

TENTATIVA Y CONSUMACIÓN EN EL TRÁFICO DE DROGAS. LA AGRAVANTE DE ORGANIZACIÓN

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal

Palabras clave: tráfico de drogas, autoría, participación, tentativa, agravante de organización.

ENUNCIADO

Las investigaciones policiales dieron lugar a la apertura de un procedimiento judicial en el que se imputó a determinadas personas un tráfico de cocaína, con los siguientes hechos: con la finalidad de dar salida y obtener beneficios de la droga que conseguían, llegaron a determinados acuerdos, con el fin de proceder de forma coordinada a los traslados y a la entrega de la droga. Para ello, algunos de los imputados realizaban viajes fuera de la localidad con el propósito de comprar sustancias indicadas para la transformación y elaboración de la cocaína, tales como éter, amoníaco, ácido sulfúrico, cafeína, y dar salida a la droga. Las relaciones se verificaban telefónicamente de manera habitual, y en la que todos se repartían las correspondientes tareas. Conocedores de la vigilancia policial, al ir a realizar la entrega acordada a los compradores en el lugar pactado, no llegó a efectuarse, postergándose, entre otros motivos, para deshacerse de la vigilancia policial, alejándose los vendedores del lugar ya que abandonaron la droga en el lugar para evitar ser detenidos con ella. La detención se realizó posteriormente, siendo puestos a disposición judicial tanto los vendedores como los compradores.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Las formas imperfectas de ejecución del delito de tráfico de drogas, su autoría y la agravante de organización.

SOLUCIÓN

En el tráfico de drogas o estupefacientes, como la cocaína, la realización de la actividad descrita lleva aparejada la existencia de un grupo más o menos organizado que, con la finalidad de obtener un beneficio económico, realiza funciones de diverso tipo, pero todas dirigidas al mismo fin, y por tanto con importancia en la dinámica del comercio ilegal de estas sustancias, que lleva en ocasiones aparejada una distribución de tareas o cometidos orientados a la mejor distribución de la droga y la obtención del dinero. Este grupo de personas que de acuerdo hacen este tipo de actos, y siempre que se pruebe ese *pactum* a los fines delictivos, podrá determinar la existencia de una organización, circunstancia que tiene en cuenta el legislador, y que puede determinar, en su caso, la agravación de la pena.

Así dispone el artículo 369.2.º y 3.º del Código Penal (CP) que suponen una agravación de la pena impuesta los supuestos en que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aunque lo fuera de manera ocasional, y aquellos en los que el culpable participe en actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

Resulta claro que el concepto «organización» comporta en esta figura delictiva una modificación en el comportamiento de los partícipes en el delito, capaz de aumentar la capacidad de ataque u ofensa al bien jurídico en tanto la realización de las conductas de las diferentes personas que la integran en cuanto se encauzan al fin común, la venta de sustancias tóxicas o estupefacientes, generando una mayor potencia infractora, y alterando de manera cualitativamente más importante, por tanto, la participación de esas personas en el delito. Son varios los elementos o circunstancias que la determinan y pueden ser tan variadas como las formas que adopte. Lo que parece imprescindible es la necesaria existencia de una cierta estructura compleja que haga necesaria una distribución de tareas entre los integrantes de manera que el resultado de la acción delictiva sea el contenido en el plan criminal; y sea necesaria una determinada coordinación, para que esa relación entre los integrantes asegure el delito, sin que la posición directiva de unos y subordinada de otros en la adquisición y distribución de la droga, aunque se tratara de un delito continuado, sea suficiente para entender que tal conjunto es una organización a los efectos de la aplicación del subtipo agravado mencionado. Así la organización viene a ser considerada como una complejidad de elementos que es necesario coordinar a los fines del plan delictivo de los autores o partícipes en el mismo; es semejante a la coordinación de una empresa, aunque sea puntual y de pequeña importancia, pero que se distingue de la simple concurrencia de personas en el delito. Es necesario tener presente también en el concepto de coordinación, que el tipo básico del delito de tráfico de drogas (art. 368 del CP) ha integrado todas las formas de cooperación bajo el concepto de autor, que extiende a toda participación la calidad de autoría.

En este sentido debe mencionarse que la jurisprudencia abunda en los criterios indicados; así, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1994 que «la organización supone e implica todos aquellos supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto, un plan o un propósito para desarrollar la idea criminal, pero sin que sea preciso la existencia de una organización

más o menos perfecta, más o menos permanente. Ese amplio concepto de la específica y concreta agravación acoge también a cuantos intervienen en ella, cualquiera que fuere el momento en el que se insertan en la misma y, para todos los casos, cualquiera que fuere la forma de participación, directa o indirecta, en los actos delictivos. Únicamente ha de tenerse presente para la vivencia del subtipo, que *ese acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la "simple u ocasional consorciabilidad para el delito"*. Entonces *la organización lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización*».

Se pueden por tanto, mencionar unas notas que también inciden a la hora de apreciar o no la agravación de la organización:

- a) *No identificación con la simple codelincuencia*: Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1985, «la organización comporta no la mera coparticipación o codelincuencia por ser varios los que hayan intervenido en la perpetración de los hechos, sino el conjunto de personas que disponen de medios idóneos y desarrollan un plan previamente concertado, con una cierta jerarquización». Lo que sí se requiere por la jurisprudencia es la existencia de una vocación de continuidad.
- b) *No se precisa que exista en todo caso una pluralidad de personas que realice el tráfico en un amplio espacio geográfico*, a veces con conexiones internacionales –Ss. de 4 de julio de 1991 y de 21 de enero de 1994–.
- c) *La existencia de la organización –concepto jurídico indeterminado– es un hecho y como todo hecho está precisado de prueba*, que por la propia índole clandestina de aquélla, ordinariamente solo podrá acreditarse mediante *prueba indirecta, circunstancial o derivada de indicios* con sujeción a las normas contenidas en los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil.

Aplicando los comentarios arriba mencionados y la doctrina jurisprudencial, se puede decir que no parece reconocerse la existencia de una cabeza directiva o coordinadora, que pudiera ser considerado un jefe, de la actuación de todos los integrantes en el plan delictivo, coordinándose también entre los demás, sin la intervención de aquél, para poner la droga en el mercado, así puede integrarse también en ese ámbito la realización de tareas o funciones encaminadas a la transformación y elaboración de la droga, de la cocaína, con la que luego traficaban. Este conjunto de actividades, cuya realización necesitaba del aprovisionamiento de los elementos químicos adecuados a ese fin y que era realizada por los integrantes en la empresa criminal, nos da a entender que la complejidad de las actuaciones llevadas a cabo, o bien que las actividades que realizaban, eran de una complejidad tal que no puede compararse con la simple distribución de drogas. No se limitaban, según lo expuesto, a comprar y vender cocaína, sino que el proceso o la empresa exigía una serie de tareas previas a la venta efectiva, en cuya realización todos se coordinaban.

El delito se inicia, es decir, se da comienzo a la ejecución, por acuerdo entre compradores y vendedores, y se transporta hasta el lugar acordado para concretar la operación, y efectivamente allí concurren, abandonando el lugar. Esto nos introduce en la cuestión referente a si nos encontramos ante

un delito consumado o ante una tentativa, sin que pueda apreciarse el desistimiento activo (art. 16.2 del CP), ya que la exclusión de la punibilidad que permite tal comportamiento no es posible cuando no concurre tal acto de manera voluntaria, por sobrevenir determinadas circunstancias que impiden o dificultan seriamente la consumación. Al abordar esta cuestión debe mencionarse la naturaleza del delito de tráfico de drogas que parece introducirse en la consideración de un delito de peligro abstracto, siendo excepcional la posibilidad de la tentativa según un sector doctrinal. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo diciendo que los delitos de peligro abstracto son delitos de resultado, considerando que ese peligro es el resultado, y por ello el delito de tráfico de drogas no es incompatible con la tentativa, como ha sido reconocido por sentencias del Alto Tribunal al aplicar esa forma de aparición del delito. Este delito es un delito de peligro abstracto, como se ha dicho, que deriva de la tenencia de la droga para el tráfico, y no de un acuerdo de adquirirla ni de la concurrencia al lugar donde debía efectuarse la transacción, la entrega de la droga y la recepción del dinero, lugar donde los vendedores tenían la droga, por lo que si los adquirentes no pudieron obtener la droga que querían comprar por razones ajenas a su voluntad, no la han tenido a su disposición.

La jurisprudencia se manifiesta también claramente, estableciendo la posibilidad de apreciar la tentativa, aunque con cautela y solo para supuestos en los que parece concurrir claramente. Así, en las Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en fecha 12 de diciembre de 2001, 21 de febrero de 2002 y 20 de marzo de 2003, después de poner de manifiesto las dificultades de apreciar la tentativa en este delito a tenor de la amplitud con que está redactado el tipo penal, y la excepcional posibilidad de apreciarla, establece: la doctrina de esta Sala 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. En los supuestos en que el acusado ha sido detenido antes de llegar a hacerse cargo de la sustancia prohibida, la tentativa es clara (véase STS de 12 de mayo de 2001). Y este criterio debe hacerse extensivo, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo 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 cocaína para entregarla a su destinatario. Doctrina que debe considerarse ya como consolidada.

Debería distinguirse, por tanto, la actuación de los que integrantes del *pactum* realizan todas las operaciones encaminadas a poder disponer de cocaína y una vez en su poder, mediante el acuerdo con terceras personas, que pretendían comprarla, finalizar la operación mediante la entrega recíproca de la sustancia y el dinero acordados. Los primeros deberían ser condenados por el delito consumado, y a los que querían adquirirla, que finalmente no pudieron, como tentativa inacabada, en tanto no se realizó el plan que pretendían los autores, puesto que no se llegó a pagar el precio, condición necesaria para la entrega de la droga. La acción punible de éstos se encuentra además en el umbral de los actos preparatorios, en un nivel bajo en lo referente a ese elemento de la acción delictiva.

En relación con la cuestión relativa a la participación, parece posible la aplicación en determinadas situaciones excepcionales del concepto de complicidad; así, en este sentido la jurisprudencia ha partido del criterio según el cual toda persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de dicha conducta, se convierte en coautor del delito (STS de 19 de febrero de 1993). El artículo 368 del Código Penal, al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen alguna aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor (SSTS de 10 de marzo de 1997 y 6 de marzo de 1998), que se extiende a todos los que ostentan el dominio del hecho dentro de la acción conjunta planeada (STS de 10 de marzo de 2000). El legislador ha adoptado en la redacción del tipo un concepto extensivo de autor que excluye, en principio, las formas accesorias de participación, *y solo en supuestos excepcionales se llega a la mera complicidad que se ha apreciado solamente en los casos de colaboración mínima, entre ellos la que se ha denominado «conducta de favorecimiento al favorecedor del tráfico»* (SSTS 14 de junio de 1995 y 17 de marzo de 2003).

El Tribunal Supremo, en recientes sentencias, como la de 18 de mayo y 7 de julio de 2006, ha venido señalando las condiciones en las que la jurisprudencia ha admitido la participación como cómplice en un delito de tráfico de estupefacientes. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2004 se señala, en relación a los criterios para determinar si la participación es a título de autor o de cómplice, que la diferencia radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesoria o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario, habiéndose acudido a distintas teorías para fundamentar y resolver esa diferenciación. «Pues bien, podemos manejar como criterios, en primer lugar, la perspectiva de lo abstracto o lo concreto como método para el análisis, y según la consideración de una u otra que tengamos en cuenta podremos resolver el problema, de forma que si sin la ayuda del partícipe no se hubiese producido el hecho tampoco bajo otras circunstancias; se trataría de un caso de cooperación necesaria, mientras que en caso contrario debería calificarse como complicidad, inclinándose la jurisprudencia por la perspectiva del caso concreto, aunque precisamente por ello no cabe excluir radicalmente la consideración abstracta de la cuestión. También se ha aplicado la teoría de los bienes escasos cuando el objeto aportado a la realización del delito tiene este carácter, teniendo también en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar de la comisión; la teoría del dominio del hecho en función de que el cooperador hubiese tenido la posibilidad de impedir la infracción, aun cuando este supuesto también se ha entendido como coautoría. Por último, puede también distinguirse entre la cooperación para la producción del resultado (adquisición de la mercancía por los autores) y para las distintas modalidades de la acción, como en el presente caso sucedería con el transporte de la mercancía, de forma que la aportación de los acusados, ajenos al plan trazado y al acuerdo entre los coautores, se dirige no a la consumación del delito por éstos sino a cooperar en un segmento posterior de la acción que es el transporte».

Abundando en lo ya apuntado más arriba, en estos delitos, la participación o concurrencia de varias personas en su perpetración, en la aplicación del artículo 368 que considera que cualquier forma de cooperación al tráfico de drogas se integra en el concepto unitario de autor, de manera que cualquiera que sea esa actuación del partícipe, aunque pudiera entroncarse con el concepto de complicidad, este artículo considera que todos son autores, y por tanto no podrá castigarse ningún acto, como el de comprar elementos químicos esenciales para la transformación y elaboración de la cocaína, como

un acto de colaboración imputable a título de cómplice, sino como autor: cualquier acto de participación a los efectos del artículo 368 tiene la consideración de acto que se integra en el concepto unitario de autoría. Así ocurrirá incluso en los casos en que se hable o se aprecie la agravación referida a la organización, sin que ninguna de las personas que la integren puedan ser consideradas como cómplices, aunque la pena sí debe ser proporcionada a su posición dentro de la organización, pero la pena no podrá ser nunca inferior al mínimo del marco legal del delito agravado. No pueden ser consideradas las actuaciones de los integrantes en la trama delictiva como cómplice, por entender que es aplicable la teoría de los bienes escasos, o cualquier otra de las mencionadas por el Tribunal Supremo, pues tal actuación no es en ningún caso accesoria o circunstancial a la comisión del hecho, sino que todos ellos participan con actos que se dirigen a conseguir la finalidad que perseguían: la venta de cocaína, que finalmente no logra entregar a los compradores por la actuación policial.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16, 368, 369.2 y 3.
- SSTS de 25 de septiembre de 1985, 3 de mayo de 1994, 14 de junio de 1995, 10 de marzo de 1997, 6 de marzo de 1998, 5 de marzo, 12 de mayo y 12 de diciembre de 2001, 21 de febrero de 2002, 17 y 20 de marzo de 2003, 21 de octubre de 2004 y 18 de mayo y 7 de julio de 2006.