

C. DERECHO
PENAL

LA COAUTORÍA EN EL TRÁFICO
DE DROGAS

Núm.
125/2001

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• ENUNCIADO:

Se practican diligencias policiales sobre posible tráfico de estupefacientes concertado, y como consecuencia de ellas, el 27 de marzo de 2000, en la ciudad de Badajoz, se detiene a L.M.J., acompañado de P.J.F. Tras el correspondiente registro personal, al primero de ellos se le ocupa una bolsa de plástico. Efectuada la adecuada medición se obtuvo el resultado de 124,200 gr de cocaína, de riqueza aproximada del 70 por 100, con precio en el mercado de venta estimado en 1.994.003 ptas. El segundo de los detenidos no portaba ninguna sustancia estupefaciente, por lo cual fue puesto inmediatamente en libertad.

Se practica un registro en el domicilio de L.M.J. En él se hallan objetos de medición de droga, distribuida por distintas estancias de la vivienda más droga, fraccionada, en botes de cristal, envoltorios de papel, etc. Efectuada la correspondiente medición dio como resultado en conjunto: 478,345 gr de cocaína, con una riqueza aproximada del 78 por 100.

Siguiendo con las investigaciones, se produjeron otras intervenciones y otras detenciones. Así, dos días después de acontecido lo previamente relatado, en el comercio de J.F.F. (consumidor habitual de dicha sustancia), hallándose éste en el mismo, con la debida autorización judicial, se practicó el registro. A resultas de él la policía halló: varias balanzas de precisión, varios recortes de papel envoltorio, navajas y otros útiles varios especialmente indicados para cortar la droga y una pequeña cantidad de sustancia estupefaciente: 2,223 gr de cocaína, con el 66 por 100 de pureza y con un valor en el mercado de 30.000 ptas. aproximadamente. Con el titular del negocio también se encontraban E.H.J. (ésta esposa de aquél) y T.E.L., empleado, quienes fueron puestos en libertad al no poderse establecer una clara conexión entre ellos y la actividad delictiva que se desarrollaba. También conviene precisar que pudo demostrarse la actividad desplegada por el titular en el entramado delictivo: consistía en ser el depositario de la droga intervenida y el codistribuidor de la misma, a pesar del acopio efectuado de la droga para el posible autoconsumo.

• CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Supuestos de codelincuencia en el tráfico de drogas.
2. La tentativa en el tráfico de drogas.
3. El acopio en el cálculo de la notoria importancia.

• SOLUCIÓN:

1. Leído en el supuesto fáctico que han sido varios los detenidos y algunos de ellos puestos en inmediata libertad, y admitiendo que la sentencia condenatoria recaería en dos, concretamente en L.M.J. y J.F.F., el caso plantea una posible situación de codelinuencia y, por tanto de coautoría. En los delitos de drogas el *pactum scaeleris* representa el acuerdo entre los intervinientes y la distribución de las funciones a desarrollar. En la coposesión o codelinuencia, aun cuando pudieran distinguirse las funciones o individualizarse las conductas, la conexión inequívoca entre ellos (no fruto de la casualidad o pura coincidencia), proporciona la razón de ser de la unidad, de la coautoría. Que la droga se halle en distintos lugares, que la droga está fraccionada o que a uno de ellos se le ocupe una parte poco relevante de cantidad de la droga total, no excluye el pacto aludido ni la codelinuencia, como tampoco la excluye la distribución de funciones en la venta o distribución, sino más bien la complementa y encuentra en ella su razón de ser. Es decir, el objeto del delito «es toda la droga».

Cabe apuntar otro argumento que pretende salvar, no sólo la notoria importancia sino la coposesión para el tráfico. A saber: en el legítimo ejercicio del derecho de defensa el acusado (los acusados) puede acudir al fácil subterfugio de que la droga incautada, con respecto a la cual intervienen varios acusados (léase el supuesto), sólo le es imputable en la parte que a él le resulte aprehendida. Se divide así la cantidad, se fracciona así el peso, y de esta manera se puede llegar a la exclusión de la notoria importancia o, incluso, a la deducción del autoconsumo excluyente de la responsabilidad penal (observar la pequeña cantidad descubierta en el comercio de J.F.F. apta para el autoconsumo). La jurisprudencia tiene dicho reiteradamente: «(...) no cabe establecer una fracción para cada uno de los acusados, que constituya objeto del delito independiente, cuando la acción es unitaria por el concierto previo, y a dicha cantidad total ha de referirse para calificar la notoria importancia» (Sentencia de 18 de noviembre de 1987; y en el mismo sentido las de 3 de mayo de 1986 y 25 de mayo de 1989).

Téngase en cuenta otro elemento definidor de la coparticipación en la coposesión: la diferencia entre el detentador material de la droga (L.M.J.) y el que la tiene sujeta a la acción de su voluntad. Es decir, la posesión de la droga puede ser directa, inmediata o material; o simplemente puede quedar sujeta a nuestro dominio, independientemente de que la tenga físicamente, porque lo trascendente es que pueda actuar con dominio sobre ella, bien para sí, bien para un tercero. Lo importante es que se entienda por poseedor no sólo el que ocupa materialmente la droga, sino el que participa de la misma de hecho o de derecho. Y siendo el objeto de delito un todo sobre el estupefaciente, los conceptos de posesión manejados por el Código Civil en los artículos 430, 431 y 438 son utilizados por la jurisprudencia, incluso en la elaboración del llamado «servidor de la posesión» para atribuir la coautoría en el hecho (Eduardo Calderón Susín) (SSTS de 30 de julio de 1997 y 3 de diciembre de 1998).

Finalmente, con el fin de precisar que la responsabilidad penal de ambos lo será a título de autores del delito de tráfico de estupefacientes, conviene hacer unas consideraciones sobre la complicidad. Es difícil llegar a admitir otra responsabilidad que no sea la de autoría. Se tolera bien cuando la intervención es mínima: actos de acompañamiento, pequeños auxilios, ponderables racionalmente por el juzgador. Mayor duda ocasionaría la admitida complicidad en actos de ocultación ocasional de la droga de otro, si J.F.F. hubiese invocado tal circunstancia respecto de la que fue aprehendida en su negocio (Ss. de 30 de mayo de 1997 y 15 de octubre de 1998). Pero como quiera que su intervención no es secundaria, sino que resultan acreditadas sus funciones de depositario-distribuidor a terceros, la trascendencia justifica el mayor reproche penal.

2. La segunda de las cuestiones plantea saber si la conducta de J.F.F. representa en el *iter* de ejecución una forma imperfecta que, en todo caso, le imputara responsabilidad en grado de tentativa. La droga no está en realidad en su negocio, sino en casa ajena y en sujeto ajeno. El registro practicado en su negocio sólo descubre una pequeña cantidad, que bien pudiera ser para autoconsumo o parte del acopio, respecto del total, en el cálculo de la notoria importancia (objeto de análisis final). Entendido que el delito de tráfico de drogas es de peligro abstracto, de consumación anticipada, de tendencia, de mera actividad; asumido el criterio reiterado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS) de las enormes dificultades de apreciación de la tentativa en este tipo de delitos, nos bastaría con alegar la disponibilidad sobre la droga, el dominio del hecho y todo lo anteriormente reflejado en la codelincuencia y posesión de la droga, para concluir en la responsabilidad del acusado como autor de un delito consumado de tráfico de drogas. No se distingue entre quién debe entregar y quién todavía no ha recibido, sino en la recíproca disponibilidad y acuerdo previo que proporciona consumación anticipada. Debe entenderse una contundente función colaboradora entre ambos acusados. Uno tiene la droga en su casa; otro la espera en el negocio para distribuirla. Sólo el momento del registro y la no posesión material de la sustancia son circunstancias aleatorias que no importan al derecho, pues el concierto previo de voluntades otorga la misma relevancia a efectos del reproche penal. El *pactum scaeleris* es inequívoco y la prueba ponderada permite la apreciación de la consumación anticipada en un delito de mera actividad que vincula a ambos.

3. Mayor relevancia tiene el acopio de sustancia a detraer del total de la droga incautada por J.F.F., a fin de deducir un posible autoconsumo exculpatario, o, en el mejor y más benévolo de los supuestos, la exclusión de la notoria importancia, en el supuesto de que así se invocara por el imputado J.F.F. La cantidad de droga aprehendida supera los 120 gramos (téngase en cuenta la pureza, trascendente en la cocaína, para el cálculo de la notoriedad, y que no vamos a entrar en las precisiones aritméticas sino en las cantidades aproximativas, pues sobrepasan con creces la notoriedad, que es, al fin y al cabo, de lo que se está tratando con un margen de cantidades y de peso suficientes) y la droga ocupada en el negocio de J.F.F. 2,223 gramos de cocaína. Por «notorio» debemos entender según sean la clase, la cantidad y la pureza. En la cocaína tiene relevancia el grado de pureza como ya queda dicho, lo cual no significa que la jurisprudencia lo rechace de sus consideraciones jurídicas (STS de 7 de mayo de 1987). Dando por admitida la notoriedad en el caso práctico, pues se entiende por el TS que los límites pueden estar comprendidos en los 120 ó 125 gramos (Ss. de 9 de julio y 27 de septiembre de 1993, 24 de enero de 1995, 5 de julio de 1999, 27 de abril, 4 de mayo, 19 de julio y 8 de septiembre de 2000), conviene centrarse en el acopio a detraer de la totalidad. El acusado es consumidor de cocaína. Este factor le permitiría argumentar que la escasa cantidad de droga recogida en su negocio (2 grs. aproximadamente) sería para su consumo. Nada que objetar a tal argumentación; pero si lo que se pretende por esta vía es hacer extensivo el acopio al resto de la droga intervenida, el razonamiento que a continuación se expone destruiría, lógicamente, no sólo la pretensión de excluir la notoriedad, sino la autoexculpación por el autoconsumo. Veamos: la jurisprudencia haría un examen ponderado que consistiría en deducir las cantidades objeto del acopio, con una fijación de días máximos de provisión de estupefacientes «cubiertos habitualmente por el consumidor» medio. Esto serían reglas, en todo caso orientativas; pero que vienen siendo utilizadas para los cálculos pertinentes. Dichos cálculos tendrían en cuenta: las posibilidades económicas, la frecuencia con que se provee, el tiempo de conservación medio de la sustancia en cuestión, el fácil

o no acceso a la compra, etc. (SSTS de 17 de mayo de 1994, 17 de octubre de 1995, 25 de noviembre de 1996 y 13 de septiembre de 1999). Llama poderosamente la atención el criterio más relevante: hacer un cálculo del consumo medio diario para la cocaína, atendidas las cinco o seis horas de efecto de cada toma. Aun así, y yendo más allá del doble de dosis de lo que para casos como éste se prevé científicamente, el resultado final, deducido el acopio para el autoconsumo, observados los más de 400 gramos aprehendidos, superaría con creces los 120 gramos de media establecidos (deducida la pureza, es decir, de cocaína base). Con lo cual, ni por esta vía el acusado se vería libre de la notoriedad, y por pura lógica, del autoconsumo excluyente de responsabilidad.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **SSTS de 3 de mayo de 1986, 7 de mayo y 18 de noviembre de 1987, 25 de mayo de 1989, 9 de julio y 27 de septiembre de 1993, 17 de mayo de 1994, 24 de enero, 5 de julio y 17 de octubre de 1995, 25 de noviembre de 1996, 30 de mayo y 30 de julio de 1997, 15 de octubre y 3 de diciembre de 1998, 13 de septiembre de 1999, 27 de abril, 4 de mayo, 19 de julio y 8 de septiembre de 2000.**