



**Trabajo de Fin de Máster Universitario en
Abogacía**

**LOS GRADOS IMPERFECTOS DE EJECUCIÓN
EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS**

Presentado por:

María Catalina Tutunea

Tutora:

Catalina Vidales Rodríguez

Máster Universitario en Abogacía

Curso académico 2020/21
Fecha de defensa: Enero 2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	i
RESUMEN	ii
LISTADO DE DESCRIPTORES	iii
I. INTRODUCCIÓN	1
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	2
III. OBJETO MATERIAL	5
IV. UNA BREVE EXPLICACIÓN SOBRE LOS ELEMENTOS DEL TIPO BÁSICO, LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES Y LOS GRADOS DE EJECUCIÓN	7
1. Conductas Del Tipo Básico	7
1.1. Actos de cultivo o elaboración.....	8
1.2. Actos de tráfico	8
1.3. El promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas «de otro modo»	11
2. Actos preparatorios punibles	12
3. Grados de ejecución	14
V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA POSIBILIDAD DE CONCURRENCIA DE LAS FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS	15
1. Los requisitos para la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas en términos generales	15
2. La tentativa en el cultivo o elaboración de drogas	21
3. La tentativa en el envío de droga por correo y la entrega vigilada	23
CONCLUSIONES	30
BIBLIOGRAFÍA	34
JURISPRUDENCIA	36
Tribunal Constitucional	36
Tribunal Supremo	36
Audiencias Provinciales	40
NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS	41

ABREVIATURAS UTILIZADAS

art. / arts.	artículo / artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
cit.	Citado
CP	Código Penal
Coord.	Coordinador
Ed.	Editorial
OMS	Organización Mundial de Salud
p. / pp.	página / páginas
PIB	Producto Interno Bruto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

RESUMEN

En la actualidad, los delitos de tráfico de drogas están en auge. Ello conlleva efectos negativos tanto en relación con la salud pública, como en los ámbitos social y económico. Por otra parte, también está aumentando el número de casos en los que se aprecian las formas imperfectas de ejecución en estos delitos. A pesar de que, en un principio, y aproximadamente hasta el año 1980, el Tribunal Supremo se mostraba contrario a la viabilidad de la concurrencia de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas, paulatinamente fue abriendo el camino a esta posibilidad. En el presente trabajo se analizarán las conductas del tipo básico del delito de tráfico de drogas y las distintas vías para apreciar la tentativa en cada una de ellas, con sus respectivos requisitos. Las bases de dicho análisis serán las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y por las Audiencias Provinciales, así como las opiniones de diferentes autores sobre este tema.

LISTADO DE DESCRIPTORES

Autoconsumo
Conspiración
Consumación
Consumo compartido
Cultivo
Delito putativo
Disponibilidad mínima
Drogas legales
Entrega vigilada
Estupefacientes
Paquetes postales
Proposición
Provocación
Salud pública
Sustancias psicotrópicas
Sustancias tóxicas
Tentativa acabada, inacabada e inidónea
Tráfico de drogas

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el tráfico de drogas representa uno de los principales problemas de política criminal tanto a nivel nacional como internacional. A pesar del incremento y el endurecimiento de las penas de estos delitos, llevados a cabo mediante importantes reformas del Código Penal (en adelante, CP) en esta materia, las conductas criminales relacionadas con dicho problema no han decrecido de forma significativa. Es sumamente inhabitual que las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de drogas se hundan entre las redes de la justicia¹.

Los enormes costes económicos que conlleva el sostenimiento del sistema judicial, que dedica la mayoría de su esfuerzo a la delincuencia relacionada con el tráfico de drogas, han llevado a pensar en más de una ocasión que la prohibición de éste agrava los problemas. Debido a la liberación de la economía y a la globalización de los mercados financieros, estamos empíricamente ante corporaciones empresariales de estos delitos. A modo de estimación del gasto total en España en el año 2012 se refleja un importe de entre 1.201 y 1.415 millones de euros, lo que supone entre el 0,12% y el 0,14% del Producto Interno Bruto (en adelante, PIB). A las iniciativas de reducción de la demanda se destinó aproximadamente un 60% del mismo, mientras que el restante 40%, a la reducción de la oferta. En el año 2016 se estima que un total de 317,36 millones de euros del gasto público se destinó al desembolso relacionado con las drogas, es decir, un 0,03% del PIB, correspondiendo un tercio al gasto del Gobierno central, y el resto a las comunidades y ciudades autónomas, para proporcionar atención médica². La salud de las personas se ve gravemente afectada debido

¹ Según las series anuales de criminalidad en materia de tráfico de drogas publicadas por el Ministerio de Interior en el Sistema Estadístico de Criminalidad, constan 14.391 hechos conocidos en todo el territorio nacional en el año 2010. El siguiente año el número de estos hechos aumentó, llegando a 15.220, manteniéndose los dos años siguientes alrededor de los 14.000 hechos conocidos. Posteriormente se registró una paulatina reducción de estos, hasta el año 2017, con 12.958 hechos conocidos. Sin embargo, en el año 2018 se disparó nuevamente la cifra de hechos conocidos, con 14.133. Hasta el final del primer trimestre del año 2020 se registraron en España 3.856 infracciones por tráfico de drogas, tal y como se recoge en el Balance Trimestral de Criminalidad publicado en el Sistema antes mencionado del Ministerio de Interior. La Comunidad Autónoma con más infracciones penales registradas en materia de tráfico de drogas es Andalucía, con 1.038 casos.

² MARTÍ PALACIOS, M.^a A., Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (DGPND), Ministerio de Sanidad, Consumo y

a los efectos de dichas sustancias. Por salud se debe entender tanto la ausencia de enfermedad como el mantenimiento de la integridad física³.

Además de los efectos devastadores que el tráfico de drogas provoca en la economía y en la salud de los ciudadanos, éste ocasiona un exponencial aumento de la violencia en nuestra sociedad. Se trata, por tanto, de una amenaza a la convivencia ordenada dentro de la sociedad. España es la «puerta de entrada de droga a Europa», siendo «la primera barrera u obstáculo al narcotráfico»⁴. Es por ello por lo que hemos decidido realizar el presente trabajo, analizando los principales aspectos del delito de tráfico de drogas, y especialmente la problemática que suscitan las formas imperfectas de ejecución por las numerosas discrepancias que ha suscitado hasta el presente.

El objeto de este trabajo es poner de manifiesto las principales cuestiones debatidas en la dogmática penal, en el diseño técnico-jurídico de las conductas de tráfico de drogas, todo ello sin olvidar el necesario impacto práctico que debe presentar un trabajo de esta naturaleza, en el marco del Máster realizado, y sin perjuicio de señalar las propuestas de *lege ferenda* más acordes con la postura de su autora. Tras un breve recorrido por los aspectos generales del bien jurídico protegido, el objeto material, los elementos del tipo básico y los grados de ejecución, se realizará un estudio jurisprudencial acerca de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas, analizando los requisitos que deben cumplirse para apreciar la misma en diferentes supuestos.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Existen numerosas discusiones en relación con cuál debe ser el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas. El objeto del debate es si la salud pública debe ser o no el bien jurídico protegido, o si la sanidad pública, entendida como el conjunto de actuaciones llevadas a cabo por las

Bienestar Social, «Gasto público», *Informe sobre drogas, España, 2019*, p. 7, disponible en www.pnsd.mscbs.gov.es/ (fecha de la última consulta: 13 de agosto de 2020).

³ GARCÍA RIVAS, N., «Criminalidad organizada y tráfico de drogas» en *Revista penal* N°2, Huelva, 1998, p. 23, disponible en www.dialnet.unirioja.es (fecha de la última consulta: 13 de agosto de 2020).

⁴ PELÁEZ PIÑEIRO, L., «La investigación del tráfico de drogas desde un punto de vista policial. Rutas de importación de la droga. Países exportadores. Modalidades de introducción» en *Curso Tráfico de drogas: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2014, p. 12.

Administraciones Públicas para la salvaguarda de la salud colectiva, podría incluirse en el mismo.

Los delitos de tráfico de drogas están regulados en el Capítulo III (Delitos contra la salud pública) del Título XVII (De los delitos contra la seguridad colectiva) del Libro II del Código Penal, desprendiéndose de ello que el bien jurídico objeto de protección es la salud pública, entendida con carácter colectivo, sin que lo sea la salud individual. Sin embargo, la salud pública es la suma de las saludes individuales⁵. Se trata de uno de los valores esenciales comunitarios, que se reconoce en términos generales en la Constitución Española (en adelante, CE), en sus artículos 1, 2, 3, 43 y 51.1.

Según el Tribunal Supremo, la razón de la incorporación de este delito de peligro abstracto al Código Penal es amparar la salud pública, y no la individual, sin que se penalice el daño concreto originado a una persona. Se resalta además que, por dicha razón, la donación o entrega de cantidades mínimas de drogas no son susceptibles de generar peligro alguno⁶. Sin embargo, siempre hemos de tener en cuenta que ha de analizarse el caso concreto ya que, en determinadas ocasiones, la donación es punible según el Tribunal Supremo⁷.

Como contrapartida, el principal argumento que pone en duda que la salud pública sea el bien jurídico protegido es la existencia de drogas legales, como lo son el alcohol o el tabaco, y que causan en muchas ocasiones un daño mayor a la salud pública, no estando, a pesar de ello, prohibidas. Siguiendo esta línea, un sector de la doctrina sostiene que «lo que realmente genera inseguridad en la población es la política prohibicionista en materia de drogas», ya que se considera que la posible comisión de delitos por drogadictos es un efecto de la estrategia de prohibición. Por ello, se concluye que «si la intención del Legislador

⁵ STS (Sala de lo Penal) núm. 195/2004, de 16 de febrero (RJ 2004\2219), Fundamento Jurídico Único, párrafo 8º.

⁶ STS (Sala de lo Penal) de 4 de junio de 1990 (RJ 1990\5111), Fundamento Jurídico Primero, párrafo 10º.

⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 53/2009 de 26 de enero (RJ 2009\1388), Fundamento Jurídico Tercero.

fuera proteger la seguridad colectiva, probablemente no habría optado por esta estrategia de prohibición»⁸.

Con relación a ello, MANJÓN-CABEZA OLMEDA sostiene que los motivos que conllevaron la tipificación de estos delitos quizá no coincidan con el bien jurídico protegido, considerando que lo es la salud pública. El tipo delictivo puede interpretarse de dos formas: teniendo en cuenta los motivos de la tipificación, que podrían ser políticos o económicos, sin que se castigue todo lo que afecte a la salud pública, o teniendo en cuenta el ámbito de protección de la norma, a pesar de que no esté directamente relacionado con las razones de su tipificación⁹.

Como respuesta al porqué de la existencia de drogas legales, entendemos que la imposición de penas en estos casos en los que su consumo se encuentra tan generalizado en nuestra sociedad sería contraproducente, sin que por ello debamos entender que el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es otro y no la salud pública.

En la práctica, el considerar que la salud colectiva es el bien jurídico digno de protección penal de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, supone que no se requiera una lesión efectiva de la salud de una persona en concreto, y consideramos que ello tiene importantes consecuencias. Se exige la concurrencia de un peligro relevante para el bien jurídico protegido, pero sin que éste deba individualizarse. Determinadas conductas que podrían subsumirse en el tipo penal generalmente se han excluido del mismo precisamente porque se entiende que no suponen un peligro relevante para el bien jurídico protegido. Se trata de los comportamientos socialmente aceptados, como lo son el autoconsumo, el consumo compartido, la invitación o donación, las entregas compasivas, así como la venta de ínfimas cantidades de droga. Se afirma, a grandes rasgos, que el consumidor no debe ser castigado sino tratado, y el

⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., y cols., «El bien jurídico protegido. Otros intereses presentes en la tipificación. Delito de peligro abstracto» en *El delito de tráfico de drogas*, 2009, p. 2, disponible en www.tirantonline.com, (fecha de la última consulta a 1 de julio de 2020).

⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y cols., «El bien jurídico protegido...», cit. p. 3.

traficante debe ser castigado¹⁰. No obstante, en determinadas ocasiones dichas conductas han sido condenadas, con aplicación de atenuantes de la responsabilidad¹¹. Un ejemplo de este tipo lo constituye un supuesto en el cual se condena a unos sujetos por un delito contra la salud pública por tenencia de sustancia que causa daño grave a la salud, porque la sustancia incautada superaba el consumo medio diario habitual¹².

III. OBJETO MATERIAL

Se trata de las drogas tóxicas, de los estupefacientes y de las sustancias psicotrópicas. Resulta complicado establecer cuáles son las concretas sustancias que merecen dichas consideraciones. Los problemas con los que se encuentran los juzgadores a la hora de decidir en cada supuesto si se trata de dichas sustancias o no, son el de conocer la composición y las características de una determinada sustancia, en caso de haber sido aprehendida, y el de determinar si realmente dicha sustancia merece la calificación de droga. Para ello, se utilizan las pruebas periciales y las listas anexas a los Convenios Internacionales suscritos por España en esta materia¹³. En un ejemplo de este tipo, el Tribunal Supremo considera que la ketamina no puede ser considerada droga, ya que no está incluida en las listas de restricción y de comercio prohibido. Nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga, utilizándose las referidas listas, o «la determinación por Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo que califica una concreta sustancia de psicotrópica o estupefaciente». No cabe por tanto considerar que una sustancia, únicamente por ser tóxica, es droga, ya que por ejemplo el alcohol o el tabaco son sustancias tóxicas, sin calificarse como drogas¹⁴.

¹⁰ CÓRDOBA RODA, J., «El delito de tráfico de drogas» en *Estudios penales y criminológicos*, Barcelona, 1979-1980, p. 9, disponible en www.dialnet.unirioja.es (fecha de la última consulta: 7 de septiembre de 2020).

¹¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El delito de tráfico de drogas*, cit., pp. 3 y 4.

¹² STS (Sala de lo Penal) núm. 29/2009, de 19 de enero (RJ 2009\1536).

¹³ ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas. Formas de participación intentadas*, Ed, Tirant lo Blanch, 2002, p. 1, disponible en www.tirantonline.com, (fecha de la última consulta a 15 de julio de 2020).

¹⁴ STS núm. 713/2013 de 24 de septiembre (RJ 2013\6847).

Según la OMS, constituye droga o fármaco toda sustancia que, introducida en el organismo vivo puede modificar una o varias funciones de éste. En la actualidad, la definición de droga se ha ampliado más, siéndolo «toda sustancia que, con independencia de su utilidad terapéutica, actúa sobre el sistema nervioso central modificando la conducta del individuo, y que tras el uso continuado puede crear en él el fenómeno conocido como fármaco dependencia»¹⁵.

Hay autores que sostienen que «es necesario establecer un concepto independiente jurídico-penal de drogas, sin remitirse a las listas cerradas de tales productos contenidas en Convenios Internacionales»¹⁶.

Otro aspecto por resaltar es el de la cantidad o la potencialidad nociva de la sustancia, ya que no en cualquiera de ellas podrá hablarse de objeto material que pueda dañar la salud, que es el bien jurídico que se protege. Por ello, ha de tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad, sin que debiera condenarse una conducta referida a una cantidad insignificante. En una sentencia del Tribunal Supremo se confirmó la decisión de la Audiencia Provincial de condenar al acusado por un delito de tráfico de drogas, a pesar de que realizó un único acto de tráfico de estupefacientes con una cuantía mínima: un envoltorio con 0,326 g de cocaína, con riqueza del 41%. La cantidad total de cocaína base era de 0,134 gr. (+- 0,003), apenas superior al doble de la dosis mínima psicoactiva¹⁷.

Anteriormente existían dos líneas jurisprudenciales contradictorias respecto del tratamiento de los supuestos de venta de cantidades pequeñas de droga (sin que hubiera ánimo de evitar el síndrome de abstinencia ni de facilitar la deshabitación, mediando precio y siendo el receptor consumidor o no). Las dos líneas que se siguieron por los Tribunales no eran compatibles, por lo que el Tribunal Supremo tenía que pronunciarse al respecto en Pleno.

¹⁵ RÍOS MONTERREY, A., «El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos», en FABIÁN CAPARRÓS E.A. (dir.), *El tráfico de precursores de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Salamanca, 2017, p. 428, disponible en www.dialnet.unirioja.es (fecha de la última consulta: 17 de agosto de 2020).

¹⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Alcohol, drogas y delitos contra la seguridad vial*, Ed. Reus, Madrid, 2018, p. 46.

¹⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 677/2013 de 24 de septiembre (RJ 2013\7322).

El 22 de diciembre de 2003 el Instituto Nacional de Toxicología remitió un informe con los cuadros de las sustancias y dosis mínimas psicoactivas al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo para determinar los mínimos de cada sustancia. En el Acuerdo no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), se decidió continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología, relativo a las dosis mínimas psicoactivas, hasta que se produjera una reforma legal o se adoptara otro criterio o alternativa. En el caso de la cocaína, la cantidad mínima psicoactiva es de 50 mg o 0,05 gr.¹⁸

Existe una diferenciación entre las sustancias que causan daño grave a la salud y las que no. Es necesario para entender que se trata de droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica, que se produzca algún perjuicio a la salud. Sin embargo, dichos efectos no deben producirse efectivamente para la consumación del delito, ya que se trata de un delito de peligro abstracto y de mera actividad¹⁹.

IV. UNA BREVE EXPLICACIÓN SOBRE LOS ELEMENTOS DEL TIPO BÁSICO, LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES Y LOS GRADOS DE EJECUCIÓN

1. Conductas Del Tipo Básico

De acuerdo con lo establecido en el artículo 368 del Código Penal, las conductas castigadas en el tipo básico son las de ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico, así como cualesquiera otros actos por medio de los cuales se promuevan, favorezcan o faciliten de otro modo el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. La barrera punitiva se adelanta también a los actos de poseer las citadas sustancias con los fines citados. Se trata de un precepto muy amplio que abarca numerosas conductas.

¹⁸ Acuerdo del TS (Sala de lo Penal) de 3 de febrero de 2005 (JUR 2005\73174).

¹⁹ ORTS BERENQUER, E., «Delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas», en GONZÁLEZ CUSSAC J.L. (coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 548.

1.1. Actos de cultivo o elaboración

Teniendo en cuenta el significado literal ofrecido por la Real Academia Española, cultivar es «dar a la tierra y a las plantas las labores necesarias para que fructifiquen» y elaborar es «transformar una cosa u obtener un producto por medio de un trabajo adecuado».

En relación con el cultivo, consideramos que el mismo debe entenderse en el sentido de sembrado o plantación. Sin embargo, para que el delito quede consumado, se han de dar una serie de requisitos, que analizaremos más adelante. Por la jurisprudencia se ha estimado que la recolección también forma parte del cultivo²⁰. Discrepamos de esta consideración, ya que desde el momento en que se recogen las plantas ya cultivadas, el acto pasa a ser de inicio de la elaboración, desde nuestro punto de vista y teniendo en cuenta las definiciones de estas acciones.

En el mismo sentido que SOTO NIETO, defendemos la postura según la cual los actos de cultivo y elaboración son actividades preparatorias encaminadas a la producción de la droga, que el legislador ha tipificado como delito en sí²¹.

1.2. Actos de tráfico

Traficar es «comerciar, negociar con el dinero y las mercancías», de acuerdo con la definición que nos ofrece la Real Academia Española.

Según REY HUIDOBRO, el término «tráfico» recogido en el artículo 368 del CP alude a todas las conductas detalladas en el artículo 15 de la Ley sobre estupefacientes de 8 de abril de 1967 según el cual, «constituyen tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de la

²⁰ SSTS (Sala de lo Penal) de 28 de octubre de 1969 (RJ 1969\5192), de 13 de mayo de 1975 (RJ 1975\2091), de 24 de febrero de 1982 (RJ 1982\843).

²¹ SOTO NIETO, F., *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando*, Ed. Trivium, Madrid, 1989, p. 51.

misma»²². Cabe destacar que no es imprescindible que se produzca un lucro, ni que exista habitualidad en estas conductas, ya que no se han de entender en un sentido mercantil, sino que basta con la realización de un solo acto que lo constituya.

Los actos de almacenamiento y depósito, al igual que el resto de las conductas típicas, deben destinarse al tráfico con terceras personas. Al margen de ello, estas conductas no dan lugar a dudas interpretativas.

A modo de ejemplo, se han dado supuestos en los cuales se ha castigado a sujetos que almacenaban droga, a pesar de no ser propietarios de ésta, en concepto de autores de un delito de tráfico de drogas²³.

La importación, exportación y tránsito son actos de transporte, y aunque no se encuentren expresamente recogidos en el artículo 368 del CP, se comprenden dentro del tipo delictivo²⁴.

Resulta indiferente si el transporte se realiza por cuenta propia o de otras personas, aunque el que realiza la conducta debe conocer que se trata de productos estupefacientes, ya que de lo contrario podría tratarse de una autoría mediata impune por falta de dolo²⁵.

La enajenación de sustancias estupefacientes es otra conducta respecto de la cual no deben tenerse en cuenta los presupuestos de otros sectores del Derecho, como la compraventa en el Derecho privado²⁶.

No es necesaria la entrega efectiva de la droga al comprador para que el delito se entienda consumado respecto del vendedor, ni tampoco es necesaria la perfección del contrato civil o mercantil, por lo que puede faltar el precio²⁷.

²² REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales. La acción típica*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 53.

²³ SSTS (Sala de lo Penal) de 19 de febrero de 1988 (RJ 1988\1195); de 18 de abril de 1988 (RJ 1988\2796); núm. 376/1997 de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997\1695).

²⁴ STS (Sala de lo Penal) de 21 de enero de 1988 (RJ 1988\412), Fundamento Jurídico Tercero.

²⁵ STS (Sala de lo Penal) de 24 de enero de 1984 (RJ 1984\400).

²⁶ REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas...*, cit., pp. 60 y ss.

²⁷ SSTS (Sala de lo Penal) de 12 de julio de 1983 (RJ 1983\4152); núm. 801/1998 de 4 de junio (RJ 1998\5146).

La problemática aparece respecto del comprador, que en caso de adquirir las sustancias para consumo propio no cometería delito alguno, pero en caso de comprar para transmitir las sustancias a terceras personas generalmente entrará en el radio delictivo²⁸. En este último caso, si el comprador adquiere la disponibilidad sobre la droga, estaríamos ante un delito consumado. De lo contrario, se trataría de una tentativa. Sin embargo, consideramos que deben analizarse las circunstancias concretas de cada caso para llegar a una conclusión firme. Más adelante se analizará la cuestión relativa a la consumación de este delito.

Respecto de la donación, una parte de la doctrina entiende que la persona que regala droga favorece el consumo, por lo que incurre en el delito²⁹. Sin embargo, en determinados casos se ha considerado que, por las cantidades ínfimas de droga donada no existía riesgo para la salud pública, interpretando la atipicidad de dichas conductas. Un ejemplo de este tipo lo constituye un caso en el cual se aprecia una falta de riesgo de difusión, por haberse donado 0,25 gramos de cocaína con destino a un hermano preso del acusado, con el fin de mitigar momentáneamente los sufrimientos del síndrome de abstinencia³⁰. Desde nuestro punto de vista, si las mismas cantidades que se establecen para considerar que existe un delito de tráfico de drogas en el caso de la venta, se donan, hay peligro para la salud pública. En consecuencia, que no haya mediado precio no tiene mayor importancia si de lo que se trata es de evitar que estas sustancias se repartan entre las personas. Sin embargo, tal y como afirma MORILLAS CUEVA, «el consumo compartido entre adictos puede ser impune por la insignificancia penal de tal conducta»³¹.

En relación con la posesión, esta se castiga solo si es para traficar o favorecer el consumo de drogas, pero no para el autoconsumo. Para determinar la diferencia entre una finalidad y otra, se ha de analizar el ánimo de la persona que posee las sustancias. En este sentido, es necesario estudiar una serie de

²⁸ REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas...*, cit., p. 62.

²⁹ ORTS BERENGUER, E., «Delitos relativos a las drogas tóxicas...», cit. p. 544.

³⁰ STS (Sala de lo Penal) núm. 98/2005, de 3 de febrero, (RJ 2005\4155).

³¹ MORILLAS CUEVA, L., «Capítulo Primero. El delito de tráfico de drogas en sentido estricto» en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 43.

elementos, como lo son los hechos previos y posteriores a la detención, si la persona que posee las sustancias es un consumidor habitual o no, la cantidad de droga, el lugar en el que se encuentra la misma, su distribución en unidades preparadas para su venta y la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de las sustancias, entre otros³².

Son atípicas, en términos generales, las siguientes conductas: los supuestos de compra compartida o con bolsa común, las invitaciones en el momento del consumo y otros supuestos de invitación socialmente adecuados, los de consumo en pareja u otros casos de convivencia estrecha, las llamadas donaciones compasivas o altruistas, en las que se le dona droga a alguien para librarle del síndrome de abstinencia u otros males relacionados con su adicción³³.

1.3. El promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas «de otro modo»

Esta mención fue introducida en el Código Penal con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, y ha sido muy criticada por la doctrina penal³⁴. A nuestro entender, se trata de un cajón de sastre donde caben toda clase de conductas relacionadas con la droga.

La fórmula «de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal» del artículo 368 CP fue una vía para introducir la donación dentro de las conductas típicas, entre otros actos, sin que los mismos queden concretados³⁵. Desde nuestro punto de vista, esta fórmula conduce a que meros actos

³² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 285/2014, de 8 de abril, (RJ 2014\2887).

³³ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *El delito de tráfico de drogas*, cit., p. 20.

³⁴ REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, p. 50; LORENZO SALGADO, J. Mª., *Las drogas en el ordenamiento penal español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, p.81; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El marco normativo de las drogas en España» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XCV de la segunda época, Nº 3, septiembre de 1987, p. 396.

³⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas. Tipo objetivo. Conducta típica: propuesta para una interpretación restrictiva*, Ed. Tirant lo blanch, 2002, p. 1, disponible en www.tirantonline.com, (fecha de la última consulta a 5 de septiembre de 2020); SOTO NIETO, F., «Estudio básico del artículo 344 del Código Penal» en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la salud pública*, C.G.P.J., Madrid, 1993, p. 91; REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas...*, cit., p. 21; Díez RIPOLLES, J.L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo*, Ed. Tecnos, España, 1989, p. 17.

preparatorios puedan subsumirse en el tipo. Entendemos que se quieran abarcar la totalidad de etapas de producción y tráfico, pero de esta forma pierden todo el sentido los actos preparatorios en este delito con la finalidad de cubrir lagunas penales.

Debido a la inconcreción de esta cláusula, se vulneran los principios de legalidad, quedando la seguridad jurídica gravemente afectada.

De haber sido la voluntad del legislador incluir la donación dentro de las conductas delictivas, entendemos que debió haber hecho expresa mención a dicha acción, para así trazar los límites de este delito.

Sin embargo, los amplísimos márgenes que este precepto deja formulados llevan a que conductas como la de auxiliar al poseedor de las sustancias ilegales con destino al tráfico se castiguen como autoría directa, ya que se trata de actos que de algún modo promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de estupefacientes. Así lo ha apreciado también el Tribunal Supremo en supuestos como la facilitación de locales para realizar el delito de tráfico de estupefacientes, o hacer de intermediario entre el vendedor y el comprador de la droga³⁶.

2. Actos preparatorios punibles

La conspiración en el delito de tráfico de drogas se ha aplicado en supuestos de incumplimiento voluntario de lo pactado, pero también en casos en los que resultó imposible llevar a cabo el plan por la intervención policial.

Según los argumentos del Tribunal Supremo del año 1995, para apreciar la conspiración basta «con la concurrencia de una pluralidad de personas, dos al menos, que puedan cada una de ellas ser sujetos activos del delito, que proyecten sus voluntades mediante un *pactum scaeleris* y aparezcan animados de una resolución firme de ser coautores de un concreto delito. No es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, pero sí que los conspiradores desarrollen una actividad precisa y concreta con realidad material tangible que ponga de relieve la voluntad de delinquir, sin recurrir a tan sólo meras conjeturas o suposiciones, debiendo el Tribunal tener en cuenta la intencionalidad de los

³⁶ SSTS núm. 479/1998 (Sala de lo Penal) de 6 de abril de 1998 (RJ 1998\4017); de 3 de julio de 1987 (RJ 1987\6162); de 18 de abril de 1988 (RJ 1988\2799).

acusados en el caso»³⁷. Así, ha de quedar concretada la comisión del delito y las acciones que indiquen que se va a entrar en contacto con las sustancias. Al no quedar suficientemente probadas dichas circunstancias, por ejemplo, en un supuesto en el que dos sujetos que se trasladaban desde Galicia hacia Madrid con una importante suma de dinero y una balanza para pesar droga, el Tribunal Supremo entendió que no existía conspiración³⁸.

Por el contrario, en los asuntos en los que el delito no se lleva a cabo por la intervención policial, como ocurrió con el caso de un acusado que debía recoger unos paquetes de hachís y buscar un transportista para trasladar la droga, sin que dichas acciones se hubiesen llevado a cabo, se apreció la conspiración por el Tribunal Supremo³⁹. En este caso concreto se entendió que quedaron suficientemente probados los papeles y la intencionalidad de cometer el delito, que habría llegado a su fin de no haber intervenido la policía.

En relación con la voluntad de renunciar a la comisión del delito, en fase de preparación, o desistimiento de los actos preparatorios punibles, para que la misma conlleve la impunidad ha de contrarrestar el peligro creado e implicar una retirada por completo de la participación en los hechos, aunque no impida el delito⁴⁰.

El delito provocado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado es impune⁴¹.

Cabe destacar que los actos preparatorios pueden acarrear una pena más grave que los supuestos de tentativa, a pesar del grado de peligro para el bien jurídico que, en el caso de la tentativa es mayor por haberse iniciado los actos de ejecución. Los actos preparatorios de un delito de tráfico de drogas pueden ser castigados con una pena inferior en un grado, mientras que un supuesto de tentativa inacabada puede motivar una pena inferior hasta en dos grados. En otras palabras, en un caso en el cual se aprecie la concurrencia de un acto preparatorio punible, puede imponerse una pena inferior en un grado, mientras

³⁷ STS (Sala de lo Penal) núm. 830/1995 de 30 de junio de 1995 (RJ\1995\5157).

³⁸ STS (Sala de lo Penal) núm. 219/1998 de 17 de febrero de 1998 (RJ\1998\1177).

³⁹ STS (Sala de lo Penal) núm. 2615/1992 de 1 de diciembre de 1992 (RJ\1992\9899).

⁴⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit. p. 2.

⁴¹ EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de tráfico de drogas» en *Revista de Derecho UNED*, Núm. 10, 2012, p. 113, disponible en www.dialnet.unirioja.es (fecha de la última consulta 15 de septiembre de 2020).

que en otro en el que se inicien los actos ejecutivos, pero sin que objetivamente puedan producir un resultado (tentativa inacabada) podrá imponerse una pena inferior en dos grados. Ello debe ser objeto de crítica en opinión de FRIEYRO ELÍCEGUI⁴², con quien coincidimos.

3. Grados de ejecución

De acuerdo con la línea jurisprudencial predominante, el delito de tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto, de consumación anticipada y de mera actividad⁴³. Por ello, se dificulta la apreciación de las formas imperfectas de ejecución de este delito y se afirma que, admitir la tentativa en el mismo supondría un adelantamiento injusto de la barrera punitiva⁴⁴. La consumación del delito previsto en el art. 368 CP se produce cuando se llevan a cabo cualesquiera de las conductas tipificadas en el mismo.

Para ciertos autores, en los delitos de mera actividad que no requieren la producción de resultado alguno no es concebible la tentativa, ya que, según estos, «realizar el acto típico comporta ya la consumación»⁴⁵.

Para otro sector doctrinal, es apreciable la tentativa en los delitos de mera actividad, pero se afirma que la distinción entre tentativa acabada e inacabada es complicada de delimitar, dada la dificultad de admitir la realización de todos los actos ejecutivos sin que el resultado se haya producido. Sin embargo, se ha apreciado la tentativa inacabada cuando los actos ejecutivos han sido fraccionables, realizándose alguno de ellos, pero no todos en su conjunto⁴⁶. En

⁴² FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas. Capítulo III. Grados de ejecución del delito de tráfico de drogas*, Valencia, 2017, p.2, disponible en www.tirantonline.com, (fecha de la última consulta a 4 de octubre de 2020), p 7.

⁴³ SAP de Málaga núm. 569/2005, de 18 de octubre (JUR 2006\228065), SSAP de Madrid núm. 492/2006, de 20 de diciembre (JUR 2007\143288), núm. 70/2012, de 28 de febrero (JUR 2012\136294), núm. 55/2008, de 7 de febrero (JUR 2008\113372).

⁴⁴ FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, cit. p.2.

⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.) Y MORALES PRATS, F. (COORD.), *Comentarios al Código Penal Español*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 153.

⁴⁶ FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, cit., p 3.

este sentido, «el peligro capaz de constituir la consumación sería más intenso que aquel capaz de integrar la tentativa»⁴⁷.

La jurisprudencia ha señalado como requisitos para afirmar que la ejecución del delito se ha iniciado:

- Que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores sean claros indicadores de una voluntad de delinquir;
- Que exista una proximidad espacio-temporal respecto de lo que en el plan del autor habría de suponer la consumación del delito;
- Que la actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado⁴⁸.

Existe una gran dificultad para apreciar la ejecución imperfecta en el delito de tráfico de drogas.

V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA POSIBILIDAD DE CONCURRENCIA DE LAS FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

1. Los requisitos para la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas en términos generales

Debido a que el tráfico de drogas está configurado como un delito de mera actividad, se dificulta la posibilidad de que concurra la tentativa (acabada o inacabada), ya que basta con la manifestación de la voluntad de cometer el delito para que éste quede consumado⁴⁹. Sin embargo, en caso de que para la ejecución sea preciso que se realicen actos sucesivos, se admite la viabilidad de que dichas acciones no se lleguen a completar sin que intervenga la voluntad del autor, concurriendo de esta manera la tentativa en el delito de tráfico de drogas. REY HUIDOBRO hace referencia a esta posibilidad poniendo como ejemplo la

⁴⁷ OBREGÓN GARCÍA, A. Y GÓMEZ LÁNZ, J., «El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales» en *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015, p. 153.

⁴⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 84/2020 de 27 de febrero (RJ 2020|74042), Fundamento Jurídico Vigésimo Noveno 3, párrafo 4º.

⁴⁹ MARTÍNEZ PARDO, V.J., *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial. Tipo básico: Artículo 368.1 CP*, Ed. Edisofer Libros Jurídicos, Madrid, 2013, p.85.

posesión de drogas con ánimo de facilitar su consumo ilegal. Según el autor, esta conducta puede descomponerse en la acción de adquirir la posesión y la del mantenimiento de la sustancia estupefaciente, constituyendo la adquisición de ésta el momento en el cual comienza la segunda fase. De esta forma, aquel que no tenga la disponibilidad sobre la droga por razones distintas a su voluntad, podrá ser autor de un delito de tráfico de drogas en grado de tentativa⁵⁰.

En el plano internacional, la punibilidad de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas se regula en el art. 35.2.a) ii) de la Convención única de estupefacientes de 1961, en el art. 22.2.a) ii) del Convenio de uso de sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971 y en el art. 3.1.c) iv) de la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988⁵¹.

Tal y como se establece en el artículo 16 CP,

«1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. (La cursiva y el subrayado son nuestros).

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

En el momento en el cual se da comienzo a la fase ejecutiva, traspasando la frontera de los actos preparatorios sin consumir la conducta, aparece la tentativa.

⁵⁰ REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas...*, cit., pp. 154-155.

⁵¹ FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, cit., p 2.

A pesar de las dificultades de apreciación de la tentativa, en numerosos casos se ha apreciado la misma⁵².

Según ACALE SÁNCHEZ, la única modalidad típica que no admite la apreciación de la tentativa es «la posesión con aquellos fines», ya que, desde que se tienen en poder las drogas tóxicas, si es posible demostrar mediante indicios el destino al tráfico, el delito queda consumado, a no ser que no haya llegado ni a poseerse la mercancía⁵³. El resto de las conductas admiten *a priori* la tentativa⁵⁴. Años atrás, la jurisprudencia solo admitía la tentativa en la elaboración o fabricación de drogas, al no constituir simples actividades de tráfico y requerir la producción de un resultado⁵⁵. El Tribunal Supremo indicaba que las formas imperfectas de ejecución en los delitos contra la salud pública no eran admisibles, siendo viable únicamente el grado de consumación⁵⁶.

Paulatinamente, la jurisprudencia ha ido apreciando la posibilidad de concurrencia de la tentativa alrededor del año 1980. En una sentencia del TS del citado año se afirmaba que «el tráfico de drogas es siempre punible por tratarse de delitos de los llamados de consumación anticipada, pero sin que ello suponga sentar una tesis maximalista que rechace, a priori, toda hipótesis de tráfico de estupefacientes en grado de frustración o tentativa»⁵⁷. Se indicaba que, si en un futuro se llegarían a apreciar los requisitos para entender que el delito de tráfico de drogas no queda consumado, deberá ser posible la concurrencia de la tentativa. Fue en el año 1900 cuando por primera vez se condenó por un delito de tráfico de drogas en grado de tentativa a una persona que fue detenida antes de recoger un paquete de correos, que contenía sustancias estupefacientes⁵⁸.

⁵² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 640/2014 de 8 de octubre (RJ 2014\5349), Fundamento Jurídico Segundo.

⁵³ STS (Sala de lo Penal) núm. 326/1996 de 23 de abril (RJ 1996\2921), Fundamento Jurídico Primero.

⁵⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas. Iter criminis. Tentativa y consumación*, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, p. 1, disponible en www.tirantonline.com, (fecha de la última consulta a 15 de julio de 2020).

⁵⁵ CÓRDOBA RODA, J., «El delito de tráfico de drogas», cit., p. 31.

⁵⁶ SSTS (Sala de lo Penal) de 24 de enero de 1983 (RJ 1983\46): de 21 de septiembre de 1981 (RJ 1981\3382).

⁵⁷ STS (Sala de lo Penal) núm. 3873/1980 de 21 de mayo (ID CENDOJ 28079120011980100052).

⁵⁸ STS (Sala de lo Penal) de 4 de junio de 1990 (RJ 1990\5111).

PRIETO RODRÍGUEZ considera que la materia prima con la que se inician los actos de elaboración o producción de droga debe considerarse sustancia estupefaciente, estando el delito consumado desde el comienzo de dichas conductas. De esta forma, según el autor, la consumación ha de ir relacionada a la naturaleza de la sustancia. Así, si por la falta de actos de transformación que puedan llevar a la consideración de la sustancia como psicotrópica o estupefaciente, podría hablarse de la tentativa⁵⁹. No coincidimos con esta teoría, ya que, por ejemplo, la metanfetamina puede elaborarse con yodo, sin que el yodo sea sustancia estupefaciente, a pesar de ser peligrosa para la glándula tiroidea. El gas butano tampoco creemos que pudiera considerarse droga, utilizándose éste en determinadas ocasiones como materia prima para la elaboración de estupefacientes.

A pesar de que, para muchos autores la tentativa es equivalente a la no producción de un resultado, para el Tribunal Supremo lo constituye la falta de cualquiera de los elementos objetivos del tipo, no solo del resultado⁶⁰.

En relación con la denominada tentativa inidónea, cabe resaltar que, a pesar de que un amplio sector de la doctrina considera que tanto la tentativa inidónea absoluta como la relativa deben ser sancionadas, puesto que encierran un peligro estadístico, la Sala de lo Penal del TS ha considerado que la tentativa relativamente inidónea debe ser punible por la presencia del adverbio «objetivamente» en la definición del artículo 16.1 del CP. La tentativa inidónea absoluta es también denominada «irreal» o «supersticiosa». Esta última no tiene cabida en el artículo que define la tentativa según la doctrina dominante, si se demuestra que era absolutamente imposible desde el principio que el delito se

⁵⁹ PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español. El delito de tráfico de drogas. Su regulación en el Código Penal*. Ed. Aranzadi, 1993, pp. 243-244.

⁶⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 77/2007 de 7 de febrero (RJ 2007\1921), Fundamento Jurídico Vigésimo Noveno.

consumase, por inidoneidad de los medios, por inexistencia o ausencia del objeto o por inidoneidad del autor⁶¹⁶².

Por otra parte, la diferencia entre la tentativa acabada y la inacabada estriba en que en la primera el sujeto lleva a cabo todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, pero éste no se produce por razones ajenas a su voluntad, mientras que en la segunda el sujeto no lleva a cabo todos los actos necesarios para consumar el delito⁶³. Para algunos autores, estas circunstancias deben apreciarse desde el punto de vista de un observador imparcial, aunque para otros ha de analizarse desde el punto de vista del autor de los hechos, teniendo en cuenta su plan de ejecución⁶⁴. La jurisprudencia ha optado por un criterio mixto, ya que el propósito del autor es necesario para tipificar la conducta, y la objetivación de la actividad es necesaria para determinar el grado de ejecución alcanzado⁶⁵.

Los elementos de la tentativa son: el objetivo, que consiste en la ejecución parcial o total no seguida de consumación, y el subjetivo, que es la voluntad de consumación. En caso de darse un desistimiento voluntario, el mismo sería un elemento negativo del tipo por estar así previsto en el artículo que define la tentativa⁶⁶.

La tentativa concretamente requiere los elementos que se expondrán a continuación:

- a) La existencia de una decisión de cometer el delito, que se denomina también por el Tribunal Supremo «dolo dirigido a la realización del

⁶¹ JIMÉNEZ MARÍN, A., «Formas imperfectas en los delitos de tráfico de drogas» en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2007, p. 17, disponible en www.dialnet.unirioja.es (fecha de la última consulta: 8 de octubre de 2020).

⁶² SSTS (Sala de lo Penal) núm. 1000/1999 de 21 de junio (RJ 1999\5663), Fundamento Jurídico, Tercero, párrafos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º y núm. 379/2000 de 13 de marzo (RJ 2000\1190), Fundamento Jurídico Primero 4. Párrafo 3º b).

⁶³ FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, cit., p 37.

⁶⁴ FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas.*, cit., p 38.

⁶⁵ STS (Sala de lo Penal) núm. 635/2019 de 20 de diciembre (RJ 2019\5440), Fundamento Jurídico Segundo 2.

⁶⁶ FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas.*, cit., p 10.

supuesto de hecho típico». El tipo subjetivo del delito intentado es el mismo que el del delito consumado⁶⁷.

- b) La transformación de la decisión en una acción que implique el principio de la ejecución propia del delito, no pudiendo ser únicamente preparatoria. Se requiere el comienzo de las acciones materiales exteriorizadas, porque a partir de dicho momento nacerá la lesión de la norma penal en general⁶⁸. Ahora bien, puede apreciarse la conspiración con una pena igual a la tentativa, para lo cual no es necesario que se inicie una ejecución material delictiva, bastando que los conspiradores decidan el desarrollo de una actividad precisa y concreta que ponga de manifiesto su voluntad de delinquir⁶⁹.
- c) La existencia de un mínimo de peligrosidad, al menos abstracto, para el bien jurídico. Ello se entiende de la exigencia del artículo 16 del CP en la cual se habla de los actos ejecutados que «objetivamente deberían producir el resultado». De esta forma es posible excluir de la punibilidad la tentativa irreal o supersticiosa. En este sentido, se entenderá que existe tentativa al dictamen de un observador objetivo cuando se aprecie una concepción normal y natural de los hechos *ut, quod prelumque accidit* como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado. Por esta razón no es imprescindible que se produzca un peligro concreto.
- d) La no concurrencia de alguno de los elementos objetivos del tipo, impidiéndose de esta forma la consumación del delito, y debiéndose a causas distintas de la voluntad del autor. En caso de que el delito no se consuma por haberlo evitado voluntariamente el autor

⁶⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 77/2007 de 7 de febrero (RJ 2007\1921), Fundamento Jurídico Vigésimo Noveno, párrafo 4º.

⁶⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 77/2007 de 7 de febrero (RJ 2007\1921), Fundamento Jurídico Vigésimo Noveno, párrafo 5º.

⁶⁹ STS (Sala de lo Penal) núm. 323/2006 de 22 de marzo (RJ 2006\4784), Fundamento Jurídico Undécimo.

desistiendo de la ejecución ya iniciada o impidiendo la producción del resultado, quedará exento sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados en caso de que fueran constitutivos de otro delito. Ha de faltar cualquiera de los elementos objetivos del tipo⁷⁰.

Cabe destacar a modo de ejemplo el reciente supuesto en el cual un individuo fue condenado en concepto de autor de una tentativa de tráfico de droga por haber tratado con otra persona la entrega de un kilogramo de cocaína, acudiendo a la cita con ella, pero sin llegar a obtener la posesión o disponibilidad de la sustancia ni siquiera de forma mediata⁷¹.

En referencia al denominado «delito putativo», debemos diferenciar entre la conducta de tentativa y la inexistencia de punibilidad. En caso de que el error del autor estribe en la creencia de que existe un hecho, inexistente en la realidad, que de existir daría lugar a la plena realización del hecho punible, se trata de una tentativa punible. Por otro lado, si el autor cree que un hecho de la realidad es subsumible en el tipo, sin serlo, se está ante un delito putativo. En otras palabras, se trataría de un delito imaginado por el autor⁷².

2. La tentativa en el cultivo o elaboración de drogas

La Ley 17/1967 de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio Único de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas concede al Estado español el derecho de intervenir, dentro de su territorio el cultivo y producción, la fabricación y extracción, el almacenamiento, transporte y distribución, la importación, la exportación y el tránsito de primeras materias y de productos estupefacientes, así como su prescripción, posesión, uso y consumo. También

⁷⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 77/2007 de 7 de febrero (RJ 2007\1921), Fundamento Jurídico Vigésimo Noveno, párrafos 6º y 7º.

⁷¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 4/2020 de 16 de enero (RJ 2020\931), Fundamento Jurídico Décimo Octavo.

⁷² FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, cit., p 34.

se otorga al Estado el derecho de prevenir, de perseguir y de sancionar los hechos que constituyen infracción o delito⁷³.

La citada Ley, en su artículo octavo uno establece que ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción indicados, ni aun con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización. Dichas autorizaciones son concedidas por el Servicio de Control de Estupefacientes. Por ello, siempre debe obtenerse una autorización administrativa para estas actividades. De lo contrario, la conducta llevada a cabo podría o bien constituir un delito contra la salud pública, o bien una infracción administrativa. En estos supuestos, los límites de la ilicitud penal son muy delicados, teniendo en cuenta la redacción del artículo 368 del CP⁷⁴.

En la primera sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia en relación con el cultivo o plantación de drogas se establece que dentro del tipo se comprende todo el ciclo económico, desde el de cultivo entendido como siembra, plantación o recolección⁷⁵. Este criterio fue sostenido hasta el año 2002, cuando en una Sentencia del TS se aprecia la tentativa en un supuesto de cultivo de plantas del tipo «*papaver somniferum*» de las que se extraen el opio, la morfina y la heroína. Las plantas se encontraban en estado de desarrollo en el semillero. En dicha sentencia se establece que no es suficiente la acción de plantación o semillado para que el delito quede consumado, sino que es necesario que el cultivo se encuentre en condiciones de servir a la finalidad que se persigue con el mismo, que es la extracción de los productos necesarios para obtener su fruto. Hasta dicho momento es posible la tentativa, sin que se haya alcanzado la consumación delictiva. En la misma línea se afirma que lo esencial cuando se acredita el hecho mismo del cultivo es determinar si está destinada al consumo ajeno. De ser así, «se entrará a valorar su viabilidad para obtener de ella, en atención a su desarrollo, los productos naturales necesarios para lograr su fruto

⁷³ Ley 17/1967, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio Único de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, publicado en «BOE» núm. 86, de 11 de abril de 1967, artículo primero.

⁷⁴ TORRES-DULCE LIFANTE, E., *Instrucción 2/2013 del Fiscal General del Estado: Sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis*, Madrid, 5 de agosto de 2013, p. 8.

⁷⁵ STS (Sala de lo Penal) de 28 de octubre de 1969 (RJ 1969\5192).

a fin de determinar el grado de ejecución»⁷⁶. De otro modo, tal y como se decidió años atrás por el Tribunal Supremo en un supuesto en el cual se intervino una superficie que contenía alrededor de 20 plantas de «cannabis sativa», el delito habría quedado consumado. En este último supuesto las plantas estaban ya preparadas para la recolección, que no se llevó a cabo por la intervención policial⁷⁷.

Analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la existencia o no de consumación en los casos en los que no exista disponibilidad sobre el objeto material, parece que existan contradicciones entre las sentencias, afirmándose en unas, negándose en otras. Sin embargo, se debe examinar cada caso concreto, junto a sus circunstancias, porque mientras que en algunos supuestos es necesaria la posesión de las drogas, en otros no es precisa debido a la dinámica comisiva, siendo suficiente la disponibilidad funcional⁷⁸.

3. La tentativa en el envío de droga por correo y la entrega vigilada

La entrega vigilada es la técnica consistente en permitir el envío de paquetes con contenido ilícito o sospechosos de serlo, de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, además de los materiales, equipos, sustancias por las que se sustituyan, bienes y ganancias que provengan de las conductas delictivas tipificadas los artículos 301-304 y 368-373 del CP, dejando que circulen por el territorio español, entrando o saliendo de éste sin intervenir las autoridades, o bajo su supervisión, para así identificar a los individuos que participasen en las conductas descritas⁷⁹.

En relación con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la CE de los paquetes postales, debemos exponer el supuesto de la intervención por la Guardia Civil de un paquete que contenía una agenda con unas hojas dobladas dentro. Entendió el Tribunal Constitucional que no se trataba de una vulneración del secreto de las comunicaciones, ya que no

⁷⁶ STS (Sala de lo Penal) núm. 2054/2002, de 9 de diciembre (RJ 2003\2327).

⁷⁷ STS (Sala de lo Penal) de 15 de octubre de 1979 (RJ 1979\3597).

⁷⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit. p. 2.

⁷⁹ MONTERO LA RUBIA, F.J., «Paquetes postales y tráfico de drogas» en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 57, N° 1949, 2003, p. 3096, disponible en www.dialnet.unijioja.es (fecha de la última consulta 13 de octubre de 2020).

existía ninguna evidencia externa que exhibiera una comunicación postal secreta, tutelada por el artículo 18.3 CE⁸⁰. Se afirmaba, asimismo, que una vez el destinatario tiene el mensaje, el mismo ya no está tutelado por el secreto de las comunicaciones⁸¹⁸².

En un supuesto en el cual se realizó un envío por correo de un paquete de droga, el TS consideró que el delito se consumó tanto para el remitente como para el destinatario desde el momento en el cual se puso el paquete en el buzón⁸³. Se entiende, por tanto, que no es necesario que se alcance la tenencia física del objeto material, sino que basta con las formas de entrega simbólicas⁸⁴. Existen más pronunciamientos del Tribunal Supremo en este sentido, considerando consumado el delito de tráfico de drogas desde el momento en el cual se pone en el medio de transporte elegido la droga, tanto para remitente como para destinatario⁸⁵. El argumento que se utiliza para defender dicha postura es que, «de otra forma se dejaría fuera del campo penal a los grandes traficantes que manejan el destino de la droga y que jamás han poseído la droga con la que operan». Sin embargo, para otro sector de la doctrina, como la autora ACALE SÁNCHEZ, este supuesto, entre otros, debió considerarse ejecutado en grado de tentativa y no consumado⁸⁶.

Ahora bien, en estos casos no se trata tanto de la tenencia material, sino que se ha de tener en cuenta si se tuvo capacidad de disposición sobre las sustancias tóxicas o no. Es la mínima disponibilidad sobre la mercancía la que traza la línea entre tentativa y delito consumado⁸⁷. Para sostener la consumación del delito es necesario que el sujeto tenga la mínima disponibilidad sobre las sustancias. El intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas

⁸⁰ STS (Sala de lo Penal) núm. 383/1994 de 23 de febrero (RJ 1994\1111), Fundamento Jurídico Cuarto.

⁸¹ MONTERO LA RUBIA, F.J., «Paquetes postales...», cit., p. 3105.

⁸² STC (Sala Primera) núm. 70/2002 de 3 de abril (RTC 2002\70), Fundamento Jurídico 9.

⁸³ STS (Sala de lo Penal), de 15 de marzo de 1989 (RJ 1989\2636), Fundamento Jurídico Cuarto.

⁸⁴ ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 825/2010 de 29 de abril (JUR 2010\173860), Fundamento Jurídico Segundo.

⁸⁵ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 406/2007 de 4 de mayo (RJ 2007\3271), Fundamento Jurídico Segundo, II y núm. 658/2008 de 24 de octubre (RJ 2008\7261), Fundamento Jurídico Primero, III.

⁸⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit. p. 2.

⁸⁷ STS (Sala de lo Penal) núm. 887/1997 de 21 de junio (RJ 1997\5601), Fundamento Jurídico Tercero.

a su obtención, se considera tentativa⁸⁸⁸⁹. Por otra parte, se ha de examinar si la droga se dirigiría al consumo personal o ajeno.

En los supuestos en los que el acusado es detenido antes de llegar a poseer materialmente la sustancia tóxica prohibida, estamos ante una tentativa. Se entiende que la tenencia es fugaz, ya que de modo inmediato a la entrega se produce la detención, sin que exista ni la más mínima disponibilidad sobre la droga⁹⁰⁹¹.

En aquellos casos en que el acusado haya participado en la solicitud u operación de importación, sea el destinatario de la droga, o tenga la disponibilidad sobre la droga antes de ser detenido, estaríamos ante un delito consumado⁹².

En el ámbito civil, un contrato de compraventa se entiende perfeccionado por la existencia de un simple acuerdo de voluntades, tal y como se establece en el artículo 1.450 del Código Civil, aunque no se hayan entregado ni la cosa objeto de contrato ni el precio. Del mismo modo, la jurisprudencia del ámbito penal originariamente ha considerado que el delito de tráfico de drogas se consumaba con la existencia de acuerdo o concierto para la adquisición de la droga con disponibilidad de esta por parte del vendedor, a pesar de no haberse entregado todavía⁹³.

Sin embargo, no han sido pocos los autores que han criticado esta postura, afirmando que debería considerarse tentativa un supuesto en el que una persona es detenida en el aeropuerto antes de recibir la droga o justo cuando se

⁸⁸ JIMÉNEZ MARÍN, A. «Formas imperfectas...», cit., p. 17.

⁸⁹ SSTS (Sala de lo Penal) de 27 de junio de 1991 (RJ 1991\4833), Fundamento Jurídico Primero; núm. 1565/2005 de 14 de diciembre (RJ 2006\2412), Fundamento Jurídico Séptimo; núm. 399/2015 de 18 de junio (RJ 2015\3872), Fundamento Jurídico Octavo.

⁹⁰ JIMÉNEZ MARÍN, A. «Formas imperfectas...», cit., p. 21.

⁹¹ SSTS (Sala de lo Penal) núm. 319/2001 de 5 de marzo (RJ 2001\1918), Fundamento Jurídico Cuarto (Recurso del Fiscal) y núm. 2354/2001 de 12 de diciembre (RJ 2002\1290), Fundamento Jurídico Tercero.

⁹² SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 947/1994 de 5 de mayo (RJ 1994\3666), Fundamento Jurídico Segundo; núm. 989/2004 de 9 de septiembre (RJ 2004\7484), Fundamento Jurídico Cuarto; núm. 598/2008 de 3 de octubre (RJ 2009\420), Fundamento Jurídico Primero D) II.; núm. 766/2008 de 27 de noviembre (RJ 2009\3053), Fundamento Jurídico Cuarto, II; núm. 303/2014 de 4 de abril (RJ 2014\2434), Fundamento Jurídico Quinto B).

⁹³ FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, cit., p 41.

encuentra con el sujeto que la transporta, entendiendo que se interrumpe el ciclo de tráfico⁹⁴.

El Tribunal Supremo expone sus argumentos en una Sentencia del año 2001 a favor de la consumación del delito de tráfico de drogas en un supuesto en que existe un acuerdo previo en los envíos de un lugar a otro, entre destinatario y receptor si se ha puesto en marcha el transporte. Sin embargo, en la misma Sentencia se afirma que si no existe dicho acuerdo previo y los transportistas son contratados para una misión específica por los organizadores de la operación, si los mismos son detenidos antes de poseer la droga, podría tratarse de una tentativa acabada⁹⁵.

Asimismo, el TS establece que, si el sujeto acusado tiene el dominio del hecho y la posesión de la droga, aunque solo sea de modo mediato, no se trata de tentativa, sino de un delito consumado⁹⁶. En la misma línea, las Audiencias Provinciales de Madrid y Asturias afirman que no se trata de un delito intentado en caso de que la venta de droga no se llegue a materializar porque los presuntos compradores sean agentes de policía, ya que el acto de venta ha favorecido el consumo por terceras personas⁹⁷. Estamos, por tanto, ante supuestos en los cuales los intermediarios que no hayan intervenido en la operación de importación, ni en el acuerdo, son castigados por el delito de tráfico de drogas en grado de tentativa, mientras que los destinatarios, por haber participado en la importación, comunicando sus datos personales, son castigados como autores de un delito consumado, al tener la posesión mediata de la droga remitida. Recientemente, el Tribunal Supremo ha empezado a apreciar más tentativas en los casos de envío de droga a distancia.

⁹⁴ MORANT VIDAL, J., *El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar*, Ed. Práctica del Derecho, Valencia, 2005, pp. 117 y 118.

⁹⁵ STS (Sala de lo Penal) núm. 835/2001, de 12 de mayo (RJ 2001\10311).

⁹⁶ SSTS (Sala de lo Penal) núm. 543/2003 de 20 de mayo (RJ 2003\5486), Fundamento Jurídico Tercero; núm. 791/2005, de 22 de junio (RJ 2005\5557); núm. 861/2007, de 24 de octubre (RJ 2007\8131); núm. 954/2009 de 30 de septiembre (RJ 2010\1991); núm. 440/2011, de 25 de mayo (RJ 2011\4404).

⁹⁷ SSAP de Madrid (Sección 15ª) núm. 31/2005, de 1 de febrero (JUR 2005\255652), Fundamento Jurídico Primero; núm. 70/2012, de 28 de febrero (RJ 2012\136294), Fundamento Jurídico Primero; SAP de Asturias (Sección 2ª) núm. 25/2003 de 25 de enero (JUR 2003\115203).

Destacamos el supuesto de un acusado que acudió a la oficina de correos a recoger unos paquetes con cocaína, sin haber intervenido en la importación de la mercancía, sin ser el destinatario de ésta, y sin tener disponibilidad alguna sobre ella, aunque conociendo su contenido (de lo contrario, la conducta sería atípica). El Tribunal Supremo considera que se trata de una conducta constitutiva de tentativa, y no de un delito consumado⁹⁸.

Un ejemplo en el cual el delito estaría consumado es el de un acusado que tenía su domicilio en la vivienda a la que iba dirigido el paquete y se presentó como destinatario del envío, firmando su recepción al agente que realizó la entrega vigilada, haciéndose pasar por un funcionario de correos⁹⁹.

La Audiencia Provincial de Valencia en una reciente sentencia ha apreciado un delito intentado de posesión de cocaína en un supuesto en el cual el acusado fue sorprendido por los agentes de la Policía en el momento de adquirir la posesión de un paquete de un kilo de cocaína, de muy elevada pureza, para su distribución a terceros. En este caso, entendió la AP que no constaba ni quedaba acreditado que el sujeto tuviese o hubiese intentado tener la disponibilidad efectiva de la droga incautada. Ello fue así dado que los agentes de la Policía sorprendieron en el interior de un garaje al sujeto junto con otra persona que acababa de entregarle los paquetes de cocaína, procediendo el acusado a esconderlos en la cintura, entre el pantalón y la camiseta que portaba¹⁰⁰.

Sin embargo, en otro asunto aparentemente muy similar, en el cual el acusado fue sorprendido descendiendo de un vehículo en el maletero del cual se encontraban ocultos 10 kg de cocaína, a pesar de la falta de contacto material de este con la droga, fue condenado por un delito consumado¹⁰¹.

Estos dos supuestos podrían calificarse de similares, pero tienen multitud de diferencias. En el primero, el acusado no tuvo más contacto con la droga que

⁹⁸ STS (Sala de lo Penal) núm. 205/2008, de 24 de abril (RJ 2008\2837), Fundamento Jurídico Tercero.

⁹⁹ SAP de Madrid (Sección 15ª) núm. 70/2012, de 28 de febrero (RJ 2012\136294), Fundamento Jurídico Primero.

¹⁰⁰ SAP de Valencia (Sección 3ª) núm. 327/2017 de 21 de mayo (JUR 2017\210686), Fundamento Jurídico Segundo, párrafo 20º.

¹⁰¹ STS (Sala de lo Penal) núm. 195/2014 de 3 de marzo (RJ 2014\2864), Fundamento Jurídico 32.

recibirla de su acompañante en el mismo momento en el cual fueron sorprendidos por los agentes, mientras que, en el segundo el acusado se desplazó con la droga en el maletero junto a su acompañante. La disponibilidad que tuvo el uno y el otro no es la misma, y ésta es la cuestión más importante para destacar. En el segundo supuesto, el sujeto pudo haber entorpecido la actuación de la Policía, ya que tuvo la disponibilidad sobre la droga.

En otro caso en el que el acusado había abordado a la cartera para recoger un paquete que contenía cocaína con un valor de 1.045,18 Euros del cual figuraba como destinatario, éste fue condenado como autor de un delito consumado contra la salud pública. La consumación en este caso se había producido desde el momento en que se inició el mecanismo del transporte de la droga, considerándose a partir de entonces «a disposición» del destinatario final. Además, en este concreto asunto, el acusado tenía comprometida su colaboración en el transporte de la droga. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia fue confirmada por el Tribunal Supremo, que decidió no haber lugar a la admisión del recurso de casación que se interpuso contra la misma¹⁰².

No deben confundirse los supuestos de envío de droga al extranjero con los actos de tráfico que se realicen en el interior del país. En un supuesto en el cual el acusado fue sorprendido en un callejón ofreciéndoles a dos individuos cannabis por la cantidad de 10 euros, sin que se hubiera materializado la operación por la intervención de la Policía Local, la Audiencia Provincial entendió que no cabía hablar de tentativa, ya que o se produjo el acto de tráfico o no existía nada, pudiendo ser la dosis encontrada en poder del acusado para el autoconsumo¹⁰³.

Teniendo en cuenta todo ello, según la jurisprudencia, para que la tentativa sea apreciable en los casos de los envíos de droga al extranjero mediante paquetes u otros medios, el acusado debe haber intervenido una vez la droga se

¹⁰² SAP de Valencia (Sección 4ª) núm. 157/2014 de 25 de febrero (JUR 2014\113827), Segundo, Auto del TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1236/2014 de 10 de julio (JUR 2014\225765).

¹⁰³ SAP de Valencia (Sección 2ª) núm. 757/2014 de 18 de noviembre (RJ 2014\270698), Fundamento Jurídico Segundo.

encuentre en España, su colaboración debe ser accesoria y secundaria, solicitada por un tercero para ser intermediario, siempre y cuando:

- No haya intervenido previamente en la operación de transportar la droga del extranjero a nuestro país;
- No sea el destinatario de la droga;
- No tenga disponibilidad efectiva de la mercancía intervenida, siendo detenido antes de entrar en su posesión, o en ese mismo momento antes de hacerse cargo efectivo de ella, en los casos de las entregas vigiladas¹⁰⁴¹⁰⁵.

Si, por el contrario, el acusado participa en la solicitud u operación de importación o es parte de un acuerdo con el destinatario final de la mercancía, sería cooperador necesario de un delito de tráfico de drogas consumado¹⁰⁶.

Se ha admitido, por tanto, la concurrencia del delito en grado de tentativa en los supuestos en que se ha comenzado con la ejecución del delito, concurriendo el acusado al lugar donde debía recoger la droga, o remitiendo la droga al lugar en que se ha acordado su recogida. Se ha aceptado la posibilidad de que se aprecie la tentativa cuando el autor haya intentado obtener la droga, sin que la tenencia se efectúe por razones ajenas a la voluntad del autor, como es el encargo a un tercero de obtener droga, resultando haber libros en el paquete. Esto sería un supuesto de tentativa inidónea de tenencia de drogas. En el caso de la consumación, el autor tiene la droga y tiende a un fin futuro y extra típico que no alcanza, mientras que, en la tentativa, se ha comenzado la ejecución con el fin de alcanzar la tenencia, pero no se logra¹⁰⁷.

Sin embargo, en caso de que se cierre un pacto sobre venta de droga, y en el momento de ejecutarse dicho acuerdo, se frustre por estallar una discusión

¹⁰⁴ FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas*, cit., p 42.

¹⁰⁵ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 19/2017 de 20 de enero (RJ 2017\57), Fundamento Jurídico Sexto.

¹⁰⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1594/1999 de 11 de noviembre (RJ 1999\8929), Fundamento Jurídico Segundo, núm. 20/2013 de 10 de enero (RJ 2013\960), Fundamento Jurídico Cuarto.

¹⁰⁷ STS (Sala de lo Penal) núm. 379/2000, de 13 de marzo (RJ 2000\1190), Fundamento Jurídico Primero.

que deriva en una pelea, se considera que el delito se ha consumado¹⁰⁸. Tampoco constituye tentativa la conducta de una persona que sale corriendo al observar la presencia policial donde estaba esperando la llegada de la embarcación, para participar en la descarga de hachís¹⁰⁹ ni la conducta de aquellos que entran al recinto portuario y se sitúan con disposición para cargar mientras que la embarcación se hunde¹¹⁰.

El intento de alcanzar la tenencia de droga, iniciando los actos que ayuden a su obtención, es punible como tentativa cuando la tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor. De esta forma, si un grupo de personas trafica con drogas, pero únicamente uno de ellos la alcanza a poseer físicamente, el delito se entendería consumado para todos los demás, que tendrían una posesión funcional. En consecuencia, también se les puede castigar a los jefes de las organizaciones de narcotraficantes, que quizá nunca llegan a poseer el objeto material de la conducta realizada¹¹¹.

CONCLUSIONES

PRIMERA. — El tráfico de drogas, además de ser una de las principales causas de la delincuencia en la actualidad, es el motivo de significativos movimientos de capitales. Durante los años, y con las sucesivas reformas del Código Penal se ha procurado frenar la comisión de estos delitos, pero sin efectividad. Las conductas han ido incrementando tanto a nivel nacional como internacional.

SEGUNDA. — Los delitos de tráfico de drogas son de mera actividad, y de peligro abstracto. La doctrina no es unánime en lo referido al bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas. Desde nuestro punto de vista, la salud pública es el valor instrumental de la tutela del conjunto de saludes individuales,

¹⁰⁸ STS (Sala de lo Penal) núm. 135/2012, de 27 de febrero (RJ 2012\4530), Fundamento Jurídico Primero.

¹⁰⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Desmantelada red que introducía alijos de hachís en las costas de Cádiz, núm. 676/2012, de 26 de julio (RJ 2012\9445), Fundamento Jurídico Décimo Octavo.

¹¹⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 440/2011, de 25 de mayo (RJ 2011\4404), Fundamento Jurídico Cuarto.

¹¹¹ ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit. p. 2.

y es el bien jurídico objeto de protección en este delito. Sin embargo, también se ha sostenido que la sanidad pública es otro elemento susceptible de protección.

TERCERA. — La dificultad para apreciar formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas, desde nuestro punto de vista, no se debe tanto a que se trata de un delito de peligro formal, sino a que toda la cadena de producción y tráfico de drogas está tipificada, lo que deja muy poco espacio a la tentativa. Por ello, la concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas se ha admitido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo con criterio limitativo.

CUARTA. — En principio, la jurisprudencia entendía que no cabían las formas imperfectas. Sin embargo, la posibilidad de la concurrencia de las formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por el TS con criterio restrictivo paulatinamente a partir del año 1980. Resulta complejo que cualquier conducta enfocada en acercar las sustancias tóxicas al consumidor pueda no subsumirse en las acciones de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de drogas previstas en el CP. A pesar de ello, cuando el acusado no llega a tener en ningún momento la disponibilidad sobre las sustancias, ni siquiera potencial, se suele apreciar la tentativa. Se ha de analizar detalladamente cada concreto supuesto para obtener unas conclusiones claras sobre su concurrencia.

QUINTA. — En los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, se aprecia el delito intentado si no se alcanza una mínima disponibilidad sobre la droga tóxica o sustancia estupefaciente, perfeccionándose la compraventa, pero sin que se alcance a ejecutarla.

Nos resulta interesante para destacar que, en un supuesto con dos acusados, si uno de ellos se desplaza teniendo las sustancias estupefacientes en su poder, aunque sea por unos minutos, y el otro sujeto lo espera para recibirla y posteriormente venderla, mientras que al primero se le castigaría por un delito consumado, al segundo se le condenaría por un delito intentado contra la salud pública.

SEXTA. — La mínima disponibilidad de la droga marca la diferencia entre la tentativa y el delito de tráfico de drogas consumado. El simple hecho de tener

la posibilidad de deshacerse de la droga puede acarrear unas consecuencias importantes en la determinación de la pena. Por ello, consideramos que han de analizarse todos los indicios para que las circunstancias queden claras, en especial, la participación en el plan en cuanto a las operaciones a realizar por cada acusado.

SÉPTIMA. — En los envíos de droga por correo u otros tipos de transporte, incluyéndose la entrega vigilada, solo en caso de que el acusado no hubiera participado en las operaciones de importación, en la solicitud o no figurase como destinatario de esta, se aprecia el delito intentado. En caso contrario, se estaría ante un delito consumado de tráfico de drogas. El delito queda consumado con el inicio del transporte por parte de uno de los coautores de las sustancias tóxicas que previamente se pacta.

OCTAVA. — En términos generales, para apreciar la tentativa en el delito de tráfico de drogas se requiere no haber participado en las operaciones previas al transporte, en los acuerdos, ni tener disponibilidad sobre las sustancias. Generalmente, son autores de un delito intentado de este tipo aquellos que estando al margen del acuerdo inicial para el transporte, participan posteriormente con aportaciones totalmente distintas.

NOVENA — En relación con los cultivos de droga, actualmente se requiere que la plantación esté en estado de desarrollo, sin que pueda servir a finalidad alguna, sin que pueda extraerse, para poder apreciarse la tentativa. En caso de que la plantación sea susceptible de recolectar, el delito estaría consumado.

DÉCIMA. — Para diferenciar entre tentativa acabada e inacabada se ha de analizar el supuesto concreto desde una perspectiva mixta objetiva-subjetiva. De esta forma, se debe tener en cuenta el plan del autor, para así determinar el delito que tenía voluntad de cometer, y examinar desde una perspectiva objetiva si se han llevado a cabo todos los actos que llevarían a la consumación del delito o no, aunque no se produzca por razones distintas a la voluntad del autor.

DECIMOPRIMERA. — En relación con la conspiración, los papeles repartidos entre los acusados han de estar probados, así como su intencionalidad clara de llevar a cabo la conducta para apreciarla. Ello comporta más dificultad, ya que se trata de probar voluntades y propósitos, elementos

subjetivos, teniendo en cuenta siempre el principio jurídico penal de la presunción de inocencia. Se ha defendido en ciertas ocasiones que probar el dolo no es en realidad una actividad cognoscitiva, sino una imputación a partir de indicios tipo.

Otro campo en el que entran en juego los indicios es el de la apreciación de la tentativa de posesión con fines de tráfico de drogas. Se ha de demostrar la finalidad al tráfico. En virtud de todo ello, tienen una enorme importancia los indicios a la hora de determinar si ha existido o no intencionalidad.

DECIMOSEGUNDA. — Desde nuestro punto de vista, aunque podemos agrupar los casos en los que se puede apreciar la tentativa y los que no, como ya hemos indicado, se debe analizar cada concreto supuesto, con sus circunstancias y sus indicios, para lograr un convencimiento de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia en los delitos de tráfico de drogas.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, disponible en www.tirantonline.com, (fecha de la última consulta a 5 de septiembre de 2020).

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Y COLS. *El delito de tráfico de drogas*, 2009, disponible en www.tirantonline.com, (fecha de la última consulta a 1 de julio de 2020).

CÓRDOBA RODA, J., «El delito de tráfico de drogas» en *Estudios penales y criminológicos*, Barcelona, 1979-1980, disponible en www.dialnet.unirioja.es (fecha de la última consulta: 7 de septiembre de 2020).

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El marco normativo de las drogas en España», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XCV de la segunda época, Nº 3, septiembre de 1987.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Alcohol, drogas y delitos contra la seguridad vial*, Ed. Reus, Madrid, 2018.

DÍEZ RIPOLLES, J.L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo*, Ed. Tecnos, España, 1989.

ESTRELLA RUÍZ, M. M., «Consumo compartido», *Delito de tráfico de drogas. Tipo atenuado. Tipos agravados e hiper-agravados (por circunstancias objetivas y subjetivas). Tráfico de precursores. Provocación, conspiración y proposición en el tráfico de drogas*, Centro de Estudios Judiciales, 2014.

EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de tráfico de drogas» en *Revista de Derecho UNED*, Núm. 10, 2012, disponible en www.dialnet.unirioja.es (fecha de la última consulta 15 de septiembre de 2020).

FRIEYRO ELÍCEGUI, S., *El delito de tráfico de drogas. Capítulo III. Grados de ejecución del delito de tráfico de drogas*, Valencia, 2017, disponible en www.tirantonline.com, (fecha de la última consulta a 4 de octubre de 2020).

GARCÍA RIVAS, N., «Criminalidad organizada y tráfico de drogas» en *Revista penal Nº 2*, Huelva, 1998, disponible en www.dialnet.unirioja.es (fecha de la última consulta: 13 de agosto de 2020).

JIMÉNEZ MARÍN, A., «Formas imperfectas en los delitos de tráfico de drogas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2007, disponible en www.dialnet.unirioja.es (fecha de la última consulta: 8 de octubre de 2020).

LORENZO SALGADO, J. M^a., *Las drogas en el ordenamiento penal español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978.

MARTÍ PALACIOS, M.^a A., Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (DGPND), Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, «Gasto público», *Informe sobre drogas, 2019, España*, disponible en www.pnsd.mscbs.gov.es/ (fecha de la última consulta: 13 de agosto de 2020).

MARTÍNEZ PARDO, V.J., MARTÍNEZ PARDO V.J., *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial. Tipo básico: Artículo 368.1 CP*, Ed. Edisofer Libros Jurídicos, Madrid, 2013.

MONTERO LA RUBIA, F.J., «Paquetes postales y tráfico de drogas» en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 57, N^o 1949, 2003, disponible en www.dialnet.unijioja.es (fecha de la última consulta 13 de octubre de 2020).

MORANT VIDAL, J., *El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar*, Ed. Práctica del Derecho, Valencia, 2005.

MORILLAS CUEVA, L., «Capítulo Primero. El delito de tráfico de drogas en sentido estricto» en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

OBREGÓN GARCÍA, A. Y GÓMEZ LÁNZ, J., «El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales», *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015.

ORTS BERENGUER, E., «Delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas», en GONZÁLEZ CUSSAC J.L. (coord.), *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

PELÁEZ PIÑEIRO, L., «La investigación del tráfico de drogas desde un punto de vista policial. Rutas de importación de la droga. Países exportadores. Modalidades de introducción» en *Curso Tráfico de drogas: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2014.

PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español. El delito de tráfico de drogas. Su regulación en el Código Penal*, Ed. Aranzadi, 1993.

QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.) Y MORALES PRATS, F. (COORD.), *Comentarios al Código Penal Español*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, La acción típica*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.

RÍOS MONTERREY, A., «El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos», en FABIÁN CAPARRÓS E.A. (dir.), *El tráfico de precursores de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Salamanca, 2017, disponible en www.dialnet.unirioja.es (fecha de la última consulta: 17 de agosto de 2020).

SOTO NIETO, F., *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando*, Ed. Trivium, Madrid, 1989.

SOTO NIETO, F., «Estudio básico del artículo 344 del Código Penal», *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la salud pública*, C.G.P.J., Madrid, 1993.

TORRES-DULCE LIFANTE, E., *Instrucción 2/2013 del Fiscal General del Estado: Sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis*, Madrid, 5 de agosto de 2013.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

2002 STC (Sala Primera) núm. 70/2002 de 3 de abril (RTC 2002\70).

Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Penal) de 28 de octubre de 1969 (RJ 1969\5192).

STS (Sala de lo Penal) de 13 de mayo de 1975 (RJ 1975\2091).

STS (Sala de lo Penal) de 15 de octubre de 1979 (RJ 1979\3597).

STS (Sala de lo Penal) núm. 3873/1980 de 21 de mayo (ID CENDOJ 28079120011980100052).

STS (Sala de lo Penal) de 21 de septiembre de 1981 (RJ 1981\3382).

STS (Sala de lo Penal) de 24 de febrero de 1982 (RJ 1982\843).

STS (Sala de lo Penal) de 24 de enero de 1983 (RJ 1983\46).

STS (Sala de lo Penal) de 12 de julio de 1983 (RJ 1983\4152).

STS (Sala de lo Penal) de 24 de enero de 1984 (RJ 1984\400).

STS (Sala de lo Penal) de 3 de julio de 1987 (RJ 1987\6162).

STS (Sala de lo Penal) de 21 de enero de 1988 (RJ 1988\412).

STS (Sala de lo Penal) de 19 de febrero de 1988 (RJ 1988\1195).

STS (Sala de lo Penal) de 18 de abril de 1988 (RJ 1988\2796).

STS (Sala de lo Penal), de 15 de marzo de 1989 (RJ 1989\2636).

STS (Sala de lo Penal) de 4 de junio de 1990 (RJ 1990\5111).

STS (Sala de lo Penal) de 27 de junio de 1991 (RJ 1991\4833).

STS (Sala de lo Penal) núm. 2615/1992 de 1 de diciembre de 1992 (RJ\1992\9899).

STS (Sala de lo Penal) núm. 383/1994 de 23 de febrero (RJ 1994\1111).

STS (Sala de lo Penal) núm. 543/1994 de 3 de marzo (RJ 1994\1690).

STS (Sala de lo Penal) núm. 947/1994 de 5 de mayo (RJ 1994\3666).

STS (Sala de lo Penal) núm. 1472/1994 de 16 de julio (RJ 1994\6457).

STS (Sala de lo Penal) núm. 830/1995 de 30 de junio de 1995 (RJ\1995\5157).

STS (Sala de lo Penal) núm. 326/1996 de 23 de abril (RJ 1996\2921).

STS (Sala de lo Penal) núm. 376/1997 de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997\1695).

STS (Sala de lo Penal) núm. 887/1997 de 21 de junio (RJ 1997\5601).

STS (Sala de lo Penal) núm. 219/1998 de 17 de febrero de 1998 (RJ\1998\1177).

STS núm. 479/1998 (Sala de lo Penal) de 6 de abril de 1998 (RJ 1998\4017).

STS (Sala de lo Penal) núm. 801/1998 de 4 de junio (RJ 1998\5146).

STS (Sala de lo Penal) núm. 1000/1999 de 21 de junio (RJ 1999\5663).

1999 STS (Sala de lo Penal) núm. 1594/1999 de 11 de noviembre (RJ 1999\8929).

STS (Sala de lo Penal) núm. 379/2000, de 13 de marzo (RJ 2000\1190).

STS (Sala de lo Penal) núm. 319/2001 de 5 de marzo (RJ 2001\1918).

STS (Sala de lo Penal) núm. 835/2001, de 12 de mayo (RJ 2001\10311).

STS (Sala de lo Penal) núm. 2354/2001 de 12 de diciembre (RJ 2002\1290).

STS (Sala de lo Penal) núm. 216/2002 de 11 de mayo (RJ 2002\4737).

STS (Sala de lo Penal) núm. 2054/2002, de 9 de diciembre (RJ 2003\2327).

STS (Sala de lo Penal) núm. 543/2003 de 20 de mayo (RJ 2003\5486).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 424/2003 de 1 de septiembre (RJ 2003\6414).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 281/2003 de 1 de octubre (RJ 2003\7213).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 195/2004, de 16 de febrero (RJ 2004\2219).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 989/2004 de 9 de septiembre (RJ 2004\7484).

STS (Sala de lo Penal) núm. 98/2005, de 3 de febrero, (RJ 2005\4155).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 791/2005, de 22 de junio (RJ 2005\5557).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1565/2005 de 14 de diciembre (RJ 2006\2412).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 234/2006 de 2 de marzo (RJ 2006\1570).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 323/2006 de 22 de marzo (RJ 2006\4784).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 378/2006, de 31 de marzo (RJ 2006\2324).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 77/2007 de 7 de febrero (RJ 2007\1921).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 406/2007 de 4 de mayo (RJ 2007\3271).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 861/2007, de 24 de octubre (RJ 2007\8131).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 205/2008, de 24 de abril (RJ 2008\2837).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 598/2008 de 3 de octubre (RJ 2009\420).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 658/2008 de 24 de octubre (RJ 2008\7261).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 766/2008 de 27 de noviembre (RJ 2009\3053).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 29/2009, de 19 de enero (RJ 2009\1536).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 53/2009 de 26 de enero (RJ 2009\1388).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 954/2009 de 30 de septiembre (RJ 2010\1991).

ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 825/2010 de 29 de abril (JUR 2010\173860).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 296/2010 de 9 de abril (RJ 2010\4880).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 440/2011, de 25 de mayo (RJ 2011\4404).

STS (Sala de lo Penal) núm. 135/2012, de 27 de febrero (RJ 2012\4530).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Desmantelada red que introducía alijos de hachís en las costas de Cádiz, núm. 676/2012, de 26 de julio (RJ 2012\9445).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 20/2013 de 10 de enero (RJ 2013\960).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 677/2013 de 24 de septiembre (RJ 2013\7322).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 713/2013 de 24 de septiembre (RJ 2013\6847).

ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1236/2014 de 10 de julio (JUR 2014\225765).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 195/2014 de 3 de marzo (RJ 2014\2864).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 303/2014 de 4 de abril (RJ 2014\2434).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 285/2014, de 8 de abril, (RJ 2014\2887).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 640/2014 de 8 de octubre (RJ 2014\5349).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 399/2015 de 18 de junio (RJ 2015\3872).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 19/2017 de 20 de enero (RJ 2017\57).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 635/2019 de 20 de diciembre (RJ 2019\5440).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 4/2020 de 16 de enero (RJ 2020\931).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 84/2020 de 27 de febrero (RJ 2020\74042).

Audiencias Provinciales

SAP de Asturias (Sección 2ª) núm. 25/2003 de 25 de enero (JUR 2003\115203).

SAP de Madrid (Sección 15ª) núm. 31/2005, de 1 de febrero (JUR 2005\255652).

SAP de Málaga núm. 569/2005, de 18 de octubre (JUR 2006\228065).

SAP de Madrid núm. 492/2006, de 20 de diciembre (JUR 2007\143288).

SAP de Madrid núm. 55/2008, de 7 de febrero (JUR 2008\113372).

SAP de Madrid (Sección 15ª) núm. 70/2012, de 28 de febrero (RJ 2012\136294).

SAP de Madrid núm. 70/2012, de 28 de febrero (RJ 2012\136294).

SAP de Valencia (Sección 4ª) núm. 157/2014 de 25 de febrero (JUR 2014\113827).

SAP de Valencia (Sección 3ª) núm. 327/2017 de 21 de mayo (JUR 2017\210686).

NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS

- Código Civil, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889;
- Código Penal, publicado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995;
- Constitución Española;
- Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas;
- Ley 17/1967 de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio Único de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas.