

ESTUDIOS

FORMAS IMPERFECTAS EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

ALFONSO JIMÉNEZ MARÍN
*Fiscal Sustituto de la Audiencia
Provincial de Lugo*

RESUMEN

La legislación antidroga española se caracteriza, como las de su entorno, por un excesivo rigor, con adelantamiento de las barreras de protección castigando actos preparatorios, dificultad de apreciar formas imperfectas del delito o participación distinta de la autoría y excesiva penalidad que choca, en ocasiones, con la doctrina jurisprudencial que tiende a controlarlo, elevando las cantidades para considerar la notoria importancia, interpretación restrictiva de agravantes y de la continuidad delictiva, atipicidad consumo compartido o entrega droga para evitar síndrome, en línea más acorde con los principios básicos de proporcionalidad, seguridad jurídica y culpabilidad.

El tráfico de drogas se configura como un delito de peligro abstracto donde el bien jurídico protegido es la salud pública y el tipo delictivo es extraordinariamente abierto por la gran amplitud de las conductas susceptibles de ser incriminadas

Es un delito de mera actividad que no requiere un resultado y que sitúa su consumación más allá de un acto de tráfico, requiriéndose la disponibilidad, al menos potencial, de la sustancia. Delito de consumación anticipada donde resulta excepcional la apreciación de formas imperfectas de ejecución, al consumarse con la realización de cualquiera de las conductas especificadas en el tipo penal, sin requerirse la producción del resultado lesivo, ni la efectiva transmisión para el tráfico (se considera perfeccionado por la tenencia –entendida desde un concepto amplio –si hay preordenación al tráfico).

Apreciación de la tentativa de forma excepcional por la jurisprudencia siguiendo el criterio de la disponibilidad de la droga, ya que para la consumación no se requiere posesión material –basta dominio funcional-. Se admite cuando falta disponibilidad, aún potencial de la droga. Así, el

intento de lograr la tenencia materializado en acciones próximas a su obtención es punible como tentativa, cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajena a la voluntad del autor.

Cuerpo jurisprudencial más amplio donde se aprecian formas imperfectas son los envíos de drogas a distancia desde el extranjero y se admite la tentativa cuando el autor, estando la droga en nuestro país, solicita su colaboración por un tercero, sin participación previa en el envío, ni ser el destinatario, ha intentado hacerse con la droga, sin lograr su disponibilidad efectiva. En estas mismas condiciones también se aprecia la tentativa en los casos de entrega controlada o vigilada, al considerarse que no existe disponibilidad, al ser detenidos en el momento de la recepción, siendo la tenencia fugaz.

SUMARIO: 1. El tráfico de drogas: Problemática. La legislación española. Evolución. Continuismo de la última modificación del Código Penal.–2. Tráfico de drogas como delito de peligro abstracto: El bien jurídico protegido. La estructura típica del delito.– 3. Iter criminis en los delitos contra la salud pública: La tentativa. La consumación como regla general. La excepcionalidad en la apreciación jurisprudencial de la tentativa. Diversos supuestos de posesión. Entrega a distancia y entrega vigilada. La tentativa inidónea en el delito de tráfico de drogas.–4. Bibliografía.

1. EL TRÁFICO DE DROGAS. PROBLEMÁTICA

Para abordar la problemática referida al tráfico de estupefacientes es necesario remontarse mínimamente en el tiempo, acercarse a cuestiones ideológicas, así como reconocer la cuestionabilidad de los fundamentos de la política que refleja la legislación vigente.

En materia de drogas existe una tendencia social a resaltar el problema, no solo en relación a las consecuencias negativas que afectan a las personas que las padecen, sino también y, en especial, por la inseguridad ciudadana que genera el submundo que rodea su consumo y amplio abanico de actividad delictiva que conlleva la consecución de monetario para financiarla. De toda la problemática existente se discute no ya si está bien tratada por el derecho penal, sino incluso si el derecho penal debe intervenir en ella.

En el análisis que de estos delitos puede hacerse, el penalista se ve obligado a aceptar que de las políticas posibles el sistema jurídico propio ha elegido la vía incriminatoria. En todo caso la Política Criminal no es un programa inmutable, sino abierto y, como tal, susceptible de cambios de orientación a los que debe contribuir también el jurista desde su posición, cualquiera que sea ésta o su importancia¹.

¹ «Orígenes y aparición del problema en los delitos contra la salud pública», QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial. Delitos Contra la salud Pública* 21/1992, pp. 55 a 85.

LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. EVOLUCIÓN

España, como la práctica totalidad de los países de su entorno sigue el camino de la incriminación, si bien, con caracteres propios.

Aún cuando se ha entrado por cierta parte de la doctrina en abierta discusión sobre la conveniencia de la despenalización, acudiendo al control administrativo de su regulación, es lo cierto que la opción represora lleva tiempo imponiéndose y se mantiene en su pleno apogeo desde hace más de dos décadas.

Se puede afirmar que en España, la reforma de 1983 del Código Penal, supuso una reformulación muy aplaudida de los delitos de tráfico de drogas que, respetuosa de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, definió de manera precisa los comportamientos punibles, distinguiendo el tratamiento penal de las drogas duras y blandas, con reducción del excesivo arbitrio judicial anterior. Igualmente consolidó en la letra de la ley lo que ya era doctrina jurisprudencial sin fisuras de atipicidad penal de la posesión para el propio consumo, lo cual, a su vez, contribuyó junto a la entidad de las penas previstas, a suscitar fuertes críticas en el ámbito internacional, lo que derivó *a posteriori* en la llamada «contrarreforma» de 1988 que, respondiendo a las críticas internacionales, trató de reducir las diferencias en el tratamiento penal de drogas duras y blandas, se amplió la definición de las conductas punibles para dar cabida a todo tipo de contacto con las sustancias ilícitas², introduciendo, además nuevas figuras, como la recepción, así como se elevaron las penas y se facilitó el comiso, ampliando determinadas circunstancias agravantes, completándose desde el punto de vista procesal, con la creación de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, la que pronto destacó las insuficiencias de la regulación española respecto de la Convención de Viena y demandó nuevas reformas del texto punitivo fundamentalmente con objeto de incriminar el blanqueo.

La reforma de 1992 vino a dar cumplimiento a esta demanda, regulándose las entregas vigiladas y el blanqueo de capitales y beneficios económicos derivados del tráfico ilícito de estupefacientes, suponiendo el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre un evidente continuismo a la regulación en vigor tras dicha reforma, con la novedad de la disposición relativa al arrepentimiento y colaboración (art. 376), mientras que el blanqueo, aparece en los delitos contra el orden socioeconómico (arts. 301 al 304).

CONTINUISMO DE LA ÚLTIMA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

Por Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre se efectúa una amplia reforma del texto punitivo español, lo que junto a las últimas y frecuentes modificaciones

² Cabe destacar que la descripción típica de las conductas básicas (hoy art. 368 del CP), es totalmente abierta, castigándose a quienes realicen las conductas concretas que el tipo prevé o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten . . .» Fue con motivo de la reforma de 1988 cuando se produjo una modificación importante en ese extremo, dado que antes la conducta de promover, favorecer o facilitar se «cerraba» a través de conductas concretas, de modo que había que tener el ánimo propio de promover, favorecer o facilitar y que la conducta supusiera objetivamente este tipo de actuación, pero además, había que realizar alguna de las conductas especificadas en el tipo penal, mientras que ahora, como se ha dicho, la referencia a las conductas genéricas aludidas no se cierra, antes al contrario constituyen una cláusula abierta casi hasta el infinito. BOIX REIG Javier: «Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas», *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos Contra la salud Pública y contrabando*, 5/2000, p. 390.

realizadas en la legislación penal española ha sido fuente de frecuentes críticas por representar, muchas de ellas, una utilización simbólica, oportunista y, en ocasiones excesiva, del instrumento represivo, para amoldarla a problemas coyunturales del poder ejecutivo (en este sentido, cabría citar al delito de convocatoria ilegal de elecciones o consultas populares y el de participación en tales actos o el de proporcionar fondos a asociaciones ilegales o partidos disueltos o suspendidos)³. Todo ello se plantea frente a la vocación de permanencia y asentamiento que, en principio, requeriría la materia penal.

Como señala Gimbernat a propósito de la última reforma sufrida por el texto penal en su prólogo al Código Penal tras las modificaciones aludidas, «hace unos cuantos años que en los países democráticos, los políticos descubrieron que en el Derecho penal – más precisamente: que en el endurecimiento del Derecho penal – había una gran cantera de votos. Corren malos tiempos».

En el mismo sentido en el comunicado de Jueces para la Democracia ante la reforma penal referida, se pone de manifiesto que dichas modificaciones se están produciendo sin que se haya consolidado la doctrina jurisprudencial sobre el Código Penal de 1995 y, so pretexto de una «lenitud punitiva» que, sin embargo, no se corresponde con las estadísticas, descubriendo una utilización simbólica del Derecho penal.

Este diagnóstico es especialmente acertado en determinadas parcelas del Derecho penal que reciben un tratamiento claramente excepcional, a veces difícilmente compatibles con los principios que rigen la materia, con fricciones con el principio de proporcionalidad o la dificultad para explicar determinadas conductas desde el principio de protección específica del bien jurídico y, como se dijo, con clara tendencia a la utilización simbólica lo que ocurre significativamente cuando se trata de tráfico de drogas y su tendencia imparable al endurecimiento de las penas (compartido con la problemática terrorista).

La excepcionalidad se deriva, igualmente de otra serie de indicadores harto eloquentes en la legislación sobre tráfico de drogas ya existente, como son el adelantamiento de las barreras de protección, castigando los actos preparatorios, la participación y todo el *iter criminis* como comportamiento de autor y de delito consumado, la posibilidad de la reincidencia internacional, la rebaja de la pena por colaboración con la justicia y abandono voluntario de la actividad delictiva o la excepcionalidad del procedimiento de investigación, persecución y enjuiciamiento de este tipo de delitos⁴.

Esta técnica legislativa que en muchas ocasiones choca contra la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo que desarrolla otras líneas tendentes a reducir o controlar el excesivo rigor de la excepcional legislación antidroga, donde debe reseñarse el Acuerdo sobre la notoria importancia con elevación de la cantidad a considerar, la interpretación restrictiva de las agravantes y de la continuidad delictiva, la exclusión de tipicidad de comportamientos tales como el consumo compartido, la invitación al consumo, la entrega de droga para evitar el síndrome de abstinencia o para posibilitar un consumo controlado y la venta de pequeñas cantidades de droga.

³ Por Ley Orgánica 2/2005 de 22 de junio de 2005 se derogan los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis y con ellos los delitos citados.

⁴ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli: «Agravaciones del tráfico de drogas en la Ley Orgánica 15/2003». *Tráfico de drogas, Estudios Monográficos La Ley Penal*. Año II, núm. 12, pp. 6 y 7.

En todo caso, es paradigmático y, entiendo altamente significativa la evolución negativa sufrida por la ya clásica discusión sobre la concurrencia de un delito de tráfico de drogas y el de contrabando y que de considerarse, en un principio por la Jurisprudencia, atendiendo el supuesto diferente bien jurídico protegido por las diversas normativas aplicables, que nos encontrábamos ante un concurso ideal de delitos, se pasó, a partir de la Sentencia de 1 de diciembre de 1997, derivada de la doctrina acordada en el Pleno de Sala de 24 de noviembre de 1997 y, en consonancia con un sentir mayoritario de la doctrina a entender que el concurso de normas se plantea como la solución, técnicamente más adecuada, con un peso significativo para tal decisión, precisamente en la excesiva penalidad que podía alcanzarse con aquélla solución desde una perspectiva del principio de proporcionalidad de un delito de peligro abstracto para la salud como es el estudiado.

Pues bien, con la agravación introducida de la circunstancia 10.^a del artículo 369, según la modificación verificada por Ley Orgánica 15/2003, referida a que «el culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o favoreciese la realización de tales conductas», lo que significa, aparte de desconocer las opiniones doctrinales mayoritarias ya referidas y la evolución jurisprudencial que concluyó tras un largo proceso en una solución generalmente aceptada, es volver con la nueva causa de exasperación de la pena a una posición, penológicamente hablando, peor que la de partida del concurso ideal de delitos, al aplicarse ahora la pena superior en grado a la del tipo básico del artículo 368, estimándose concretamente con tal agravación que la misma supone un evidente retroceso en el intento de adecuar las penas del tráfico de drogas al principio de proporcionalidad.

En síntesis, la tendencia mundial a la incriminación y a castigar cada vez con más dureza las actividades ilícitas en este ámbito y, de la que no se escapa la legislación española, siendo paradigmático las reformas operadas, choca en nuestro caso, con los esfuerzos de la doctrina y la evolución jurisprudencial por consolidar una línea interpretativa acorde con los principios básicos de proporcionalidad, seguridad jurídica y culpabilidad, además de ser necesario resaltar que, si bien, las reformas penales están inspiradas en principio, por la presión de la antes mencionada y siempre apremiante exigencia de la seguridad de los ciudadanos, se olvida, en ocasiones, que en un Estado de Derecho el núcleo mismo de la seguridad ciudadana no es otro que la seguridad jurídica

2. TRÁFICO DE DROGAS COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO

El delito configurado en el artículo 368 del vigente Código Penal y, anteriormente en el artículo 344 del antiguo, no exigente de una lesión concreta, se ofrece como delito de peligro abstracto, de riesgo común, en cuanto que la conducta a que atiende se cierne como desventurada contingencia sobre la salud ciudadana, como amenazante riesgo sobre su seguridad. En los delitos de peligro concreto el peligro es un elemento del tipo y se exige, en consecuencia, para que pueda hablarse de realización típica, la demostración de que se produjo efectivamente la situación de peligro. En los

de peligro abstracto, el peligro no es elemento del tipo, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta⁵.

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Ha sido doctrina jurisprudencial reiterada que el bien jurídico protegido en los delitos referidos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas es la salud pública. En cuanto delito de peligro abstracto, la razón de su incorporación al Código Penal es preservar la salud pública y no la individual, no penalizándose el daño concreto originado a una persona⁶, sino a la colectividad (SSTS del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1970 ó 4 de junio de 1990).

Es por ello que, esa misma doctrina resalta la atipicidad de determinadas conductas como son la donación o entrega de cantidades mínimas de drogas, al estar en presencia de acciones que no alcanzan para generar el peligro abstracto que fundamenta la existencia del tipo penal del tráfico de drogas, al no ser susceptibles de generar peligro alguno de difusión general de la droga y, no adecuarse, por tanto, al tipo del delito tratado⁷.

El problema, para el Tribunal Supremo, ante el silencio del legislador es determinar cuales son los criterios para determinar cuando nos hallamos ante una lesión o puesta en peligro de ese bien jurídico, sorteándose la mayor parte de las veces, esa dificultad, apelando a las llamadas «reglas de experiencia» que son una especie de sentido común universal que da por supuesto que cualquier contacto con las drogas ilegales es productor de graves daños.

Por otro lado y, en relación con la consideración de delitos de peligro abstracto que este tipo de injusto tiene (como suele ser frecuente, por otro lado, en los tipos destinados a proteger bienes jurídicos de carácter colectivo), acostumbra a situar el Tribunal Supremo la esencia de la antijuridicidad en la capacidad de difusión a la colectividad o a un número amplio de personas indeterminadas que es, como ya se señaló, también el principal argumento esgrimido por el mismo para considerar atípicas por falta de lesividad las conductas llamadas de autoconsumo compartido o las de facilitación a personas drogodependientes.

⁵ BARBERO SANTOS: «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», citado por SOTO NIETO, Francisco en: «Estudio básico del artículo 344 del Código Penal», *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial. Delitos Contra la salud Pública*. 21/1992, pp. 87 a 129.

⁶ Hace tiempo que nadie defiende, al menos en el ámbito de la ciencia penal, que la salud «individual» sea el objeto de protección en estos delitos. Bastaría una sola razón extraída del propio derecho positivo, y reiteradamente señalada: el auxilio e inducción al suicidio se castigan, más no el suicidio mismo cuando el sujeto sobrevive, pues la decisión de suicidarse es ajena al derecho penal. Siendo así no tendría sentido castigar la conducta del drogadicto en nombre del peligro cierto que, para su salud o vida, entraña el consumo, al igual que no se castiga al alcoholíco «Orígenes y aparición del problema en los delitos contra la salud pública», QUINTERO OLIVARES: Gonzalo, *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial. Delitos Contra la salud Pública* 21/1992, pp. 55 a 85.

⁷ Así la STS de 9 de enero de 2004, Pte. Sr. MONTARDE FERRER que, con cita en la de 20 de enero de 2003, establece como «se viene excluyendo de la aplicación del artículo 368 del C.P. determinados supuestos muy concretos de donación a familiar adicto, solamente cuando se limita a cantidades mínimas y sin contraprestación, que se estima que no son punibles por falta de peligro para el bien jurídico protegido y por la inadecuación de la acción para la creación de dicho peligro».

LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO

Sólo cinco años después de aprobada la reforma urgente y parcial del Código Penal de 1983 que había supuesto una relativa racionalización en la respuesta represiva existente hasta entonces, el Gobierno, por razones escasamente explicadas, decidió modificar de nuevo el tipo básico del delito de tráfico de drogas para volver en muchos casos a la situación anterior existente desde 1973 y reintroducir la cláusula abierta de incriminación, tan criticada de «los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo», que cinco años antes se consideraba no respetuosa con el principio de legalidad.

Desde entonces hasta nuestros días, puesto que el Código Penal aprobado en 1995 mantiene la redacción, el núcleo del tipo está constituido por la conducta de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con actos de cultivo, elaboración o tráfico, o «de otro modo», es decir, de cualquier modo.

Como denuncia una amplia mayoría de la doctrina, ello da lugar a un tipo extraordinariamente abierto, que atenta frontalmente contra los principios, consagrados constitucionalmente, de legalidad y seguridad jurídica, toda vez que, tal opción, por su vaguedad descriptiva, permite una tremenda ampliación de las conductas susceptibles de incluirse en la prohibición.

En realidad, como señala Díez Ripollés⁸, todo hace pensar que la aspiración político-criminal encubierta ha sido el deseo de incluir directamente en el tipo cualquier contribución, por mínima que fuera, al consumo y, lo que es más importante, sin diferenciar entre actividades mercantiles o no, quedando, de esta manera difuminados los límites entre conductas prohibidas y permitidas, los actos preparatorios de la consumación o los actos de cooperación y los de autoría, sino el propio bien jurídico que se trata de proteger.

En este sentido, el Tribunal Supremo, obligado constitucionalmente a respetar las decisiones del legislador, se debate entre el respeto escrupuloso al principio de legalidad y el deseo de ofrecer un mínimo de seguridad jurídica en su doctrina, tratando de acotar, especialmente en los últimos tiempos, el ámbito de los comportamientos punibles, así como ya se señaló y, realizando un estimable esfuerzo limitativo del tipo, le ha llevado a considerar atípicas, por falta de lesividad, las conductas llamadas de autoconsumo compartido, de invitación entre adictos y la facilitación de drogas a adictos con el único fin de aliviar el síndrome de abstinencia, si bien, con las inevitables resoluciones que, en menor medida mantienen un criterio opuesto, u otras que en ocasiones aún admitiéndolo son tachadas por apelar a criterios moralistas o absurdos⁹. Se discute por la doctrina en relación al ejemplo de las resoluciones citadas la incongruencia que supondría considerar atípico el consumo realizado en un almacén y punible el efectuado en el monte.

⁸ Citado por GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos: «Política criminal en materia de drogas (Prohibicionismo versus reducción de daños)». Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Año 1999, p. 264.

⁹ En particular se alude a las exigencias jurisprudenciales de que el referido consumo compartido para ser considerado impune se efectúe «en lugares cerrados a fin de evitar el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente» (entre otras STS de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995).

3. *ITER CRIMINIS EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. LA TENTATIVA*

El delito contra la salud pública se configura como un delito de peligro abstracto que sitúa su consumación más allá de un acto de tráfico requiriendo para la misma la disponibilidad, siquiera potencial, de la sustancia. Se considera un delito de consumo anticipada en el que resulta excepcional la apreciación de formas imperfectas de ejecución, pues el delito se consuma con la realización de cualquiera de las conductas que se especifican en el tipo penal, sin necesidad de que se produzca el resultado lesivo y concreto y sin necesidad de la efectiva transmisión para el tráfico. Se consuma con la potencialidad de la transmisión partiendo de la disponibilidad, real o potencial de la sustancia tóxica.

La naturaleza del bien jurídico protegido ha llevado a considerar que el peligro abstracto y general existe, desde el momento en que las sustancias nocivas acceden al circuito de distribución, aún cuando no se haya producido la entrega a los consumidores. Por ello existe una cierta dificultad para construir las modalidades imperfectas de ejecución e incluso diversos grados de participación, pero no es imposible apreciar estos últimos cuando el hecho probado facilita las bases fácticas para ello¹⁰.

En todo caso, debe reconocerse un espacio propio para la tentativa y las formas de participación criminal en los delitos de tráfico de drogas y así lo viene estimando el Tribunal Supremo, aunque lo hace en relativamente pocas ocasiones¹¹.

Se han calificado como tentativa supuestos en que alguien que ejerce una función de intermediación o correo entra en contacto con el producto ilícito (recogiendo un paquete en correos, por ejemplo), pero es detenido inmediatamente, acudiéndose en tales casos al criterio de la disponibilidad acuñado jurisprudencialmente en el ámbito de los delitos patrimoniales de apoderamiento. Este planteamiento ha sido admitido por el Tribunal Supremo en ocasiones aisladas (Así, en la STS de 27 de febrero de 1995, por haberse iniciado la ejecución sin que se hubiera producido la tenencia de la droga aunque fuera de modo fugaz), pues en un mayor número de ellas se ha impuesto la doctrina que considera intrascendente la tenencia si hay preordenación al tráfico.

Esta posición se considera por la doctrina crítica, fruto de una dañina combinación de la cuestionada y cuestionable doctrina del acuerdo previo y de una asunción del carácter prácticamente infinito de los confines típicos del artículo 368 que lleva al castigo no ya de hechos meramente intentados como efectivamente consumados sino rudamente a la penalización de la mera intención no manifestada exteriormente.

El principal riesgo de la admisión de las formas imperfectas de ejecución en estos delitos, sigue manifestando este sector, radica en que la tentativa entre en juego a

¹⁰ DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, en comentario a la STS de 27 de enero de 1995: «Cuestiones sustantivas en torno al artículo 344 del Código Penal», *CGPJ Plan Provincial de Formación de Cádiz*, año 1996, p. 464.

¹¹ Como curiosidad se señala que la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo 5/1968, de 17 de julio indicaba que «especial cuidado deben poner los Fiscales en la calificación de los delitos contra la salud pública, que se refieran a esta materia que estamos tratando, cuidando de evitar calificaciones de tentativa y otras formas incompletas de comisión del delito en los casos en que el tipo penal permita la calificación del delito consumado». Calderón Susín, Eduardo. «La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos Contra la salud Pública y contrabando* 5/2000, pp. 11-47.

costa del espacio de atipicidad y que, en consecuencia, favorezca un todavía mayor avance de las barreras de protección del bien jurídico¹².

LA CONSUMACIÓN COMO REGLA GENERAL

Son los amplios términos en que aparecen tipificados los distintos comportamientos recogidos en el vigente artículo 368 del Código Penal, fiel trasunto del artículo 344 del anterior, los que permiten entender que el delito queda consumado por el hecho de la posesión de la droga tóxica o sustancia estupefaciente o psicotrópica, cuando tal posesión se tiene para traficar, al tratarse de un caso más en que la técnica penal utilizada por el legislador, en aras de una más eficaz persecución de estos delitos, consiste en la anticipación de la consumación delictiva a conductas que sólo cabría reputar como actos preparatorios si el tipo penal apareciera configurado como delito de resultado y no, como aquí ocurre, como delito de peligro^{13 14}.

La Jurisprudencia de la Sala 2.^a ha reconocido reiteradamente que el delito de tráfico de drogas, por lo general, sólo admite formas consumadas, por tratarse de un delito de mera actividad que, por ello, no requiere un resultado que supere la conduc-

¹² Así se manifiesta TAMARIT SUMALLA, Joseph M.^a en: «Drogas y Derecho Penal», *Drogodependencia y Derecho. Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, VIII/2.003, p. 201.

¹³ «El artículo 344 supone una infracción de resultado cortado, que anticipa su fase consumativa, donde es bastante para la perfección delictiva la tenencia preordenada al tráfico, suponiendo una excepcionalidad las figuras de ejecución imperfecta, manteniendo la doctrina del tribunal casacional que existe consumación del delito cuando concurren los dos elementos, –posesión de la droga en cualquiera de sus manifestaciones – y – ánimo o preordenación al tráfico que se acredita a través de la oportuna inferencia – se manifiesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1993. Otras muchas reflejan que dicho artículo» como fiel exponente de una figura de riesgo o de peligro abstracto, se consuma por la ejecución de cualesquiera de las conductas especificadas en el precepto, sin necesidad de producción de resultados lesivos y concretos, como lo determinan los verbos nucleares recogidos en dicho artículo y sin que sea necesaria la transmisión del producto tóxico para lograrse la plena consumación, delitos de resultado cortado en que basta un tráfico «potencial», pues el tráfico «real» se sitúa más allá del área de la consumación (entre otras las de 15 de diciembre de 1982 o 4 de diciembre de 1991).

¹⁴ Ello no empece para que exista distinta conceptualización, cuando en la aplicación de alguno de los tipos agravados del artículo 369, puedan considerarse delitos de resultado, así p. ej., en la STS de 2221 de noviembre de 2003, Pte. Sr. Sánchez Melgar, se analiza un caso de introducción de drogas en Centro Penitenciario, con estimación en parte del recurso interpuesto y se dicta segunda sentencia condenando a los recurrentes por el tipo del artículo 369.º (hoy 369. 8.º), en grado de tentativa, bajo el siguiente razonamiento: «Del conjunto analizado de los hechos probados, aparece con toda evidencia que la conducta de . . . fue constitutiva de introducción en centro penitenciario de las sustancias tóxicas que se describen en el factum, para su difusión en el mismo. Ahora bien, si técnicamente tal comportamiento delictivo debe ser incuestionablemente calificado de introducción para difusión en el interior de la prisión, dada la variedad y cantidad de las sustancias aprehendidas, no es menos cierto que los controles internos del establecimiento penitenciario impidieron la consumación delictiva, quedando el delito en tentativa (acabada) del mismo. Aquí no se exige estrictamente, como en el tipo básico, la posesión preordenada al tráfico, lo que convierte en muy difíciles (de construcción jurídica) las formas imperfectas de ejecución, aderezadas además con los verbos nucleares (promover, favorecer, facilitar), sino que la introducción debe conectarse con la difusión en el propio centro penitenciario. La difusión en centro penitenciario se ha estimado por una línea jurisprudencial (SS de 30 de octubre de 1992, 6 de octubre de 1993 y 8 de abril de 1996), que se trata de un delito de resultado, que exige la concurrencia de una actividad de expedir y propagar la droga entre los reclusos, y por otra corriente jurisprudencial (SS 12 de febrero de 1994 y 25 de marzo de 1997), se ha considerado integrante del subtipo del artículo 369.1.º del CP la mera posesión de droga en centro penitenciario, con potencialidad difusora, sin requerirse la existencia de concretos actos de trasmisión, o bien que no concurre el subtipo agravado (aplicándose el básico) cuando la droga es interceptada en los controles de entrada (SS 6 de octubre de 1993 y 28 de noviembre de 1994). Ante dichas líneas interpretativas, nosotros nos inclinamos por entender que la intercepción de la droga en los controles de entrada debe considerarse como tentativa acabada de su difusión en el interior del centro penitenciario».

ta típica, definida en los términos tan sumamente amplios que constan en el artículo 368 del Código Penal. El tráfico real y efectivo de la droga, es patente que queda situado más allá del área de la consumación, que se produce por el simple peligro eventual que nace de cualquiera de las conductas descritas en el tipo penal, produciéndose la consumación delictiva desde el momento en que se han realizado los actos necesarios para la lesión al bien jurídico protegido¹⁵.

LA EXCEPCIONALIDAD EN LA APRECIACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LATENTATIVA

La Jurisprudencia de la Sala 2.^a ha venido manteniendo, por lo común, un criterio contrario a la admisibilidad de formas imperfectas de ejecución en los delitos contra la salud pública. Ello tiene lugar rechazando la posibilidad de una tentativa cuando se le ha planteado la existencia de una imperfecta realización del tipo, basándose en que el autor no ha llegado a traficar con la droga como se lo proponía. Encuentra su natural fundamento en que el tipo penal, previsto en el artículo 368 del Código Penal, que castiga el tráfico de estupefacientes, se configura, en su estructura, como un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada, en el que, aparte de los supuestos típicos de posible cultivo, elaboración o tráfico, basta la realización de una conducta que pueda ser subsumida en los verbos favorecer, promover o facilitar el consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes, para entender consumada la acción delictiva, bastando, asimismo la posesión de la sustancia o su transporte.

Por otra parte, la posesión que conlleva la consumación no precisa ser de carácter material o física, pues se aceptan otras formas de tenencia, encontrándonos así ante posesiones mediáticas o inmediatas, personales o a través de intermediarios, siendo, en cualquier caso lo relevante el criterio de la disponibilidad en la posesión¹⁶. El sentido último de tan amplio concepto de disponibilidad es acoger y castigar aquellas conductas delictivas de tráfico de estupefacientes llevadas a cabo a distancia, sin que exista un contacto directo del que manda o contrata el envío con droga.

No obstante, una relativamente reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la existencia de formas imperfectas de ejecución en estos delitos en determinados supuestos, no rechazando *a priori* la tentativa y (antiguamente) la frustración,

¹⁵ STS, entre otras de 29 de marzo de 2000, 11 de noviembre de 1999, 21 de junio de 1997 y 12 de septiembre de 1994.

¹⁶ «En relación a la posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas, la jurisprudencia de esta Sala ha adoptado en tal materia un criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el artículo 344 del CP de 1973 y en el 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detención material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado. Excepcionalmente, se ha admitido la imperfección en el supuesto de actos de tráfico verificados por el adquirente, si éste no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediática o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa civil de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse». STS 3 de diciembre de 2001, Ponente Sr. MARAÑÓN CHAVARRI.

pero siempre partiendo de la base de la naturaleza de peligro o riesgo abstracto de esta infracción. Así en supuestos concretos de entrega vigilada, remisión de droga por correo o por cualquier otro medio o sistema de transporte, a los que por su importancia se les dedica capítulo aparte, y también en lo relativo a los actos preparatorios, donde la conspiración existe cuando dos o más personas se conciernen para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, desapareciendo la misma cuando el proyecto delictivo se lleva finalmente a efecto, insertándose en la fase de ejecución, siendo también, en estos casos, determinante para la jurisprudencia el criterio de la disponibilidad (así «la disponibilidad sobre la droga consuma el delito, superando la fase de conspiración» – STS de 12 de junio de 2002) ¹⁷.

También aludiendo a la disponibilidad y, como se dice en la STS de 20 de marzo de 2003, la línea jurisprudencial mantenida, se resume perfectamente en la STS núm. 2354/2001, de 12 diciembre, que nos dice: «La doctrina de esta Sala (SS de 26 de marzo de 1997 y 21 de junio de 1999, núm. 1000/1999, entre otras), señala la dificultad de apreciación de formas imperfectas de ejecución en este tipo delictivo, dada la amplitud de la descripción legal de la acción típica, al tratarse de un delito de peligro abstracto cuya consumación no requiere la materialización de los objetivos perseguidos por el autor. Cabe admitir excepcionalmente la tentativa cuando el acusado no ha llegado a tener disponibilidad, ni aun potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata. Es decir, que el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa (arts. 3 CP/1973 y 16.1 CP), cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor.

También tiene declarada la doctrina jurisprudencial que la punibilidad nace de la mera disponibilidad de la droga o del hecho de quedar ésta sujeta a la voluntad del destinatario, utilizándose para ello, el artículo 438 del Código Civil, que tiene reconocido el dominio funcional del hecho, aunque no haya existido tráfico, ni haya posesión cuando la preordenación al tráfico sea patente, pues la entrega de la cosa ofrece en nuestro Derecho plurales expresiones, muchas de ellas simbólicas.

La razón que se aduce es que iría contra el espíritu de la norma al dejar fuera del campo penal a los grandes traficantes que manejan el ilícito negocio a distancia, mediante simples llamadas de teléfono, u otros signos o formas con los que poseen en términos de materialidad la sustancia nociva con que operan. Por ello basta con tener la droga a su disposición y debe rechazarse totalmente la tesis de la tentativa con la concurrencia de los dos elementos de tenencia y ánimo de tráfico, al considerarse entonces de plena aplicación la consumación del delito ¹⁸.

¹⁷ Ya la Sentencia de 14 de noviembre de 1984 llevó al campo de la conspiración un supuesto de previo acuerdo para el tráfico y la de 4 de febrero de 1985 estimó tentativa un caso en que la droga no llegó a poder de los allí recurrentes o también, la de 27 de febrero de 1990 que, por existir la tenencia de la sustancia, o por la distinción, de tipo civil, entre perfección y consumación contractual, dando comienzo a la ejecución sin realizar todos los actos del tipo penal apreciándose también frustración en la no entrega del paquete en correos a la recurrente, sin saberse las causas, pero rechazándose en la de 4 de marzo de 1991, por haberse consumado el delito con anterioridad.

¹⁸ «La recurrente tenía la posesión de la droga y la tenía para operar su trasmisión, transporte o donación a un tercero, por lo que la infracción quedó perfecta y consumada y lo que discute el motivo es el agotamiento del delito, esto es, que la droga hubiera llegado al destino propuesto, lo cual no se exige por el legislador» – STS de 1 de marzo de 1994.

DIVERSOS SUPUESTOS DE POSESIÓN

Referente a la posesión de la sustancia delictiva¹⁹, se considera por la Jurisprudencia como un concepto esencialmente jurídico, no obstante ser un elemento normativo en el tipo del artículo 368 del Código Penal, preguntándose si el legislador lo utiliza en un sentido vulgar o es necesaria su integración acudiendo al Código Civil (arts. 430 y siguientes), si bien, la cuestión no es tan trascendente al operar este texto legal con varios conceptos de posesión o, al menos, con un concepto amplio y elástico de la misma.

La Jurisprudencia se viene apoyando básicamente en los artículos 430, 431 y 438 del Código Civil, para en esta sede de delitos contra la salud pública, sentar que la tenencia material no agota los supuestos de tenencia punible, significándose que puede ejercerse por la misma persona que tiene la cosa o disfruta el derecho o por otra en su nombre, y que se adquiere por la ocupación de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a nuestra voluntad.

Por ello, se llega a la conclusión que no es necesaria la tenencia material de la droga, porque la entrega de la cosa ofrece en nuestro derecho expresiones plurales muchas de ellas simbólicas y todas ellas con cabida en el delito; por ello, la posesión puede ser directa e inmediata, actual, material, física, de presente, pero también puede ser mediata, indirecta, incluso a distancia, sin necesidad de contacto físico, porque lo decisivo, en cualquier forma de tenencia, es que el objeto poseído (la droga) esté sujeto de alguna forma a la voluntad del agente (dominio funcional sobre la cosa, como opción y posibilidad de disponer sobre la droga); Quien tiene el dominio sobre la droga es el poseedor a todos los efectos, siendo suficiente la voluntad de poseer aunque la propia persona no la posea materialmente, y sí la tenga, para ella, otra, que será la figura del llamado *servidor de la posesión*²⁰.

En esa posesión mediata, indirecta o a distancia sin contacto físico, por quien tiene el dominio del hecho, se ha insistido por la jurisprudencia, con base en el artículo 438 del Código Civil, pero con el propósito confesado de que otra solución, no sólo iría en contra de la literalidad y del espíritu de la norma, sino que dejaría fuera del ámbito penal a los grandes traficantes, como anteriormente quedó apuntado, que manejan el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, del télex, o de documentos y otros medios clandestinos y sofisticados, y que jamás han poseído en términos de materialidad la droga con la que operan y trafican en los mercados, cuando son precisamente los gestores de la operación, esto es, quienes conciernen la compra-

¹⁹ El supuesto más polémico, en materia de posesión de droga, es el del destinatario que no llega a tenerla en su poder por frustrarse la entrega La sentencia de 27 de febrero de 1990 (que casó la sentencia absolutoria de la instancia, recurrida por el Ministerio Fiscal pidiendo que se apreciara una tentativa) señalaba lo siguiente: «Dos resoluciones de esta Sala, las SS 4 de febrero de 1985 y 8 de junio de 1986, han dado entrada a la posibilidad admisible de formas imperfectas de ejecución como la tentativa, cuando, atendiendo a los criterios jurídico civiles sobre perfección y consumación de la compraventa, la primera se ha cumplido y la segunda no se ha ejecutado. De ahí que en tales supuestos la solución no pueda ser otra que la de reputar existentes las formas incompletas, al no existir la tenencia de la sustancia (de por sí predictiva de la ejecución completa si se revela finalidad de tráfico posterior...); se trataba de dos personas que habían concertado la adquisición de la sustancia tóxica, desplazándose a otra localidad para esperar la llegada de los porteadores de la misma y que a uno de aquéllos se le ocupó dinero oculto en el cinturón, que era el precio convenido para la adquisición.

²⁰ En este mismo sentido se pronuncian las Sentencias de 28 de marzo de 1989, 6 de marzo de 1990, 14 de febrero y 11 de noviembre de 1982, 12 de enero de 1996, 27 de enero y 30 de julio de 1997, y 3 de diciembre de 1998.

venta y obtienen los mayores beneficios, cuidando de no tener ningún contacto material con la mercancía, pero siendo sin embargo quienes deciden sobre ella, ordenando unos los envíos y organizando otros la recogida y posterior transporte y distribución.

A no dudar, están incluidos como detentadores materiales de la droga, y a que tienen disponibilidad sobre la misma, bien que muy limitada en ocasiones, los transportistas y correos, y los que hacen labores de guarda y custodia, realizando todos ellos comportamientos que conjugan los verbos favorecer y facilitar, bien que en algunas sentencias se fundamentalmente la responsabilidad del simple almacenista u ocultador de la droga como supuestos de participación a título de cooperador necesario u otros casos encuadrables en la complicidad o cooperación no necesaria²¹.

(Volviendo al tema de la posesión en la STS de 19 de julio de 2001, Ponente el Magistrado Sr. García-Calvo Montiel, se establece que, «si bien el delito contra la salud pública se configura normalmente como de mera actividad o de consumación anticipada, es lo cierto que cuando el sujeto activo no alcanza la posesión de la droga y carece de cualquier forma de disponibilidad, es apreciable al ejecución imperfecta del delito. Tal es el caso de autos con relación a P., pues siendo como es que abordó la actividad precisa para llegar a detentar una cantidad de cocaína preordenada su posterior difusión a terceros y acreditándose que desplegó su comportamiento con actos propios de ejecución (cual fue la obtención de un proveedor, concertarse

²¹ La doctrina de la Sala Segunda conjuga en ocasiones, no sólo la dificultad de apreciación de formas imperfectas en la ejecución de este tipo de delitos, sino también la dificultad de construir la figura de la complicidad en los delitos contra la salud pública, dado lo holgado de la descripción de la figura delictiva en la que se ha adoptado un concepto extensivo de autor, admitiéndola solamente en aquellos casos en que se detectó una colaboración mínima en las actividades desempeñadas por el verdadero traficante; mínima colaboración que se ha entendido excepcionalmente como tal en el caso de mero acompañamiento de los compradores indicándoles el domicilio de los vendedores (supuesto contemplado en la sentencia de 9 de julio de 1987; si bien, cabe destacar que la sentencia de 4 de febrero de 1999 ha considerado impune el acto de auxilio a los compradores de quien se limitó a acompañarles a casa de la vendedora, sin estar acreditado que actuara en connivencia o en interés de esta última, y en definitiva por considerarlo un acto en pro de una actividad atípica de autoconsumo, debido a que el acompañante, a cambio, iba a añadirse a los consumidores que querían comprar la heroína), y, por lo que aquí interesa, en el caso de ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña parte de droga que otro poseía (ver, por todas, las sentencias de 30 de mayo de 1991, 11 de noviembre de 1994, 4 de abril y 30 de mayo de 1997, 6 de marzo y 15 de octubre de 1998); Se limita pues la complicidad a la tenencia efímera y ocasional de una pequeña cantidad de droga de un tercero.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inducido o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados (v. SS 25 junio 1946 y 29 enero 1947). Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario. El долo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoria o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del *iter criminis*. Con relación a los delitos contra la salud pública, la jurisprudencia de esta Sala es ciertamente restrictiva en el acotamiento jurídico de esta participación accesoria, dados los verbos nucleares del tipo definido en el artículo 368 del Código Penal, de modo que únicamente acudiendo al resorte del «favorecimiento del favorecedor» se han considerado algunas participaciones comisivas como comprensivas de complicidad delictiva, cuando la aportación criminal ha sido ciertamente escasa o mínimamente relevante (STS 22 de mayo de 2003).

con él para la entrega y recepción de la sustancia y aprovisionarse de dinero para el pago), y que no llegó a entrar en su posesión por razón distinta a su propio desistimiento –en la forma que se ha inferido anteriormente–, obvio es concluir que su delito fue meramente intentado, en los términos de los artículos 16 y 62 del Código Penal; Tal razonamiento –unido al soporte fáctico– pone de relieve que los actos realizados por el recurrente integran por sí mismos actos de ejecución propia que sin llegar a lograr la posesión material o funcional de la droga por circunstancias ajenas a su propia voluntad justifican la estimación del hecho como intentado»²².

ENTREGA A DISTANCIA Y ENTREGA VIGILADA

El cuerpo jurisprudencial más amplio y en el que se debate y surgen las mayores controversias en la aplicación de las formas imperfectas en este tipo de delitos, se encuentra en los casos de envíos de droga por correo o por cualquier otro medio o sistema de transporte, en cuyos casos y siempre que el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación o encargo o bien figurase como destinatario de la misma, la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado, por lo común, a tal sujeto autor de un delito consumado²³, por ostentar la posesión mediata de la droga remitida y por constituir un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico, considerándose irrelevante el dato de que cuando fuera detenido por la policía el acusado, tuviera ya o aún no lo tuviera, físicamente en sus manos, el paquete enviado.

Originariamente, siendo opinión general y no debatida por Doctrina y Jurisprudencia la que afirmaba que al ser el de tráfico de drogas un delito de peligro abstracto y de resultado cortado, el delito se consumaba desde el momento en que existía un pacto entre los implicados para la remisión de la droga, al quedar ésta desde entonces sujeta a la disposición de los destinatarios sin necesidad de detención física alguna de la misma.

Al tratarse de una infracción penal en la que se produce un adelanto de la barra punnitiva respecto de la lesión del bien jurídico esa sería la postura consecuente dado, además, la amplitud de los términos del tipo que incluye verbos que contemplan un amplio espectro de comportamientos como la mera promoción. Por ello, se entendía que la entrada en territorio español del paquete integraba por si mismo un delito consumado al realizarse con dicha actividad de importación de la sustancia el ataque al bien jurídico, bastando para ello la mera posesión mediata de la droga siendo ya

²² Dicha resolución contiene un Voto Particular del Sr. Jiménez Villarejo, postulando la estimación del recurso interpuesto, si bien, por aplicación del principio constitucional de la presunción de inocencia, por entender no quedaba acreditado, un dato que era esencial para la existencia del hecho punible objeto de la condena: la causa por la que el recurrente no llegó a recibir del otro acusado la sustancia estupefaciente que éste portaba.

²³ «Se sale de esta manera al paso de los envíos por correo, en especial desde el extranjero (la S de 23 de febrero de 1994, en un supuesto de esta especie, reproduce la argumentación de la de 19 de febrero de 1993, e incluso la refuerza con razonamientos basados en la amplitud del concepto de posesión manejado, como ya hemos visto, por la jurisprudencia); las sentencias son innumerables en este sentido y parecen traslucir la idea de evitar lagunas de infrapunición de operaciones en las que habitualmente se mueven grandes cantidades de droga». CALDERÓN SUSÍN, Eduardo: «La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos Contra la salud Pública y contrabando* 5/2000, pp. 11-47.

indiferente a los efectos de la consumación jurídica que los implicados alcancen la efectiva detención física de la droga²⁴.

Sin embargo recientemente el Tribunal Supremo ha dado entrada con fuerza a las formas imperfectas, así como determinadas formas de participación en especial cuando de supuestos de envío de drogas a distancia se trata²⁵.

En este sentido se pronuncia, entre otras la STS de 14 de abril de 2003, en la que se argumenta, sobre la base de la doctrina fijada con anterioridad – con cita en la STS de 12 de diciembre de 2001–, para los supuestos de envío por correo de sustancias estupefacientes, la doctrina que permite apreciar el grado de tentativa, cuando el destinatario es detenido por la policía en el momento de recibir la mercancía, o en los supuestos en que haya habido acuerdo para la adquisición cuando el adquirente la ve interrumpida antes de obtener la libre disponibilidad de la mercancía, encuentra su quiebra en aquellos supuestos en que ese acuerdo ha existido antes de que se realizara el envío desde el extranjero, «simplemente porque tal acuerdo, que es un elemento imprescindible para que alguien se decida a realizar el envío, constituye ya una modalidad de disposición que permite calificar al que presta su consentimiento para recibir el envío como poseedor mediato. De esta manera el ámbito de la tentativa en estos casos queda reducido a aquellos en que el convenio de transmisión de la droga se realiza cuando el futuro poseedor solo ha intervenido en el negocio en momentos en que la mercancía ilícita se encuentra ya en territorio español».

En síntesis se admite hoy por la Sala 2.^a que concurre tentativa cuando el autor, sin participación previa en el envío ni en el acuerdo para llevarlo a cabo, ha intentado hacerse con la droga sin haber logrado su disponibilidad efectiva. Tampoco ofrece dudas la tentativa en los supuestos en que el acusado ha sido detenido antes de llegar a hacerse cargo de la sustancia prohibida, criterio que debe hacerse extensivo a los supuestos de entrega controlada o vigilada, en que la detención se produce de modo inmediato a realizarse la entrega, pues en tal caso la tenencia es puramente fugaz y nominal, sin disponibilidad efectiva, ya que el control policial previo imposibilita que el receptor disponga de la más mínima posibilidad de llegar a hacerse cargo de la droga para entregarla a su destinatario –STS de 5 de marzo de 2001 y 12 de diciembre de 2001–.

La Sentencia de 2 de diciembre de 2003, siendo Ponente el Magistrado Sr. Abad Fernández establece con claridad los requisitos, señalando que «es doctrina reiterada de la Sala que al configurarse el delito de tráfico de drogas como de mera actividad y riesgo abstracto, resulta difícil concebir formas imperfectas de ejecución; siendo suficiente para la consumación del delito que la sustancia haya quedado sujeta a la voluntad del destinatario (art. 438 del Cc), sin necesidad de un contacto físico o de una posesión material de la droga. Sin embargo recientemente, analizando casos de entrega controlada o vigilada de drogas, hemos tenido ocasión de estudiar la figura del delito intentado (SS 835/2001, de 12 de mayo; 794/2002, de 30 de abril; 2104/2002,

²⁴ La STS de 20 de octubre de 1997 establece con claridad que el logro del objetivo o finalidad perseguida por los implicados no pertenece a la fase de perfección o consumación, sino a la de agotamiento y que tanto remitente como destinatario son jurídicamente poseedores en cuanto tienen poder de disposición sobre la droga.

²⁵ A juicio de Montero de la Rubia, Francisco Javier « Paquetes postales y tráfico de drogas». Estudios. Boletín del Ministerio de Justicia núm. 1949, p. 14, «al acabar aceptando el Tribunal Supremo, como en todo lo referente a la complicidad, excepciones a los principios generales que rigen los delitos contra la salud pública que desvaneцен de forma clara su carácter de principios para mantener a cualquier coste una imprecisión que persigue, en realidad, rebajar la dureza de las penas con las que la Ley castiga este tipo de delitos».

de 9 de diciembre). En ellas decíamos que en los casos de envío de droga desde un país extranjero, por correo u otro medio de transporte, respecto a la persona que recoge la mercancía, se debían distinguir dos posiciones distintas:

a) Si el acusado ha participado en la solicitud o en la operación de importación, o figura como destinatario de la sustancia, es autor del delito en grado de consumación, por tener la posesión mediata de la droga y ser un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico.

b) Si la intervención del acusado tiene lugar después de que la droga se encuentra ya en nuestro país, habiéndose solicitado su colaboración por un tercero, sin haber participado en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga intervenida por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma, o justamente en ese momento, se trata de un delito intentado»²⁶.

Descendiendo al caso más concreto, cual es el de la *entrega controlada* de drogas es desde luego aventurado (por no decir ficticio) afirmar que se haya podido tener una mínima disponibilidad (a no ser que «se deje consumar» el delito); De ahí que las sentencias de 12 de febrero, 26 de marzo y 4 de noviembre de 1997 entendieran que el delito debe considerarse frustrado (actual tentativa acabada), lo que se aviene además con el uso vulgar del término en tanto que la operación se frustra para los delincuentes; O en otras pocas sentencias (p. ej. las de 27 de febrero de 1995 y de 21 de junio de 1997), en las que se esgrime como argumento que «no se produjo una tenencia de droga siguiera fugaz»²⁷.

La jurisprudencia más reciente y anteriormente relatada para considerar tentativa determinados casos de envío de drogas desde el extranjero, pone fin a esta discusión, al considerar que tampoco ofrece dudas la tentativa en los supuestos en que el acusado ha sido detenido antes de llegar a hacerse cargo de la sustancia prohibida (STS de 12 de marzo de 2001), criterio que debe hacerse extensivo, –en virtud de lo afirmado por las de 5 de marzo de 2001 y 12 de diciembre de 2001–, «a los supuestos de entrega controlada o vigilada, en que la detención se produce de modo inmediato a realizarse la entrega, pues en tal caso la tenencia es puramente fugaz y nominal, sin disponibilidad efectiva, ya que el control policial previo imposibilita que el receptor disponga de la más mínima posibilidad de llegar a hacerse cargo de la droga para entregarla a su destinatario»²⁸.

²⁶ Doctrina que puede considerarse actualmente uniforme y que se mantiene en diferentes resoluciones, de las que podemos citar las de: 25 de noviembre de 2003 y 20 de marzo de 2003, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca; 1 de octubre de 2003 Pte. Sr. Conde-Pumpido Tourón; 11 de junio de 2003 Pte. Sr. D. Luis Román Puerta; 8 de noviembre de 2002 y 28 de septiembre de 2002, Pte. Sr. Sánchez Melgar; 11 de junio de 2002, Pte. Sr. Andrés Ibáñez; 30 de abril de 2002, Pte. Sr. Abad Fernández; 21 de febrero de 2002, Pte. Sr. Soriano Soriano, entre otras muchas.

²⁷ No obstante, las tesis del acuerdo previo, de la posesión mediata y de la puesta en marcha de los mecanismos de transporte antiguamente eran mayoritarias en aquella época y llevaban a la consideración de que se había consumado la infracción, poniéndose de relieve la existencia de dos corrientes jurisprudenciales que en definitiva supone utilizar, si se me permite una terminología coloquial, dos distintas varas de medir . CALDERÓN SUSÍN, Eduardo: «La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos Contra la salud Pública y contrabando* 5/2000, pp. 11-47.

²⁸ «Distinta es la conducta de aquellas otras personas que, sin haber intervenido en ese concierto previo, aceptan –por encargo de los destinatarios de la droga– llevar a efecto su recogida en el lugar de destino, sin lograr su disponibilidad efectiva; supuestos en los que cabe admitir la simple tentativa de delito, ya que, en los casos de «entrega controlada», el agente ha dado principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con los destinatarios de la droga, practicando por su parte una serie de actos que «objetivamente» deberían producir el resultado persegui-

LATENTATIVA INIDÓNEA EN EL DELITO DETRÁFICO DE DROGAS.

Una de las cuestiones más discutidas desde la entrada en vigor del vigente Código Penal de 1995 ha sido la relativa a la punibilidad de la tentativa inidónea. Dicho texto ha operado dos modificaciones en la regulación de la tentativa que han abierto dicho debate, por un lado la supresión de la referencia que hacía el Código penal anterior a la tentativa inidónea y, otra, la exigencia para la presencia de tentativa, de que se realicen «actos que objetivamente deberían producir el resultado» (art. 16.1). En el anterior se mencionaba expresamente la tentativa inidónea en el artículo 52, párrafo 2.^º que señalaba la misma pena prevista para la tentativa (inacabada) a los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, referencia que ha desaparecido en el texto penal actual, por lo que han surgido voces y resoluciones que han considerado que los supuestos de inidoneidad habían dejado de ser punibles.

La exigencia expresa en la definición de tentativa que se efectúa en el actual artículo 16 de «actos que objetivamente deberían producir el resultado», podría entenderse en tal sentido (así lo argumenta Cerezo Mir), sin embargo, la mayoría de los autores no lo han entendido del mismo modo y, según éstos (Quintero Olivares, Vives Antón, entre otros), no caben en la definición de tentativa del artículo 16 CP la irreal ni la supersticiosa, mientras que sí son punibles las demás tentativas inidóneas, según el concepto usual de tentativa inidónea, discrepando con el concepto manejado por aquél, dado que mientras que la doctrina dominante considera inidónea toda tentativa que *ex post* se demuestra que era incapaz desde un principio de llegar a la consumación, ya sea por inidoneidad de los medios, por inexistencia o ausencia del objeto, o – esto es más discutido – por inidoneidad del autor, Cerezo Mir llama tentativa inidónea a la que aparece como tal *ex ante* desde la posición del autor, sosteniendo que *ex post*, toda tentativa es inidónea.

Por tanto manejando el concepto habitual de tentativa inidónea, se puede llegar a la conclusión que fuera de los casos de tentativa irreal y supersticiosa, la misma sigue

do –la recepción de la droga–, que, sin embargo, no se alcanza por causas ajena a su voluntad, por virtud de la intervención policial preventiva. Por consiguiente, en estos supuestos, cabe hablar, como decimos, de simple tentativa «STS de 11 de junio de 2003, Pte. Sr. Román Puerta; En similares términos la de 20 de marzo de 2003, Pte. Sr. Colmenero, «El motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal, pues entiende que en los casos de entregas vigiladas en que la detención se produce de forma inmediata a realizarse la entrega, debe apreciarse el delito en grado de tentativa, pues la tenencia es puramente fugaz y nominal, sin disponibilidad efectiva» y, donde, tras analizar los requisitos para admitir la tentativa en los casos de envío de drogas desde el extranjero y, antes expuestos, de falta de intervención en la operación, no ser destinatario de la mercancía, ni llegar a tener disponibilidad sobre la misma, concluye que «este criterio debe hacerse extensivo, como señala la STS núm. 319/2001, de 5 de marzo, a los supuestos de entrega controlada o vigilada, en que la detención se produce de modo inmediato a realizarse la entrega, pues en tal caso la tenencia es puramente fugaz y nominal, sin disponibilidad efectiva, ya que el control policial previo imposibilita que el receptor disponga de la más mínima posibilidad de llegar a hacerse cargo de la cocaína para entregarla a su destinatario. Doctrina que debe considerarse ya como consolidada». También la de 29 de enero de 2001, Pte. Sr. Delgado García que «Sin embargo, de modo excepcional, y con relación a la modalidad comisiva de posesión para el tráfico, se ha aplicado la figura de la tentativa cuando, adquirida la droga para revenderla, se inicia el camino de la adquisición y éste no queda ultimado porque lo impide alguna circunstancia ajena al voluntario desistimiento. Así ocurre cuando se va a entregar la sustancia y esta es aprehendida en el mismo momento de la entrega o en instantes anteriores, cuando los compradores están ya dispuestos a recibirla, o incluso cuando, una vez recibida, la policía que lo vigila permite esa recepción y que se lleve la droga a otro sitio con la debida vigilancia, desconocida por el autor, a fin de hacer posible la identificación de alguna otra persona implicada en la operación. En estos últimos casos entendemos que no ha existido adquisición de la posesión con libre disponibilidad de la mercancía ante la vigilancia de los agentes de la autoridad que pudieron haber intervenido antes y no lo hicieron para ultimar sus investigaciones».

siendo punible, surgiendo entonces la cuestión de si su punibilidad puede fundarse en la existencia de peligro o supondría una vulneración del principio de lesividad u ofensividad, según el cual sólo merecen castigarse hechos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico-penal, si bien, se puede concluir que el peligro estadístico no acompañado de capacidad efectiva de producir la consumación en el caso concreto es la única clase de peligro que concurre en toda tentativa, sea idónea o inidónea, porque ninguna tentativa que queda podía en el caso concreto producir la consumación. No puede contraponerse, pues, la tentativa idónea a la inidónea diciendo que la primera implica un verdadero peligro en el caso concreto, mientras que la inidónea sólo entraña un peligro estadístico La incapacidad de lesión de toda tentativa en el caso concreto no impide que tenga utilidad preventiva la cominación penal de la tentativa. Ello incluye a la tentativa inidónea, que no encierra un peligro menos real que la idónea.

Así, puede trazarse un paralelismo entre la tentativa idónea y el delito de peligro concreto consumado, por una parte, y entre la tentativa inidónea y el delito de peligro abstracto consumado. Pero en todo caso sólo puede hablarse de peligro estadístico, que no tiene por qué ser menor en la tentativa inidónea que en la idónea²⁹.

Sobre la posibilidad de hacer recaer la intervención penal en los supuestos de tentativas inidóneas relacionados con delitos de tráfico de drogas, deben resaltarse la Sentencia de 21 de junio de 1999 que trata de un caso de entrega vigilada de droga y donde se postulaba que la tentativa no debía ser sancionada por ser inidónea debido a que la entrega vigilada y el consecuente control al que estaba sometido el envío de la droga impedía la retirada de la mercancía y, al respecto dicha resolución entiende que, si bien, algún sector doctrinal ha defendido la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, que concurre cuando los medios empleados en ningún caso podrían ocasionar el resultado del delito o poner en peligro el bien jurídico protegido, sino también en los casos de inidoneidad relativa, es decir cuando los medios utilizados son genéricamente aptos para ocasionar el resultado delictivo o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo pero no lo son en el caso concreto por concurrir circunstancias especiales, la Sala 2.^a ha aceptado la doctrina según la cual la tentativa relativamente inidónea es punible en el derecho vigente en lo relativo al tráfico de drogas, pues la introducción del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa del artículo 16.1, no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas, sino que, por el contrario significa, según la mencionada resolución, que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado y, se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aún cuando no lo sean en el caso concreto».

En este sentido y, como abunda la STS de 13 de marzo de 2000, «el juicio sobre la idoneidad en un delito de actividad o de peligro abstracto está básicamente condicionado por la estructura del tipo penal. Consecuentemente,... sólo se debe referir a la aptitud de la acción para la realización del tipo, sin ninguna vinculación a un posible resultado proveniente causalmente de la acción».

²⁹ QUINTERO OLIVARES O VIVES ANTÓN, citados por Mir Puig, Santiago «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial. Problemas específicos de la aplicación del nuevo Código Penal* núm. 4/1999, pp. 13 a 42.

En los casos de entrega vigilada, el agente ha dado principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con los destinatarios de la droga para procurársela, practicando parte de los actos que «objetivamente» deberían concluir al fin planeado que, sin embargo, no se alcanza por causas independientes de la voluntad de su autor –la intervención policial preventiva-. En todo caso, quedarían fuera de esta concepción y, por ello impunes, los supuestos de tentativas irreales o imaginarias, los delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto y, en general, todos los supuestos de inidoneidad absoluta.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, Luis: «El objeto material en el artículo 368 del CP: Planteamientos doctrinales y estudios de los aspectos más relevantes de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos Contra la salud Pública y contrabando*, 2000.
- BOIX REIG, Javier: «Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos Contra la salud Pública y contrabando*, núm. 5/2000.
- CALDERÓN SUSÍN, Eduardo: «La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos Contra la salud Pública y contrabando*, 2000.
- CASTELLÓ NICÁS, Nuria: «La nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la relación concursal entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando». *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1821.
- CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I: Introducción, Teoría Jurídica del Delito* 1. Ed. 1994.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: «La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código penal». *Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho judicial*, 1998.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo: «Cuestiones sustantivas en torno al artículo 344 del Código Penal». *Consejo General del Poder Judicial. Planes Provinciales y Territoriales de Formación. Plan Provincial de Formación de Cádiz*, año 1996.
- GARCÍA LÓPEZ, Siro Francisco: «Autoría y participación en el tráfico ilegal de drogas». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos Contra la salud Pública*, núm. 21/1992.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos: «Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: La teoría del agente provocador y el blanqueo de dinero procedente del delito». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos Contra la salud Pública*, núm. 21/1992.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «Aspectos procesales y constitucionales más relevantes en los delitos relativos a las drogas tóxicas y estupefacientes». *Cuadernos y Estudios*

- del Consejo General del Poder Judicial, Delitos Contra la salud Pública y contrabando*, núm. 2000.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos: «Política(s) criminal(es) en materia de drogas (Prohibicionismo versus reducción de daños)». *Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1999.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio; MENDOZA BUERGO, Blanca, y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Código Penal». Ed. Thomsom–Civitas, 2004.
- LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo: «La tentativa inidónea en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Revista del Poder Judicial*, núm. 59.
- MANJÓN–CABEZA OLMEDA, Araceli: «Agravaciones del tráfico de drogas en la Ley Orgánica 15/2003. Tráfico de drogas», *Estudios Monográficos La Ley Penal Año II*, núm. 12. Enero, 2005.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio: «Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos Contra la salud Pública y contrabando*, 2000.
- MIR PUIG, Santiago: «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial. Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, núm. 4/1999.
- MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier: «Paquetes postales y tráfico de drogas. Estudios». *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1949.
- OLIVEROS ROSELLÓ, José: «Contrabando y artículo 344 del Código Penal (comentario a la Sentencia de 3 de octubre de 1991 del Tribunal Supremo)». *Consejo General del Poder Judicial. Revista del Poder Judicial*, núm. 26. Junio, 1992.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel: «El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado». *Revista del Poder Judicial*, núm. 72/2003.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Orígenes y aparición del problema en los delitos contra la salud pública. *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial., Delitos Contra la salud Pública 21/1992*.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, y MORALES PRATS, Fermín: «Código Penal». Ed. Aranzadi, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, y VALLE MUÑIZ, José Manuel: «Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal». Ed. Aranzadi, 1996.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español. Parte General*. Ed. 1986.
- SÁINZ RÚIZ, José Antonio: «Algunas cuestiones procesales sobre tráfico de drogas (resumen jurisprudencial)». *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1816.
- SANZ DELGADO, Enrique: «El agente provocador en el delito de tráfico de drogas. Tráfico de drogas», *Estudios Monográficos La Ley Penal*, año II, núm. 12. Enero, 2005.

SOTO NIETO, Francisco: «Estudio básico del artículo 344 del Código Penal». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial. Delitos Contra la salud Pública*, núm. 21/1992.

TAMARIT SUMALLA, Joseph M.^a: «Drogas y Derecho Penal». *Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Drogodependencia y Derecho. Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII/2003.

URQUÍA GÓMEZ, Faustino: «Donación o entrega de drogas al familiar consumidor». *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial. Delitos Contra la Salud Pública*, núm. 21/1992.