36.

⁶ Cfr. Köstlin, Christian Reinhold, *System des deutschen Strafrechts. Abhandlungen aus dem Strafrechte*, Tubinga, H. Lauppschen Buchhandlung, 1855, p. 395.

⁷ Cfr. Wilda, Wilhelm Eduard, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, Schwetschke, 1842, pp. 612 y ss.

⁸ His, Rudolf, *Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, Múnich-Berlín, Oldenbourg, 1928, p. 178.

⁹ La *Constitutio Criminalis Carolina* data del año 1532 y es considerada el primer cuerpo normativo del Derecho penal alemán.

¹⁰ Cfr. Kosmalla, Michael, *Die Bandenmäßigkeit im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, p. 34. Véase también Wehrstedt, Friedrich-Wilhelm, *Das Komplott in der strafrechtlichen Entwicklung seit der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina) von 1532*, Georg-August Universität Göttingen, 1933, pp. 4 y ss.

¹¹ Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed. revisada, Berlín, Duncker & Humblot, 1996, p. 95.

ALR, en el caso de que “varios hubieran acordado entre sí la ejecución de un hurto”, remitía a través del § 1208 a una disposición general del complot: el § 73 del ALR. Este párrafo comprendía el complot como forma general de participación: “Cuando varias personas se hayan unido para la comisión conjunta de un delito, cada uno de ellos debe responder por el comportamiento comúnmente acordado, incluso cuando sólo se haya tratado de una ayuda (al delito)”. Según la literatura de la época,¹² a cada complotista debía imputársele no sólo el resultado total de la conducta, sino que, además, la pena debía ser agravada de conformidad con el § 66 del ALR, de acuerdo con el cual la comisión de un delito por parte de varias personas unidas entre sí debía ser castigada de manera más rigurosa que aquellas conductas cometidas por una sola persona.

El § 1209 del ALR, por su parte, castigaba la unión de varias personas cuando dicha unión se constituía para cometer el delito de hurto como profesión. La pena establecida para el cabecilla de la agrupación era de 10 años a cadena perpetua, mientras que para el simple miembro de la agrupación la pena iba de seis a 10 años. Vale la pena resaltar dos puntos: primero, la asunción en ese tiempo de una estructura corporativa, con división de trabajo, profesional y comercial para la comisión de un delito, característica que encuentra correspondencia con el concepto actual de “criminalidad organizada” utilizado en Alemania;¹³ y segundo, el establecimiento de una pena diferenciada para cabecillas y demás miembros, lo cual reflejaba el concepto que el legislador se representaba de una organización jerárquica y estructurada.¹⁴

En particular, llega a ser clara la diferencia entre el hurto en banda del § 1209 y el complot para hurto del § 1208, la cual radicó en el elemento de la *profesional-*

idad (Gewerbsmäßigkeit). Los miembros de la banda ejercen el delito como profesión; están en unión continua para la transgresión de la ley penal. Por el contrario, en el complot, la finalidad de la asociación es la comisión de un solo delito que es determinado por un solo impulso físico temporal.¹⁵

2) Cualidad de la banda

Político-criminalmente, frente a la cualidad de la banda, ya en aquel tiempo se atendía a dos elementos que, como se mencionó antes, hoy encuentran correspondencia con la comprensión actual del término “criminalidad organizada” utilizado en Alemania. En primer lugar, como se desprende del mismo texto del § 1209 del ALR, se trataba de una organización corporativa y jerárquicamente estructurada, cuya comisión de delitos se realizaba como negocio o como profesión y con división de trabajo. En segundo lugar, con esta regulación del hurto en banda del § 1209 del ALR se retomó el aspecto de la “seguridad pública”. Ello llega a ser claro en la siguiente discusión de la época:

[...] a pesar de nuestras instituciones de policía, aparecen nuevamente las bandas; así, el juez debería preguntarse para fundamentar la imposición de una pena en contra de una de éstas, no si dos o tres personas son suficientes para conformar una banda, o si sus miembros se pusieron de acuerdo para robar en un tiempo determinado o indeterminado, o si realmente ejercerían el hurto como un trabajo manual perfecto. El juez sólo debe preguntarse si, realmente procedente de una sociedad civil, puede existir una asociación de ladrones, que a partir de robos en masa, de manera inusual, ponen en peligro la seguridad pública”.¹⁶

Tal como Kinzig lo anota, “realmente moderna se presenta en esta cita la relación entre la capacidad del

¹² Cfr. Wehrstedt, *op. cit.*, p. 11.

¹³ De conformidad con las Directrices para el trabajo conjunto de la Fiscalía y la Policía en la persecución de la Criminalidad Organizada de octubre de 1990, se entiende como tal la comisión planificada de delitos, impulsada por la búsqueda de ganancias o poder. Tales delitos, individualmente o en su conjunto, adquieren relevancia notable cuando más de dos personas actúan con un propósito común, por un tiempo prolongado e indeterminado y con división de trabajo, mediante el uso de estructuras profesionales o similares a una empresa, empleando la violencia u otro medio idóneo de intimidación, o ejerciendo influencia sobre la política, los medios de comunicación, la administración pública, la justicia o la economía. Este concepto, aclara la misma directriz, no abarca delitos de Terrorismo. Cfr. Meyer-Goßner, Lutz/ Cierniak, Jürgen, *Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, Múnich, C.H. Beck, 2010, apéndice 12, anexo E.

¹⁴ Kinzig, Jörg, *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Berlín, Duncker & Humblot, 2004, p. 173.

¹⁵ Cfr. Decisión de la Cámara Criminal del Juzgado Superior de Apelaciones de Cassel, en “Hessen-Kassel/Ober-Appellationsgericht”, *Bemerkenswerthe Entscheidungen des Criminal-Senates des Ober-Appellations-Gerichtes zu Cassel*, vol. 4, Cassel, 1849, p. 222.

¹⁶ Temme, Jodocus Donatus Hubertus, *Die Lehre von strafbaren Betrüge und Diebstahl nach preussischem Rechte*, Nachdruck der Ausgabe von 1840 und 1841, Goldbach, Keip, 1997, p. 386.

grupo (banda) y su aptitud para poner en peligro la seguridad pública”.¹⁷

También, político-criminalmente, a partir del siglo XIX la banda es caracterizada como un cuerpo especial dentro del cuerpo general del Estado, que aspira a ser un organismo perfecto dentro del mismo Estado.¹⁸

b. El Código Penal prusiano (PrStGB) y los códigos penales de otros estados alemanes

1) Los códigos penales de otros estados alemanes

En correspondencia con la regulación de los §§ 1208 y 73 del ALR, Feuerbach desarrolla un concepto de banda, extrayéndolo de la teoría del complot. Según él, el complot es la unión de varias personas para la comisión conjunta de un determinado delito, cuya subespecie constituye la banda. Y anota: “El complot se denomina banda cuando tiene como finalidad la comisión, por separado, de varios y aún indeterminados delitos de una o varias clases”.¹⁹ La *profesionalidad*, así como también la idea de una organización jerárquica, tal como la que motivaba la banda del ALR, no tuvo participación alguna en el concepto de banda desarrollado por Feuerbach.

Esta teoría fue acogida en los códigos penales de diferentes estados alemanes. Contrariamente al ALR, el Código Penal de Baviera (BayStGB) de 1813, cuyo borrador fue elaborado por Feuerbach, estableció en forma independiente las figuras de la banda y el complot, ambas como formas de participación. Como lo hizo en su tratado, también en el borrador del BayStGB, Feuerbach clasificó la banda, como una subespecie del complot. Así, de acuerdo con el Art. 50, inc. 1 del BayStGB, “cuando dos o más personas acuerden entre ellas y en interés común, la comisión de un delito y para aquella comisión conjunta se obliguen mediante un acuerdo de ayuda mutua, se entende-

rá tal por un complot”. Por otra parte, la banda era entendida como aquellos complots “destinados a la comisión de varios e independientes y aun indeterminados delitos de una determinada clase o género” (Art. 54 del BayStGB). Además de esta regulación en la parte general, en la parte especial del BayStGB (§§ 221 y 237) se estableció una pena más grave para la unión de varias personas que tuvieran como finalidad la comisión de los delitos de hurto o robo. Regulaciones similares a la del Código Penal de Baviera se introdujeron también en el Código Penal de Hannover de 1840,²⁰ así como también en el Código Penal de Hessen de 1841.²¹

Otros códigos penales siguieron la regulación de la banda y el complot como formas de participación de la parte general, renunciando a regulaciones específicas y cualificadas en la parte especial de sus códigos. Así lo hizo, a manera de ejemplo, el Código Penal de los Estados de Oldenburgo de 1814.²² Por el contrario, el Código Penal del Gran Ducado de Baden de 1845, en la parte especial limitó el concepto de banda a los delitos contra el patrimonio.²³ La banda fue entendida entonces como la unión de por lo menos tres personas para la comisión de varios, independientes y aún indeterminados delitos de robo, hurto o estafa. Sin embargo, es de aclarar que ambos códigos penales establecieron el complot como figura de imputación en la parte general, entendido como “el acuerdo de varios para la comisión conjunta de un delito determinado”.²⁴

Por el contrario, en la parte general del Código Penal de Württemberg, de 1839 (WürttStGB), no se incluyó regla alguna sobre la banda. Solamente, en la parte especial, bajo el título de “Alteraciones a la paz. Asociación de malhechores en Banda”, se estableció la figura de la banda como delito, “cuando por lo menos tres personas se hubiesen unido para la comisión de varios, independientes y aún indeterminados delitos” (Art. 185 del WürttStGB). Igualmente, en el

¹⁷ Cfr. Kinzig, *op. cit.*, p. 173.

¹⁸ Véase Berner, Albert Friedrich, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, Berlín, Heymann, 1847, p. 490.

¹⁹ Feuerbach, Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, Heyer, 1840, p. 82.

²⁰ El § 57 estableció el complot, el § 63 la banda y los §§ 294 y 330 consagraron normas especiales para el hurto en banda y el hurto armado en banda.

²¹ El § 74 estableció el complot, el § 81 la banda y los §§ 434, 395 núms. 4, 364 y 9 consagraron normas especiales que castigaban delitos cometidos en banda.

²² Así los §§ 76-78.

²³ Así el § 482.

²⁴ Así, el § 72 del StGB für die Oldenburgischen Lande und § 125 StGB für das Großherzogthum Baden.

Art. 78 del WürttStGB se estableció una regla sobre el complot, la cual coincidía básicamente con la definición de Feuerbach y que fuera utilizada tradicionalmente por el legislador de los estados alemanes.

2) El Código Penal prusiano (PrStGB)

Al inicio del proceso legislativo que terminó con la expedición del Código Penal prusiano (*Preußisches Strafgesetzbuch*) (PrStGB, por sus siglas en alemán), se tuvo la intención, siguiendo el modelo del Código Penal de Baviera, de establecer en la parte general del nuevo Código las figuras de complot y banda, dejando en la parte especial una agravación punitiva para los casos en que el hurto se cometiera en banda.²⁵ Sin embargo, luego de muchas controversias, no se siguió ese modelo. Tanto la banda como el complot fueron retirados de la parte general del Código y sólo se establecieron para determinados tipos penales.²⁶

El trasfondo de esta discusión acerca del complot y la banda fue el siguiente:

En la banda, con posterioridad al acuerdo general de la misma, todos o varios de sus miembros conciertan en un complot la comisión de un delito concreto. Por ello, la punibilidad del miembro de la banda participante en dicho complot debía ser considerada según las reglas del mismo complot. La discusión se centró, en aquel entonces, en determinar si el hecho también podía ser imputado a los miembros de la banda que no habían participado en el complot. Al respecto, fueron dos las corrientes enfrentadas: una, que dando aplicación al § 73 del ALR se inclinaba por la imputación del hecho, incluso sobre aquellos miembros de la banda no participantes en el complot (teoría extensiva del complot).²⁷ Y la otra, la predominante, la cual se inclinaba por la punibilidad sólo de aquellos miembros de la banda que, para la comisión de la conducta,

hubiesen estado presentes en el lugar de los hechos y al tiempo de éstos (teoría restrictiva del complot).²⁸

En el transcurso de los debates legislativos para el PrStGB, igualmente se discutió la posibilidad de restringir las formas de imputación de la parte general a las figuras de autoría (denominada en aquel tiempo *Urheberschaft*, hoy *Täterschaft*), instigación o *Anstiftung* y coautoría o *Beihilfe* (Art. 34 del PrStGB). De esta manera, se eliminaban la banda y el complot como formas de imputación de la parte general, tal como lo venía haciendo el BayStGB.²⁹ Al final, se acogió tal propuesta. Así, se estableció que sólo el hurto y el robo en banda serían merecedores de una agravación punitiva. Entonces, el *acuerdo* para la banda pierde su significado como figura de imputación, debiendo ahora fundamentar, para el hurto y el robo, sólo una circunstancia de agravación punitiva.

Así, los §§ 218, No. 8, y 232, No. 2, del PrStGB establecieron la pena de prisión de hasta 10 años para el hurto y de 10 a 20 años para el robo, “cuando para el hurto (o robo), dos o más personas intervengan como autor o partícipe, los cuales se han unido para la comisión continua de [los delitos de] robo o hurto”.

La introducción de la condición de intervención de dos o más personas tiene su origen en el pronunciamiento innecesario que hiciera el legislador a la controversia inicialmente planteada: ¿a quiénes, de los miembros de la banda, imputar el hecho? Con la introducción de esta condición, el legislador dio respuesta al interrogante y sólo aquellos miembros de la banda presentes en la ejecución del hecho podrían ser castigados con la pena establecida para el hurto o robo grave en banda.³⁰

El error del legislador alemán de aquel entonces fue haberse ocupado de esta controversia, dando respuesta a una pregunta sobre imputación, a pesar de

²⁵ Véase Goldammer, Theodor (ed.), *Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten*, Francfort del Meno, Keip, 1851, Theil 1, pp. 282 y ss.; Theil 2, pp. 486 y ss.

²⁶ Así, el art. 73 del PrStGB estableció el “acuerdo para alta traición”; el Art. 218, No. 8, del PrStGB, el “hurto en banda”, y el Art. 232, No. 2 del PrStGB, el “robo en banda”.

²⁷ Véase atrás acápite I. B. 1. a).

²⁸ Así, Berner, *op. cit.*, p. 499; Goldammer, *op. cit.*, Theil 2, pp. 39 y ss., 487. Véase también Hälschner, Hugo, *Das Preußische Strafrecht. Teil 2, Band 1 Allgemeiner Teil*, Bonn, Marcus, 1858, pp. 428 y ss., 486 y ss. Schütze, Theodor Reinhold, *Die notwendige Teilnahme am Verbrechen*, Leipzig, Gebhardt, 1869, p. 241.

²⁹ Véase Goldammer, *op. cit.*, Theil 2, pp. 291 y 292. El complot no lo tuvo en cuenta el legislador, ya que lo relacionaba más con el carácter de una tentativa. Según las argumentaciones de entonces, el acuerdo o conspiración (*Verabredung*) era un delito independiente y, como tal, debía ser acogido en la parte especial del código y no bajo el capítulo de las formas de participación, tal como lo hacía el Art. 265 del Código Penal francés de 1810 con la *Association de malfaiteurs*. Así, el legislador se decidió por la punición del acuerdo (*Abrede*) sólo en los casos de alta traición (§ 63 del PrStGB); Cfr. Goldammer, *op. cit.*, Theil 1, pp. 291, 295 y ss.

³⁰ Cfr. Goldammer, *op. cit.*, Theil 2, p. 487.

que él mismo había renunciado a la banda como figura de imputación, dejándola como simple circunstancia específica de agravación punitiva para determinados delitos. En todo caso, debería haber quedado claro que, como ni el complot ni la banda habían sido regulados como formas de imputación en la parte general, por sí sola la pertenencia a la banda no podría fundamentar la imputación del hecho a otro miembro de la misma.³¹

Se deduce entonces de la historia de la formación de la norma que el peligro elevado del hecho, como peligrosidad de la acción, derivado de la presencia de los miembros de la banda en el lugar de los hechos, no fue la que condujo a la introducción de la exigencia de la intervención (*Mitwirkung*) de dos o más personas en el delito, sino que, por el contrario, esta exigencia de intervención conjunta (*Mitwirkungserfordernis*) tuvo su fundamento en la respuesta a una pregunta sobre imputación. De igual manera, se demuestra además que, originariamente, el delito en banda se basa en la idea de un complot de varios miembros de la misma que, sin embargo, el legislador no asumió abiertamente. Más bien, el legislador renunció a la prueba que demostrara que los miembros de la banda se hubiesen puesto de acuerdo, probablemente porque era presumible que cada colaboración de miembros de la banda motivaba un acuerdo como tal.³² El legislador estableció así una pena elevada sólo para aquellos casos en los cuales se originara del acuerdo de la banda, la comisión de un hurto por varios de sus miembros; el acuerdo de la banda por sí solo era, por lo tanto, exento de pena.³³

3. El Derecho penal del Imperio alemán

a. El Derecho penal hasta 1933

La fórmula del § 218, inc. 1, No. 8, del PrStGB fue acogida prácticamente sin variación fundamental alguna en los §§ 243, No. 6, y 250, No. 2, del Código Penal del Imperio (*Reichsstrafgesetzbuch*) (RStGB, por sus siglas en alemán), tanto para el hurto como para el robo en banda. El nuevo precepto estableció

la agravación punitiva “cuando para el hurto interengan varios, quienes se han unido para la comisión continua de delitos de hurto o robo”. La eliminación de las expresiones “dos o más personas”, así como también de las calificaciones de “autor o partícipe” que usaba el PrStGB no constituyeron, en realidad, cambio significativo alguno.

1) La banda como cuasifigura de imputación

Luego de esta modificación casi insignificante del texto legal del hurto y del robo en banda del RStGB, el Tribunal Supremo Imperial (*Reichsgericht*) elaboró una nueva interpretación del objetivo político-criminal del concepto de banda, en consideración a dos peligros fundamentales: 1) el peligro permanente de comisión de otros hechos por los miembros de la banda, y 2) la alta peligrosidad del hecho, derivada de la participación de varios miembros de la banda en el delito contra el patrimonio económico.³⁴

Estableció además el Tribunal Supremo Imperial que para el caso del hurto y robo en banda también podrían ser coautores aquellos que antes o en el momento de la comisión del hecho reforzaren la decisión del coautor de cometer el delito. Trasfondo de esta concepción jurisprudencial era la teoría subjetiva del hecho. Así, conductas preparatorias que se llevaran a cabo con la intención de producir el hecho como propio podían entenderse en el sentido de la intervención (*Mitwirkung*) de que trataba el § 243, No. 6, del RStGB. Luego entonces, para la realización del tipo penal de hurto en banda bastaba que varios de sus miembros estuvieran presentes y de alguna forma coactivos, con lo cual, prescindiendo de la concurrencia personal, toda participación, incluso una intelectual, era suficiente también para imputar el hecho.³⁵ Ello fue posible porque el Tribunal Supremo Imperial consideró que “la punibilidad elevada del hurto en banda, se fundamenta particularmente en el peligro elevado, por medio del cual es amenazado el patrimonio, de que varias personas se unan para la comisión continua de hurtos o robos, en la mayoría de los casos con división de trabajo y bajo coparticipación conjunta,

³¹ Véase Altenhain, Karsten, “Die Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), 2001, p. 118.

³² *Ibid.*

³³ Cfr. Hälschner, *op. cit.*, pp. 486 y ss. Véase también *ibid.*, *Das Gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, Marcus, 1881, p. 557.

³⁴ RGSt 6, pp. 644, 646 y ss.

³⁵ *Idem.*

haciendo uso, cada vez, de la oportunidad repetida y escogida para robar”.³⁶

En resumen, es posible afirmar que el Tribunal Supremo Imperial alemán, con su interpretación contraria a la intención del legislador de establecer el hurto en banda solamente como tipo penal cualificado, ahora también empleaba la banda como cuasiforma de imputación. La pertenencia a la banda y la intervención (*Mitwirkung*) acarrearón no sólo una pena elevada, sino que también permitieron imputar el hurto a los intervinientes (*Mitwirkende*) sin recurrir a las reglas generales de autoría y participación.

2) Abandono de la banda como cuasiforma de imputación

En 1932, el Tribunal Supremo Imperial desistió de su interpretación extensiva del requisito de intervención como cuasifigura de imputación.³⁷ Con el argumento de que el ordenamiento jurídico debería estar basado en “un concepto unitario de la comisión en banda”, el alto tribunal decidió remitir a su jurisprudencia sobre el contrabando en banda del § 146 de la Ley de Aduana de la Federación Alemana del Norte (*Verein Zollgesetz*) (VZG, por sus siglas en alemán).³⁸

El § 146 de la VZG establecía el punible de *Contrabando o Defraudación Aduanera Agravado*. El inciso 1º disponía que cuando tres o más personas se hubiesen unido para la ejecución conjunta de un contrabando o defraudación aduanera, la pena se agravaría para el jefe de tres a seis meses, y para los demás participantes de uno a tres meses de cárcel. El inciso 2º establecía que para los casos en que tres o más personas coincidieran en la ejecución de la conducta, se infería que éstos se habrían unido o asociado para la comisión conjunta del hecho, siempre y cuando no pudiesen probar lo contrario, o de las circunstancias se desprendiera que su coincidencia en el lugar hubiera sido casual. Finalmente, el inciso 3º señalaba que cuando el hecho se repitiera después de sentencia condenatoria en firme, o se hubiese constituido una asociación o unión permanente para la comisión de

tales delitos, la pena se agravaría para el jefe de uno a dos años y para los demás participantes de seis meses a un año de privación de la libertad.

El Tribunal llegó a la conclusión de que la historia de la formación de las disposiciones sobre la comisión en banda, así como también la jurisprudencia respecto al § 146 de la VZG, mostraban que, al igual que la expresión “ejecución conjunta” utilizada en el § 146, inc. 1 de la VZG, también era esencial el término “intervención de varios” utilizada por el hurto agravado del § 243, No. 6, del RStGB, frente al nuevo y amplio concepto jurisprudencial de “coautoría”, que en este sentido era más estrecho que una “concomitancia” (*Zusammenwirken*) de cualesquiera de varios miembros de la banda al momento y en el lugar de la comisión de cada uno de los hurtos; sin embargo, una coparticipación intelectual o corporal en cada hurto, separada del lugar y el momento de la actividad de los demás socios o camaradas, no cabía dentro del concepto de “ejecución conjunta” ni de “intervención de varios”, en el sentido de la norma.³⁹

Este punto de vista fue justificado político-criminalmente bajo el argumento del peligro elevado, derivado de la coparticipación de varias personas en el lugar y al momento de los hechos. Para fundamentar tal postura, el Tribunal Supremo Imperial remitía al principio a la “especial peligrosidad del hecho —en particular, para el funcionario de aduanas— derivada de la comisión conjunta”,⁴⁰ presente en la figura del complot para contrabando del inciso 1 del § 146 de la VZG. El peligro yacente en la unión continua, firme y voluntaria correspondiente al § 146, inc. 3 de la VZG (contrabando en banda), constituía para el Tribunal sólo otra circunstancia de agravación punitiva.⁴¹ Como lo demuestra el inciso 2 del § 146 de la VZG, la aceptación de un peligro adicional no podía apoyarse en la coparticipación al momento y en el lugar de los hechos o en la superioridad numérica de los contrabandistas. Para ello se necesitaba de un convenio para el hecho concreto. Este convenio era el acuerdo del complot del inciso 1 del § 146 de la VZG y no el acuerdo de la banda del inciso 3, pues para el contrabando en banda la pena se agravaba una vez más.⁴²

³⁶ *Idem*.

³⁷ RGSt 66, pp. 236 y 241.

³⁸ El § 146 de la VZG fue introducido en tal ley en el año de 1869. Véase *Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes*, vol. 1869, núm. 30, 317.

³⁹ RGSt 66, pp. 236 y 241.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ RGSt 66, pp. 236, 241 y ss.

⁴² Cfr. Altenhain, *op. cit.*, p. 123.

Cuando esta teoría fue trasladada al hurto en banda, el Tribunal Supremo Imperial señaló:

De acuerdo con el § 243, No. 6, del RStGB, la agravante está ligada desde el principio al requisito de que, para el hurto, los intervinientes se han unido para la comisión continua de hurtos o robos. Aquí se pone de relieve la peligrosidad yacente en la unión voluntaria y permanente de varias personas, y por ello es que en parte de la literatura se concluye que ésta constituye la única razón para el agravante, y que la coparticipación de varias personas al momento y en el lugar de los hechos no desempeña ningún papel.⁴³

A pesar de que este recurso del Tribunal Imperial a su interpretación del contrabando en banda muestra que la aceptación de un elevado peligro del hecho se apoyaba en la unión o asociación de varias personas para la comisión continua de hurtos o robos, es decir, en el peligro de la permanencia, el Alto Tribunal no pudo negar que “también en el hurto, naturalmente en menor medida, como en el contrabando y en el fraude aduanero, se podía apreciar un estado de peligro elevado en la coparticipación de varias personas en el lugar y en el momento del hecho”.⁴⁴

El recurso del Tribunal Superior Imperial a su interpretación del contrabando en banda muestra entonces que la asunción de una elevada peligrosidad del hecho no se apoyaba en la interacción de varias personas en el lugar y al momento del hecho, sino en la unión permanente de los coparticipantes para la comisión conjunta del hecho. Por lo tanto, una teoría que deduzca la elevada peligrosidad de la intervención conjunta de varios en el hecho resulta carente de justificación. Ésta contradice el querer del legislador del Código Penal Prusiano⁴⁵ y del Código Penal Imperial, el cual se basó en un préstamo equivocado del no más existente delito de complot.⁴⁶

b. El Derecho penal del nacionalsocialismo

En el año 1939, las formas de comisión en banda del contrabando y del fraude aduanero fueron incorporadas al § 401 de la Ley General Tributaria Imperial (*Reichsabgabenordnung*) (RAO, por sus siglas en alemán).⁴⁷ Esta disposición reguló en su inciso 2 el tipo penal denominado “Contrabando profesional, en banda y con violencia” (*gewerbsmäßiger, bandenmäßiger und gewaltsamer Schmuggel*), el cual se orientó a la versión del anterior § 146 de la VZG. Con la nueva norma, el legislador estableció un “tipo penal mezclado” que renunciaba al aligeramiento de la prueba que contenía el inciso 2 del § 146 de la VZG y que, más que referirse a la banda, se refirió a un complot. De este modo, para la “ejecución del complot en banda” no se necesitaba de una asociación de cierta duración. La actuación en el momento y en el lugar de los hechos de una pluralidad de contrabandistas asociados permanece entonces como criterio fundamentador de la peligrosidad de la banda.⁴⁸

Previamente había sido introducido en el Código Penal Imperial y a partir de la Primera Ley de Protección de la República de 1922 (*1. Republiksschutzgesetz*) el delito de complot para homicidio.⁴⁹ El § 49b del RStGB castigaba la conspiración o acuerdo para homicidio (*Verabredung zum Mord*) y así permaneció durante el régimen sin sufrir cambios significativos. Esta norma existió hasta 1943, cuando fueron introducidos la *conspiración o acuerdo para la comisión de un delito* (§ 49a del RStGB), como también la *participación en una asociación* que tuviera como objeto la comisión de delitos contra la vida (§ 49b del RStGB).⁵⁰

La versión original del § 49a del RStGB de 1876 castigó conductas preparatorias como la incitación a la comisión de un delito, el ofrecimiento para ello, así como también la aceptación de tal incitación u ofrecimiento.⁵¹ En la época del nacionalsocialismo, esta

⁴³ RGSt 66, pp. 236 y 242.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Véase atrás acápite I. B. 2. b).

⁴⁶ En este sentido, igualmente, los resultados de Altenhain, *op. cit.*, pp. 124 y ss.

⁴⁷ Ley de Modificación del Código Tributario de 4 de julio de 1939. (RGI. I, p. 1181.)

⁴⁸ BGHSt 3, pp. 40 y 45.

⁴⁹ RGI. I, p. 585. Sobre el desarrollo legislativo desde el primer estatuto de emergencia para la protección de la República en Alemania, véase Felske, Karsten, pp. 138 y ss.

⁵⁰ Ordenanza de Unificación del Derecho Penal (*Strafrechtsangleichungsverordnung*) de 29 de mayo de 1943 (RGI. I, 339).

⁵¹ El RStGB, en su versión original de 1871, no contenía disposición alguna que castigara conductas preparatorias. A partir de una modificación de 26 de febrero de 1876 (RGI. I, 25) se incorporó al RStGB la versión original del actual § 30 del StGB, en ese entonces como § 49a del RStGB. El antecedente de este párrafo, conocido también como el “Párrafo de la Duquesa (*Duchesse-Paragraphe*)”,

norma fue ampliada agregando la “conspiración”, la cual era entendida como “el acuerdo de dos o más personas, esto es, el establecimiento (*Herbeiführung*) de una voluntad general, de un convenio, para cometer una conducta determinada con el fin de obtener un resultado común y querido”.⁵² Este precepto, basado en la teoría del complot de Feuerbach,⁵³ constituye el fundamento del actual § 30, inc. 2, del StGB, el cual establece como conducta preparatoria el “Acuerdo para el delito” (*Verbrechensabrede*).

4. El Derecho penal de la República Federal

Hasta el año 1969 los delitos en banda permanecen intactos en el Derecho penal de la República Federal y no se introducen en el ordenamiento jurídico nuevos preceptos que castiguen la comisión en banda.

a. Legislación

1) Primera Ley de Reforma del Derecho penal de 1969 (1.StRG)

En el procedimiento legislativo para la expedición de la Primera Ley de Reforma del Derecho Penal (*Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*) (1.StRG) de 1969⁵⁴ se discutió la propuesta según la cual el hurto en banda podría cometerlo un solo miembro de la agrupación. En contra de esta tesis, los miembros de la Gran Comisión

de Derecho Penal (*Große Strafrechtskommission*)⁵⁵ sostuvieron que “la peligrosidad de la banda yacía en la presencia conjunta de varios”. “Cuando solamente uno aparece, se echa de menos este momento especial de peligrosidad.”⁵⁶ Por esta razón, se mantuvo en el tipo penal la exigencia de intervención de otro miembro de la banda, existente desde el PrStGB.⁵⁷ De esta manera, la Gran Comisión de Derecho Penal⁵⁸ asumió la opinión, en ese entonces predominante, respecto al § 243, No. 6, del RStGB,⁵⁹ que no correspondía con los pensamientos originales del legislador del PrStGB y del RStGB.

Al final del proceso legislativo, el § 243, inc. 1, No. 6, del RStGB fue reemplazado prácticamente sin alteración fundamental alguna por el § 244, No. 3, del StGB.⁶⁰ La única novedad fue la introducción de la palabra “banda”, la cual tampoco condujo a cambio significativo en la interpretación de la norma. Lo mismo sucedió con el § 250, inc. 1, No. 4, del StGB, el cual introdujo también la palabra “banda” en la Ley Introductoria al Derecho Penal de 1974 (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*).⁶¹

En principio, el Tribunal Supremo Federal no se vio obligado a apartarse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Imperial según la cual la razón para la agravación de la pena estaba en el estímulo para la continuación del propósito delictivo en razón de la asociación permanente, dejando en un segundo plano la peligrosidad de la acción (*Aktionsgefahr*), es decir, la peligrosidad especial de la comisión conjunta del delito en el momento y en el lugar de los hechos.⁶²

lo constituye el ofrecimiento que hiciera la duquesa de Bélgica al arzobispo de París y al superior provincial de los jesuitas en Bélgica para asesinar a Bismarck por un pago de 60 000 francos. El gobierno imperial exigió de los belgas una modificación de su Código Penal para en el futuro hacer posible la penalización de tales ofrecimientos. El Legislativo belga cumplió con ello con la expedición de la Ley de 8 de julio de 1875, mediante la cual penalizó, entre otras formas, el acuerdo o conspiración para delinquir. Poco tiempo después se dio cabida a la correspondiente disposición en el Código Penal alemán. Cfr. MK-Joecks, § 30, Rdn. 5.

⁵² LK-Nagler, § 49a, 349.

⁵³ Cfr. arriba acápite I. B. 2. a).

⁵⁴ *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* de 25 de junio de 1969 (BGBl. I, 645).

⁵⁵ El principal movimiento de reforma al Código Penal Imperial de 1871 en la época de la República Federal se empieza a dar entre los años 1954 y 1959. Es así como en el año 1954 el Ministro de Justicia alemán convoca una comisión para crear un nuevo Código Penal. A ésta se le denominó la Gran Comisión de Derecho Penal (*Große Strafrechtskommission*), compuesta por 24 miembros, entre profesores, jueces y diputados del Bundestag. Esta comisión trabajó entre los años 1954 y 1959, y tras realizar diversos estudios dogmáticos y de Derecho comparado presentó un proyecto de Código Penal, denominado *Proyecto 1962*. Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 102.

⁵⁶ Cfr. Actas de las sesiones de la Gran Comisión de Derecho Penal, en Grosse Strafrechtskommission, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, vol. 6, Besonderer Teil, Bonn, 1958, p. 35.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 306.

⁵⁸ Exposición de motivos, proyecto de 1960, *BT-Drs.* 3/2150, 374; Exposición de motivos, proyecto de 1962, *BT-Drs.* 4/650, 407.

⁵⁹ Véase arriba acápite I. B. 2. b).

⁶⁰ El texto del § 244, inc. 1, No. 3, del StGB quedó redactado entonces de la siguiente forma: “Será castigado con pena de prisión de seis meses a diez años, quien [...] 3. Como miembro de una banda, la cual se ha unido para la comisión permanente de los delitos de hurto o robo, con intervención de otro miembro de la banda”.

⁶¹ BGBl. I, 469.

⁶² BGHSt 8, 205, 208 y ss.

2) Ley de Tráfico de Estupefacientes de 1972 (BtMG)

Un paso sustancial para el desarrollo del concepto de banda lo constituye la introducción de los delitos de tráfico de estupefacientes cometidos en banda, por medio del § 11, inc. 4, frase 3, No. 4, en versión de la anterior Ley de Tráfico de Sustancias Estupefacientes, hoy establecidos en el § 30, inc. 1, No. 1, de la actual Ley de Tráfico de Sustancias Estupefacientes (BtMG).⁶³ Dicho precepto prevé una agravación punitiva para diferentes tipos penales relacionados con el tráfico de estupefacientes cuando el infractor actúe como miembro de una banda, a la cual se hubiesen asociado varias personas para la comisión continua de tales delitos. A diferencia de los clásicos preceptos en banda, éste no establece en su texto el requisito de intervención de varios miembros de la banda en el hecho concreto.⁶⁴

Con la renuncia a esta característica de la “intervención de varios” para la configuración de los tipos penales agravados por la comisión en banda en los delitos de drogas, no se remitió más como fundamento político-criminal de la agravación punitiva a la peligrosidad especial de la “acción” (*Aktionsgefahr*), sino que se atendió únicamente al estímulo (*Anreiz*) para la continuación (*Fortsetzung*), en razón de la asociación permanente.⁶⁵

Por el contrario, se mantuvo la discrepancia ya existente desde el siglo XIX respecto al hurto en banda, entre la idea original de una estructura jerárquica y corporativa de la agrupación y el actual concepto de banda. Así, de acuerdo con la Ley de Tráfico de Estupefacientes, para la configuración de una banda basta que dos personas se hayan unido para la comi-

sión de una serie de infracciones penales de la misma clase.⁶⁶

3) Ley contra la Criminalidad Organizada de 1992 (OrgKG) y otras leyes

A lo largo de los años noventa, al lado de los clásicos delitos en banda, se introdujeron más de 24 nuevas disposiciones que consagran la comisión en banda, ya fuera como agravante o como tipo penal especial. Llama la atención no sólo el incremento de tipos penales cualificados por la comisión en banda y, con ello, la extensión de los delitos principales, sino más bien que para la configuración de esta agravación punitiva no se recurrió más al requisito de “intervención de varios miembros de la banda en el delito concreto”, sino que, por el contrario, se siguió el modelo introducido por la Ley de Tráfico de Sustancias Estupefacientes.⁶⁷

Un significado especial tiene la promulgación de la Ley de Lucha contra el Tráfico de Estupefacientes y otras Manifestaciones de Criminalidad Organizada de 15 de julio de 1992 (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*) (OrgKG, por sus siglas en alemán).⁶⁸ Por medio de ella se introdujeron en la legislación penal el hurto grave en banda (§ 244a del StGB), la receptación en banda (§ 260 del StGB), el lavado de dinero en banda (§ 261, inc. 4, del StGB), los juegos de azar ilegales cometidos en banda (§ 284, inc. 3, del StGB), así como también el tráfico de drogas agravado cometido en banda (§ 30a del BtMG).

Estas agravantes punitivas para la comisión en banda fueron justificadas a partir de la necesidad

⁶³ *Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln* de 10 de enero de 1972 (BGBl. I, 681).

⁶⁴ Por el contrario, en la introducción del delito de contrabando en banda en el § 373 del Código Tributario (AO) de 1976, el legislador mantuvo el requisito de intervención de otro miembro de la banda. (Cfr. BGBl. I, 613.) Sin embargo, posteriormente, a partir de la Ley de Nueva Reestructuración de Vigilancia de Telecomunicaciones y otras Medidas de Investigación Secretas, e Incorporación de la Directiva de la Unión Europea 2006/24/EG de 21 de diciembre de 2001, se eliminó el requisito de intervención del otro miembro de la banda. (Cfr. BGBl. I, 3198.)

⁶⁵ BGHSt 23, pp. 239 y 240; cfr. Körner, BtMG, 1985, § 30, Rdn. 4-8.

⁶⁶ BGH GA 1974, p. 308.

⁶⁷ La excepción a este desarrollo son las infracciones a las reglas de las Ley de Control de Armas de Guerra (*Kriegswaffenkontrollgesetz*) (§§ 19, 20a, 22a de la KrWaffKontrG) y de la Ley de Comercio Exterior (*Außenwirtschaftsgesetz*) (§ 34, Abs. 6, No. 2, de la AWG), las cuales corresponden con la clásica regulación del hurto y robo en Banda; cfr., respectivamente, las Leyes para Mejoramiento de la Vigilancia de Transacciones de Comercio Exterior y de Prohibición de Armas Atómicas, Biológicas y Químicas de 5 de noviembre de 1990 (*Gesetz zur Verbesserung der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs und zum Verbot von Atomwaffen, biologischen und chemischen Waffen*) (BGBl. I, 2428) y la Ley para la Modificación de la Ley de Comercio Exterior, del Código Penal y otras leyes, de 28 de febrero de 1992 (*Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze*) (BGBl. I, 372).

⁶⁸ BGBl. I, 1302.

de luchar contra la criminalidad organizada. Desde entonces, se identifica el actuar en banda como una forma de manifestación de la criminalidad organizada.⁶⁹ Al igual que sucedió con el delito de “Conformación de Asociación Criminal” (*Bildung krimineller Vereinigung*), § 129 del StGB,⁷⁰ los delitos cometidos en banda empezaron a ser incorporados en los catálogos de medidas especiales de investigación.⁷¹ Con ello se les asignó también a los delitos cometidos en banda una función procesal.

A la expedición de la OrgKG siguieron leyes como la de Lucha contra el Delito (*VerBekG*) de 1994,⁷² la Ley para la Lucha contra la Corrupción (*KorruptionsbG*) de 1997,⁷³ la Sexta Ley para la Reforma del Derecho Penal de 1998⁷⁴ y la Ley de Lucha contra la Evasión Fiscal de 2001,⁷⁵ entre otras, que introdujeron para varios delitos el agravante de comisión en banda o que simplemente crearon delitos especiales de comisión en banda. La mayoría de exposiciones de motivos de estas leyes hicieron referencia a la banda como forma de manifestación de la criminalidad organizada.⁷⁶

b. El nuevo concepto de banda

Esta estrategia del legislador, de querer controlar la criminalidad organizada por medio de una multiplicidad de nuevos delitos en banda, entre otros mecanis-

mos, no pudo dejar de tener efectos en la interpretación del concepto de banda.

1) *Interés superior y voluntad sólida de la banda*

Así, a partir de este momento, la jurisprudencia exige para la configuración del delito de hurto en banda una actuación convenida por parte de varias personas, bajo un interés superior de la banda y bajo una voluntad sólida de la misma.⁷⁷

El nuevo requisito, igualmente debía darse para aquellos clásicos delitos en banda, que establecían como presupuesto en el texto de la ley la intervención de otro miembro de la banda en el delito.⁷⁸ La Sala 3ª de lo Penal del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) (BGH, por sus siglas en alemán), en un procedimiento de consulta (*Anfrageverfahren*)⁷⁹ se pronunció a favor de este nuevo requisito. Según ésta, en el futuro también podría ser condenado como autor de un hurto en banda aquel que si bien no participó de manera directa en el lugar de los hechos, sí intervino de otro modo y en forma significativa, siempre y cuando el hurto hubiera sido cometido al menos por otros dos miembros de la banda que hubiesen actuado en el lugar y al momento de los hechos.⁸⁰ La intención de la Sala con esta tesis era abarcar al “jefe o líder de la banda” ausente del lugar de los hechos,

⁶⁹ BT-Drs. 12/989, 21, 24.

⁷⁰ § 129 del StGB. Conformación de Asociación Criminal.

(1) Quien funde una asociación criminal, cuyos objetivos o actividad estén dirigidos a la comisión de comportamientos delictivos, o quien participe como miembro en una de éstas, la apoye o favorezca, o haga propaganda de ella para ganar miembros o personas que la apoyen, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con pena de multa.

(2) El inciso primero no es aplicable:

1. cuando la asociación sea un partido político que el Tribunal Constitucional no haya declarado inconstitucional,

2. cuando la comisión de comportamientos delictivos constituya un objetivo o actividad de significado secundario, o

3. cuando los objetivos o la actividad de la asociación se refieran a comportamientos delictivos de los establecidos en los §§ 84 a 87 del

Código Penal.

(3) La tentativa de fundar una asociación de las señaladas en el inciso 1 es punible.

(4) Si el autor pertenece a los cabecillas o a los hombres de atrás o existe un caso especialmente grave, la pena será de seis meses a cinco años de prisión; cuando el objetivo o la actividad de la asociación criminal esté dirigida a la comisión de los delitos señalados en el § 100c, inc. 2, No. 1, letras a), c), d), e) y g), con excepción de los delitos de los parágrafos 239a y 239b, letras h) a m), Nos. 2 a 5 y 7 del Código de Procedimiento Penal, la pena será de seis meses a diez años.

⁷¹ Así, cuando se trata de una investigación penal por cualquiera de los delitos agravados por la comisión en banda establecidos en el Código Penal, es posible activar medidas de investigación especiales y excepcionales, que se reservan para determinado tipo de criminalidad, la mayoría de las veces de criminalidad organizada, y que están vetados para la investigación de lo que podríamos llamar “criminalidad común”.

⁷² *Verbrechensbekämpfungsgesetz*, de 28 de octubre de 1994 (BGBl. I, 3186).

⁷³ *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*, de 13 de agosto de 1997 (BGBl. I, 2038).

⁷⁴ *Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, de 26 de enero de 1998 (BGBl. I, 164).

⁷⁵ *Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz*, de 19 de diciembre de 2001 (BGBl. I, 3922).

⁷⁶ La excepción la constituyó la Ley de Lucha contra la Corrupción (*KorruptionsbG*), cuya exposición de motivos no hizo referencia directa a la lucha contra la criminalidad organizada.

⁷⁷ BGH, *StV*, 2000, p. 669.

⁷⁸ Cfr. arriba acápite I. C. 1.

⁷⁹ Véase § 132, inc. 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*).

⁸⁰ BHG, *StV*, 2000, p. 675.

pero que atrás de bastidores dirige y maneja a su antojo los hilos del delito.⁸¹

Para justificar esta nueva expansión del requisito de intervención, se adujo que con ella “se tendría en cuenta de manera adecuada la especial peligrosidad del acuerdo para delinquir (*Verbrechensverabredung*) (BGHSt 8, 205, 209) y con ello el motor de criminalidad, esto es, la condición de miembro de la banda”.⁸² La Sala 1ª de lo Penal se adhirió a esta interpretación, argumentando que por este medio sería posible cobijar bajo la figura de la banda el papel decisivo del jefe de la misma en la comisión del delito, adecuándose, además, a los métodos modernos de comisión de delictiva, donde a manera de ejemplo, para robar, podían ser utilizados, entre otros, vehículos o teléfonos móviles, o ambas cosas, que permitían otro tipo de intervención, más allá del lugar y del momento de los hechos.⁸³ Las Salas 2ª y 5ª de lo Penal, igualmente se mostraron conformes con la nueva propuesta jurídica.⁸⁴

La Sala 4ª de lo Penal también aprobó dicha interpretación, proponiendo además otro cambio necesario en la jurisprudencia. Para ésta, la participación de un solo miembro de la banda en el lugar de los hechos debería ser suficiente para la configuración del agravante, siempre y cuando la banda estuviera compuesta por un mínimo de tres personas. Para respaldar su propuesta, sostuvo que

la razón fundamental para justificar la peligrosidad especial de asociaciones dedicadas a la comisión continua de delitos y, por ende, justificar la aplicación de una pena más elevada, estaba en el vínculo estrecho que los miembros de la banda contraían para el futuro y el estímulo permanente que se forma para su continuación. Este vínculo recíproco no existe en un grupo de dos; [...] La evolución de un compañerismo criminal que representa, como motor criminal, la peligrosidad especial del

autor, y con ello justifica la correspondiente agravación punitiva, no es por ello posible en una relación de dos, sino como mínimo en una relación de tres personas.⁸⁵

Posteriormente, la Sala 4ª de lo Penal, en aproximación al concepto de “asociación criminal” (*Kriminelle Vereinigung*) del § 129 del StGB,⁸⁶ señaló que una banda de ladrones era el prototipo de una asociación criminal con una mínima organización.⁸⁷ Por ello, los criterios que la Sala 3ª de lo Penal había establecido para la asociación criminal respecto al número mínimo de miembros para su configuración debían, consecuentemente, regir de igual manera para la banda.⁸⁸

Esta interpretación de la Sala 4ª de lo Penal encontró en la jurisprudencia de las otras salas tanto aceptación como rechazo. Así, la Sala 5ª de lo Penal siguió en dos decisiones la interpretación de la Sala 4ª,⁸⁹ mientras que la Sala 1ª se pronunció a favor de mantener la ya bien establecida y tradicional jurisprudencia, según la cual la unión de dos personas era suficiente para la configuración de una banda.⁹⁰ La Sala 1ª de lo Penal fundamentó su posición en el sentido literal (*Wortsinn*) del término banda, en una delimitación de ésta con el término “asociación criminal” y, sobre todo, en los materiales para proyectos de ley, los cuales demostraban que el legislador, en las modificaciones de los últimos años, se había basado en una jurisprudencia sólida del concepto de banda.⁹¹

Posteriormente, varias Salas del Tribunal Supremo confirmaron la punibilidad de la banda constituida al menos por dos personas, acompañada de una voluntad estable y sólida de la agrupación, a la cual el autor se sometía bajo un interés superior de la misma banda. Al mismo tiempo, fueron establecidos algunos indicadores del comportamiento en banda que coincidían, en última instancia, con los elementos del concepto de banda del Código Territorial General Prusia-

⁸¹ *Ibid.*, p. 676.

⁸² *Ibid.*, p. 677.

⁸³ BHG, *StV*, 2000, p. 315.

⁸⁴ BGHSt 46, pp. 127 y 128.

⁸⁵ BGH, *StV*, 2000, pp. 317 y 318.

⁸⁶ Para el texto del § 129 del StGB, véase arriba nota a pie de página 73. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (*Bundesgerichtshof*), se entiende por asociación criminal, en el sentido del § 129 del StGB, la unión libre, voluntaria, organizada y por un cierto tiempo, de por lo menos tres personas, que por subordinación de su voluntad individual a la voluntad del grupo persiguen fines comunes, relacionándose en tal forma que entre ellos se sienten como un grupo unitario. Cfr. BGHSt 28, 147.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ BGH, *StV*, 2000, pp. 317 y 318.

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ BGH, *StV*, 2000, pp. 670 y 671.

no de 1794 (ALR): 1) una administración de tareas comerciales, 2) contabilidad detallada y común, 3) división de trabajo y gestión paritaria de adquisiciones, actividades de negocios y cobro de deudas, 4) control y protección recíprocos, 5) existencia de una caja común o participación en las ganancias logradas comúnmente, así como también de las pérdidas.⁹²

2) Unión de por lo menos tres personas

En 2001 la Gran Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal unificó finalmente la jurisprudencia al respecto. Ahora, el concepto de banda respondería a “la unión de por lo menos tres personas, con la voluntad de cometer por un cierto tiempo, varios y aún no determinados delitos, de manera independiente y por separado”. Una voluntad sólida de la banda o una actuación bajo el interés superior de la misma no fueron más presupuestos para su configuración.⁹³

La razón de este cambio está en las crecientes objeciones surgidas después de la promulgación de la Ley contra la Criminalidad Organizada (OrgKG). El reparo fundamental que se hacía al anterior concepto de banda radicaba, por un lado, en que para la formación de la voluntad como proceso dinámico de grupo primero, se requería un grupo significativo de personas y, por lo tanto, la peligrosidad de una banda solamente se daba en algo más que dos miembros.⁹⁴ Por otro lado, se criticaba que la exigencia de una voluntad sólida de la banda acercaba a esta última en dirección al delito de organización de “Asociación Criminal”, § 129 del StGB, a pesar de que la comisión en banda no se entendía como delito de organización.⁹⁵

De esta manera, el nuevo concepto de banda de por lo menos tres personas permite a la jurisprudencia desprenderse de su punto de vista tradicional, en cuanto al presupuesto de intervención de varias personas, y abandonar la estrecha conexión con la comisión directa del hecho, propuesta por la misma jurisprudencia en años anteriores. Hoy en día, la peligrosidad especial de los delitos en banda, y con ello

la razón para un merecimiento de pena más elevado, radica, por una parte, en la peligrosidad abstracta del acuerdo general y previamente establecido para delinquir por un cierto tiempo; y, por otra, en la concreta peligrosidad de la comisión en banda, para el bien jurídico protegido. Así, la peligrosidad de la acción (*Aktionsgefahr*) tan sólo tiene un significado secundario en el hurto y robo en banda.⁹⁶

En este orden, para la jurisprudencia alemana actual la banda se diferencia de la coautoría⁹⁷ por el elemento de la unión permanente de varias personas para la comisión conjunta de delitos en el futuro; y difiere de la asociación criminal en que los delitos en banda no requieren ni una estructura organizativa ni una voluntad colectiva y vinculante de sus miembros.⁹⁸

5. Conclusión

Teniendo en cuenta el desarrollo de la definición del término banda en el Derecho penal alemán, es posible sostener que si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal ha perseguido durante mucho tiempo establecer una clara delimitación y separación del concepto de “banda” frente al concepto de “asociación criminal”, el actual concepto de “banda” resulta incongruente.

Ello, porque si la especial peligrosidad del comportamiento en banda, y, con ello, la razón para un merecimiento de pena más elevado, radica en la peligrosidad abstracta del “acuerdo de la banda” (*Bandenabrede*), no queda claro por qué entonces los delitos en banda sólo son castigados hasta la comisión del delito del cual se deriva la agravante punitiva. Lo mismo se puede afirmar respecto de la posición de quienes ubican la peligrosidad de la banda en la permanencia del grupo, pues de ser así entonces sería punible la sola asociación con el objetivo de cometer delitos a futuro y por un cierto tiempo, y no sería necesario esperar hasta la ejecución de un delito determinado.

Además, si la especial peligrosidad del comportamiento en banda, y con ello la razón para un merecimiento de pena más elevado, radicara en el “acuer-

⁹² BHG, *NStZ*, 2001, p. 32.

⁹³ BHGSt 46, p. 321.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 327. Véase concepto jurisprudencial de la Asociación Criminal en nota a pie de página 89, el cual a su vez remite, para el texto del § 129 del StGB, a la nota 73.

⁹⁶ BGH, *NJW*, 2001, p. 2266; *JuS* 2001, p. 925.

⁹⁷ De acuerdo con el § 25, inc. 2 del StGB, cuando varias personas realizan en común un hecho punible, todos son castigados como coautores. Para un concepto y una delimitación del término en el Derecho penal alemán, véase en Jescheck, *op. cit.*, pp. 673 y ss.

⁹⁸ BGHSt 46, pp. 321, 329 y ss.

do de la banda”, tampoco se justificaría su castigo hasta cuando se cometiera el delito principal o del cual se derivara la agravante, cuando éste, es decir, el “acuerdo de la banda”, no sufriera cambio alguno o permaneciera intacto con la ejecución del delito.

Por otra parte, si la especial peligrosidad del comportamiento en banda, y con ello la razón para un merecimiento de pena más elevado, radicara en el “acuerdo de la banda” para la comisión permanente de delitos, los únicos elementos que lo diferenciarían del “acuerdo” del § 30, Abs. 2, del StGB serían la indeterminación de los delitos acordados, el número mínimo de personas requeridas para llevar a cabo el acuerdo y la necesaria ejecución del delito para la punición de la banda. En este sentido, no existe entre ambas figuras diferencia sustancial, más allá de la clásica distinción que realizó Feuerbach en el pasado cuando identificó a la banda como una subespecie del complot.⁹⁹

Y finalmente, siguiendo la argumentación de la jurisprudencia alemana, tampoco es posible hacer radicar la peligrosidad del comportamiento en banda, y con ello la razón para un merecimiento de pena más elevado, en la peligrosidad de la acción ante la intervención de varios miembros de la banda en el lugar y el momento de los hechos, pues se trata de un presupuesto al que el legislador ha renunciado para la mayoría de delitos en banda.

Así las cosas, no sólo es posible afirmar que el actual concepto de banda en el Derecho penal alemán se basa en la antigua teoría de Feuerbach del complot y la banda como figuras de imputación, sino que

también el mismo resulta incongruente y carente de fundamento razonable alguno.

B. El delito de banda en el Derecho penal colombiano

En Colombia, la legislación penal no cuenta ni ha contado en su historia con un tipo penal o con agravante punitivo que encuentre correspondencia con la figura actual de la banda del derecho penal alemán.

Es a partir del año 2006, aproximadamente, o en todo caso después del proceso de desmovilización de autodefensas y paramilitares, que Estado y medios de comunicación empiezan a utilizar los términos “Banda”, “Bandas Criminales” o “Bacrim” ante el resurgimiento y recrudescimiento de la criminalidad y la violencia, sobre todo en las regiones antes controladas por grupos paramilitares.¹⁰⁰

Así, el Estado colombiano cree necesaria la creación de un nuevo tipo penal, que castigue la sola pertenencia a la banda, con el fin de enfrentar este “nuevo” fenómeno de la “criminalidad organizada”.

1. Seguimiento del proyecto de ley

a. El Proyecto original

El Proyecto de Ley 164 de 2010,¹⁰¹ radicado por el Gobierno Nacional el 5 de octubre de 2010, propuso, entre otros instrumentos, la creación del delito de pertenencia a banda armada.¹⁰²

⁹⁹ El acuerdo o convenio del § 30, Abs. 2, del StGB y el acuerdo de la banda resultan ser los mismos, pues para el acuerdo de la banda no se han planteado hasta hoy exigencias más elevadas frente al acuerdo del § 30, Abs. 2, del StGB. Lo único que cambia finalmente es el objeto del acuerdo. Unos acuerdan realizar un determinado delito; otros, los miembros de la banda, acuerdan realizar delitos de determinado tipo en el tiempo.

¹⁰⁰ Véase Arias, Gerson Iván, “El vuelo de las águilas negras”, *Revista Semana*, lunes 23 de junio de 2008, Bogotá, Colombia, <http://www.verdadabierta.com/conflicto-hoy/50-rearmados/170-el-vuelo-de-las-aguilas-negras->. Véase también Agencia de Prensa IPC–CCEEU, “Exclusivo: Éste es el nuevo mapa del paramilitarismo en la Costa Caribe”, *Revista Semana*, lunes 20 de noviembre de 2006, Bogotá, Colombia, <http://www.semana.com/noticias-on-line/exclusivo-este-nuevo-mapa-del-paramilitarismo-costa-caribe/98400.aspx>; Madrid-Cárdenas Marlon, “Un conflicto que muta”, *Revista Semana*, sábado 26 de diciembre de 2006, Bogotá, Colombia, <http://www.semana.com/noticias-opinion-on-line/conflicto-muta/100224.aspx>; “Los nuevos paras: ¿son nuevos?, ¿son paras?”, *Revista Semana*, martes 13 de febrero de 2007, Bogotá, Colombia, <http://www.semana.com/noticias-on-line/nuevos-paras-nuevos-paras/100994.aspx>.

¹⁰¹ *Gaceta del Congreso*, núm. 737, de 5 de octubre de 2010.

¹⁰² La propuesta legislativa utiliza indistintamente los términos “banda armada” —el cual emplea en la Exposición de Motivos—, “organizaciones criminales” y “grupos de delincuencia organizada” en el cuerpo de la ley. A continuación se transcribe el texto propuesto: “Artículo 19. *Conformación y colaboración con organizaciones criminales*. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 341A, el cual quedará así: Artículo 341A. *Pertenencia a grupos de delincuencia organizada*. El que pertenezca, conforme, integre, fomente, dirija, encabece, contrate o haga parte de un grupo de delincuencia organizada, será penado por ese solo hecho, con prisión de nueve (9) a quince (15) años, independientemente de la configuración de otras conductas punibles.

Parágrafo. Para efectos de la presente norma se entiende por grupos de delincuencia organizada un grupo armado organizado al margen de la ley de conformidad con la ley 418 de 1997, las bandas y redes criminales de conformidad con el decreto 2374 de 2010, o el que lo reemplace o modifique, o un grupo de personas que mediante la utilización de armas de fuego de defensa personal, armas de fuego, municiones o explosivos de uso privativo de la Fuerza Pública cometan los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados establecidos en el artículo 35 de la Ley 906 de 2004, así como los delitos señalados en los artículos 244 y 376 de la Ley 599 de 2000”.

La norma, utilizando una variedad de verbos rectores que se concretan en participar, en cualquier forma, de un grupo delincencial, establece una pena privativa de la libertad elevada para sus infractores.

En un párrafo aparte, el artículo pretende aclarar lo que debe entenderse por “grupos de delincuencia organizada”. Así, refiere la norma, dichos colectivos comprenden agrupaciones armadas al margen de la ley,¹⁰³ bandas criminales¹⁰⁴ y grupos que utilicen armas de fuego para la comisión de delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, entre otros.¹⁰⁵

La exposición de motivos que respalda esta propuesta legislativa deja en claro desde un principio que uno de los objetivos principales de la reforma es la lucha contra la criminalidad organizada, razón por la cual dirige sus esfuerzos a la prevención y al enfrentamiento del fenómeno. Refiriéndose específicamente al delito de pertenencia a banda, organización o grupo criminal, igualmente utiliza este argumento, resaltando el surgimiento, en los últimos tiempos, de nuevas organizaciones de este tipo.

Llama la atención la referencia que se hace en este punto a la legislación de países como Alemania, la cual, refiere, toma como ejemplo “para la elaboración de este delito”.¹⁰⁶

b. Primer Debate en el Senado

En la Ponencia para Primer Debate, la propuesta referida al delito de *Pertenencia a grupos de delincuencia organizada* no mereció crítica fundamental alguna respecto a su viabilidad constitucional, política criminal y

coherencia jurídica, puntos examinados por la respectiva Comisión.¹⁰⁷ Por el contrario, su viabilidad constitucional fue respaldada con el argumento de cumplimiento de los fines del Estado, como aquel de “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. En este punto, el legislador reitera que el nuevo tipo penal sigue la tendencia de países como Alemania, citando para ello el § 129 del StGB.¹⁰⁸

En el acápite de política criminal, la Comisión no hizo referencia específica alguna a la creación del tipo penal propuesto, limitándose a mencionar la decisión del Consejo Superior de Política Criminal de Colombia de “adoptar las medidas necesarias para reducir la impunidad”.¹⁰⁹

Al final de este proceso de primer debate, el legislador se limitó a adicionar un verbo rector más a la conducta: “colaborar”, unificando además la expresión “grupos de delincuencia organizada” para todo el Proyecto.¹¹⁰

c. Segundo Debate en el Senado

En cuanto al Segundo Debate en el Senado de la República, el texto del tipo penal propuesto —*Pertenencia a Grupos de Delincuencia Organizada*— es modificado y posteriormente aprobado en plenaria.¹¹¹ Este nuevo texto elimina la multiplicidad de verbos rectores, reduciéndolos a “pertenecer”, “colaborar” y “hacer parte”. Asimismo, utilizando una mejor redacción, modifica la aclaración de lo que debe entenderse por “grupo de delincuencia organizada”, reduciéndolo al

¹⁰³ Expresión que en Colombia se utiliza con clara referencia a las guerrillas o grupos insurgentes.

¹⁰⁴ La norma hace referencia a las “bandas y redes criminales” de que trata el “Decreto 2374 de 2010, por el cual se crea la Comisión Interinstitucional contra las Bandas y Redes Criminales y se dictan otras disposiciones”, el cual, a su vez, en sus considerandos menciona como tales: “(1) Los Rastrojos, (2) Los Paisas, (3) Los Urabeños, (4) Ejército Revolucionario Popular Antiterrorista Colombiano (ERPAC), (5) Renacer, (6) Los Machos, entre otras. El mismo Decreto 2374 caracteriza estos grupos como “organizaciones de carácter multidelictivo, independientes unas de otras, carentes de cualquier tipo de ideología” que se despliegan “hacia zonas donde convergen las fases de la cadena del narcotráfico” y que llegan a “consolidar (incluso) alianzas con grupos terroristas (FARC y ELN) y con organizaciones delincuenciales”.

¹⁰⁵ Entre otros, delitos de genocidio, homicidio agravado, lesiones personales agravadas, secuestro extorsivo, desaparición forzada, apoderamiento de medios de transporte colectivo, tortura, desplazamiento forzado, constreñimiento ilegal agravado, constreñimiento para delinquir agravado, hurto de hidrocarburos o sus derivados, extorsión, lavado de activos, testaferrato, enriquecimiento ilícito de particulares, concierto para delinquir agravado, terrorismo, instigación para delinquir con fines terroristas, fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, tráfico de estupefacientes y tráfico de personas. Cfr. Art. 35 de la Ley 906 de 2004.

¹⁰⁶ Véase *Gaceta del Congreso*, núm. 737, de 5 de octubre de 2010, p. 15.

¹⁰⁷ Véase *Gaceta del Congreso*, núm. 850, de 2 de noviembre de 2010, numerales 3.2.2, 4.1 y 6.

¹⁰⁸ Si bien la referencia que se hace en este punto es respecto al § 129 del StGB, por error la Comisión que estudia el Proyecto transcribe no el § 129 del StGB sino el § 129a del StGB. La diferencia entre uno y otro precepto radica en que mientras el primero penaliza la Conformación de Asociaciones Criminales, el segundo penaliza la Conformación de Asociaciones Criminales Terroristas. Cfr. *ibid.*, numeral 3.2.2, nota 1.

¹⁰⁹ *Ibid.*, numeral 4.3.

¹¹⁰ *Ibid.*, Pliego de Modificaciones propuesto para Segundo Debate al Proyecto de Ley Número 164 de 2010. Senado, Art. 19.

¹¹¹ El texto modificado reza así: “Artículo 341A. *Pertenencia a grupos de delincuencia organizada*. El que pertenezca, colabore o haga parte de un grupo de delincuencia organizada será penado por ese solo hecho, con prisión de trece (13) a veintidós (22) años, independientemente de la configuración de otras conductas punibles.

grupo de personas que mediante la utilización de armas de fuego cometan determinados delitos. Además, la nueva propuesta aumenta drásticamente la pena privativa de la libertad inicialmente formulada, cambiándola a un mínimo de 13 años y un máximo de 22. Igualmente, utilizando un criterio legislativo, añade un nuevo inciso que agrava la pena para cabecillas o dirigentes de la agrupación.

A la fecha de elaboración de dicho aporte, este es el estado del proyecto de ley: falta aún su aprobación en la otra cámara del Congreso de la República, además de la posterior sanción presidencial.

2. Análisis de la propuesta

Teniendo en cuenta el estado actual de la propuesta legislativa, se hace el siguiente análisis del tipo penal de “Pertenencia a grupos de delincuencia organizada”.

De conformidad con el texto del proyecto, la conducta delictiva a sancionar consistiría en formar parte de un grupo delincencial dedicado a la comisión de los tipos penales a que hace referencia el proyecto; ello, independientemente de los delitos que el grupo o banda pueda cometer.

Lo anterior implica, en primera medida, la existencia de un grupo, el cual se crea y organiza a partir del acuerdo de voluntades para llevar a cabo el fin común. Por ello, no debe olvidarse que, finalmente, lo que el legislador pretende castigar es el simple acuerdo de varios para delinquir de manera indeterminada en el tiempo, sin importar, ni mucho menos exigir, que el grupo ya hubiese cometido o no delito alguno. La simple asociación se penaliza, por constituir un peligro para la comunidad.

Si bien el proyecto de ley, al describir lo que debe entenderse por “grupo de delincuencia organizada”, no hace referencia a elementos más precisos, ha de entenderse que se trata no sólo de una unión de voluntades permanente en el tiempo, sino también de una estructura por lo menos mínimamente organizada. Ello, en primer lugar, por cuanto es de la esencia de todo grupo o asociación criminal la existencia de un

proyecto criminal en común, así sea rústico, para la comisión de delitos. Y en segundo lugar, por cuanto para el cumplimiento de ese proyecto criminal común y objetivo de la agrupación debe existir una mínima organización, así sea rudimentaria.

Una característica especial y esencial del tipo penal la constituye el que la agrupación a que se refiere el delito debe cumplir su objetivo mediante la utilización de armas de fuego de defensa personal o armas de fuego, municiones o explosivos de uso privativo de la fuerza pública, o de ambas.

Este requisito específico del tipo nos trae a la memoria el tipo penal de concierto para delinquir establecido en el Art. 186, inc. 2, del Código Penal de 1980 o Decreto 100 de 1980. Recuérdese cómo en aquel entonces se agravaba la pena del concierto cuando el grupo criminal actuaba con armas.¹¹²

Por su parte, el inciso segundo de la norma propuesta consagra una circunstancia específica de agravación para los cabecillas o jefes del grupo, es decir, para aquellos que dirigen la organización y, por qué no, dan las órdenes de ejecución.

Es de resaltar la extensión que hace el tipo penal al castigar no sólo a los miembros del grupo, sino también a quienes, sin ser miembros del mismo, “colaboren” con éste. De esta manera, se extiende la punición para todo aquel que contribuya, preste ayuda o auxilie de cualquier modo al grupo criminal.

Recuérdese, en todo caso, que el tipo penal no requiere la efectiva ejecución del plan criminal de la banda. El solo acuerdo para ello ya es punible.

C. La banda en el Derecho penal alemán y en el Derecho penal colombiano. Comparación de las figuras

Teniendo en cuenta el relato hecho hasta aquí y que ha dejado en claro el concepto de banda en el Derecho penal alemán y el delito de Pertenencia a Banda o Grupo de Delincuencia Organizada en Colombia, podemos señalar algunas diferencias y similitudes de las dos figuras.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad para quien encabece o dirija el grupo de delincuencia organizada.

Parágrafo. Para efectos de la presente norma se entiende por grupos de delincuencia organizada un grupo de personas que mediante la utilización de armas de fuego de defensa personal, armas de fuego, municiones o explosivos de uso privativo de la fuerza pública cometan los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados establecidos en el artículo 35 de la Ley 906 de 2004, así como los delitos señalados en los artículos 244 y 376 de la Ley 599 de 2000”. Cfr. *Gaceta del Congreso*, núm. 117, de 25 de noviembre de 2010.

¹¹² Cfr. Arenas, Antonio Vicente, *Comentarios al nuevo Código Penal*, tomo II, vol. I, Bogotá, Temis, 1981, p. 184.

La primera y fundamental consiste en que en el Código Penal alemán la “banda” actualmente funciona como circunstancia específica de agravación punitiva para determinados delitos y no como tipo penal independiente, tal como se está proponiendo en Colombia.

Lo anterior implica que, de conformidad con el Código Penal alemán, la agravante específica de comisión en banda solamente es aplicable cuando se comete el delito del cual se deriva la agravación punitiva. A manera de ejemplo, el hurto agravado por comisión en banda (§ 244, Abs. 1, No. 2, del StGB) es sancionado sólo cuando el hurto se ha perpetrado, independientemente de si éste se consuma o queda en fase de tentativa. La sola existencia de la banda o el mero acuerdo de la banda para dedicarse a infringir la ley penal no constituye delito por sí mismo en la legislación penal alemana.

Ahora bien, al margen de que a partir de qué figura se castigue la banda, ya sea como agravante punitiva o como delito independiente, si nos detenemos exclusivamente en la definición de los dos conceptos tendríamos las siguientes diferencias y similitudes entre el concepto de “banda” alemán y el concepto de “grupo de delincuencia organizada” utilizado por la ley colombiana: 1) En ambos casos se trata de la unión permanente de varias personas que tienen como objetivo común cometer delitos aún indeterminados. 2) En ambos conceptos, la peligrosidad de la agrupación radica en el acuerdo de varias personas para infringir en el tiempo la ley penal. 3) Una diferencia se encontraría en el elemento *organización*, el cual no se requiere para la banda del Derecho penal alemán, pero sí, estimo, debe considerarse para el caso de los “grupos de delincuencia organizada” en Colombia. 4) Otra diferencia radicaría en la utilización de armas, que se constituye como elemento especial y esencial para los grupos de delincuencia organizada en Colombia, y que no aparece en el concepto de banda del Derecho penal alemán. Finalmente, 5) Podría hablarse del número mínimo de miembros, para la banda del Derecho penal alemán —que es de tres—, pero para el Grupo de delincuencia organizada en Colombia no se ha hecho referencia expresa, por lo que le corresponderá a la jurisprudencia, de ser sancionado como ley el proyecto, establecer tal criterio.

De esta manera, queda claro que ambas figuras son disímiles no sólo por la función que cumplen dentro del sistema jurídico-penal de cada país, pues una actúa como circunstancia específica de agravación punitiva, y la otra como tipo penal autónomo, sino también por sus características, que si bien coinciden en algunos elementos, difieren en otros.

Teniendo en cuenta lo anterior, surge el interrogante respecto a qué figura se refiere entonces el Proyecto de Ley 164 de 2010 cuando en su Exposición de Motivos y en la Ponencia para Primer Debate se señala que para la elaboración de la propuesta legislativa aquí estudiada “se tomó en cuenta la legislación que para el efecto existe en Alemania” y se “siguió la tendencia internacional especialmente de países [...] como Alemania”, y, evidentemente, como ha quedado aquí a la vista, no estamos ante los delitos en banda del Derecho penal alemán.¹¹³

En efecto, la figura a la que se refiere la Exposición de Motivos y la ponencia para primer debate es aquella establecida en el § 129 del StGB, denominada Conformación de Asociación Criminal (*Bildung krimineller Vereinigung*), la cual, como se anotó en precedencia, castiga a quien funde una asociación criminal cuyos objetivos o actividades estén dirigidos a la comisión de delitos, así como también a quien participe como miembro de tal asociación, la apoye o favorezca, o haga propaganda de ella para ganar miembros o personas que la apoyen.¹¹⁴ Dicha conducta es consagrada de manera agravada en el § 129a del StGB, cuando los delitos que constituyen el fin de la asociación se refieren a determinados tipos penales expresamente señalados allí, como terrorismo, homicidio, genocidio, delitos de lesa humanidad, delitos contra la libertad personal, entre otros.

Lo que la propuesta legislativa no tuvo en cuenta es que el delito de Conformación de Asociación Criminal del Código Penal alemán tiene su equivalente en el Derecho penal colombiano, más exactamente en el delito establecido en el artículo 340 del Código Penal denominado *concierto para delinquir*.¹¹⁵ Incluso esta figura utilizada en el Derecho penal colombiano para la punición de grupos o asociaciones dedicadas a cometer delitos es, como se verá más adelante, mucho más amplia y flexible que el concepto de asocia-

¹¹³ Cfr. *Gaceta del Congreso*, núm. 737, de 5 de octubre de 2010, p. 15, y núm. 850, de 2 de noviembre de 2010, 3.2.2. Nota 1.

¹¹⁴ Véanse notas a pie de página 73 y 89.

¹¹⁵ Cfr. Romero Sánchez, Angélica, *Aproximaciones a la problemática de la criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2006, pp. 271, 272, 280 y 293.

ción criminal utilizado por el Derecho penal alemán, el cual ha llevado a la casi inaplicabilidad del delito como consecuencia de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para su configuración,¹¹⁶ por lo que en la práctica judicial resulta muy difícil demostrar la “voluntad de grupo”, lo que la mayoría de las veces impide la imputación de este tipo penal.¹¹⁷

D. Análisis de la propuesta legislativa y su relación con el Art. 340 del CP colombiano

Es claro que la intención del gobierno colombiano con el tipo penal propuesto, más allá de su objetivo general de lucha contra la criminalidad organizada, es, desde un punto de vista más concreto, lograr la penalización de la sola conducta de pertenencia a un grupo criminal, tal como lo señala el *nomen-iuris* dado al tipo penal: “pertenencia a grupos de delincuencia organizada”, e incluso extenderla más allá, a todo aquel que colabore con la organización.

La primera y principal duda que surge al respecto consiste en determinar si el hoy vigente artículo 340 del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), denominado “concierto para delinquir”, y existente desde el Código Penal de 1837 con el *nomen iuris* “cuadrilla de malhechores”, no sirve para los mismos fines propuestos y queridos por el Gobierno Nacional. ¿Acaso no toda “banda” o “grupo de delincuencia organizada” implica un “concierto para delinquir”? ¿Qué tiene el “grupo de delincuencia organizada” que no tenga el “concierto para delinquir”?

1. El delito de “concierto para delinquir” en el Derecho penal colombiano

En efecto, el Art. 340 del CP colombiano amenaza con pena de prisión el que varias personas se “concierten” o se pongan de acuerdo con el fin de cometer delitos. El inciso segundo de la norma contiene un agravante

punitivo para los casos en que el concierto sea para cometer determinados delitos que la norma ahí mismo relaciona.¹¹⁸ Asimismo, el inciso tercero establece una pena más elevada no sólo para directores y cabecillas del grupo, sino también para todo aquel que organice, fomente, promueva o financie el concierto criminal.

Este tipo penal de concierto para delinquir posee una larga tradición en la legislación penal colombiana; se encuentran rastros de él desde el Código Penal de 1837 o Código Penal de la Nueva Granada, con la denominada “cuadrilla de malhechores”, la cual castigaba a toda asociación de cuatro o más personas que tuviese como objetivo cometer, juntas o separadamente y de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, fueran públicas o privadas.¹¹⁹

De igual manera, el Art. 248 del Código Penal de 1890 mantuvo esta figura,¹²⁰ la cual permaneció hasta el Código Penal de 1936, cuando se sustituyó el *nomen iuris* por “asociación para delinquir”, que castigó la **asociación o banda** (negrilla fuera de texto) de tres o más personas, organizada, que tuviera como propósito permanente la comisión de delitos, y la pena se agravaba para jefes o directores de la misma.¹²¹

Igualmente, el Código Penal de 1980, reemplazando nuevamente el *nomen iuris* de la “asociación para delinquir”, consagró el “concierto para delinquir”, que penalizó, al igual que la legislación hoy vigente, la concertación de varias personas para cometer delitos. En aquellos días se estableció como agravante punitivo, en el inciso segundo del Art. 186 del CP, el actuar en despoblado o con armas; y en el inciso tercero se agravaban las penas no sólo para cabecillas o dirigentes de la organización, sino también para quienes “promovieran” el concierto.¹²²

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, refiriéndose al delito de “concierto para delinquir” del Art. 340 del CP, lo define estableciendo que el mismo “[...] presupone una organización,

¹¹⁶ Véase concepto de Asociación Criminal desarrollado por la jurisprudencia alemana en nota a pie de página 89.

¹¹⁷ Cfr. Sieber Ulrich/Bögel Marion, *Logistik der organisierten Kriminalität. Wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsansatz und Pilotstudie zur internationalen Kfz-Verschiebung, zur Ausbeutung von Prostitution, zum Menschenhandel und zum illegalen Glücksspiel*, Wiesbaden, Dunker & Humblot, 1993, p. 358.

¹¹⁸ Así, genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

¹¹⁹ Véase Art. 277 del CP de 1837, en *Codificación Penal*, tomo VI, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925, p. 468.

¹²⁰ Véase Art. 248 del CP de 1890, en Imprenta Nacional, Código Penal de la República de Colombia, Bogotá, Imprenta Nacional, 1906, p. 47.

¹²¹ Véase Art. 208 del CP de 1936, en Ortega Torres, Jorge, *Código Penal y Código de Procedimiento Penal anotados*, 7ª ed., Bogotá, Temis, 1953, p. 179.

¹²² Véase Art. 186 del CP de 1980, en Peláez Vargas, Gustavo *et al.*, *Código Penal*, tomo I, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 1993.

así sea rudimentaria, conformada por un grupo de personas que previamente se han puesto de acuerdo, o han convenido llevar a cabo un número plural de delitos y de este modo lesionar o poner en peligro indistintamente bienes jurídicos bajo circunstancias no necesariamente singularizables [...].¹²³ Ha aclarado igualmente la jurisprudencia que “el simple hecho de concertarse, pactar, acordar o convenir la comisión de delitos indeterminados es ya punible”, pues, añade la corporación, invocando el querer del legislador, esa asociación, “por sí mism(a) atenta contra la seguridad pública y por ello extendió la protección penal hacia esa actividad, sin que sea necesario exigir un resultado específico para pregonar el desvalor en tal conducta”.¹²⁴ “El concierto para delinquir está descrito como una fórmula que anticipa la barrera de protección de los bienes jurídicos al sancionar el acuerdo de voluntades, sea para cometer delitos, cualesquiera que ellos sean, o para cometer otras conductas delictivas [...]”.¹²⁵

La Corte Constitucional colombiana, con ocasión de un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad del Art. 44 de la Ley 30 de 1986 o Estatuto Nacional de Estupefacientes,¹²⁶ que consagraba de manera específica el delito de concierto para delinquir respecto de las conductas penales establecidas en tal Estatuto, refiriéndose a la figura del “concierto para delinquir” lo definió como

la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto, cuya finalidad trasciende el mero acuerdo para la comisión de un determinado delito, se trata de la organización de dichas personas en una *societas sceleris*, con el objeto de asumir con proyección hacia el futuro la actividad delictiva como su negocio, como su empresa, la cual, valga aclararlo, dado su objeto ilícito se aparta de los postulados del artículo 333 de la Carta Política que la reivindica y protege; lo anterior significa que no existe acuerdo previo entre sus miembros sobre los delitos específicos que cometerán, como tampoco sobre el momento, el lugar o las personas o bienes que se afectarán, sí sobre lo que será su actividad principal: delinquir. Es decir,

que la organización delictiva se establece con ánimo de permanencia, que el pacto o acuerdo que celebran sus integrantes es para desarrollar actividades contrarias a la ley, previa distribución entre sus miembros de acciones y responsabilidades que se complementan para alcanzar un fin. Este tipo de organizaciones al margen y contra la sociedad, cuyo objeto específico es transgredir el ordenamiento jurídico, obviamente constituyen un peligro para la tranquilidad colectiva y atentan contra la seguridad pública, que son precisamente los bienes jurídicos que se pretende proteger con su represión y castigo.¹²⁷

Siguiendo tal postura, la misma Corte resaltó como elementos del delito: 1) la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; 2) que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo, y 3) que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros ponga en peligro o altere la seguridad pública.¹²⁸

2. Convergencias y divergencias entre los delitos de “pertenencia a grupos de delincuencia organizada” y “concierto para delinquir”

Dejando en claro los elementos requeridos para la configuración del tipo penal del Art. 340 del CP, regresamos entonces a la pregunta planteada unas páginas atrás: ¿acaso no toda “banda” o “grupo de delincuencia organizada” implica un “concierto para delinquir”? ¿Qué tiene el “grupo de delincuencia organizada” que no tenga el “concierto para delinquir”? Veamos entonces algunas convergencias y divergencias:

Respecto al grupo criminal requerido:

- Ambas figuras, esto es, tanto el “grupo de delincuencia organizada” como la asociación del “concierto para delinquir” se refieren a un grupo de personas, mínimamente organizadas, que han acordado o tienen como objetivo dedicarse a la infracción de normas penales.

¹²³ CSJ Sentencia 2ª Instancia, Rad. 17089 de 23 de septiembre de 2003. Recogida también en CSJ Sent. Única Instancia, Rad. 26450, 8 de noviembre de 2007.

¹²⁴ *Idem*.

¹²⁵ CSJ Sentencia única instancia, de 21 de febrero de 2011, Rad. 27918.

¹²⁶ *Diario Oficial*, núm. 37.335, de 5 de febrero de 1986.

¹²⁷ CC Sentencia C-241/97.

¹²⁸ *Idem*.

- Igualmente, dado su objetivo, ambas requieren el acuerdo voluntario de los miembros de la agrupación criminal para unirse en tal forma, con la finalidad criminal ya citada.
- También, ambas figuras requieren un mínimo de organización, propio para el cumplimiento de sus fines.

Respecto al objetivo seguido por el grupo:

- Se podría decir que mientras el grupo del concierto para delinquir puede tener como fin la comisión de cualquier conducta tipificada como delito, el grupo de delincuencia organizada debe tener como finalidad la comisión, no de cualquier conducta criminal, sino la de determinados tipos penales, específicamente referidos en la norma, esto es, aquellos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, aunados a los delitos de extorsión y tráfico de estupefacientes.
- Esta diferencia se reduce considerablemente, y en algunos casos llega a la identidad de objetivo, cuando se tiene en cuenta la modalidad agravada del concierto para delinquir establecida en el inciso segundo del Art. 340 del CP, la cual constituye en su totalidad delitos de conocimiento de los jueces penales del circuito especializados, esto es, aquellos cuya comisión, entre otros, puede ser objetivo del “grupo de delincuencia organizada”.
- Este objetivo, prácticamente conjunto para ambas figuras, se ve diferenciado única y exclusivamente en que, para el delito de “pertenencia a grupos de delincuencia organizada”, éste debe pretenderse utilizando armas de fuego de las características referidas en el párrafo del Art. 314a propuesto a través del Art. 22 del Proyecto de Ley 164 de 2010. La figura, entonces, encontraría equivalencia con el antiguo Art. 186, inc. 2º, del Código Penal de 1980.

Respecto a los sujetos activos de los dos tipos penales en correspondencia con sus verbos rectores:

- Ambas modalidades, esto es, tanto el “concierto para delinquir” como la “pertenencia a grupos de

delincuencia organizada” castigan a los miembros de la asociación criminal. Recuérdese que para el concierto para delinquir es suficiente el simple hecho de concertarse, pactar, acordar o convenir la comisión de delitos aún indeterminados.¹²⁹

- Igualmente, para el tipo penal propuesto por el Proyecto de Ley 164 de 2010, el formar parte del grupo o pertenecer al mismo es ya punible.
- También, los dos tipos penales extienden la punibilidad más allá de los miembros pertenecientes al grupo, sea cual fuere su rango, también a quienes, para el caso de los “grupos de delincuencia organizada”, “colaboren”, o, para el caso del concierto para delinquir, a quienes “organicen, fomenten, promuevan o financien” el grupo. Y se pregunta, ¿acaso organizar, fomentar, promover y financiar no son al fin y al cabo formas de colaboración?

E. Conclusión final

No obstante la naturaleza paradigmática que pueda tener el Derecho penal alemán en los procesos de reforma legislativa de varios países en el mundo, como Colombia, es claro que los delitos en banda del Derecho penal alemán, en cuanto a su actual concepción y fundamentación, no constituyen un modelo a seguir.

El Proyecto de Ley en Colombia, que propone la creación del tipo penal de *pertenencia a grupos de delincuencia organizada*, con el fin de luchar contra la delincuencia organizada, más exactamente, contra lo que hoy en Colombia se denomina “Bandas Criminales Emergentes”, no toma como modelo los delitos en banda del Código Penal alemán, a pesar de las afirmaciones contrarias que se hacen en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 164 de 2010.

El tipo penal propuesto en el proyecto de ley colombiano, denominado *Pertenencia a grupos de delincuencia organizada*, antes que encontrar correspondencia con los delitos en banda del Derecho penal alemán podría converger en algunos de sus elementos y en mayor medida con el tipo penal de Asociación Criminal del § 129 del StGB.¹³⁰

¹²⁹ Véase arriba acápite IV. 1.

¹³⁰ Estudios sobre el § 129 del StGB o delito de Asociación Criminal, consúltese Romero Sánchez, Angélica, “Die Definition der kriminellen Vereinigung in deutschen Strafrecht (§ 129 StGB) —Eine historische Analyse—”, inédito. Felske, *op. cit.* Langer-Stein, Rose, *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen*, Múnich, Florentz, 1987. Fürst, Martin, *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB*, Francfort del Meno, Lang, 1989. Grässle-Münscher, Josef, *Kriminelle Vereinigung. Von den Burschenschaften bis zur RAF*, Hamburgo, Europäische Verlagsanstalt, 1991.

Sin embargo, este último ya posee de tiempo atrás su semejante en el Derecho penal colombiano. Se trata del ya tradicional tipo penal denominado actualmente *concierto para delinquir*; presente incluso desde el Código Penal de la Gran Colombia de 1837, llamado en aquel entonces *cuadrilla de malhechores*, reemplazado en el Código Penal de 1936 por la *asociación para delinquir* y que a partir del Código de 1980 se denomina *concierto para delinquir*.

El tipo penal de *pertenencia a grupos de delincuencia organizada*, finalmente, resulta ser un *concierto para delinquir* del Art. 340 del CP colombiano, pero agravado no sólo por los delitos que deben ser objetivo del grupo, sino también porque éstos deben ser cometidos utilizando armas de fuego.

Si el gobierno colombiano lo que quiere, mediante su propuesta legislativa, es castigar la sola pertenencia al grupo criminal, tal como lo ha dejado en claro no sólo en la motivación del proyecto, sino también en diversas intervenciones del presidente de la República,¹³¹ no tuvo en cuenta que ello ya era posible por medio del clásico delito de “concierto para delinquir” del Art. 340 del CP, que de igual manera agrava la pena cuando el concierto es para la comisión de determinados delitos (inc. 2). Luego entonces, la introducción de un nuevo tipo penal en el Código resulta innecesaria.

Obsérvese que, incluso tratándose de la extensión que del tipo penal hace el Art. 340, inc. 3, del CP a quienes, sin ser miembros del grupo criminal, organicen, fomenten, promuevan o financien la organización, puede encontrar coincidencia con el término “colaborar” que utiliza el tipo penal propuesto por el proyecto de ley.

Por otra parte, bien puede prescindirse del elemento referido a la utilización de armas de fuego requerido para la configuración de lo que debe entenderse por un “grupo de delincuencia organizada”, pues tal circunstancia puede reprocharse por medio del “concurso de delitos”, como se ha venido utilizando tradicionalmente por la administración de justicia; o simplemente, adicionando un inciso al Art. 340 del CP, en el que se agrave la pena cuando el grupo uti-

lice armas, tal como lo hacía el inciso segundo del Art. 186 del Código Penal de 1980.

Una alternativa sería la modificación del Art. 340 del CP, adecuándolo en su redacción al discurso actual del gobierno colombiano de lucha contra lo que ha denominado bandas criminales. Así, un *nomen iuris* apropiado sería incluso aquel utilizado por el Código Penal de 1936 (Art. 208), “asociación para delinquir”, o bien, esta vez sí, siguiendo el modelo alemán de “Conformación de Asociación Criminal”. Por medio de este tipo penal se continuaría castigando a todo aquel que forme parte o pertenezca a una asociación o banda, cuya actividad esté dirigida a la comisión de delitos. Aparte, la pena se agravaría para sus cabecillas o líderes, así como también cuando la asociación fuese para cometer determinados delitos graves. Igualmente, siguiendo la tendencia internacional,¹³² mediante otros verbos rectores, sería posible castigar a aquellos que, sin ser miembros de la agrupación, colaboren con ésta, la promuevan o la financien.

Con lo anterior se evitaría la existencia de dos tipos penales semejantes que, en vez de facilitar el trabajo de la administración de justicia, ocasionarían confusión en la aplicación de los mismos.

Téngase en cuenta, en todo caso, la coherencia que, frente al caso alemán, mantiene el actual Derecho penal colombiano para la represión de delitos cometidos por grupos de delincuencia organizada. Así, el solo acto de concertarse, pactar, acordar o convenir la comisión de delitos indeterminados es ya punible a través del delito de concierto para delinquir del Art. 340 del CP, sin que sea necesario exigir un resultado específico, es decir, la comisión de cualquiera de los delitos pactados por el grupo criminal. Ahora, en caso de cometerse cualquiera de los delitos fin de la agrupación, la práctica judicial, así como también la jurisprudencia, aplica el concurso real de delitos; esto es, se imputaría tanto el delito de concierto para delinquir como el delito cometido por el grupo criminal (llámese hurto, tráfico de estupefacientes, etc.), recogiéndose de esta manera el reproche por ambas conductas, sin necesidad de acudir o

¹³¹ Cfr. Palomino, Sally, “Tenemos un reto mayúsculo, la lucha contra las Bacrim”, entrevista con el ministro de Defensa Rodrigo Rivera, *Revista Semana*, Bogotá, viernes 14 de enero de 2011, <http://www.semana.com/noticias-nacion/tenemos-reto-mayusculo-lucha-contra-bacrim-rodrigo-rivera/150129.aspx>.

¹³² A manera de ejemplo, en Alemania el § 129 del StGB castiga además a fundadores y a quienes la apoyen o hagan propaganda de la asociación criminal. Los Arts. 416 y 417 del Código Penal italiano sancionan a quienes promuevan, constituyan, organicen o dirijan la asociación.

debatir una tercera posibilidad, más allá de la configuración de circunstancias específicas o generales de mayor punibilidad, por la intervención de varias personas en la comisión del delito.

Por último, lo que pretende este aporte es proponer que, previamente a la creación de un nuevo tipo penal, se evalúen las consideraciones aquí expuestas y se opte por una mejor solución, que cumpla con el objetivo de utilizar el Derecho penal como herramienta contra la delincuencia organizada, respetando en todo caso las garantías fundamentales predicables de todo Estado Social de Derecho.

Bibliografía

- Altenhain, Karsten, “Die Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 2001, pp. 112-145.
- Arenas, Antonio Vicente, *Comentarios al nuevo Código Penal*, tomo II, vol. I, Bogotá, Temis, 1981.
- Berner, Albert Friedrich, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, Berlín, Heymann, 1847.
- Felske, Karsten, *Kriminelle und terroristische Vereinigungen §§ 129, 129a StGB. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert*, Baden-Baden, Nomos, 2002.
- Feuerbach, Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, Heyer, 1840.
- Fürst, Martin, *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB. Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*, Francfort del Meno, Peter Lang, 1989.
- Goltdammer, Theodor (ed.), *Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten. Theil 1 und Theil 2*, Francfort del Meno, Keip, 1851.
- Grässle-Münscher, Josef, *Der Tatbestand der kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) aus historischer und systematischer Sicht*, Múnich, 1982.
- , *Kriminelle Vereinigung. Von den Burschenschaften bis zur RAF*, Hamburgo, Europäische Verlagsanstalt, 1991.
- Grosse Strafrechtskommission, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 6, Band, Besonderer Teil, 59 bis, 66 Sitzung, Bonn, 1958.
- Hälschner, Hugo, *Das Preußische Strafrecht. Teil 2, Band 1 Allgemeiner Teil*, Bonn, Marcus, 1858.
- , *Das Gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, Marcus, 1881.
- Hessen-Kassel/Ober-Appellationsgericht, *Bemerkenswerthe Entscheidungen des Criminal-Senates des Ober-Appellations-Gerichtes zu Cassel*, Vierter Band, Cassel, 1849.
- His, Rudolf, *Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, Múnich-Berlín, Oldenbourg, 1928.
- Imprenta Nacional, *Código Penal de la República de Colombia, Ley 19 de 1890*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1906.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed. revisada, Berlín, Duncker & Humblot, 1996.
- Joecks, Wolfgang, “§ 30”, en Joecks Wolfgang/ Miebach Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band ½ §§ 1-51 StGB*, Múnich, Beck, 2003. (Citado en MK-Joecks.)
- Kinsig, Jörg, *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Berlín, Duncker & Humblot, 2004.
- Körner, Harald Hans (ed.), *Betäubungsmittelgesetz. Arzneimittelgesetz*, 6ª ed., Múnich, Beck, 2007.
- Kosmalla, Michael, *Die Bandenmäßigkeit im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005.
- Köstlin, Christian Reinhold, *System des deutschen Strafrechts. Abhandlungen aus dem Strafrechte*, Tubinga, Verlag der H. Lauppischen Buchhandlung, 1855.
- Langer-Stein, Rose, *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen (§§ 129, 129 a StGB)*, Múnich, Florentz, 1987.
- Meyer-Goßner, Lutz/Cierniak, Jürgen, *Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, Múnich, C.H. Beck, 2010.
- Mommsen, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899.
- Nagler, Johannes, “§ 49a”, en Ebermayer, Ludwig/Lobem, Adolf/Rosenberg, Werner (eds.), *Reichsstrafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Fünfter Band, §§ 125-137*, 6ª ed., Berlín, De Gruyter, 1944 (citado en LK-Nagler).
- Ortega Torres, Jorge, *Código Penal y Código de Procedimiento Penal Anotados*, 7ª ed., Bogotá, Temis, 1953.

- Peláez Vargas, Gustavo/Escobar López, Édgar/Aguilar Pardo, José (*et al.*) (colab.), *Código Penal*, 3ª ed., Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 1993.
- Romero Sánchez, Angélica, *Aproximación a la problemática de la delincuencia organizada y el delito de asociación ilícita*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2006.
- , “Die Definition der kriminellen Vereinigung in deutschen Strafrecht”, trabajo inédito.
- Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, *Codificación Nacional de todas las leyes de Colombia desde el año 1821, hecha conforme a la ley 13 de 1912*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925.
- Scherer, Martin, *Die Formen der Verbrechensbegehung bei den Rotten- und Bandendelikten im Verhältnis zu den Formen der Verbrechensbegehung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs* (Dissertation), Maguncia, Johannes-Gutenberg-Universität Mainz, 1966.
- Schütze, Theodor Reinhold, *Die notwendige Teilnahme am Verbrechen*, Leipzig, Gebhardt, 1869.
- Sieber, Ulrich/Bögel, Marion, *Logistik der organisierten Kriminalität. Wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsansatz und Pilotstudie zur internationalen Kfz-Verschiebung, zur Ausbeutung von Prostitution, zum Menschenhandel und zum illegalen Glücksspiel*, Wiesbaden, Dunker & Humblot, 1993.
- Temme, Jodocus Donatus Hubertus, *Die Lehre vom strafbaren Betrüge und Diebstahl nach preussischem Rechte*, Nachdruck der Ausgabe von 1840 und 1841, Goldbach, Keip, 1997.
- Tsai, Tun-Ming, *Die Bande als Verbrechensform im deutschen, chinesischen und japanischen Strafrecht* (Dissertation), Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, 1964.
- Wehrstedt, Friedrich-Wilhelm, *Das Komplott in der strafrechtlichen Entwicklung seit der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina) von 1532* (Dissertation), Georg-August Universität Göttingen, 1933.
- Werner (ed.), *Reichsstrafgesetzbuch Leipziger Kommentar Fünfter Band §§ 125-137*, 6ª ed., Berlín, De Gruyter, 1944. (Zitiert: LK-Nagler.)
- Wilda, Wilhelm Eduard, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, Schwetschke, 1842.

ABREVIATURAS

Abs.	Absatz (Inciso)
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (Código Territorial General Prusiano)
AO	Abgabenordnung (Ley General Tributaria)
Art.	Artículo
BayStGB	Bayerisches Strafgesetzbuch (Código Penal de Baviera)
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Boletín Oficial del Estado)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal)
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Compilación de jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, en materia penal)
BT-Drs.	<i>Bundestagsdrucksache</i> (Boletín Oficial del Bundestag)
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Ley de tráfico de estupefacientes)
CC	Corte Constitucional
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CP	Código Penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia
GA	Goldtammer’s Archiv für Strafrecht
JuS	<i>Juristische Schulung</i> (revista)
KorruptionsbG	Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (Ley de lucha contra la corrupción)

LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (Código Penal alemán comentado)
MK	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Código Penal comentado de Múnich)
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (revista)
<i>NSZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (revista)
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (Ley de lucha contra la criminalidad organizada)
PrStGB	Preußisches Strafgesetzbuch (Código Penal Prusiano)
RAO	Reichsabgabenordnung (Ley Imperial General Tributaria)
Rdn.	Randnummer (número al margen)
<i>RGBI</i>	<i>Reichsgesetzblatt</i> (Boletín Oficial del Imperio)
RGSt	Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts (Jurisprudencia del Tribunal Supremo Imperial)
RGSt	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Strafsachen (Compilación de jurisprudencia del Tribunal Supremo Imperial, en materia penal)
RStGB	Reichstrafgesetzbuch (Código Penal Imperial)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal)
StRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts (Ley de Reforma del Derecho Penal)
<i>StV</i>	<i>Strafverteidiger</i> (revista)
V.a.	Versión anterior
V.n.	Versión nueva
VZG	Vereinszollgesetz (Ley de Aduana de la Federación Alemana del Norte)
WürttStGB	Strafgesetzbuch für Württemberg (Código Penal de Württemberg)
<i>ZStW</i>	<i>Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft</i> (revista)



Instituto Nacional de Ciencias Penales
Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal
Editorial Ubijus