

**UNED**

**RESUMEN TESIS DOCTORAL**

**AÑO 2015**

**LA PARTICIPACIÓN Y GRADOS DE EJECUCIÓN EN EL DELITO  
DE TRÁFICO DE DROGAS**

**DOÑA SOFIA FRIEYRO ELÍCEGUI**

**LICENCIADA EN DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL  
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED**

**DIRECTORA: DOÑA MARÍA DOLORES SERRANO TÁRRAGA**

La lucha contra el tráfico de drogas es un problema complejo con implicaciones sociales y económicas que es necesario atajar de raíz, siendo fundamental, en mi opinión, el desarrollo de una política preventiva que debe comenzar a nivel educativo. Las reformas sucesivas de las leyes penales no son suficientes, por sí solas, para terminar con el tráfico de drogas, ni siquiera para controlarlo. Considero trascendental el reforzamiento de la educación e información en esta materia, así como la realización de estudios sociológicos, sin menoscabar la importancia del tratamiento de drogodependientes a efectos de lograr su reinserción social.

La tesis consta de cinco capítulos. En el primer capítulo se hace una referencia histórica a la regulación legal del tráfico de drogas; en el capítulo segundo se analiza desde una perspectiva crítica la afectación de los principios de legalidad y seguridad jurídica y de otros principios de derecho penal en la configuración actual del delito de tráfico de drogas; el capítulo tercero se dedica a analizar el tipo básico del delito de tráfico de drogas del art 368 CP; en el capítulo cuarto se trata de la autoría y otras formas de participación en el tráfico de drogas; finalmente el capítulo quinto está dedicado a la tentativa en el tráfico de drogas.

Para la doctrina, la formulación del art. 368 CP es excesivamente genérica y difusa y carece de la precisión que requiere la idea de seguridad jurídica y el principio de legalidad, y dentro de éste, el mandato de determinación o taxatividad.

La indeterminación del tipo del art. 368 CP deja, según la doctrina, la definición de no pocos de sus rasgos básicos en manos de los aplicadores, delegando en el aplicador un amplio margen de decisión, que ha llevado a una jurisprudencia no ya heterogénea, sino fuertemente contradictoria, en la delimitación entre conductas típicas y atípicas.

Para el TC, la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad, depende tanto de su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su razonabilidad.

Para FERRERES COMELLA, el hecho de que la interpretación hecha por el Juez esté razonada y sea razonable, no convierte en precisa la ley imprecisa. La razonabilidad de la interpretación no neutraliza en absoluto la falta de precisión de la ley.

En materia de tráfico de drogas no podemos entender, en mi opinión, que una jurisprudencia estable pueda convertir en precisa la definición del tipo penal que no lo es cuando incluye conductas consistentes en *promover, favorecer o facilitar*, a pesar de que la jurisprudencia se haya ocupado de incluir en estas locuciones una gran variedad de conductas.

El hecho de que en el delito de tráfico de drogas, se recojan los verbos promover, favorecer o facilitar, implica incluir un gran número de conductas típicas, lo cual, según la doctrina, plantea problemas en relación con las instituciones típicas de la parte general que exigen distinguir entre autoría y participación y entre actos preparatorios e inicio de la tentativa, falta de diferenciación que afecta al principio de proporcionalidad, al equipar la penalidad de conductas con desvalor muy diferente.

La redacción del art. 368 CP otorga al ámbito de los comportamientos típicos una desmesurada amplitud, pues hace que sea punible todo acto que suponga una contribución, por mínima que sea, al consumo de la droga.

En mi opinión, si bien es claro, dada su ubicación sistemática, que en este tipo de delitos se protege la salud pública, la protección de la salud pública debe entenderse también en su dimensión individual en tanto en cuanto que cada individuo es miembro de la colectividad. Coincido con COBO DEL ROSAL cuando señala que la existencia de otros intereses en juego que justifican la lucha contra el tráfico de drogas no debe confundirse con el bien jurídico protegido.

Considero acertado partir de un concepto penal de salud pública para la delimitación de las conductas punibles de las impunes, siendo lo más adecuado la utilización de un criterio médico que tome como referencia la salud individual de las personas.

La jurisprudencia del TS mantiene que para la consumación del delito basta tener una disponibilidad potencial de la droga, sin que sea necesario una posesión material de la misma.

La no exigencia de detentación material de la droga supone una ampliación de los supuestos y de las personas que van a ser castigadas en la práctica por delito de tráfico de drogas; por otro lado, si exigimos la posesión material quedarían impunes conductas más graves, como pueden ser las de organización, que las realizadas por los sujetos que detentan físicamente la droga, por ejemplo, por ser meros transportistas de la misma.

La redacción del art. 368 CP al referirse a la posesión de drogas tóxicas “con aquellos fines” presenta una manifiesta oscuridad sobre cuáles sean los indicados fines: los de ejecutar “actos de cultivo, elaboración o tráfico”, o los de “promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal”.

En mi opinión, la expresión “con aquellos fines” debe entenderse referida tanto al cultivo, elaboración o tráfico, como para favorecer, facilitar o promover el consumo ilegal, por ser la que más se adecúa al tenor literal del precepto que pretende castigar tanto los actos de promoción, favorecimiento y facilitación, como los actos de cultivo, elaboración y tráfico siempre que éstos últimos estén destinados a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas.

La jurisprudencia sostiene que estamos ante un delito de peligro abstracto, de consumación anticipada y de mera actividad.

El cumplimiento del mandato de taxatividad, se ve afectado, según la doctrina, por el adelantamiento de las barreras de protección penal, mediante el uso de la técnica de los delitos de peligro abstracto, como los delitos de tráfico de drogas, lo que dificulta la exacta delimitación de las fronteras de las conductas típicas de ataque a los mismos.

La indeterminación de la conducta típica provoca dificultades de delimitación de los supuestos prohibidos y ha permitido a la jurisprudencia incluir en la misma una gran cantidad de supuestos.

Como ha señalado DOPICO GÓMEZ-ALLER, determinados supuestos son considerados por la jurisprudencia como atípicos porque no suponen un

riesgo para el bien jurídico protegido “salud pública”, o al menos, no un riesgo mínimamente relevante, al ser contactos que tienen lugar entre consumidores, o entre éstos y su entorno inmediato. El problema se plantea, en su opinión, en que al ser el bien jurídico salud pública un bien ideal de perfiles vaguísimos, da lugar a afirmaciones contradictorias del TS sobre qué supone un riesgo para la salud pública y qué no.

DOPICO GÓMEZ-ALLER ha criticado el carácter excepcional con que la jurisprudencia ha considerado los supuestos de impunidad; en su opinión, la jurisprudencia realiza un manejo cuestionable de la carga de la prueba, pues opta por la hipótesis de cargo si no se demuestra con plena certeza la hipótesis de descargo; además, lleva a cabo una estandarización de la prueba de descargo, debiendo concurrir determinados requisitos objetivos fijados jurisprudencialmente.

La jurisprudencia no ha considerado típicos el autoconsumo, el consumo compartido y los supuestos de donación a familiares adictos.

La razón por la que el autoconsumo debe estimarse atípico es, según la doctrina, que no pone en peligro la salud pública y no es una conducta objetivamente idónea para difundir, expandir o propagar el consumo de drogas tóxicas. Aun cuando el sujeto que porta la sustancia estupefaciente sea consumidor, la jurisprudencia ha venido considerando que la droga estaba destinada al tráfico, cuando su cuantía excede del acopio medio de un consumidor.

La jurisprudencia exige la concurrencia de determinados requisitos para la atipicidad de los supuestos de consumo compartido entre adictos, así como en los casos de donación a familiares adictos, supuestos que se denominan de “consumo compasivo”.

Sería conveniente redactar en forma concreta y precisa la conducta, determinando de forma taxativa los supuestos atípicos, lo que contribuiría a reducir la carga de trabajo de la Administración de Justicia y favorecería la igualdad en la aplicación de la ley. A falta de ello, en mi opinión, se debe hacer una interpretación flexible de los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para la atipicidad, evitando que la mera falta de alguno de ellos

pueda llevar a negarla, convirtiendo así los casos de atipicidad en excepcionales, cuando el art. 368 CP no exige la concurrencia de dichos requisitos.

En los supuestos en que existe una relación de convivencia y/o conyugal, de acuerdo con la jurisprudencia, no basta la sola convivencia para que sea imputable al cónyuge el delito de tráfico de drogas. No cabe fundar la responsabilidad del cónyuge en la comisión por omisión, ya que un cónyuge no es garante de que el otro no cometa un delito. Tampoco cabe basar esta responsabilidad penal en el conocimiento que un cónyuge tenga del tráfico que realiza el otro, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal exime de la obligación de denunciar al cónyuge delincuente. Para fundamentar la condena del cónyuge es necesario que éste no tenga una conducta pasiva sino que participe en alguna actividad que pueda ser calificada como facilitación del tráfico o consumo, y ello en base al principio de responsabilidad personal que rige en Derecho Penal.

A diferencia de lo que sucede en el caso de existencia de una relación de convivencia, la jurisprudencia ha afirmado la posición de garante del titular del domicilio respecto de los delitos que se cometan en el mismo por parte de terceros, pudiendo fundamentarse la responsabilidad penal en la omisión de actuar, si bien sólo cuando el ámbito domiciliario se constituye en un factor decisivo para la comisión del delito, permitiendo su más fácil ejecución.

El principio de insignificancia posibilitaba, a falta de la previsión de una atenuación penal en el CP de 1995, existente en la actualidad, la atipicidad de la conducta de tráfico de drogas por falta de antijuridicidad material de la conducta, por la mínima entidad de la droga atendida su cantidad o pureza, al considerarse que faltaba un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública.

La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS ha hecho referencia al principio de insignificancia desde la perspectiva del principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos.

Para la jurisprudencia más reciente la venta de pequeñas cantidades de droga es una conducta típica y antijurídica siempre que se supere la cantidad

que se estima como dosis mínima psicoactiva, que se define como la cantidad mínima de una sustancia química, de origen natural o sintético, que afecta a las funciones del organismo humano.

De manera crítica con la utilización del concepto de dosis mínima psicoactiva por el TS entiende MANJÓN-CABEZA OLMEDA, que no puede identificarse dosis que produce algún efecto en el organismo, dosis mínima psicoactiva, con dosis que resulta idónea para poner en peligro la salud pública. En su opinión, la tipicidad debería afirmarse en cantidades superiores a la dosis mínima psicoactiva, que se moviesen alrededor de las dosis de consumo medias.

El recurso indiscriminado al principio de insignificancia podría dejar fuera de castigo los actos de tráfico de cantidades mínimas, lo que no es recomendable pues la suma de pequeños actos de tráfico puede implicar un daño grave a la salud pública. La fijación de un criterio como el de la dosis mínima psicoactiva ofrece, en mi opinión, mayor seguridad jurídica, al establecer unos criterios cuantitativos mínimos para la tipicidad de la conducta. Si bien puede discutirse si éste es el límite adecuado o no para estimar afectada la salud pública, considero que, en la medida en que la salud pública se debe entender como la suma de saludes individuales, y en cuanto la droga puede ir destinada también a un no adicto, es correcto establecer dicho límite en la cantidad de sustancia a partir de la cual se producen efectos en el organismo humano.

### **AUTORÍA Y FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.**

Según la doctrina, dada la redacción del tipo cualquiera que participe en el *iter delictivo*, ya lo haga en concepto de autor o de partícipe, está promoviendo, favoreciendo o facilitando el consumo ilegal, es decir, que fácilmente se es autor de este delito, de ahí que deba realizarse una interpretación que restrinja la amplitud del tipo.

El fenómeno de la cointervención en el delito puede ser tratado desde dos perspectivas diferentes, según la doctrina. Así, los sistemas unitarios aceptan que todos los sujetos se encuentran al mismo nivel y aceptan la

autonomía de la responsabilidad penal de todos los intervinientes en un delito. Por el contrario, los sistemas diferenciadores distinguen entre sujetos principales y secundarios, lo que conlleva que no existe participación en sí, sino sólo participación en el hecho de otro, en la medida en que el interviniente secundario sería penalmente responsable por su intervención en el hecho del autor.

En mi opinión, de los arts. 28 y 29 CP se deriva que nuestro sistema penal acoge un sistema diferenciador entre autoría y participación, al regularse separadamente los supuestos de autoría de la figura de la complicidad.

La doctrina reprocha al concepto unitario de autor que al excluir cualquier previsión legislativa que sirva para graduar la pena a imponer en atención a la forma de intervención tenida en el delito, llevaría a determinar la sanción penal con arreglo a criterios puramente subjetivos y preventivo-especiales, con lo que se terminaría produciendo una aproximación a los postulados de un Derecho Penal del ánimo o del autor.

Para el concepto extensivo de autor, autor es todo aquél que interviene en el delito poniendo una condición para la comisión del mismo, siempre que no esté comprendido en alguna de las formas de participación que regula expresamente el CP. Será, así, autor todo el que coopera causalmente a la comisión de un delito sin ser inductor, cooperador necesario o cómplice.

Los autores que defienden un concepto restrictivo de autor parten de la idea de la necesidad de mantener la distinción entre autoría y participación pues se entiende que la parte especial del CP no puede derogar, por lo menos tácitamente, los principios establecidos en la parte general.

El concepto restrictivo de autor permite, para PÉREZ ALONSO, delimitar perfectamente el ámbito de lo punible a título de autoría y de participación, por lo que responde adecuadamente a las exigencias del Derecho Penal de un Estado de Derecho, sobre todo, a los principios de legalidad y mínima intervención penal.

El art. 368 CP es un precepto inspirado en una concepción unitaria o extensiva, que, según LÓPEZ PEREGRÍN, eleva a la categoría de autoría conductas que, en rigor, constituirían participación ya que, según el tenor literal

del mismo, cualquier intervención que suponga promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas es una conducta típica. En su opinión, este tipo de formulaciones amplias es excepcional en nuestro derecho, y como tal excepción, debe ser interpretada restrictivamente.

Se debe defender, en mi opinión, un concepto restrictivo de autor, en la medida en que no todo el que interpone una condición causal del hecho es autor. La defensa de un concepto unitario o extensivo de autor implica desconocer el hecho de que, en la realidad, existen distintas formas de intervención en el delito, que merecen una diferente calificación jurídica, con independencia de que el legislador, en algunos casos, inductor y cooperador necesario, por la gravedad de la conducta de participación, haya decidido equiparar la pena del autor a la del partícipe; y ello es así, tanto porque del art. 28 CP se deriva que autor es el que realiza el tipo de la parte especial, y porque el propio art. 29 CP reconoce la figura de la complicidad como otra forma de intervención en el delito distinta de la autoría. La amplitud con que el art. 368 CP define la conducta típica no debe llevarnos, como ha hecho la jurisprudencia, a desconocer las ventajas de un sistema diferenciador entre autoría y participación, en la medida en que permite una más exacta valoración de la capacidad de la conducta para la lesión del bien jurídico protegido, salud pública.

Para la delimitación entre autoría y participación se ha acudido a la teoría objetivo-formal que presenta dos versiones en la doctrina, según que se considere autor a quien realiza cualquier acción ejecutiva o a quien realiza el correspondiente tipo de la parte especial; a teorías objetivo-materiales que atienden a la mayor gravedad o peligrosidad de la conducta para definir al autor frente al cómplice, a la importancia objetiva de la contribución, y también a teorías subjetivas para las que autor es el que quiere el hecho como propio (*animus auctoris*) mientras que el partícipe es el que tiene simplemente ánimo de ayudar, de colaborar en la comisión del delito (*animus socii*).

El concepto subjetivo de autor, según parte de la doctrina, plantea problemas desde el punto de vista del respeto al principio de legalidad, ya que no da importancia a la realización de la acción típica.

Otras teorías son la teoría del acuerdo previo y la teoría del dominio del hecho. Conforme a la teoría del acuerdo previo si entre quienes intervienen en un delito existe un acuerdo antecedente respecto a la comisión del mismo, todos ellos han de ser considerados autores, con independencia de cuál sea el papel concreto de cada uno en su realización material.

De la teoría del acuerdo previo se ha criticado por parte de la doctrina, el que implica sustituir los requisitos legales de carácter objetivo, por un dato subjetivo no previsto por la ley.

Para la teoría del dominio del hecho, debida a ROXIN, es autor en los delitos dolosos quien domina finalmente la ejecución del hecho, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de la realización del delito. La teoría del dominio del hecho distingue entre dominio de la acción en la autoría inmediata, dominio de la voluntad en la autoría mediata y dominio funcional del hecho en la coautoría.

Parte de la doctrina entiende que la idea del dominio funcional del hecho no es adecuada para caracterizar la coautoría porque amplía el concepto de autor más allá de la estricta realización del tipo, perdiéndose con ello las ventajas que hacen aconsejable optar por un concepto restrictivo de autor.

La teoría del dominio del hecho ofrece un criterio excelente para la explicación de la autoría mediata, pero, parte de la doctrina entiende que sus criterios no permiten llegar a determinar qué conductas son de cooperación necesaria y cuáles de complicidad.

Los problemas que plantea la aplicación del dominio funcional del hecho provienen, según LÓPEZ PEREGRÍN, de la pretensión de trasladar directamente a nuestra legislación una teoría desarrollada en Alemania donde no disponen de una figura similar a la del cooperador necesario, y por ello la idea del dominio funcional del hecho nació para poder imponer la pena del autor a sujetos que, de lo contrario, sólo podrían ser considerados cómplices. En su opinión, aplicar, sin matices, la teoría del dominio del hecho al art. 28 CP sería una extensión inadmisibles de la tipicidad más allá de sus límites formales, no justificada por ninguna clase de razón de justicia material.

La sobre-extensión del concepto de coautor, a través de una interpretación amplia del dominio funcional, conduce en España, según parte de la doctrina, a una reducción del ámbito de aplicación de la figura del cooperador necesario.

El art. 28 CP recoge tres formas de autoría: la autoría directa o inmediata, la autoría mediata y la coautoría. Se refiere a la coautoría en su párrafo 1º cuando dice que son autores *quienes realizan el hecho conjuntamente*.

La definición de la coautoría depende de la teoría delimitadora de la autoría de que se parta, teoría objetivo-formal, teoría del dominio del hecho, teoría del acuerdo previo.

Para parte de la doctrina, sólo si cada uno de los coautores realiza elementos típicos puede hablarse de realización conjunta del hecho.

Para otro sector doctrinal, es necesario en la coautoría la existencia de un mutuo acuerdo que permite aplicar el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones de los coautores; sólo “realizan el hecho conjuntamente” quienes se inscriben conscientemente en el plan conjunto, sabiendo que su intervención constituye una parte del mismo.

Desde la teoría del dominio del hecho, se entiende que lo peculiar de la coautoría estriba en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás; el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho pero tampoco ejerce un dominio parcial, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo, así, cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global.

En opinión de REY HUIDOBRO, la ejecución del tipo del art. 368 CP es perfectamente viable utilizando a otra persona de la que se vale el autor como instrumento, autoría mediata, lo que sucede, por ejemplo, cuando se utiliza para la venta y expendición de estupefacientes a personas que son inimputables. El criterio del dominio del hecho es el que permite castigar al autor mediato y no al instrumento.

## FORMAS DE PARTICIPACIÓN

Junto a los autores propiamente dichos recogidos en el párrafo 1º del art. 28 (autoría simple, coautoría y autoría mediata), el art. 28 recoge en su párrafo 2º otras formas de intervención en el delito conceptualmente distintas a la autoría pero que se asimilan en penalidad a aquélla (inducción y cooperación necesaria). El CP menciona los cómplices aparte y los castiga con una pena inferior (arts. 29 y 63 CP).

El inductor es, según la doctrina, un partícipe que el CP equipara al autor a los efectos de pena.

En la inducción, el comportamiento, según la doctrina, ha de tener tal influencia que sin él, el delito no habría tenido lugar; el inductor no tiene la voluntad de cometer el hecho a cuya ejecución instiga.

Para el CP son cooperadores necesarios los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado, por lo que se trata, según la doctrina, de una especie de complicidad que se caracteriza por la importancia de la aportación al hecho del autor.

La cooperación necesaria es, según la doctrina, una forma de participación criminal intermedia entre la autoría y la participación, que tiene como límite máximo la coautoría y como límite mínimo la complicidad.

El art. 29 CP se refiere a los cómplices como aquéllos que, no hallándose comprendidos en el art. 28, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

La complicidad es, para la doctrina, una participación accidental y de carácter secundario.

El cómplice se distingue del inductor, según la doctrina, en que mientras el cómplice interviene en la ejecución del delito, el inductor no.

La jurisprudencia, para que estemos ante un supuesto de complicidad, exige que concurra un requisito de carácter objetivo, que consiste en la participación eficaz activa u omisiva en la realización de la acción delictiva (si esa contribución se puede omitir, sin que por ello se deje de realizar la acción delictiva, estaremos en presencia de un caso de complicidad), y un requisito

de carácter subjetivo, el dolo, que debe abarcar el conocimiento y la voluntad de realizar el acto de colaboración y el conocimiento de que con ese acto se está contribuyendo a la realización del delito del autor. Es necesario que el comportamiento del cómplice tenga una naturaleza secundaria y que su colaboración sea fácilmente reemplazable y de escasa consideración.

Según la jurisprudencia, la aplicación de la complicidad permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar.

Desde el concepto restrictivo de autor que defiende, se debe diferenciar entre los supuestos de autoría y participación (cooperación necesaria, inducción, complicidad) siendo criticable la forma confusa e intercambiable en que la jurisprudencia se refiere a los casos de autoría y cooperación necesaria.

Para parte de la doctrina, el cómplice se distingue del autor/coautor en que no lleva a cabo la conducta principal dominándola, pero ayuda a su realización.

La complicidad se distingue de la coautoría, según el TS“(…) *en la carencia del dominio funcional del acto*”.

En opinión de JAKOBS, el dominio del hecho lo tienen tanto los autores como los cómplices, pero mientras que los autores configuran lo característico, los cómplices configuran más bien lo accesorio. Sólo hay un más o menos de dominio del hecho de los intervinientes.

Según la doctrina, el empleo por la jurisprudencia del criterio del dominio funcional del hecho para distinguir los supuestos de coautoría, obliga a un estudio caso por caso para determinar si existe, en los supuestos en que varias personas concurren a la comisión del delito, coautoría o complicidad, lo que supone una ausencia de uniformidad en las soluciones de los Tribunales en materia de tráfico de drogas.

La distinción entre cooperador necesario y cómplice es la que mayor relevancia práctica tiene, dado que, mientras que el cooperador necesario se equipara a efectos de pena al autor, al cómplice se le impone la pena inferior en grado a la prevista para los autores del delito.

El grado de contribución a la ejecución del hecho es, según la doctrina, el criterio a que atiende el CP para distinguir entre complicidad y cooperación necesaria, de modo que sólo integran el ámbito de ésta última aquellos casos en los que, sin el acto de cooperación, el hecho típico del autor no se habría efectuado.

Entre las teorías que se han formulado para distinguir entre cooperación necesaria y complicidad están: las teorías subjetivas (el *animus auctoris* es el que separa al autor por cooperación necesaria del mero cómplice), la teoría de la *conditio sine qua non*, (si suprimida mentalmente la conducta del partícipe, se hubiera producido igualmente el resultado delictivo, éste debe ser calificado de cómplice; en caso contrario, debe ser reputado como cooperador necesario), la teoría de la necesidad (cooperador necesario sería aquél que tiene una intervención directa en el delito, es la causa eficiente y necesaria del mismo, sin la cual el resultado no se hubiera producido, es el cómplice principal y necesario y, por ello, merece el mismo castigo que el autor; en cambio, el simple cómplice interviene indirectamente con actos accesorios y de menor importancia objetiva, que favorecen la realización del hecho, pero sin los cuales el resultado igualmente se hubiera producido), la teoría de los bienes escasos (una conducta será cooperación necesaria si era difícil de conseguir, bien escaso, mientras que si el autor podía conseguir fácilmente la misma, bien abundante, estaremos ante un supuesto de complicidad), el subjetivismo-psicológico (habrá cooperación necesaria cuando el partícipe incide sobre el proceso de decisión del autor, motivándolo con su ayuda a ejecutar el delito) y la teoría del dominio del hecho (será cooperador necesario quien tiene el dominio del hecho, es decir, la posibilidad de interrumpir la realización de la acción típica, y cómplice el que realiza actos de ayuda sin participar en la decisión ni tener el dominio final del hecho).

Para distinguir entre cooperación necesaria y complicidad, la jurisprudencia, se ha referido a la teoría de la necesidad, a la teoría de la *conditio sine qua non*, a la teoría de los bienes escasos y a la teoría del dominio del hecho. En otras ocasiones, según el TS, lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni

otro tienen, sino que lo decisivo es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores.

También, según el TS, lo determinante para diferenciar entre cooperación necesaria y complicidad, no es el concierto de voluntades, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que la actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido.

Los defensores de la teoría del dominio del hecho suelen incluir la cooperación necesaria en la categoría de dominio funcional, que se da en los que actúan conjuntamente, repartiéndose partes esenciales del plan delictivo de forma que ninguno de ellos posee el completo dominio del hecho, entendiéndola así como un supuesto de verdadera coautoría.

El inconveniente que presenta la teoría del dominio del hecho es, según la doctrina, la imposibilidad de distinguir entre autoría en sentido estricto, que se caracteriza por el dominio del acto o del hecho, y la cooperación necesaria. De ahí, que se haya sostenido la conveniencia de suprimir la llamada autoría por cooperación necesaria estimando que es suficiente con la autoría conjunta, en la que se podrían incluir todos los supuestos que habitualmente se tratan como cooperación necesaria.

Para LÓPEZ PEREGRÍN, los problemas de delimitación entre complicidad y cooperación necesaria no se deben resolver ni suprimiendo la cooperación necesaria y convirtiendo en facultativa la actual atenuación obligatoria de la pena del cómplice, ni otorgando al Juez la facultad de imponer al cómplice, en los supuestos más graves, la pena del autor, pues estas soluciones suponen convertir la inseguridad jurídica derivada de las dificultades de diferenciación en absoluta libertad del Juez, y además, si se suprime la cooperación necesaria, se acrecentaría la necesidad de delimitación entre coautoría y complicidad. En su opinión, desde el punto de vista de un Derecho Penal protector de bienes jurídicos, no pueden ni deben ser igualmente desvaloradas conductas posibilitadoras del resultado delictivo y conductas meramente incrementadoras del riesgo de comisión del delito por otro, mucho más lejanas de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Comparto la opinión de LÓPEZ PEREGRÍN de que la discusión sobre la atenuación facultativa de la pena no justifica el tratamiento arbitrario que la

jurisprudencia realiza de la distinción entre cooperador necesario y cómplice mientras se mantenga la actual diferenciación legal.

Otro sector doctrinal se muestra a favor de la supresión de la figura del cooperador necesario y del establecimiento de una figura unitaria de cooperación, si bien considera conveniente, en lugar de una atenuación facultativa de la pena para el cooperador, redactar el precepto de manera que quede claro que el cooperador sólo responderá con la pena prevista para el autor en casos muy concretos, con el fin de conseguir que la equiparación de la pena del cooperador con la del autor sea excepcional.

Los problemas de delimitación entre cooperación necesaria y complicidad no se deben resolver, en mi opinión, suprimiendo la cooperación necesaria, puesto que esta figura jurídica permite una mejor adecuación de la pena a la gravedad de la conducta, según la importancia de la contribución. El establecimiento de una atenuación facultativa de la pena para los casos de complicidad, en lugar de la actual obligatoria, no haría sino aumentar el margen de arbitrio judicial. Además, en los delitos de tráfico de drogas, en que la admisión de los supuestos de complicidad es excepcional, llevaría a que prácticamente todos los casos fueran castigados con la pena del autor.

Por su parte, la teoría del acuerdo previo conduce, según parte de la doctrina, a una ampliación desmesurada del ámbito de la coautoría a costa de la complicidad, y además implica la determinación de la autoría atendiendo a criterios subjetivos sin base legal alguna, en perjuicio de los criterios objetivos que sí establece la norma penal. Comparto la opinión de que la teoría del acuerdo previo supone una ampliación desmesurada de los supuestos de coautoría, atendiendo además a criterios subjetivos, lo que es criticable en un Estado de Derecho.

Para la jurisprudencia, la complicidad quedaría reservada para actuaciones periféricas, no nucleares, prescindibles y no esenciales, sin perjuicio de reconocer que el cómplice participa del mismo dolo que el autor.

Son numerosos los supuestos que la jurisprudencia ha considerado como constitutivos de autoría, consecuentemente con la defensa de un concepto extensivo de autor. Así, han sido calificadas como autoría conductas

consistentes en la distribución a terceros de sustancias estupefacientes, realizar actos propios de tráfico ilícito, organizar la operación de adquisición de la droga, el transporte de la droga, labores de carga y descarga de la droga desembarcada, braceros, conductas de acompañamiento en el vehículo en que se encuentra oculta la droga, al entender, en este caso, que se tenía conocimiento del transporte, organizar el envío de droga desde el extranjero a España, asumir la gestión del cobro de la droga, el pilotaje de la embarcación en que se transporta la droga, encargarse dentro de un entramado organizativo plural de conseguir los vehículos para transportar la droga o el ser destinatario de un paquete conteniendo droga.

La jurisprudencia ha venido identificando los supuestos de cooperación necesaria con los de autoría, condenando en concepto de autor, de manera que prácticamente no se pueden encontrar sentencias que condenen como cooperador necesario. Si bien dicha falta de diferenciación no tiene repercusiones en el plano penológico, sería deseable, en mi opinión, que la jurisprudencia distinguiera entre supuestos de participación, cooperación necesaria, y autoría.

Al manejar el art. 368 del CP un concepto extensivo de autor, se dificulta enormemente, según la doctrina y la jurisprudencia, la aparición de la figura de la complicidad, por lo que prácticamente todas las conductas son constitutivas de autoría, ya que cualquier acto de favorecimiento o facilitación del consumo de drogas por terceras personas, según la dicción de dicho precepto, es comportamiento propio del autor.

Los inconvenientes derivados del mantenimiento de un concepto extensivo de autor han llevado a la admisión excepcional por la jurisprudencia de supuestos de complicidad en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal, y que se han denominado como casos de “favorecimiento del favorecedor”, que hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado art. 368.

Para la jurisprudencia la aplicación de supuestos de complicidad en los delitos de tráfico de drogas permite una mayor proporcionalidad en la

individualización de las responsabilidades penales derivadas de la intervención en el delito.

La doctrina ha criticado el hecho de que en la jurisprudencia del TS supuestos idénticos sean calificados en ocasiones como cooperación necesaria y en otras como complicidad, según que la actuación represente una contribución más o menos importante a la comisión del delito, y dependiendo del criterio de distinción empleado por el TS para diferenciar entre cooperación necesaria y complicidad, con la consiguiente merma de seguridad jurídica.

Entre los casos que la Sala de lo Penal del TS ha calificado de complicidad están el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores; la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía; la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas; recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación; facilitación del domicilio de venta y precio de la droga; realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga; acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos; encargarse de los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma.

En supuestos de envío de droga desde el extranjero sin haberse concertado el receptor de la droga con el remitente y para hacer entrega de la sustancia a un tercero, o como simple tenedor fugaz, la jurisprudencia castiga esta forma de participación por la vía de la complicidad y no de la autoría.

La doctrina ha criticado que la falta de un criterio preciso de diferenciación entre autoría y complicidad obliga a acudir a un sistema de lista para, según el momento, saber si una conducta habrá de ser imputada a título de complicidad.

No están claros, en ocasiones, en la jurisprudencia los supuestos que merecen la calificación de autoría, cooperación necesaria o complicidad. Según la jurisprudencia, la actividad de vigilancia en el tráfico de drogas, puede ser constitutiva de autoría o cooperación necesaria. La consideración como autor de quien efectúa labores de vigilancia se basa, en ocasiones, en el criterio del

dominio funcional en las operaciones de transporte de droga, y en otras, en la teoría del acuerdo previo. En general, las labores de vigilancia se han considerado como autoría o cooperación necesaria porque hay acuerdo previo respecto del plan delictivo, se tiene el dominio del hecho delictivo y constituye directamente una acción de facilitar o favorecer el tráfico de drogas, siendo un acto fundamental. Sin embargo, en alguna ocasión se ha condenado como cómplice a quien acompaña a uno de los autores del delito, a petición de éste, para efectuar labores de vigilancia en el lugar donde se iba a efectuar el intercambio de droga, al entenderse que “favorece al favorecedor” y por ser su única vinculación con el principal favorecedor del tráfico ilícito. Se considera una mínima colaboración en el plan criminal, al ser la aportación reemplazable y carecer del dominio funcional del hecho.

La doctrina se muestra también dividida a la hora de calificar la conducta del que interviene como vigilante en un acto delictivo, en este caso, en el tráfico de drogas.

Parte de la doctrina entiende que el vigilante puede ser coautor si cumple una función independiente y esencial en la realización del delito o cómplice si, por el contrario, ocupa un lugar subordinado, dependiente e innecesario.

Desde la teoría de los bienes escasos, se entiende que la vigilancia, por ser una actividad criminal es escasa y es constitutiva de cooperación necesaria en dos supuestos: cuando el delincuente se decide a cometer el delito sólo porque cuenta con un vigilante y considera entonces que los peligros son menores, y cuando la ayuda del vigilante sólo refuerza la decisión tomada, pero es además causal para el resultado porque el vigilante ha avisado de la llegada de la policía. Si el delincuente, ya decidido a delinquir, se ve simplemente fortalecido en su propósito por la colaboración del vigilante, su conducta sería constitutiva de complicidad.

En mi opinión, el vigilante en el delito de tráfico de drogas podrá ser cooperador necesario o cómplice, atendiendo a la importancia de su contribución en el caso concreto desde una perspectiva *ex ante* con independencia de que *ex post* el autor logre o no el fin perseguido; es decir, se deberá valorar desde una perspectiva *ex ante* si dicha contribución era

absolutamente necesaria, dadas las circunstancias del caso concreto, para la realización del hecho, pues, en caso contrario, la conducta sería constitutiva de complicidad. El criterio del acuerdo previo y el dominio funcional del hecho implican una ampliación desmesurada de los supuestos de autoría en detrimento de otras formas de participación en el delito.

La recepción de un paquete conteniendo droga ha sido calificado en ocasiones como autoría, al aparecer dicha conducta encuadrable como un eslabón integrado en la cadena de tránsito ilícito de la droga, y en otras, como complicidad; se castiga como complicidad aquellos casos de recepción de paquetes en el domicilio conteniendo sustancia estupefaciente cuando no existe concierto entre el receptor de la droga con el remitente y por tratarse de un tenedor fugaz encargado de entregar la droga a un tercero.

La conducta consistente en la captación de compradores ha sido en ocasiones calificada de coautoría, porque no se favorece al favorecedor, sino al auténtico ejecutor material del delito, y en otras, como complicidad cuando se trata del mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores o también se califica como complicidad la conducta consistente en la estancia continuada en un portal con el fin de ayudar al vendedor en su negocio de tráfico de drogas, indicando a los compradores dónde adquirir la droga y acompañándoles al piso donde se vendía la misma.

Si bien la jurisprudencia más reciente condena como autoría la conducta consistente en participar en las labores de descarga y carga del hachís desembarcado en la playa, esta conducta ha sido también calificada como complicidad, al entender que se trata de un acto de favorecimiento del tráfico.

La conducta de acompañamiento en el vehículo en que se transporta la droga ha sido calificada en ocasiones de autoría, y en otras, como complicidad.

#### LAS CONDUCTAS NEUTRALES

En materia de tráfico de drogas se plantea también la problemática propia de las conductas neutrales que son conductas que constituyen para el sujeto acciones cotidianas e inofensivas, desarrolladas la mayoría de las veces en el marco de su trabajo, pero que una vez incorporadas por el autor a su plan

delictivo, en la medida en que pueden elevar el riesgo para el bien jurídico y resultar causales para el resultado principal, pueden fundamentar responsabilidad penal.

Ejemplos de estas conductas neutrales son indicar a alguien dónde puede comprar droga o no impedir que se venda droga en una pensión, o también vender un barco que se utiliza *a posteriori* para transportar droga.

También sería un ejemplo de conducta neutral, la del taxista que en el desarrollo de su actividad profesional traslada en su taxi a los que llevan droga para traficar con ella, o en mi opinión, también la empresa de transporte de mercancías que en el desarrollo de su actividad empresarial es utilizada ocasionalmente, por un tercero, para transportar droga oculta en la mercancía.

Con el fin de limitar la punibilidad de la complicidad en los supuestos de conductas neutrales se ha atendido a limitaciones de carácter subjetivo y objetivo o a una combinación de criterios objetivos y subjetivos.

Para las teorías que intentan buscar limitaciones de carácter subjetivo es el conocimiento del colaborador lo que determina el carácter jurídicamente desaprobado de la acción cotidiana.

Las teorías objetivas ponen énfasis en aspectos objetivos que ayuden a dotar de criterios materiales a la tipicidad para así garantizar una mayor cota de seguridad jurídica y acercar el modelo de Derecho Penal a parámetros de intervención punitiva de conformidad con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y lesividad material.

Dentro de las teorías que atienden a criterios objetivos están la teoría de la adecuación social/profesional (según la teoría de la adecuación social las acciones que se mueven dentro del orden ético-social establecido de la vida en sociedad deben quedar fuera del injusto. Para la teoría de la adecuación profesional, como desarrollo de la teoría de la adecuación social, quien obra de acuerdo con las normas profesionales obtendría la presunción de obrar también de forma atípica), la teoría de la solidaridad con el injusto ajeno (el que contribuye a la ejecución de un delito sólo deberá ser castigado como cómplice cuando se solidarice con el hecho del autor, esto es, cuando ostensiblemente se coloque del lado de la antijuridicidad), la teoría de la relación delictiva de sentido (desde esta teoría, se ha afirmado la posibilidad de

una colaboración penalmente relevante sólo cuando una determinada acción, bajo las circunstancias dadas, tiene por sí sola el sentido de contribuir a la comisión de un delito) y la teoría de la imputación objetiva (para esta teoría, la solución a los casos de complicidad mediante acciones neutrales, debe darse en el seno de la teoría del tipo objetivo).

Para ROBLES PLANAS, en el ámbito de las conductas neutrales se debe analizar si se da o no la creación de un riesgo penalmente relevante de participación en el delito, es decir, si el partícipe crea un riesgo especialmente apto o idóneo para que el delito sea cometido por otro, lo que ocurrirá, por una parte, cuando se infrinjan deberes especiales que el ordenamiento jurídico impone precisamente para evitar que determinada clase de aportaciones sean tomadas por otro para cometer un delito, o bien cuando no existiendo tales deberes especiales, se realice una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido.

Para ROBLES PLANAS, lo decisivo es si la conducta previa realmente está configurada delictivamente, pero también cuanto más cercana esté la producción del delito más fácil será determinar si estamos o no ante una conducta de adaptación.

Para ROBLES PLANAS, la razón especial que conduce a afirmar que el hecho también se imputa a la propia conducta del interviniente, es que su conducta contenga un *riesgo especial de continuación delictiva*. Y las condiciones para la presencia de un *riesgo especial de continuación delictiva* van a depender del contexto en el que se verifique la conducta, y así, cuanto más ubicua o cotidiana sea una determinada acción, más difícil resultará hallar una razón convincente para fundamentar la punibilidad del partícipe.

Según ROBLES PLANAS, indicar a alguien dónde puede adquirir droga no es aún intervenir en un delito, y sin embargo, acompañar hasta el punto de venta de droga determinado, en connivencia con el vendedor, constituye una conducta de complicidad en el delito de tráfico de drogas. Igualmente sería complicidad en el delito de tráfico de drogas, prestar la habitación de un hotel para que se realicen intercambios de droga. Si bien entiende que una habitación de hotel es un bien al que puede acceder cualquier persona, puede que en un contexto determinado, por ejemplo, cuando la fotografía del

traficante se difunde en la prensa, suponga una adaptación a las necesidades específicas del autor.

¿Y entonces qué sucede cuando quien transportando droga que va a destinar al consumo de terceros, solicita al taxista que le lleve hasta el lugar de destino donde le esperan los compradores?. Siguiendo la concepción de ROBLES PLANAS, la prestación del taxista es ubicua, fácilmente intercambiable, y por tanto se podría entender impune. Pero, ¿y si el cliente indica al taxista que en el camino debe evitar la presencia de la policía?. En este contexto concreto, es claro que al traficante le sería más difícil encontrar un taxista dispuesto a realizar la prestación, por lo que, a mi entender, la conducta debería calificarse como de complicidad en el delito de tráfico de drogas, sin perjuicio de que dada la configuración de este tipo legal pueda ser calificada de autoría.

En mi opinión, para diferenciar los actos neutrales de los que no lo son, se deben combinar criterios objetivos y subjetivos. En el ámbito del delito de tráfico de drogas, puesto que es un delito doloso, se requerirá la existencia de dolo directo o eventual para que la conducta deje de considerarse neutral, pero además ello deberá combinarse con los criterios objetivos que hemos visto maneja la doctrina (adecuación profesional, efectivo favorecimiento, relación de sentido delictiva, riesgo permitido). No basta la concurrencia de dolo, pues ello conduciría a un Derecho Penal del ánimo y a una extensión desmesurada del ámbito de lo punible, llevando a castigar, por ejemplo, al que con dolo directo o eventual venda un robot de cocina que va a ser utilizado por un conocido traficante para preparar la droga destinada a la venta. Puesto que el robot de cocina es un instrumento fácilmente adquirible de cualquier otro vendedor no existe una conducta de adaptación ni de favorecimiento al hecho delictivo, ni se aumenta el riesgo de comisión del delito.

### **GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.**

El ser el delito de tráfico de drogas un delito de mera actividad, de peligro abstracto y de consumación anticipada, junto con la amplitud de la descripción de la conducta típica, dificultan enormemente, según la doctrina y la jurisprudencia, la apreciación de formas imperfectas de ejecución.

El hecho de que el legislador haya castigado como consumadas acciones que materialmente se encuentran aún en el estadio de la tentativa, supuestos denominados de consumación anticipada, se debe, según la doctrina, a motivos de política criminal, puesto que el legislador, debido a la gran importancia de determinados bienes jurídicos, desea adelantar su protección.

Existe tentativa, según la doctrina, cuando se inicia dolosamente la ejecución del injusto penal, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación, la cual no se produce por circunstancias que son ajenas a la voluntad del sujeto.

La jurisprudencia del TS ha mantenido que la pena para los casos de tentativa debe bajarse un solo grado en caso de tentativa acabada y dos en los supuestos de tentativa inacabada o inidónea, y cuando la actividad desplegada por el delincuente no revela gran energía criminal.

Debe ser objeto de crítica, en mi opinión, el hecho de que los actos preparatorios puedan resultar más gravemente penados que los supuestos de tentativa en que el grado de peligro para el bien jurídico es mayor, al haberse iniciado actos de ejecución, ya que el acto preparatorio de un delito de tráfico de drogas puede ser castigado con la pena inferior en un solo grado, mientras que si el sujeto hubiera iniciado actos de ejecución pero sin realizar todos los que objetivamente debieran producir el resultado, tentativa inacabada, la jurisprudencia viene imponiendo la pena inferior en dos grados.

Para la doctrina, muchas de las conductas previstas en el art. 368 CP son actos de tentativa especialmente previstos, respecto de los cuales no cabe la punición de formas intentadas, ya que, según el art. 64 CP, las reglas anteriores, entre ellas las reglas relativas a la determinación de la pena en la tentativa, no serán de aplicación en los casos en que la tentativa se halle especialmente penada por la ley.

No obstante las dificultades de apreciación de la tentativa, no es imposible, según REY HUIDOBRO, la existencia de supuestos de tentativa al recoger el art. 368 CP conductas como el cultivo o elaboración de drogas que pueden contener una modificación de la realidad en sentido físico, y por tanto,

pueden justificar la existencia de un delito no consumado, en los supuestos en que los actos de cultivo o elaboración no lleguen a completarse por causas ajenas a la voluntad del sujeto; así, es un supuesto de tentativa la posesión ilegal de semillas destinadas al cultivo, pero que aún no reúnen la cualidad de estupefaciente. También cabría apreciar la tentativa, para este autor, en aquellos casos en que el sujeto, por causas independientes a su voluntad, no llega a conseguir la disposición de la sustancia, por ejemplo, en aquellos casos en que, concertados previamente comprador y vendedor en encontrarse en un lugar para la transmisión de la droga, el comprador no logra la posesión de la sustancia, al no poderla adquirir por la intervención de la policía; dicho comprador debería, en su opinión, responder como autor de un delito en grado de tentativa. El simple encuentro de voluntades sobre la sucesiva cesión de la mercancía, no constituye para el comprador más que una tentativa de delito, pues no existe una tenencia previa de la sustancia encaminada al tráfico, como en el caso del vendedor, que suponga una consumación anterior.

Según REY HUIDOBRO, se ha admitido la tentativa en relación con los delitos de peligro abstracto, siempre que la acción pueda fraccionarse en varios actos antes de la consumación. No admiten desglose y por tanto, tentativa, todas aquellas conductas típicas que exigen para su ejecución la posesión previa de la sustancia estupefaciente, pues esa conducta consume el delito con antelación a los posteriores actos típicos que la requieren (venta, donación, transporte). Sin embargo, sí cabría tentativa cuando el delito de mera actividad requiera para su ejecución de una serie de actos sucesivos; es el caso del cultivo, la elaboración y la posesión de estupefacientes que requieren un acontecimiento externo y admiten el desglose en una serie de actos encaminados a cometer el delito, por lo que si estos actos idóneos dirigidos a su perfección no llegan a completarse, por causas ajenas a la voluntad del sujeto, darían lugar a un delito imperfecto.

En opinión de ACALE SÁNCHEZ, sólo respecto a la modalidad típica de posesión “con aquellos fines”, porque así lo ha querido el legislador, no cabe castigar la tentativa, pues desde el momento en que un sujeto tenga en su poder las drogas tóxicas, si mediante indicios se deduce la finalidad al tráfico, el delito siempre va a quedar consumado, a no ser que todavía no se haya

producido la efectiva posesión, y ello es así porque se trata de un delito que se consuma antes de que se destine la posesión a la difusión efectiva de las drogas tóxicas. Según esta autora, todas las demás conductas que castiga el legislador en el delito de tráfico de drogas admiten *a priori* la tentativa, cuando el acusado no ha llegado en momento alguno a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga, no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediatamente.

En opinión de ALCÁCER GUIRAO, cuanto mayor amplitud se otorgue por la jurisprudencia al término de la “posesión”, incluyéndose en él incluso casos en los que el autor ni siquiera ha podido, fácticamente, acceder a la sustancia, como son todos los envíos frustrados por intervención policial antes de la mera recepción en el lugar de destino, menor será la posibilidad de admitir formas de imperfecta ejecución, lo que conllevará, una exasperación de la punibilidad, ya que se ampliaría el ámbito de la consumación en detrimento del de la tentativa.

Según JOSHI JUBERT, mientras que el cultivo, la elaboración y la posesión sólo ponen en peligro el bien jurídico salud pública, las conductas de tráfico y de promoción, facilitación y favorecimiento lesionan efectivamente el bien jurídico salud pública. Las primeras, según esta autora, sólo pueden castigarse por el art. 368 CP en su forma consumada pues se trata, en realidad, de fases previas a la consumación en sentido material, especialmente previstas en la parte especial. En cambio, las conductas de tráfico, promoción, facilitación y favorecimiento lesionan efectivamente el bien jurídico salud pública, y por lo tanto, respecto de ellas, sí puede admitirse la punición de la tentativa.

Según ACALE SÁNCHEZ, cuando interviene la policía impidiendo la recolección de la cosecha, no puede decirse que se esté ante una mera tentativa, pues el delito, en la modalidad de cultivo, ya habría quedado consumado con anterioridad, siendo la recogida de la cosecha un acto posterior impune.

La jurisprudencia ha reconocido la existencia de tentativa en algunos supuestos de cultivo en semillero, de muy reducidas dimensiones, sobre la base de que tal cultivo no se encontraba en condiciones de servir para la

extracción del látex necesario de donde obtener el opio, y al desconocerse la cantidad de sustancia que se hubiera podido extraer de las plantas una vez desarrolladas completamente.

En los casos de envío droga desde el extranjero, la jurisprudencia ha entendido que la existencia de acuerdo o concierto para la adquisición de la droga con disponibilidad de la misma por parte del vendedor consuma el delito para vendedor y comprador, aun cuando no se haya efectuado la entrega, y ello porque también la compraventa civil se estima perfeccionada por el simple acuerdo consensuado, por lo que también se entiende que se ha producido la consumación en los delitos de tráfico de drogas, aun cuando la droga no se haya traspasado real y efectivamente.

Algunos autores han criticado esta postura jurisprudencial, entendiendo que deben ser calificados como tentativa los supuestos en que es detenido en el aeropuerto el sujeto que debe recibir la droga antes o justo en el momento de encontrarse con el pasajero que la transporta, ya que la cadena o ciclo de tráfico queda interrumpido.

Según la doctrina, el criterio delimitador del acuerdo previo utilizado por la jurisprudencia para distinguir la consumación de la tentativa, provoca confusión, ya que, desde el punto de vista dogmático, es un criterio exclusivamente idóneo para distinguir la coautoría de la participación punible.

Para la admisión de la tentativa en los supuestos de envío de la droga desde el extranjero por paquetes u otro medio similar, la jurisprudencia ha exigido que la intervención del acusado no haya tenido lugar hasta después de que la droga se encuentre ya en nuestro país y que su colaboración, de carácter accesorio y secundario, para participar en los pasos previos de recepción de la mercancía por sus finales destinatarios haya sido solicitada por un tercero, siempre y cuando se den los siguientes requisitos: 1) que no haya intervenido en la operación previa destinada a traer la droga del extranjero; 2) que no sea el destinatario de la mercancía; 3) que no llegue a tener la disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma, o justo en ese momento, por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas. A sensu contrario, no estaremos ante un supuesto de tentativa cuando el acusado haya

participado en la solicitud u operación de importación o estuviese concertado con el destinatario final de la droga, supuestos en que el delito se habría consumado, y estaríamos ante un cooperador necesario en una operación de tráfico.

Siguiendo esta doctrina, el TS ha considerado como constitutiva de tentativa, en el caso concreto, la conducta consistente en acudir a una oficina de correos a recoger unos paquetes que contenían cocaína, al no haber intervenido el acusado en la operación de importación de droga, no ser el destinatario de la mercancía y no tener disponibilidad alguna sobre la misma, si bien conocía su contenido, lo cual, según el TS, es consustancial a cualquier tipo de participación delictiva, dado que, en caso contrario, los hechos serían atípicos.

En cambio, el destinatario del envío por correo es considerado autor de un delito consumado, al haber participado en la operación de importación, facilitando sus datos personales y tener la posesión mediata de la droga remitida.

El TS ha condenado como autor de un delito consumado de tráfico de drogas al destinatario de un paquete postal que contenía cocaína y que fue detectado en el control aduanero del aeropuerto, y como cooperador necesario de un delito de tráfico de drogas en grado de tentativa, al empleado de una empresa distribuidora que, por encargo del primero, debía sacar el paquete postal del circuito ordinario de reparto y hacérselo llegar, a cambio de una suma de dinero, lo que no pudo llevar a efecto al estar el envío intervenido.

El TS ha calificado como tentativa la actuación del acusado enviado desde Venezuela para supervisar la operación de tráfico y extraer la cocaína de unos tubos de PVC, al tratarse de acciones desarrolladas o por desarrollar cuando la Guardia Civil tenía perfectamente controlada y vigilada la mercancía, por lo que toda esa conducta habría resultado inútil a los fines pretendidos, al no haberse acreditado la intervención del recurrente en la actividad de planificación y organización de la operación de traslado a España del cargamento de cocaína, en cuyo caso el delito se hubiera consumado.

Según el TS, jurisprudencialmente se ha aceptado la posibilidad de una tentativa de tenencia de droga, que se daría cuando el autor ha intentado hacerse con la droga sin haber logrado su disponibilidad efectiva, en el caso de que dicha tenencia no se alcance por razones ajenas a la voluntad del autor. Castiga así, por tentativa, la conducta consistente en encargar a un tercero la adquisición de droga, resultando que los paquetes trasladados no contenían droga, sino libros. No se trata, para el TS, de una tentativa inidónea, sino que, la acción realizada era perfectamente apta para la realización del tipo, si el proveedor de la droga la hubiera proporcionado de acuerdo con lo convenido.

Para la jurisprudencia, existe tentativa en los supuestos en los que a un individuo, sin participación alguna en una operación ilícita sobre drogas, le es encomendada por los que sí forman parte de la trama, la recogida en un lugar o de un tercero de la droga remitida o escondida, cuando tal posibilidad va a resultar ilusoria.

En mi opinión, se debe redactar de forma precisa el tipo incluyendo aquéllas conductas (venta, tráfico, donación, transporte) que se consideren constitutivas del delito por implicar o poder conllevar un peligro concreto desde una perspectiva *ex ante* para el bien jurídico protegido, que debe ser la salud pública entendida también en su dimensión individual. De esta forma se facilitaría la construcción de supuestos de tentativa y de otras formas de participación en el delito de tráfico de drogas, y el respeto al principio de legalidad y al mandato de determinación.