



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2020/2021
Convocatoria: marzo

**LA COMPLICIDAD EN EL DELITO DE TRÁFICO
DE DROGAS**
Complicity in the drug trafficking crime

Realizado por el alumno/a AINHOA SUÁREZ GARCÍA

Tutorizado por el Profesor/a D. MANUEL RAYCO CABELLO LEÓN

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal



ABSTRACT

The drug trafficking crime is of concern for most contemporary societies, that is why there is abundant legislation, both national and international, aimed at its prevention and repression. In this work, a legal study has been carried out, from the jurisdictional point of view, about the participation in this crime. From the first reading of article 368 from the Penal Code, which explains drug trafficking, you can see, grammatically, how the Legislator has opted for an extensive concept of author that is, it has chosen to reject any intervention in the crime other than that of the authorship itself. This is when doubts arise as to whether other forms of intervention can be seen. This is where the question on which this work is based appears and which is intended to be answered with the study of monographs, manuals and, especially, jurisprudence. Is it possible to appreciate the figure of complicity in the crime of drug trafficking? To find the answer, a specific study of the crime is carried out, specifically within the section of participation side of the study.

Key Words: drug trafficking, participation, complicity.

RESUMEN

El delito de tráfico de drogas preocupa a la mayoría de sociedades contemporáneas, por ello que se localiza abundante legislación, tanto nacional como internacional, dirigida a su prevención y represión. En el presente trabajo se ha realizado un estudio, desde el punto de vista jurídico, sobre la participación en este delito. Desde la primera lectura del artículo 368 del Código Penal, que tipifica el delito de tráfico de drogas, se puede apreciar, gramaticalmente, cómo el Legislador se ha decantado por un concepto extensivo de autor, es decir, que ha optado por rechazar cualquier intervención en el delito que no sea la de la propia autoría. Es aquí cuando saltan las dudas sobre si se pueden apreciar otras formas de intervención. Es aquí donde aparece la pregunta en la que se basa este trabajo y a la que se pretende dar respuesta con el estudio de monografías, manuales y, sobre todo, jurisprudencia: ¿es posible apreciar la figura de la complicidad en el delito de tráfico de drogas? Para hallar su respuesta se realiza un estudio concreto del delito, específicamente dentro del apartado de la participación.

Palabras clave: tráfico de drogas, participación, complicidad.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
AP	Audiencia Provincial
art(s).	Artículo(s)
cit.	Citado
CP	Código Penal
<i>ibidem</i>	En el mismo lugar
núm.	Número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citate</i> (obra citada)
pág(s).	Página(s)
ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (todas harán mención a la Sala Segunda)
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	3
2. LEGISLACIÓN BÁSICA	5
3. CONDUCTAS TÍPICAS	5
4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	6
4.1. AUTORÍA	7
4.2. COAUTORÍA.....	12
4.3. COOPERACIÓN NECESARIA	14
4.4. DIFERENCIA ENTRE AUTORÍA Y COOPERACIÓN NECESARIA. 16	
4.5. INDUCCIÓN.....	17
5. COMPLICIDAD.....	18
5.1. REQUISITOS.....	21
5.2. EXCEPCIONES AL CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR.....	23
5.3. TRATAMIENTO EN AUDIENCIAS PROVINCIALES.....	37
5.4. DEL SISTEMA DE LISTA ELABORADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO.....	38
6. PARÁMETROS PARA DIFERENCIAR LA AUTORÍA Y LA COOPERACIÓN NECESARIA DE LA COMPLICIDAD	41
7. CONCLUSIONES	44
BIBLIOGRAFÍA	47

INTRODUCCIÓN

El consumo de drogas y sustancias estupefacientes es un problema social complejo. Según el Informe Mundial sobre las drogas elaborado en 2017 por las Naciones Unidas, alrededor de 250 millones de personas en el mundo o, lo que es lo mismo, el 5% de la población mundial, tomaron drogas, al menos una vez, en el año 2015. En el caso de España en torno a un tercio de la población adulta admite haber consumido en algún momento de su vida alguna sustancia ilícita, concretamente, en 2017, 1 de cada 100 adultos entre 15 y 64 años reconocieron el consumo de sustancias psicoactivas.¹

Además de los grandes problemas que ocasiona en la salud del consumidor, la dependencia que estas desarrollan lleva a la comisión de determinados delitos, en su mayoría en aras de obtener medios económicos para su adquisición, aunque también delitos violentos debido al deterioro tanto físico como psíquico que experimentan las personas adictas. En la otra cara de la moneda, el tráfico de estas sustancias, su prevención y represión. Circunstancias que preocupan a un gran número de sociedades, de ahí, que exista una elevada cifra de legislación tanto nacional como internacional. En este sentido, el delito de tráfico de drogas es uno de los que presenta mayor tasa de criminalidad en el mundo y, de igual manera, en nuestro país, donde a la gran mayoría de infractores se les imputa por posesión de drogas. En cambio, es una minoría la imputada por realizar actos de cultivo, preparación o fabricación o delitos de tráfico ilegal según la legislación penal. Si estudiamos el Balance de Criminalidad de España², en el año 2019, a nivel nacional, se registraron un total de 16.286 infracciones penales relativas a la comisión del delito de tráfico de drogas en cualquiera de sus posibilidades (un 15% más que en 2018, con 14.133 infracciones registradas). Si hablamos del Balance³ recogido de enero a junio de 2020, nos encontramos con la comisión de 8.071 delitos calificados como tráfico de drogas. Debido a la crisis de la COVID-19, en la que se ha visto inmersa, no solo España, sino todo el Mundo, muchos delitos han reducido su comisión, pero, no es el caso de los delitos

¹ Informe sobre drogas, 2019. Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar social.

² Balance de Criminalidad publicado por el Ministerio del Interior correspondiente al cuarto trimestre del año 2019.

³ Balance de Criminalidad publicado por el Ministerio del Interior correspondiente al segundo trimestre del año 2020.

de tráfico de drogas pues, como excepción a este comportamiento, en estos sí que se produce un ligero incremento (0.9%)⁴.

Como vemos, el estudio del tráfico de sustancias estupefacientes puede realizarse desde diversos puntos de vista, ya sea, social, médica o políticamente, así como, jurídicamente, perspectiva la cual seguiremos en este trabajo. Y dentro de esta, el análisis jurídico de la problemática del tráfico puede llevarse constitucional, administrativa o penalmente. Por tanto, lo siguiente será un análisis jurídico-penal del delito conocido como tráfico de drogas.

La *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* recoge en el *Capítulo III del Título XVII del Libro II* los delitos contra la salud pública. El delito de tráfico de drogas se engloba dentro de este capítulo y se encuentra regulado en los *artículos 368 y siguientes del Código Penal*. Centrándonos en este *artículo 368*, nos adentraremos en la figura de la autoría y participación del mismo y veremos, a través de un estudio de manuales, monografías y, sobre todo, jurisprudencia, todo lo relativo a la figura de la complicidad en este delito.

Del tenor literal del delito, en su párrafo primero, *<<los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.>>*, entendemos que se castiga a toda aquella persona que realice la conducta típica, en este caso, las conductas típicas, es decir, todo aquel que promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal así como el que tenga la mera posesión con estos fines. Como podemos observar, este precepto está formulado de una amplia manera por lo que la interpretación de este tipo básico plantea numerosos problemas. Problemas que abarcan desde el bien jurídico protegido hasta la concreción de las conductas típicas pasando por, el punto que verdaderamente nos interesa, las formas de intervención. Es ahora cuando nos preguntamos ¿qué ocurre con el cómplice? ¿qué

⁴ Muy relacionado en este caso con la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el marco de planes específicos como el Plan Especial de Seguridad para el Campo de Gibraltar, dado que en este fenómeno delictivo se producen muy pocas denuncias.

sucede con aquella persona que lleva a cabo cualquiera, o varios, de estos actos pero no son los encaminados directamente a la comisión del delito? ¿por qué el legislador no incluyó la figura del cómplice? y, sobre todo, ¿cómo es resuelta esta laguna por la jurisprudencia? En estas preguntas se basa el presente trabajo y son estas a las que intentaremos dar respuesta a lo largo del mismo.

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico que se trata de tutelar, común denominador de todos los delitos englobados en el *Título XVII*, lo constituye la seguridad colectiva, tanto de las personas como de los bienes, la cual debe ser entendida como sinónimo de creación de un clima de garantía social en el que no se verán amenazados los bienes jurídicamente protegidos, ya sean individuales, ya sean colectivos. Por su parte, el TS la ha definido, en STS de 9 de octubre de 1984 como <<*el Derecho que todos tienen para el desenvolvimiento normal de sus vidas en paz, sosiego, bienestar y tranquilidad*>>, de lo que se infiere que tal seguridad colectiva es la materialización del interés en preservar a los ciudadanos ante los peligros del propio desenvolvimiento social.

Más concretamente, dentro de esta Seguridad Colectiva de la que hablamos y adentrándonos en el *Capítulo III*, el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es, junto a los demás de su capítulo, la Salud Pública. La OMS define la salud como estado completo de bienestar físico, mental y social, y no ha de entenderse solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud pública es un concepto social y político destinado a mejorar la salud, prolongar la vida y aumentar la calidad de vida de las poblaciones mediante la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y otras formas de intervención sanitaria. Si seguimos la jurisprudencia del Tribunal Supremo,⁵ expone una definición para el ámbito penal: <<*La salud pública, como tal, no constituye una entidad real de naturaleza biológica sino una manera verbal de señalar un peligro no permitido dentro del orden social. En el caso del delito de tráfico de drogas este peligro no permitido no depende, por lo tanto de las consecuencias biológicas generales que la acción pueda generar, sino de la exclusión total del consumo de ciertas sustancias que persigue el legislador*>>. Por lo que, por salud pública entenderíamos, en mayor

⁵ STS (Sala Segunda) de 7 de noviembre de 2000 (rec. núm. 4108/1998).

medida, la salud colectiva, es decir, la suma del bienestar tanto físico como psíquico de todos y cada uno de los ciudadanos. Se busca, entendemos, prevenir el daño y la nocividad que las drogas y sustancias estupefacientes entrañan por su uso y consumo. Por todo ello, se considera un valor esencial de la comunidad, reconocido en nuestra Carta Magna en su artículo 43⁶. Destacado este por la jurisprudencia en *STS 5 de noviembre de 1990 <<la salud pública, como uno de los valores esenciales comunitarios, está recogida con carácter general en nuestra CE en sus arts. 43.1, 2 y 3 y 51.1 y en el CP en los artículos que tipifican aquellas conductas que más gravemente la atacan>>*.

Por lo que para que el bien jurídico se vea afectado tiene que concurrir un riesgo real para terceros, así mismo, las conductas que tipifica este delito se consideran, siempre, graves, dada su posible afectación a una pluralidad de sujetos pasivos, incluso en los casos en que el daño que pueda ocasionarse haya de considerarse no grave. Es por esto que no será necesario concretar determinados sujetos pasivos lesionados en su salud personal debido al consumo, pues se realiza una consideración global o de salud pública universal. Por lo que, como expone MANJÓN-CABEZA OLMEDA⁷ “para decir que la salud pública ha sido afectada es necesario constatar el peligro para terceras personas, aunque no deban determinarse esas personas ”⁸. En conclusión, el objeto es la conservación del bien general de la sanidad colectiva, no de la salud individualmente considerada, por ende, de carácter público. De esta forma se intenta evitar la generalización de un hábito que es contrario a la salud. Por ello es tan importante, por la multiplicidad de sujetos pasivos – un inconcreto número de ciudadanos- que pueden verse afectados en la realización de cualquiera de las conductas típicas.

⁶ Art.43 CE:1.Se reconoce el derecho a la protección de la salud; 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto; 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

⁷ MAJÓN CABEZA, O.: “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. BJ y (des)protección de menores e incapaces”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 56, Fasc/Mes 1, 2003, págs. 45 a 112.

2. LEGISLACIÓN BÁSICA

La legislación penal básica en esta materia se encuentra en el Código Penal, concretamente en los artículos 368 y siguientes. En estos se regulan tanto las conductas típicas como las penas a imponer. Aun así, para su total comprensión habrá que tenerse en cuenta la legislación internacional en esta misma materia. Son muchos los textos internacionales que podemos incluir, pero, destacaremos los más relevantes.

En cuanto a Convenios Internacionales ratificados por España, la principal norma sería el *Convenio de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, hecho en Nueva York, sobre estupefacientes*, este vendría a enumerar, en listas anexas, todas aquellas sustancias consideradas ilícitas. Además, al tratarse de un *eurodelito*, es decir, una tipología delictiva que ha sido objeto de armonización por la Unión Europea, sus elementos típicos habrán de interpretarse de conformidad con lo establecido en la *Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004*, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. Así como la *Convención única de 1961 sobre Estupefacientes* y el *Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971*, todo ellos con listas anexas donde podremos estudiar qué se entiende por droga. Esta legislación internacional, además de la mucha otra existente, muestra que la protección de la salud pública viene preocupando a la Comunidad Internacional desde tiempo atrás.

Por otro lado, nuestra Constitución Española contiene importantes referencias a la protección que debe dispensarse a la salud pública, en concreto, se dispone en los artículos 9, 10, 51.1 y, el más importante, artículo 43 CE.

3. CONDUCTAS TÍPICAS

Se ha puesto de manifiesto por parte de la Doctrina Penal que nos encontramos ante un tipo legal abierto⁹ por cuanto la imprecisión que se desprende de su descripción legal y que se ha puesto de manifiesto por los estudiosos en la materia. Y que, muchos autores¹⁰ opinan que compromete al principio de taxatividad provocando el consiguiente perjuicio

⁹ Otros autores, como Joshi Jubert o Rey Huidobro optan por definirlo como “tipo alternativo, abierto y de progresión delictiva”.

¹⁰ Entre ellos, por ejemplo, Montero la Rubia.

en la seguridad jurídica a la hora de aplicar la norma. De este modo, lo que ha querido el Legislador al disponer : <<los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines ...>> es realizar una enumeración abierta que comprendiera los actos de cultivo, elaboración y tráfico además de todas aquellas conductas relacionadas con el consumo ilegal de drogas que busquen promover, favorecer o facilitar su consumo así como su posesión destinada a estos fines. Lo que se desprende de la utilización de los verbos “promover, favorecer y facilitar” es abarcar todas esas formas o posibilidades de movimiento de las drogas tóxicas que puedan ocurrírsele al ingenio humano.

En definitiva, “prácticamente cualquier conducta que esté conectada de forma directa o indirecta con la puesta a disposición de terceros de las referidas sustancias es una conducta típica”¹¹ Siendo irrelevante que el tráfico, en cualquiera de sus formas, se realice a cambio de una contraprestación o a título gratuito.

4. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

De la investigación del delito de tráfico de drogas podemos extraer que, como dice MONTERO LA RUBIA¹² “la distribución habitual de las mismas no se realiza de forma aislada por personas individuales, tampoco, al menos en España, con la intervención de tutela de grandes organizaciones jerarquizadas, sino que ha conseguido la madurez necesaria para actuar como un entramado de importadores e intermediarios, en paralelo a una empresa o negocio minorista, en cuanto a su forma de participar en la conducta ilícita, que solo se rige por la ganancia a obtener”.

La autoría y participación en el delito de tráfico de drogas, así como en los delitos contra la Salud Pública, se rige por las reglas generales para los delitos comunes recogidas en los artículos 28 y 29 de nuestro Código Penal. Ahora bien, como veremos a continuación la formulación tan amplia de la conducta típica hecha por el Legislador es un obstáculo a la posibilidad de apreciar una forma de contribución al hecho diferente de

¹¹ ROMEO MALANDA, S.: “Delitos contra la seguridad colectiva II. Delitos contra la salud pública”, en AA.VV. (ROMEO CASABONA, C.M, SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.)): *DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL*, Editorial Comares, S.L., Granada, 2016, pág.617.

¹² MONTERO LA RUBIA F.J.: *Delitos contra la salud pública. Estudio práctico de la jurisprudencia del TS sobre tráfico de drogas tóxicas*. Ed. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 40

la de autoría, debido a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo secunda un concepto unitario de autor. Por lo tanto, todo aquel que contribuya con actos que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilícito de sustancias, como regla general, ha de calificarse como autor del delito de tráfico. Sin embargo, en casos de conducta subalterna o de aportación de escasa relevancia, podrá aceptarse, de modo excepcional, la complicidad.

4.1. AUTORÍA

La autoría directa prevista en el artículo 28 CP consiste, según definición de REY HUIDOBRO¹³, en aquel comportamiento del sujeto que ejecuta los elementos materiales y subjetivos de la infracción típica, es decir, que comete el tipo de acción descrito en la norma incriminadora, dándose asimismo una coautoría directa cuando se realicen tales actos de forma conjunta con otras personas. Por lo tanto, supondrá la realización personal y plenamente responsable de todos los elementos contenidos en el artículo 368 CP: será autor aquel que su comportamiento consista en cultivar, elaborar, vender, etc. de forma ilegal, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como todo aquel que las posea con el fin de promover, favorecer o facilitar su consumo.

Si de por sí ya se considera compleja la teoría de la participación, la distinción entre formas de autoría y de participación, mayor es esta dificultad en el delito de tráfico de drogas. Derivados estos problemas de la propia redacción del tipo penal cuya amplitud define MORANT VIDAL¹⁴ - citando este a Muñoz Conde -, “permite extender el círculo de posibles sujetos activos a todos cuantos intervengan con actos que puedan calificarse de cultivo, fabricación o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines”. Siendo esto así, continúa, resultaría verdaderamente complicado “imaginar algún supuesto de intervención en el tráfico de que pueda ser calificado de inducción, cooperación necesaria o complicidad sin a la vez constituir facilitación, favorecimiento o promoción del tráfico, y por lo tanto, autoría”.

¹³REY HUIDOBRO, L.F.: *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pág. 167

¹⁴MORANT VIDAL, J.: *El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar*. Ed. Práctica de Derecho S.L., Valencia, 2005, pág. 120

Frente a esta interpretación literal del precepto encontramos las siguientes posiciones¹⁵:

Primera. **Concepto unitario de autor.** Posición mantenida por la jurisprudencia mayoritaria. Se considerará autor a cualquiera que realice una aportación al tráfico, siendo indiferente cuál sea su entidad. Siguiendo este punto de vista quedarían derogados aquellos preceptos de la Parte General del Código Penal que recogen las formas de intervención distintas de la autoría. Mantener esta posición lleva consecuencias prácticas como que cualquier intervención del hecho se califique como autoría por lo que se castigará del mismo modo. Con respecto a la pena, la correspondiente a imponer a cada uno de los partícipes se matizaría, en el momento de la individualización de la pena, dentro del marco legal previsto, teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias del hecho.

Segunda. **Concepto restrictivo de autor.** Entendiendo aquí la necesidad de distinción entre autoría y participación en este tipo penal. Defendiendo así que la Parte Especial de nuestro Código Penal no puede derogar la Parte General. Algunos autores que siguen esta concepción abogan por una interpretación del precepto conforme a la doctrina del dominio del hecho por lo que solo sería autor aquel que dominase la ejecución de los actos típicos descritos. De acoger este concepto devendrían consecuencias prácticas como que la inducción, la cooperación necesaria, la complicidad y el encubrimiento no podrían castigarse en casos de autoconsumo, conducta autorizada, participación en un hecho justificado o cualquier conducta que no sea dirigida a la promoción, facilitación o favorecimiento al tráfico. Por otro lado, esta concepción permite llevar a cabo una valoración más equitativa de las distintas aportaciones, es decir, se podrá ajustar más a los principios de igualdad y proporcionalidad.

Tercera. **Concepto extensivo limitado.** Se trataría de una posición intermedia. La regla general, según esta, sería la de calificar cualquier intervención como de autoría, englobando al autor en sentido estricto, es decir, autor directo, coautor y autor mediato, además de al inductor y al cooperador necesario. En este caso, de forma excepcional, podría aceptarse la figura de la complicidad por la poca relevancia de la intervención. En este sentido, prácticamente cualquier intervención es calificada y castigada como autoría

¹⁵ *Idem*, pág. 120 ss. y JOSHI JUBERT, U: *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Ed. Jose María Bosch, Barcelona, 1999, pag. 250 ss.

siendo la complicidad una categoría totalmente residual utilizada para castigar conductas muy alejadas del núcleo del bien jurídico protegido.

Como acabamos de ver, la teoría mantenida por la jurisprudencia mayoritaria es la de entender, como expone JOSHI JUBERT¹⁶, que el legislador en este delito ha preferido acoger un concepto unitario de autor – también denominado, de forma indistinta por doctrina y jurisprudencia, concepto extensivo de autor – , considerando autoría cualquier aportación al tráfico de drogas y sustancias estupefacientes sea cual sea su entidad: desde el mero consejo a la propia venta pasando, por ejemplo, por acompañar a un comprador al lugar de venta o cargar y descargar la mercancía. Dándose, entonces, apenas opción para apreciar formas accesorias de participación.

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo destaca la dificultad de apreciar cualquier forma de participación en el delito de tráfico de drogas debido a la amplitud con la que es descrito el tipo. Es por ello que sigue un concepto extensivo de autor. En este sentido, numerosas sentencias, entre ellas la STS 3847/2019¹⁷: <<Hemos señalado reiteradamente las dificultades de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, habida cuenta de la amplitud con la que se describe el tipo en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor>>. Así, la STS de la misma Sala 3654/2020¹⁸: <<En relación a los delitos contra la salud pública, hemos expresado de forma reiterada la gran dificultad que existe para apreciar la complicidad, dada la amplitud con la que se describe el tipo penal, en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, lo que relega a las formas de complicidad a supuestos muy excepcionales>>. Pero este no es un criterio reciente, en sentencias de 26 de junio de 1996 o la de 7 de julio de 1998 ya se resaltaba la dificultad de llegar a la complicidad en estas infracciones achacándolo a la amplitud de los términos utilizados en la redacción del artículo 368 (anteriormente y al que en estas se refieren, 344), al haber adoptado el legislador un concepto extensivo de autor que excluye, en un primer momento, todas las formas accesorias de participación, y siendo aceptada, solo en supuestos excepcionales, la mera complicidad. La sentencia de la Sala Segunda núm. 760/2018, de 28 de mayo, expone este criterio reiterado por el Tribunal de la siguiente manera: << En lo que hace

¹⁶ JOSHI JUBERT, U: *op. cit.* pág. 250.

¹⁷ STS (Sala de lo Penal) de 19 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1828/2018).

¹⁸ STS (Sala Segunda) de 5 de noviembre de 2020 (rec. núm. 186/2019).

referencia al delito contra la salud pública, al ser un delito de mera actividad, de resultado cortado, o de consumación anticipada, además de un delito de peligro abstracto, rige una descripción extensiva del concepto de autor que abarca a todos los que realizan actos de favorecimiento para el tráfico y que, en principio, excluiría las formas accesorias de la participación>>.

Este criterio obliga a que se realice un estudio caso por caso para así poder determinar si existe autoría o complicidad. Para algunos autores, como MONTERO LA RUBIA¹⁹ al no haber uniformidad, encontramos soluciones claramente contradictorias por parte de los Tribunales, pues no hay un concepto unitario, en cambio, otros se posicionan como la autora JOSHI JUBERT²⁰ al considerar que existe cierta unanimidad respecto a la autoría y la participación, aunque apuntando que muchas de las soluciones que se adoptan son, cuanto menos, discutibles.

A la vista de esto, y como expone ÁLVAREZ GARCÍA²¹ la formulación tan amplia de la conducta dificultará la posibilidad de admitir una forma de contribución al hecho distinto de la autoría. Por ello la jurisprudencia se acoge, en este delito, al concepto unitario de autor, de manera que ha de calificarse como tal a todo el que contribuya a la realización del delito. Esta vendría siendo la regla general, pero, sin embargo, se acepta la cooperación necesaria e, incluso, la complicidad, en determinados supuestos, eso sí, “supuestos muy excepcionales” como define la jurisprudencia. Supuestos que estudiaremos más adelante pero que se basan en una aportación al hecho delictivo de escasa relevancia, meramente accesorio.

Se ha considerado autoría directa supuestos como: mientras uno vendía, luego de concertar un encuentro, el otro vigilaba para impedir el descubrimiento del hecho ante la eventual llegada de la policía. <<*Resulta así claro que los procesados dividieron las tareas de modo que quien dispone de la cobertura de seguridad durante la ejecución en esta especie de delitos tiene en sus manos el condominio del hecho [...]*>> (STS 14 junio 1993); las labores de vigilancia y atracción de clientes (ST de 30 de mayo de 1992); el pasaje y distribución (STS 3 diciembre 1996), o la conducta de un empleado de aeropuerto

¹⁹ MONTERO LA RUBIA, F.J.: *op. cit.* pág. 41

²⁰ JOSHI JUBERT, U.: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1995. Comentario a la Jurisprudencia del TS, sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del TS (a propósito de la STS de 19 enero 1995, ponente excmo. Sr. Bacigalupo)

²¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *El delito de tráfico de drogas*. Ed. Tirant monografías, Valencia, 2009, págs. 46 y 47.

que se vale de su trabajo para facilitar la recogida de paquetes de droga destinado a terceras personas (STS de 27 de noviembre de 1996).

Podemos exponer el tratamiento jurisprudencial de autoría en un grupo de casos: ²²

1. Actos de vigilancia
2. Actos de mediación:
 - Acompañar al lugar de entrega de la droga
 - Negociar el precio de la droga
 - Entrega de la droga y cobranza del dinero en nombre de otro asumir la gestión relativa al cobro de la sustancia vendida
3. Intervención como intermediario
4. Transporte de sustancias
5. Recepción de la droga desde el extranjero
6. Ocultar la droga de otro así como indicar a otro donde puede ocultar la droga
7. Facilitar vehículo
8. Depósito, guarda o custodia
9. Aportación de medios económicos; intervención como comisionista
10. Confeccionar papelinas
11. Conductas omisivas

En conclusión, y a la vista de todos estos ejemplos, se calificará como autoría cuando las actuaciones de los acusados se puedan subsumir en los siguientes requisitos: por un lado, la existencia de acuerdo previo o *pactum scaeleris* y, por ende, la posibilidad de afirmar la coautoría; por otro lado, cuando constituyan sus actos directamente una acción de facilitar o favorecer el tráfico de drogas y, por último, pero no menos importante, estando el actor en posesión del dominio del hecho delictivo.

²² Al igual que hace JOSHI JUBERT para hablar de la diferenciación entre autoría, cooperación necesaria y complicidad. JOSHI JUBERT, U.: *op.cit.*, pags. 273-287.

4.2. COAUTORÍA

Si hablamos de coautoría directa, también prevista en el mencionado artículo 28 CP cuando habla de “conjuntamente”, estaremos ante el supuesto más común al enjuiciar estos delitos, esta se dará, expone REY HUIDOBRO²³, no solo cuando los diversos sujetos practiquen por completo la conducta típica (vendiendo conjuntamente la droga, por ejemplo), sino también cuando los sujetos, con su actitud colaboradora, produzcan cada uno parcialmente las conductas ejecutivas. Por ejemplo, usando el mismo modelo que este autor, en el caso de cultivo, cuando uno abre los surcos para plantar la semilla y el otro se encarga de depositar la misma en las cavidades previamente efectuadas.

En la sentencia núm. 1187/2003, de 24 de diciembre, se declara que la cuestión del dominio del hecho solo se plantea a los efectos de coautoría. Además, la sentencia de la Sala Segunda 6251/2000²⁴, expone que la coautoría implica <<la realización conjunta, entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente, no jugando con ello el principio de la accesoriedad de la participación>>. Sentencias del TS como la de 16 de julio de 1993, por su parte, concretan que autoría conjunta presupone el concierto de voluntades de varios individuos de llevar a término una concreta empresa, seguida de su realización conjunta. Viene señalando la Sala Segunda, en sentencias como la núm. 1702/2001, de 25 de septiembre que: <<[...] la autoría conjunta[...] que constituye a los sujetos en autores en sentido estricto, no implica que cada uno de los coautores deba realizar la totalidad de la conducta típica, sino que el papel de cada uno puede alcanzar distinta entidad o grado en la ejecución, pero de forma que es atribuible la totalidad de la acción a cada uno [...]. Para reconocer esta forma de autoría directa, en el plano subjetivo, se precisa [...] la decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones emanadas en una división de funciones acordadas, acuerdo mutuo o conjunto, no necesariamente previo, dirigido a la ejecución del hecho con asignación de papeles a cada uno de los autores, y en el plano objetivo, en fase de ejecución, el despliegue de la conducta encomendada de forma conjunta y funcional que constituye la base del dominio compartido del hecho típico>>. La coautoría supondría la

²³ REY HUIDOBRO, L.F.: *op. Cit.*, pág. 169.

²⁴ STS (Sala Segunda) de 24 de julio de 2000 (rec. núm. 1338/2000).

existencia en el *factum* de un concierto previo para el tráfico de drogas, es decir, de un plan preconcebido en fase preparatoria o de ejecución.

Como un caso paradigmático de coautoría, la sentencia de la Sala Segunda, de 8 de noviembre de 1994²⁵ en el que el relato de los hechos probados proclama que ambos acusados acuerdan desplazarse a la ciudad de Algeciras para adquirir hachís con el propósito de, luego, obtener beneficio con su reventa. Aquí vemos claramente el *pactum scaeleris*: una de las acusadas proporciona el vehículo, si bien lo conducía el coacusado pues esta primera no sabía hacerlo. Al llegar al destino, compraron 25 pastillas de hachís que la acusada adosa a la parte posterior de su cintura. Movimiento apercebido por los agentes que detienen el vehículo.

La condición de (co)autor, recoge la sentencia, está fuera de toda duda: pacto previo; dominio del hecho; necesaria cooperación y transporte en propio cuerpo.

Otros claros fundamentos son recogidos por la SAP Tarragona 47/2009²⁶, donde cita a la STS de 30 de enero de 2008, que expone un supuesto donde la conducta concreta que se analizaba consistía en la de un acusado que transportó en un vehículo a otros acusados para la realización del desembarco de la sustancia tóxica desde la playa hasta los camiones en la que fue cargada, considerándola autoría y declarando que *<<en los delitos contra la salud pública, la puesta en común del objeto detentado es un criterio para afirmar la coautoría, pues la exigencia típica del favorecimiento o de la promoción en el consumo ilícito de sustancias tóxicas se rellena mediante la realización de conductas que suponen ese favorecimiento en el tráfico>>*. También cita la STS de 17 de abril del mismo año donde exponían lo que es jurisprudencia consolidada con respecto a los delitos de tráfico de drogas: *<<que a todos los que se concertaron para la operación, cualquiera que se la actividad desarrollada, los convierte en autores, es decir, toda persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de dicha conducta, se convierte en autor del delito>>*.

Interesante destacar que, en la inmensa mayoría de casos (por no aventurarnos a decir todos) en los que hablamos de operaciones de tráfico en las que se mueven importantes cantidades de sustancias estupefacientes en las cuales es requerida una gran

²⁵ STS (Sala de lo Penal) de 8 de noviembre de 1994 (rec. núm. 1422/1994).

²⁶ SAP Tarragona de 29 de enero de 2009 (rec. núm. 32/2008).

infraestructura formada por medios personales y materiales, la jurisprudencia se declina por castigar siempre de autoría a los acusados pues, partiendo de las máximas de la experiencia, difícilmente se aceptará una intervención en el delito diferente dada la amplitud e importancia de las actuaciones llevadas a cabo por los acusados. Como ocurre en el caso, por ejemplo, de la recién menciona SAP de Tarragona en la que existían indicios suficientes de esta infraestructura u organización a la que nos referimos << *por cuanto se utilizó una embarcación de gran potencia para trasladar una gran cantidad de hachís desde Marruecos hasta España, por lo que las labores de vigilancia, recepción de la sustancia en territorio español, carga y descarga de la misma, deben integrarse en la autoría*>>.

4.3. COOPERACIÓN NECESARIA

La jurisprudencia ha venido equiparando los supuestos de cooperación necesaria con autoría por lo que, luego de un estudio de esta, no es sencillo encontrar sentencias que castiguen como cooperador necesario. Autor y cooperador, se encuentran recogidos en el mismo artículo y ambos son calificados como autores del delito, por lo tanto, en el sentido penológico esta no diferenciación por parte de los tribunales no implica conflicto alguno, pero sí es relevante desde el punto de vista argumental de la sentencia.

El cooperador necesario, delimita MORANT VIDAL²⁷, es aquel autor que realiza todas aquellas actividades de auxilio indispensables y necesarias para la perpetración del hecho. Una aportación será necesaria, continúa, cuando de no haber sido prestada la colaboración no hubiese podido realizar el delito en el tiempo y en la forma que lo realizó. Será necesario para determinar si existe esta acusada necesidad estudiar las concretas circunstancias del caso. El cooperador necesario es definido por JOSHI JUBERT²⁸ en términos parecidos añadiendo que son contribuciones asimiladas y equiparadas a la verdadera relación de autoría. Así mismo esta autora pone de relieve al sector jurisprudencial que utiliza la teoría de los bienes escasos para limitar las aportaciones necesarias de las que deben calificarse de mera complicidad. REY HUIDOBRO²⁹ estima cooperador necesario a aquel sujeto que desarrolla una actividad que, si bien no realiza

²⁷ MORANT VIDAL, J.: *op. cit.* págs. 126 y 127.

²⁸ JOSHI JUBERT, U: *op. cit.* pág. 261.

²⁹ REY HUIDOBRO, L.F.: *op cit.* pág. 325

por sí sola la conducta prevista en el tipo especial, se configura como una aportación insustituible sin la cual el delito no se habría efectuado.

El Tribunal Supremo tiene declarado que: *<<existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho)>>*.³⁰

Como hemos visto anteriormente, en estos delitos que tratamos, todos los sujetos que se concertaron para la operación, toda persona que colabore en el consumo de drogas, promoviéndolo, favoreciéndolo o facilitándolo, con conocimiento de dicha conducta –dolo-, se convierte en coautor del delito – concepto extensivo de autor-. Por lo que, el concierto previo para la venta o distribución de la droga convierte en autores a todos los concertados.

A pesar del excesivo uso, como lo considera REY HUIDOBRO³¹, que hace la jurisprudencia del concepto unitario de autor, lo deseable es que no sea un obstáculo para admitir otras formas de participación pues permitirían dar una solución satisfactoria a esos problemas que podríamos encontrarnos en aplicación del artículo 368 CP.

Así, sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como la de 18 de septiembre de 1995, exponen que *<<existe cooperación necesaria del artículo 14.3 (actual 28) cuando haya aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido, o teoría de la «conditio sine qua non», cuando se contribuye con un «algo escaso pero no fácil de obtener de otro modo, o teoría de los «bienes escasos», o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, o teoría del dominio del hecho>>*.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 6392/2006 de 18 de octubre, recoge los siguientes supuestos en que en materia de participación delictiva se ha condenado la cooperación necesaria: *<<[...]incluye la cooperación necesaria el uso y*

³⁰ STS (Sala Segunda) de 12 de noviembre de 2004 (rec. núm 2254/2003).

³¹ REY HUIDOBRO, L.F.: *op. cit.* pág. 177

acceso a su domicilio para ocultar la sustancia estupefaciente, [...] el ser correo de la misma, y [...], el cobro del precio a los compradores[...]>>.

Exponemos de nuevo, un grupo de casos³², en este apartado, sobre el tratamiento jurisprudencial de la cooperación necesaria en el delito de tráfico de sustancias:

1. Actos de vigilancia
2. Actos de mediación
 - Acompañar al lugar de la entrega
3. Transporte de las sustancias
4. Recepción de la droga en el extranjero
5. Permanecer a la escucha del teléfono para transmitir información
6. Ceder la propia vivienda para que otros realicen actos de tráfico
7. Ocultar la droga de otro
8. Facilitar vehículo
9. Depósito, guarda o custodia de la droga
10. Aportación de medios económicos
11. Conductas omisivas

4.4. DIFERENCIA ENTRE AUTORÍA Y COOPERACIÓN NECESARIA

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Alto Tribunal ha señalado respecto a la cooperación necesaria y a la autoría que *<<la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse, diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo>>*³³. Refiriéndose entonces, a las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría en sentido estricto de la cooperación. Estas teorías son: la de la “*conditio sine qua non*”, la del “dominio del

³² JOSHI JUBERT, U.: *op. cit.* págs. 273 y ss.

³³ STS (Sala Segunda) de 24 de julio de 2000 (rec. núm. 1338/2000).

hecho” o la de “las aportaciones necesarias para el resultado” siendo todas ellas complementarias.

Según la autora JOSHI JUBERT³⁴, el cooperador necesario, a diferencia del coautor, no asume como sujeto el plan criminal ni tampoco ha sido partícipe de su elaboración. Se trata de un sujeto externo por cuanto interviene en el delito con una misión puntual, concreta y fundamental. Respecto a este rige el principio de accesoriedad limitada al contrario que respecto al coautor que rige el principio de imputación recíproca.

4.5. INDUCCIÓN

El artículo 28 CP considera también autor, en su apartado a), a los que inducen directamente a otro u otros a ejecutar el hecho.

Será inductor aquel que causa a otro sujeto la resolución de cometer algunas de las conductas descritas, por ejemplo, si hablamos de los actos de cultivo, el inductor será quien causa a otro la resolución de cultivar sustancias tóxicas, o en casos de actos de elaboración, aquel que convencerá o aconsejará a otro u otros para que realicen actividades de elaboración de sustancias tóxicas. JOSHI JUBERT entiende que “para apreciar inducción será necesario que el sujeto haya creado dolosamente en la persona inducida el dolo del delito sin importar el hecho de que tenga la dirección de la operación”³⁵. Se trata de una forma de intervención en el delito poco común de localizar en los Tribunales.

En conclusión, doctrinalmente, para apreciarse la concurrencia de inducción será necesario: a) se determine al sujeto pasivo a realizar algunas de las acciones contempladas en el artículo 368; b) se refuerce su idea aún dudosa de practicar dichas acciones; c) se actúe de modo que se haga persistir a la persona en una de las acciones de las que se quería desprender.

³⁴ JOSHI JUBERT, U.: *op.cit.* pág. 305.

³⁵ *Ídem*, pág. 272.

5. COMPLICIDAD

El cómplice es aquel que se encuentra en un segundo nivel de colaboración. Una colaboración periférica y accesoria recogida en el artículo 29 de nuestro Código Penal y opuesto totalmente a aquel reconocido como autor. Es cómplice quien ni ejecuta el hecho antijurídico ni tiene el dominio del hecho, por lo tanto, es aquel que colabora pero no es autor pues su participación es siempre prescindible para la consecución de los fines de éste. Lo que sí es, es un colaborador de estos fines y, como es obvio, comparte el dolo puesto que sus acciones se realizan bajo el conocimiento de la finalidad delictiva a la que se presta como colaborador; es ajeno al objetivo delictivo, se encuentra fuera del núcleo de ejecución, pues la colaboración que presta es una colaboración de segundo grado, no esencial. Como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias como la número 1277/2004, <<*el cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos de los ejecutores materiales, y lo hace de una manera facilitadora pero no nuclear ni esencial*>>. Todo esto nos lleva, como dice la STS núm. 1234/2005, entre otras, a encontrarnos con la dificultad de establecer los parámetros de las actuaciones del cómplice, más allá de que son siempre periféricas o de segundo grado.

A la vista de esto es aquí cuando nos adentramos en esa controversia sobre el castigo de la complicidad o no en los Juzgados y Tribunales. Es aquí donde respondemos a aquella pregunta que dejábamos en el aire al inicio de estas páginas: ¿se castiga la complicidad en los delitos calificados como tráfico de drogas? Si es así, ¿cuándo? Lo que subyace y se ve reflejado en las sentencias sobre este delito contra la salud pública es el problema para determinar qué conductas pueden ser castigadas bajo la figura del cómplice. A través del análisis de la jurisprudencia del TS, y de un pequeño número de jurisprudencia menor, llevamos a cabo el estudio de la cuestión fundamental que aborda este trabajo. La dificultad que encontramos a la hora de determinar y delimitar la forma de participación en el tipo penal del artículo 368 CP, debido al cada vez mayor número de conductas ilícitas y al incremento del monto de sujetos que, de forma voluntaria o involuntaria, participan, de una forma u otra, en la realización del hecho delictivo.

El mencionado artículo 29 CP delimita al cómplice como: “*los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”. El referido artículo 28 CP define a quién o quiénes se entiende

por autores: aquellos que realizan el hecho delictivo, ya sea por sí solos o conjuntamente; los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo; así como aquellos que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Dando la calificación, el artículo 27 del referido texto legal, tanto a autores como cómplices, de responsables criminalmente de los delitos.

Como ya hemos visto, la complicidad consiste en una forma de participación en la comisión del delito. Se trata, así, de una contribución a la realización de un hecho delictivo con actos anteriores o simultáneos a la misma, siendo esto, según MUÑOZ CONDE³⁶, lo que tienen en común todas las formas de participación, pero, destacando en esta figura, que, en ningún caso, estas acciones pueden ser consideradas como actos de autoría. Lo que distingue a la complicidad de las demás formas de participación, continúa el autor, es una menor entidad material, es decir, su calificación como tal hace que la conducta realizada se castigue de forma automática con la pena inferior en un grado de la prevista para los castigados como autores del delito – tal como reza el artículo 63 CP-.

Extraemos, pues, de la literalidad del ya mencionado artículo 29 CP, la caracterización negativa de la complicidad. Entendiendo del precepto que ésta funciona de manera residual, pues será cómplice aquél cuya participación en el delito no pueda considerarse ni como autoría, ni como inducción, ni como cooperación necesaria. Importante destacar en este punto que no significa que cualquier acto de facilitación de la comisión de un hecho lleve aparejada la pena correspondiente al cómplice, sino que, la conducta, para ser sancionada como complicidad, deberá tener eficacia causal por mínima que sea en el comportamiento del autor, así como una cierta peligrosidad.

El cómplice es definido por MORANT VIDAL³⁷ como aquella persona que sin ser causa eficiente y principal en el delito, ni prestar a su ejecución la concurrencia material o moral de actos necesarios, contribuye a dar facilidades o auxilio, de manera que sin su intervención sea posible el hecho punible. Por lo que el cómplice llevará a cabo actos no esenciales, como apunta JOSHI JUBERT³⁸. Los actos del cómplice han de ser de segundo grado o accesorios, así como totalmente dispensables para la consecución del concierto delictivo. La complicidad consiste en una participación accesorio y de carácter

³⁶ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.447

³⁷ MORANT VIDAL, J.: *op. cit.* pág. 127.

³⁸ JOSHI JUBERT. U: *op. Cit.*, pág. 263.

secundario. No podemos referirnos, por el contrario, a sujetos que posean el dominio del hecho, pues estaríamos ante sujetos coautores; tampoco a sujetos cuyo comportamiento sea tan relevante como para que, al restar su aportación el acto delictivo no hubiera tenido lugar, pues en este caso estaríamos ante cooperadores necesarios.

La complicidad es, por tanto, una forma de participación, por lo que será necesario que exista un hecho delictivo cometido por otro u otros.

La doctrina ha entendido generalmente que la complicidad presume una aportación a la ejecución del hecho que ha de ser de alguna forma relevante, pero sin ser imprescindible, de manera que suponga un <<favorecimiento o facilitamiento>> de la acción o de la producción del resultado. Esta aportación puede ser tanto anterior como simultánea a la ejecución del hecho, pero requiriendo siempre la iniciación de los actos ejecutivos.

<<El cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados>> Se trata, por tanto, STS núm. 1036/2003, de 2 de septiembre, de una participación <<accidental y de carácter secundario>>.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en sentencia núm. 524/2017 de 7 de julio, tiene declarado que <<[...] la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial>>.³⁹

<<[...]El cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis»>>⁴⁰. La jurisprudencia destaca un segundo nivel de participación, por oposición del artículo 29, referida al cómplice. En definitiva, será cómplice aquél que colabora pero no es autor puesto que no llega a ejecutar el hecho antijurídico, simplemente lleva a cabo, desde fuera, una colaboración de segundo grado,

³⁹ En este sentido, también, STS (Sala de lo Penal) de 11 de junio de 2014 (rec.núm. 2251/2013).

⁴⁰ STS núm. 1036/2003, de 2 de septiembre de 2003.

no esencial y prescindible para la consecución del fin. En ningún momento posee el dominio del hecho, es ajeno el objetivo delictivo, por lo que se entiende su participación como fácilmente reemplazable, esporádica y de escasa consideración.⁴¹

5.1. REQUISITOS

En el artículo 29 CP se incluyen los actos de intervención del delito merecedores de pena que no pueden ser subsumidos en ninguna de las formas de participación previstas en el artículo 28, esas que podríamos llamar de primer grado: autor, inductor y cooperador necesario, por lo que podemos secundar la denominación que le da FRIEYRO ELÍCEGUI⁴² a este artículo, al definirlo como una especie de “cajón de sastre”. Como ya vimos, no toda intervención mínima o de segundo grado que no pueda calificarse de autoría será directamente calificada como complicidad, sino que el cómplice, con su naturaleza accesoria y no esencial, posee su propia esencia y sus específicos requisitos que le proporcionan su razón de ser.

En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo exige para apreciar la complicidad la concurrencia de varios elementos, tanto objetivos como subjetivos.

Como elementos objetivos se precisa, primero, la existencia de un hecho típico y antijurídico cometido por otro u otros. Según la doctrina de la accesoriedad limitada, el cómplice, dice la sentencia núm. 970/2004 de 22 de julio, responde criminalmente cuando el autor quede exento de pena por una causa que excluya su culpabilidad.

Segundo, se requiere la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, lo que nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que, sin embargo, deban constituir una aportación relevante para su éxito.⁴³ O, como en algunas sentencias de la misma Sala se habla⁴⁴ que reúnan una serie de caracteres tales como de mera accesoriedad o periféricos.

⁴¹ STS (Sala de lo Penal) de 25 de mayo de 2011 (rec. núm. 440/2011).

⁴² FRIEYRO ELÍCEGUI, M.S.: *La participación y grados de ejecución en el delito de tráfico de drogas*. Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2016, pág. 496.

⁴³ STS (Sala de lo Penal) de 22 de julio (rec.núm.1213/2003).

⁴⁴ STS (Sala de lo Penal) de 28 de junio (rec.núm.1216/2002), STS (Sala de lo Penal) de 2 de septiembre (rec. núm. 343/2001).

Como vemos, han de ser actos no necesarios, también considerados como de participación accidental y no condicionante⁴⁵ o de carácter accesorio⁴⁶, pero siempre tratándose de actos de una aportación o participación eficaz⁴⁷, de un auxilio eficaz⁴⁸, o de una contribución relevante⁴⁹.

Como elemento subjetivo se exige un doble dolo, es decir, que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos, de un modo consciente y eficaz, a la realización de aquel. En definitiva, que el dolo del cómplice radique en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible y, de otro lado, un concierto de voluntades que puede ser coetáneo o sobrevenido, así como adoptarse expresa o tácitamente⁵⁰. Aunque hay diversas posturas doctrinales, para autores, como el ya mencionado, MÚÑOZ CONDE, la complicidad solo podrá ser castigada en su forma dolosa.

Como fundamenta la sentencia del TS 3896/2018⁵¹, el cómplice *<<es un facilitador de la acción de los autores con quien --es obvio-- comparte el dolo porque su acción denota el conocimiento de la finalidad delictiva a la que presta su colaboración y su propio aporte, solo que lo hace desde fuera del núcleo de la ejecución, el cómplice es ajeno al objetivo delictivo, pero desde fuera presta una colaboración no esencial, de segundo grado>>*.

Quiere ello decir, por tanto, como recoge GRANADOS PÉREZ⁵², que para que exista complicidad ha de concurrir el elemento objetivo de la realización de actos llevados a cabo con los ejecutados por el autor del hecho delictivo – con las características ya expuestas – y el elemento subjetivo consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor, además de la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquel.

⁴⁵ STS (Sala de lo Penal) de 10 de julio (rec. núm. 1456/2001).

⁴⁶ STS (Sala de lo Penal) de 29 de julio (rec. núm. 867/2002).

⁴⁷ STS (Sala de lo Penal) de 24 de julio (rec. núm. 1430/2002).

⁴⁸ STS (Sala de lo Penal) de 28 de junio (rec. núm. 1216/2002).

⁴⁹ STS (Sala de lo Penal) de 29 de julio (rec. núm. 867/2002).

⁵⁰ STS (Sala Segunda) de 15 de julio 1982.

⁵¹ STS (Sala Segunda) de 21 de noviembre de 2018 (rec. núm. 2597/2017). Con cita a sentencias como la núm. 1277/2004.

⁵² GRANADOS PÉREZ, C.: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de Tráfico de drogas*. Ed. La Ley, Las Rozas, 2007, pág. 154.

La Sala Segunda, además de estos requisitos objetivos y subjetivos, en sentencias como, por ejemplo, sentencia núm. 1013/2018⁵³, requiere de un acuerdo previo: <<La complicidad [...] requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuuandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común>>. En el mismo sentido, la sentencia núm. 3654/2020⁵⁴. Muchas sentencias se refieren a estos parámetros, pero podemos destacar la sentencia núm. 1216/2002 de 28 de junio, refiriéndose a los mismos requisitos de la complicidad: concierto previo, conciencia de la ilicitud del acto proyectado, voluntad de participar a la consecución del fin ilícito y, finalmente, la aportación de un esfuerzo propio, de carácter auxiliar o secundario, así como los elementos objetivo y subjetivos de la complicidad ya desarrollados.

En este sentido, como recoge FRIEYRO ELICEGUI⁵⁵, esta corriente jurisprudencial que acabamos de plasmar se distancia de la postura mayoritaria, que, en palabras de VÁZQUEZ GONZÁLEZ, se considera autoría la actuación de varios sujetos cuando hay un concierto previo entre ellos. Usa, como ejemplo de esta corriente mayoritaria la SAP de Guipúzcoa núm. 111/2000, de 3 de mayo, según la cual, y siguiendo constante jurisprudencia del TS, la existencia de un acuerdo o <<pactum scaeleris>> entre las diferentes personas que finalmente participan en los actos propios del tráfico de la droga convierte en autores a todos los que se conciertan para la operación cualquiera que sea la actividad que realizan.⁵⁶

5.2. EXCEPCIONES AL CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR

Como hemos visto, la redacción del artículo 368 CP ha llevado a la jurisprudencia a adoptar un concepto extensivo de autor. Es por ello que se ha reiterado en numerosas resoluciones la dificultad de apreciar la figura del cómplice en los delitos contra la Salud Pública y, en concreto, en el delito que nos concierne, el tráfico de drogas. Esto debido a

⁵³ STS (Sala Segunda) de 2 de septiembre de 2018 (rec. núm. 343/2001).

⁵⁴ STS (Sala de lo Penal) de 5 de noviembre de 2020 (rec. núm. 186/2019).

⁵⁵ FRIEYRO ELÍCEGUI, M.S.: *op. cit.*, pág. 498.

⁵⁶ En sentido similar STS (Sala Segunda) de 16 de julio (rec. núm. 1858/1993), u otras sentencias que estudiaremos más adelante.

la amplitud con la que se describe el tipo penal, que deriva en que los Tribunales utilicen, el ya explicado, concepto extensivo o unitario de autor.

Así, la sentencia núm. 3847/2019⁵⁷, << [...] Esta Sala ha señalado, reiteradamente, las dificultades de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, habida cuenta de la amplitud con la que se describe el tipo en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor [...]>>. ⁵⁸

Además, la sentencia 933/2009, de 1 de octubre, le dio a la complicidad la siguiente descripción: << Existe un segundo nivel de colaboración, no nuclear, periférica o accesoria referida al cómplice [...]. Es cómplice quien colabora, pero no es autor, y por tanto ni ejecuta el hecho típico antijurídico ni por tanto tiene el dominio del hecho; ha puesto una colaboración prescindible para la realización de aquél. Es un facilitador de la acción de los autores [...]. El cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos de los ejecutores materiales, y lo hace de una manera facilitadora pero no nuclear ni esencial>>. Como dice la STS 6397/2005⁵⁹, <<no es fácil en abstracto establecer los contornos seguros de las actuaciones del cómplice, más allá de que son siempre periféricas o de segundo grado>>.

Por lo tanto, la apreciación de la complicidad queda reducida a supuestos de segundo orden, no comprendidos en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368. En este sentido, se utiliza la doctrina llamada “favorecimiento del favorecido”, bajo la cual se podrá castigar la participación en el delito de tráfico de drogas⁶⁰.

Por su parte, la sentencia de la Sala Segunda, núm. 1069/2009, de 2 de noviembre, que ya contemplaba esta posibilidad de participación, utiliza los términos de “actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico”, refiriéndose a estos como aquellos <<que no

⁵⁷ STS (Sala Segunda) de 19 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1828/2018).

⁵⁸ En el mismo sentido, STS (Sala de lo Penal) de 7 de julio (rec. núm. 524/2017): <<existe una gran dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 CP, dada la amplitud con la que se describe el tipo penal, en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor>>.

⁵⁹ STS (Sala de lo Penal) de 21 de octubre de 2005 (rec. núm. 1629/2004).

⁶⁰ Como expone la sentencia anteriormente mencionada, núm. 3847/2019: << [...] la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del favorecimiento del favorecido>>.

ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría>>.

Otras resoluciones del TS destacan que la colaboración del cómplice es fácilmente reemplazable y que tal aportación es *<<en sí misma, esporádica y de escasa consideración y que ha de tratarse de supuestos de colaboración mínima, por su carácter episódico, o de conductas auxiliares de escasa relevancia>>*⁶¹

Esta doctrina del “favorecimiento al favorecido” o, también llamada, de “favorecimiento al favorecedor” hace referencia a conductas que, sin promover, favorecer o facilitar directamente al consumo ilegal, que serían las acciones típicas del delito que estamos conociendo, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos del artículo 368 CP.⁶²

Así, en sentido estricto, la Sala Segunda afirma respecto de la apreciación de la complicidad, en la sentencia 1276/2009, de 21 de diciembre⁶³, que *<<ante casos de auxilio mínimo en los actos relativos al tráfico de drogas, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de "favorecimiento del favorecedor", viene optando por permitir, cuando se trata de supuestos de colaboración de poca relevancia>>* añadiendo esta sentencia ejemplos para entender cuándo estamos en este tipo de supuestos de acciones de favorecimiento: *<<tenencia de la droga que se guarda para otro de modo ocasional y de duración instantánea o casi instantánea, o en el hecho de simplemente indicar el lugar donde se vende la droga, o en el solo acompañamiento a ese lugar>>.*

A la vista de esto, la apreciación de la complicidad en este delito es singular pero no imposible, como señala la sentencia núm. 151/2009 de 11 de febrero, *<<dada la inclusión en el propio tipo penal de la modalidad comisiva del favorecimiento y facilitación del consumo ajeno, que reduce el ámbito de los actos cooperantes, valorables como complicidad, a los niveles de participación secundaria inferiores a la autoría del favorecimiento o facilitación>>.*

⁶¹ SSTS (Sala de lo Penal) de 13 de abril (rec. núm. 384/2009), de 8 de enero (rec. núm. 5/2009).

⁶² En este sentido, SSTS (Sala de lo Penal) de 31 de enero de 2006 (rec. núm. 93/2005), de 27 de abril de 2011 (rec. núm. 473/2010), de 14 de noviembre 2011 (rec. núm. (1115/2011).

⁶³ STS (Sala Segunda) de 21 de diciembre (rec. núm. 1099/2009)

Se ha venido identificando que este favorecimiento o facilitación del tráfico prohibido determina la responsabilidad por el delito de tráfico de drogas, pero, de manera excepcional, se reconocen formas accesorias de participación en supuestos de colaboración mínima. La sentencia núm. 760/2018 de 28 de mayo entiende por supuestos de colaboración mínima aquellas conductas auxiliares de segundo orden en beneficio del verdadero traficante. El favorecimiento al favorecedor del tráfico al aportar conductas <<complementarias subordinadas y de poca entidad respecto de la acción principal>>. En este sentido, el partícipe conoce el destino de su colaboración, pero no está vinculado al negocio de la droga.

Por todo ello contemplaremos una participación en grado de complicidad para el delito de tráfico ilegal. Se admite esta forma de intervención sólo en supuestos de colaboración mínima para realizaciones de segundo orden en beneficio del traficante, es decir que "favorezcan al favorecedor" y que tienen una incidencia remota y casi irrelevante desde el punto de vista de la actividad del autor sin que favorezcan directamente al tráfico⁶⁴.

Se apreciará la complicidad una vez se haya verificado, a partir del análisis individualizado del hecho enjuiciado, que se ha realizado ese aporte eficaz a la concreción del objeto fijado por los autores, pero tratándose de un aporte de <<segundo grado, periférico, facilitador del resultado, en definitiva, de favorecimiento al que de hecho facilita el tráfico de drogas>>. Reza así la STS 933/2009⁶⁵ que además añade una relación de supuestos que han sido aceptados como complicidad en materia de tráfico de drogas:

- 1- Acompañar en el coche y ocultar en su bolsillo una mímica parte del total de droga que el otro procesado llevaba para su venta
- 2- Acompañar a su esposo al extranjero desde donde iba a traer la droga
- 3- Acompañar al principal de los acusados en varias ocasiones y acudir a alguna entrevista, facilitándole recados y comunicaciones telefónicas
- 4- Acompañar al verdadero traficante, conduciendo el coche en el que se transportaba la droga
- 5- Indicar al comprador el lugar de venta de la droga y acompañarle a la compra.

⁶⁴ STS (Sala de lo Penal) de 5 de marzo de 2009 (rec. núm. 1235/2008).

⁶⁵ STS (Sala de lo Penal) de 1 de octubre (rec. núm. 2466/2008).

- 6- Servir de contacto telefónico entre los autores del delito
- 7- Transportar el dinero desde a Barcelona a Amsterdam conociendo que procede de una operación de droga
- 8- Ceder el teléfono para ser utilizado por el traficante
- 9- Entregar la droga y cobrar el dinero a nombre de otro
- 10- Acompañar a la persona que efectúa el transporte
- 11- Desciframiento de mensajes en clave sobre el curso de la operación
- 12- Realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de drogas
- 13- Colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser el destinatario ni tener efectiva disponibilidad
- 14- Acompañar a otro acusado e en la adquisición de la droga estando el tercero dentro del coche

Entre estos casos extraordinarios admitidos por la jurisprudencia podemos ejemplificar también los recogidos por la STS núm. 783/2015, de 9 de diciembre:

1. Actos de acompañamiento
2. Esposa que acompaña a su marido en viaje en que se transporta droga
3. Acompañar a los acusados principales en algunas entrevistas previas a la concertación de la operación
4. Conducir el coche donde se traslada la droga, con limitado conocimiento de la cantidad transportada
5. Indicación de cuál era el domicilio de los vendedores.

Que algunas sentencias, como hemos visto, añadan una serie de grupos de casos donde se ha castigado como participe cómplice del delito de tráfico, no quiere decir que sean los únicos casos en los que se apreciará, sino una forma de esclarecer lo que viene siendo la figura del cómplice en este delito. Además, no debemos confundir estas enumeraciones de casos con el sistema de lista que ha sido acogido por el Tribunal y que más adelante estudiaremos, esto simplemente es una agrupación de diversos casos que han sido enjuiciados a lo largo de los años por parte de la Sala y que se decidió exponer para así intentar facilitar la comprensión de su fundamentación, que también servirá, luego, como una guía.

Algunos de los casos que han sido apreciados por el TS, siguiendo la doctrina del favorecimiento al favorecedor, son los siguientes:

- **Realizar tareas a modo de escolta.**

También se ha aplicado la complicidad delictiva, por parte del TS, en el tráfico de drogas a dos acusados que acompañaban con un vehículo, a modo de escolta, a aquel en el que se transportaba la droga, descripción que por sí sola indica << *la realización de un papel secundario, sin dominio alguno del hecho y plenamente sustituible o fungible, incluso hasta prescindible*>>⁶⁶ Actuar de escolta es descripción de una acción que incorpora, por ende, todos los requisitos propios de la accesoriedad que caracteriza la intervención del cómplice.

- **Auxilio en la preparación de lanchas destinadas al transporte de la mercancía.**

Se ha apreciado complicidad en la colaboración en diversas actuaciones en aras de realizar el tráfico como la ayuda en la preparación de las lanchas con las que se recogería la mercancía. Los acusados convienen participar para traer importante cantidad de cocaína a España por vía marítima, introduciéndola por la costa gallega con la finalidad de su posterior distribución. Entre estos se encuentra Aurelio, el cual convence a un tercero a que arriende en su nombre una de las lanchas que, posteriormente, se prepararán para la recogida de la mercancía, reparaciones en las que el mismo participará. Así mismo, en los hechos probados se añade que el acusado participa con otros actos. La Audiencia de instancia⁶⁷ castiga a Aurelio, junto como los demás acusados, como coautor de un delito de tráfico de drogas. Sentencia que es recurrida y en casación, la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia núm. 646/2020 de 27 de febrero⁶⁸ estima el motivo presentado por la defensa de Aurelio, anulando la sentencia de instancia y dictando nueva en la que falla a favor de la participación como cómplice de este en los hechos. Considera el Tribunal que de los hechos probados solo se puede extraer que el acusado colaboró en la preparación de las lanchas, que alienta a un tercero a que aparezca como arrendatario

⁶⁶ STS (Sala Segunda) de 23 de noviembre de 2000 (rec. núm. 1230/2009).

⁶⁷ SAP de Pontevedra de 29 de diciembre de 2017 (rec. núm.8/2010).

⁶⁸ STS (Sala Segunda) de 27 de febrero de 2020 (rec. núm.2328/2018).

y que sus actuaciones se llevaron a cabo de forma esporádica entre los meses de abril y mayo, además, en ningún caso se concreta en que consistió esa participación que se expone en los hechos. Por lo tanto, a la vista de todo ello es obvio que no superó la escasa relevancia o segundo orden que caracteriza la complicidad.

La sentencia de instancia es concedora y así lo expresa, que Aurelio colaboró mínimamente. Que participó en pocos trabajos y que nunca se le vio trabajar más de dos veces en las naves. Quedando demostrado que colaboró en muchas menos ocasiones en trabajos de puesta a punto de la lancha. Destacando que se trataban de actos de segundo orden. Y utiliza estos motivos para fundar la pena inferior en un grado de la establecida para el autor del delito.

En contraposición, en esta misma sentencia no se aprecia por el Tribunal la complicidad respecto a Basilio y Benito, realizando así un papel de intermediarios, que fueron castigados en concepto de cooperadores necesarios. En este caso los acusados median, junto con el jefe de la operación, un acuerdo económico con el dueño del barco pesquero que, en un principio, haría las de buque nodriza que proporcionaría el combustible, siendo así totalmente conscientes de en qué consistía la empresa. Reuniones que se demostraron a través de las intervenciones telefónicas que se llevaron a cabo. Eran conocedores de la finalidad de sus actuaciones, así como de la importancia y envergadura de la operación de narcotráfico en la que colaboraban, colaboración que cometieron participando en la búsqueda del buque nodriza, además de acudiendo a las reuniones con su capitán. Por lo que, respecto de los recurrentes se entiende por el Tribunal que *<<no puede negarse la especial relevancia que presenta la aportación consistente en obtener o preparar un buque que se traslade a alta mar para allí abastecer a aquella embarcación del combustible que resulta absolutamente imprescindible para llegar a su destino>>*.

- **Conteo, clasificación y empaquetado de las drogas ilegales.**

Se ha castigado al partícipe del delito de tráfico de drogas en calidad de cómplice en supuestos donde la acción delictiva consistía en contar, clasificar y empaquetar las drogas. De los hechos probados, Juan Antonio, Joan, Almudena y Andrea acuden a casa del primero, donde se encontraba la mercancía que posteriormente sería trasladada para su venta, con el fin de llevar a cabo el recuento y empaquetado de las pastillas. Luego de aproximadamente una hora y media abandonan la vivienda Almudena y Andrea, siendo

interceptadas por la policía que se encontraba en servicio de vigilancia, ocupándoseles una bolsa con recortes de otras idóneas para el empaquetado de pastillas. Minutos después, dejan igualmente la vivienda los dos varones siendo también interceptados por los agentes, en este caso interviniéndoles varios envoltorios con pastillas propiedad de Juan Ramón.

La sentencia en instancia de la Audiencia Provincial de Zaragoza⁶⁹ condena a los cuatro coacusados como coautores de un delito de tráfico de drogas. Fundamentando que son conocedores de que Juan Ramón es el <<*principal artífice*>> de la operación de tráfico, <<[...] *es el verdadero traficante con quien los demás colaboran de manera puntual realizando la operación de recuento, clasificación y empaquetado de la droga*>> y de la <<*menor entidad de la conducta*>> llevada a cabo por los otros tres acusados. Por lo que, siguiendo totalmente el concepto extensivo de autor y lejos de aplicar la excepcional doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, solicitan al Gobierno un indulto para estos tres colaboradores al considerar << *la menor entidad de la conducta de los acusados Joan, Almudena y Andrea dado que el principal artífice de la operación de tráfico de sustancias nocivas que ha sido objeto de esta causa y el que pretendía un claro lucro económico es Juan Antonio y que las penas previstas en el tipo a aplicar resultan para los demás acusados desproporcionadas*>>.

Así, la sentencia de casación, STS 6830/2006⁷⁰, revoca la condena de la Audiencia de instancia y dicta nuevo fallo en donde condena a esta terna de los cuatro coacusados – considerados todos coautores en sentencia de instancia- como cómplices del delito de tráfico de drogas. La defensa entiende que presentan la descripción totalmente de quien es considerado cómplice pues actúan <<*mediante actos no indispensables, ni difíciles de obtener, de carácter auxiliar y secundario, cuando no sea de aplicación la teoría de los bienes escasos, por no tener tal carácter los medios o servicios aportados para facilitar actos dirigidos al ulterior consumo de drogas o estupefacientes*>>. Así mismo, invoca la STS de 5 de mayo de 1998, en la que se considera la calificación de esta participación de segundo grado en un delito contra la salud pública estableciendo por ello una pena inferior en grado, tratándose de un supuesto similar al que nos ocupa donde el Tribunal a quo reconoció que se trataba de una conducta secundaria y de menor gravedad, ya que no parecía que los coacusados fueran a participar en las ganancias de la operación y por

⁶⁹ SAP de Zaragoza de 7 de noviembre de 2005 (rec. núm.12/2003).

⁷⁰ STS (Sala Segunda) de 2 de noviembre de 2006 (rec. núm. 172/2006).

cuanto su aportación no se presentaba como esencial para la comisión del delito. El Tribunal se ampara en esta sentencia, además de fundamentar que, a pesar de las dificultades de apreciar la participación en actividades de tráfico de otra manera que no sea autoría, la doctrina <<no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino, en los que se ha aplicado la complicidad>>. Refiriéndose a los “actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico”. Por lo que, al extraer del *factum* diversos elementos, consideran que no existe indicio alguno que pueda sostener que los tres coadyuvantes participaran en la actividad delictiva a la que se dedicaba Juan Ramón, ni que tampoco fueran a recibir ningún tipo de beneficio económico por esa ayuda puntual y esporádica, además de ser su contribución al delito de menor entidad, entidad mínima de ayuda al favorecedor del tráfico y, por ende, prescindible o sustituible para el éxito del propósito criminal de la introducción y distribución de la mercancía ilegal en el mercado clandestino. Por todo ello se estima el recurso, se anula la sentencia de instancia y se dicta otra por la que consideran a los coacusados responsables en concepto de cómplice correspondiéndoles la pena inferior en grado del delito consumado.

Luego de este relato considero que podemos apreciar una de las inseguridades jurídicas⁷¹ que se generan a tenor del artículo 368, pues, en instancia se pretendía un, muy complicado, indulto mientras que en casación se castiga, siguiendo prácticamente los mismos criterios con los que se fundamentaba el indulto, como cómplices del delito. Cuesta entender el porqué del tribunal de instancia cuando ya se encontraban diversas sentencias del Tribunal Supremo donde se apreciaba este excepcional criterio asumido y declarado en años anteriores, pudiéndose citar, la sentencia de 25 de febrero de 2003 que comprendía otras muchas, y en la que se pone de manifiesto << la aplicación de la complicidad permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar>>.

⁷¹ No la única inseguridad jurídica que da lugar este delito pues también es muy cuestionado lo relativo a la tesis del castigo por encima de la cantidad tenida por dmp (dosis mínima psicoactiva). No es pacífica, no hay acuerdo sobre qué cantidad es la mínima psicoactiva. Casos idénticos y opuestas soluciones.

- Descarga de la mercancía

La descarga de la mercancía del buque al vehículo desde la cual sería trasladada, también se ha castigado como complicidad. De los hechos probados se extrae que, Jose Manuel – luego de la embarcación del hachís en alta mar y posterior traslado del barco al embarcadero por parte de Máximo y Ambrosio –, procede junto a Máximo, dueño del barco, a descargar los paquetes e introducirlos en una furgoneta aparcada adyacentemente. Castigado como autor en instancia⁷², se procede en casación a la revocación del pronunciamiento aceptando su calificación como cómplice. Pues entiende la Sala que su acción se limitó únicamente a ayudar al patrón del barco a sacar los fardos del mismo. Por lo que se trata de una <<*muy secundaria ayuda*>>, así como de un <<*favorecimiento menor al tráfico*>>. El comportamiento del acusado recurrente que se describe en el hecho probado no traspasa el ámbito de la mera cooperación secundaria integradora de la complicidad, pues en ningún momento participa en la ejecución material del transporte ni el acuerdo o planificación del hecho, donde único intervino activamente fue en la descarga de los fardos, de forma conjunta con el patrón. Su acción se limita a una <<*ayuda material para mover los fardos de sitio [...]no el transporte con traslación de la droga de un lugar a otro [...] Es una mera colaboración al esfuerzo físico de mover de sitio lo que continuaba sustancialmente en el mismo lugar. Bajar a tierra los paquetes que estaban en el barco no es transporte, ni cooperación directa al tráfico final -como si lo es el transporte verdadero de la droga- sino muy secundaria ayuda para mover la droga de un sitio a otro, sin llegar a trasladarla llevándola a otro punto geográfico, que es lo propio del transporte*>>. En definitiva, su esfuerzo no pasa de favorecimiento menor al favorecedor del tráfico con una incidencia casi irrelevante en la actividad del autor (como mismo lo realizó él, pudo haberlo realizado cualquier otro sujeto o, incluso, su patrón solo). Interviene de forma <<*ocasional, puntual y menor [...] sin que tampoco aparezca que ésa estuviera previamente convenida en un reparto inicial de papeles*>>. Por lo que se califica, en STS núm. 1934/2009 de 5 de marzo⁷³, de complicidad al haber sido cooperador no necesario a un acto de favorecimiento típico.

⁷² SAP Huelva de 21 de febrero de 2008, (rec. núm. 4/2008).

⁷³ STS (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2009 (rec. núm. 1235/2008).

También se ha considerado complicidad la acción limitada a sacar los fardos con la droga a tierra, sin participación en la ejecución material del transporte, ni en el acuerdo o planificación del hecho.

En contraposición a este, encontramos el transporte de la droga. Máximo, patrón del barco usado para la recogida de droga en alta mar, como autor pretende que se le castigue como mero partícipe en concepto de cómplice, intención que rechaza de lleno el Tribunal pues, a pesar de que exponga en su defensa que se limitó a llevar en su barco la droga, que no era suya ni tenía intención de venderla, el argumento no es válido pues, entiende la Sala, que la ley penal española, en su artículo 368 CP, no recoge solamente la acción nuclear de traficar con drogas, sino también el cultivo, elaboración o tráfico así como cualquier otro modo de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de sustancias. *<<Por ello como muchos de los actos de cooperación lo son por sí mismos de favorecimiento o facilitación, se convierten en actos pertenecientes al tipo de tráfico, respecto a los cuales hay que referir la autoría de quien los ejecuta material y directamente. Quien transporta la droga por tanto no es mero cómplice del acto de tráfico porque esa misma cooperación al consumo ya convierte la acción en acto de favorecimiento, es decir, de una de las modalidades comisivas del tipo del art. 368. Y a quién la realiza, en autor de ella>>*. Con esto, deja clara su posición estableciendo que el transporte de la droga no se trata de un acto de cooperación sino, claramente, de autoría del tipo penal.

Esta teoría que rechaza la posible calificación como cómplice a aquél que realiza actos de transporte se encuentra apoyada por la STS núm. 115/2004 de 25 de febrero al afirmar que: *<<Cualquier acto relativo a la actividad de transporte en cuanto que lleva consigo el acercamiento a la sustancia tóxica al destinatario final se considera acto de favorecimiento del consumo ilegal de la droga>>*. Esta afirmación es en la que sustancia su fundamentación la STS núm. 2408/2018⁷⁴, fallando que el acusado debe responder a título de autor por una conducta que consistió, según los hechos probados, en la entrega de paquetes al que se consideró como jefe de la operación de tráfico aprovechando su condición de repartido en una empresa de envíos. La defensa, califica el Tribunal, parte de una creencia errónea, la de entender que este es un mero receptor, pero, todo lo

⁷⁴ STS (Sala de lo Penal) de 31 de mayo de 2018 (rec. núm. 10489/2017).

contrario: se trata de una persona inserta en la operación de transporte y no es que, como consecuencia de su trabajo, le entregara paquetes al traficante, sino que esa era su función dentro del concierto ilegal, y, además, lo hace hasta en tres ocasiones. Del mismo modo se rechaza la complicidad en favor de la autoría, para la pareja del jefe de la operación, pues aprecia la Sala que de los paquetes de droga enviados mediante la empresa de repartos procedentes de República Dominicana eran destinatarios los dos, por lo que no nos encontramos ante un supuesto en el que la mujer auxiliase de forma excepcional y con actos intrascendentes a su pareja, sino en el <<específico caso de que ambos iban a recibir de un suministrador más de un kilogramo bruto de cocaína>>. Por lo que, claramente, ambos fueron autores del delito.

No se aprecia, por ejemplo, al contrario de lo pretendido por el recurrente ante la Sala Segunda al plantear motivo de error de derecho por aplicación indebida del art. 28 CP, la complicidad en la labor de guiar a la embarcación que contenía la droga y participar en el desembarco de la misma, pues <<son actos de relevancia al hecho ilícito que se subsumen en la autoría>>⁷⁵.

Tampoco se acepta el recurso por infracción del art. 29 CP al castigar en instancia como autor, entendiendo el recurrente que debía incardinarse su actuación en la figura del cómplice a aquel que acudió a la ciudad de Torremolinos a recoger la sustancia, esperando en la vivienda la llegada del vehículo donde era transportada y participando activamente en la recepción del turismo y en la operación de desmontaje del habitáculo donde aquella había sido escondida. Se entiende que el motivo debe desestimarse pues <<favorece directamente el tráfico, encontrándose íntimamente vinculado a la llegada de la sustancia [...] apoyando con su acción la actuación de los demás partícipes; [...] las conversaciones que tuvo con su novia [...] reflejan que no podía ausentarse de la vivienda hasta que no recibiese la mercancía. Por lo tanto su actuación era relevante y no reemplazable>>⁷⁶.

Otro caso en este sentido, STS núm. 474/2014⁷⁷, el recurrente se dirigió en su vehículo a la vivienda donde se encontraban los tres acusados (recurrente y dos coacusados más),

⁷⁵ STS (Sala Segunda) de 24 de septiembre 2013 (rec. núm. 10465/2013).

⁷⁶ STS (Sala 2ª) de 5 de febrero de 2014 (rec. núm. 10852/2013)

⁷⁷ STS (Sala Segunda) de 11 de junio de 2014 (rec. núm. 2251/2013).

llevando el paquete convenido, donde le esperaba uno de los coacusados que sería el que recibiría la mercancía y donde había quedado con el restante coacusado. La conducta del recurrente aquí se encuentra muy alejada de los supuestos que la Sala Penal ha venido considerando de complicidad en los delitos de tráfico de drogas. Es decir, no se trata de una conducta accesoria de segundo grado sino de un acto de tenencia y transporte de un kilo de cocaína de acuerdo con los autores del delito, lo que le convierte en igual autor.

- **Labores de vigilancia.**

Nos adentramos en el caso de las labores de vigilancia. Por un lado, la STS 2398/2007⁷⁸, establece en sus antecedentes, como hechos probados que, la acusada María y su pareja Everardo, se encontraban en la vivienda que cohabitaban mientras realizaban actuaciones de venta de sustancias estupefacientes. Luego de labores de vigilancia cuando los agentes procedían a realizar un registro domiciliario, el acusado Everardo, que se encontraba en la puerta de la vivienda, detecta la presencia de los mismos y comienza a dar gritos de aviso a su mujer, a la voz de “policía” o “policía agua”. Ayudando esto a que la acusada se deshiciera de una cantidad de la droga posteriormente intervenida. La Audiencia de instancia condenó a ambos como criminalmente responsables del delito contra la salud pública en concepto de autores, siendo considerada María como cabecilla de la operación, por lo que aplicándole a su pareja Everardo una pena inferior a la de esta. Así, se presenta recurso de casación ante la Sala Segunda declarando que la conducta de Everardo es calificada erróneamente como de autoría y debería ser tipificada como complicidad, pues entiende la defensa que lo que se conoce dentro del argot de estos delincuentes como “dar el agua” o “dar aviso” es una conducta propia de un cómplice que no se opone al concierto previo con el autor.

Bien, el Tribunal entiende que está en lo cierto el recurrente al alegar que el concierto previo no es un factor determinante para distinguir entre la coautoría y la complicidad pues <<entre el cómplice y el autor debe existir un pacto expreso o implícito en el que uno de ellos acepta el concurso o intervención del otro en una actividad secundaria, colateral o accesoria, no imprescindible para la consumación del delito>>. Para ello habría que distinguir el alcance y naturaleza del acuerdo. Así, a la vista de esto y mucha otra doctrina que ya hemos venido expresando y es utilizada para la fundamentación de

⁷⁸ STS (Sala Segunda) de 20 de abril de 2007 (rec. núm. 2215/2006).

las sentencias del Tribunal, se considera que, en el caso de autos, no se acomoda a ninguno de los criterios necesarios, y de los hechos probados se extrae que el recurrente intervino en el delito en la modalidad de autoría conjunta pues el sujeto no participa en el hecho de otro sino en el hecho propio. Es en su casa donde se desarrolla la actividad de venta ilícita y dentro de las funciones que tiene el acusado para con el negocio son las de vigilar y advertir de la presencia policial, por lo que al actuar se hallaba velando por sus intereses pues disfrutaba de los beneficios que ofrecía el tráfico. Había un reparto de tareas, mientras una vendía, otro permanecía ojo avizor. Es obvio que en su conducta está patente el dominio del hecho: si no quisiera que tal actividad ilícita se desarrollara en su morada, el delito no sería posible cometerlo.

Misma calificación se le da por parte de la STS 3780/2019 ⁷⁹ a aquel que realiza actos de vigilancia, colocándose en una rotonda cerca del lugar donde se estaba realizando el desembarco de la mercancía destinada al tráfico, con un móvil en su poder facilitado por uno de los cabecillas del concierto ilegal siendo su función la de informar sobre si se acercaba alguna patrulla de las fuerzas de seguridad. Esta actividad la llevó a cabo, al menos, unas tres veces y por todas ellas recibiría una contraprestación económica. Es por ello, y desprendido de los hechos probados, que el Alto Tribunal considera que no puede ser considerado como cómplice – cuestionado en el escrito de casación el concepto de autor que se había utilizado en su contra -, sino claramente como autor penalmente responsable del delito de tráfico de drogas realizado por organización criminal, pues su actividad era colaborativa, poseía un rol concreto, una actuación concreta dentro del entramado ilegal.

En estos casos anteriores se rechaza la naturaleza cómplice en las tareas de vigilancia, pero en el caso enjuiciado por la STS 7756/2009⁸⁰, encontramos una acción nuclear que vendría siendo la misma que en el caso anterior expuesto: desplegar <<*funciones de vigilancia para aquel (el vendedor de la droga) habiendo llegado a advertirle en dos ocasiones de la presencia de dos patrullas policiales*>>. Aquí, el acusado está realizando labores de vigilancia, ‘dando el agua’ como veníamos denominándolo, pero, el Tribunal no duda en que el comportamiento del coacusado responde al concepto de complicidad pues << *no actuó este en nada directamente relativo a la cocaína que estaba vendiendo (el coacusado). Se limitó a vigilar para avisar a este cuando viera aparecer por allí a la*

⁷⁹ STS (Sala de lo Penal) de 12 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1723/2018).

⁸⁰ STS (Sala de lo Penal) de 21 de diciembre de 2009 (rec. núm. 1099/2009)

policía y así pudo ayudarlo en dos ocasiones concretas>>. Por lo tanto, auxiliaba a la persona del autor principal del delito posicionándose de manera subordinada, favoreciendo al favorecedor.

Es obvia la diferencia que encontramos entre las dos primeras sentencias y la última. Aunque la actuación del acusado es materialmente la misma, vigilar y advertir de la presencia policial para así asegurar la pacífica realización de los actos destinados al tráfico, en el estudio del caso concreto, son diferentes los hechos que engloban al autor o partícipe. En los dos primeros casos, ambos acusados se encontraban dentro del organigrama dedicado al tráfico ilegal, eran parte, tenían unas actividades concretas que realizar y, además, recibían una contraprestación económica por ello. En el último caso, simplemente realiza una ayuda “amistosa”, hace un favor a su compañero que era el que realmente se dedicaba al tráfico, se demostró que era una conducta totalmente esporádica y auxiliar en la que colaboraba secundariamente con el verdadero autor.

5.3. TRATAMIENTO EN AUDIENCIAS PROVINCIALES

Si ya de por sí no encontramos un gran número de sentencias del Tribunal Supremo que castiguen en concepto de cómplice en los delitos contra la salud pública, más complicado es localizar sentencias de Audiencias en las que se castigue penalmente como cómplice. Quizá porque no son conocedoras de la doctrina que al respecto mantiene el Tribunal Supremo (cosa que no creo), o quizá hacen oídos sordos a esta o consideran preferiblemente no aventurarse a contradecir el, más que secundado, concepto extensivo de autor y dejan en manos del Alto Tribunal el apreciar esas excepciones que llevarían al castigo de la figura del cómplice. Aun así, encontramos algunas sentencias en las que Audiencias Provinciales castigan este tipo de intervención en el delito. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Cuenca, en sentencia 6/2020⁸¹, confirma la resolución de Juzgado de lo Penal en la que condena en calidad de cómplice a aquel que **traslada en su vehículo a la persona que materialmente va a traficar**. Los dos acusados se desplazaban por la localidad a bordo del vehículo conducido por Apolonio. A la altura del recinto ferial de la ciudad, el conductor paró el vehículo mientras que Artemio abrió la puerta del copiloto a la que se le acercó un tercero quien le compró a este último una

⁸¹ SAP CU de 21 de enero de 2020 (rec. núm. 31/2019).

bolsa de marihuana. Son intervenidos por la policía que requisa varias bolsas más de esta droga que estaban siendo portadas en su cuerpo. El Juzgado de lo Penal nº1 de Cuenca, castiga a Artemio, en concepto de autor penalmente responsable a un delito contra la salud pública del art. 368 CP, a la vez que condena a Apolonio como cómplice responsable del mismo delito. Así, en segunda instancia, se considera que esta calificación ha sido totalmente acertada y fundamentan lo siguiente: <<La Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 12.11.2019, recurso 1723/2018, viene a enumerar como uno de los casos de complicidad en el tráfico de drogas [...] el hecho de trasladar en vehículo a la persona que materialmente va a traficar. Pues bien, D. Apolonio trasladó en su vehículo a la persona que traficaba, (a D. Artemio), viendo y consintiendo lo que estaba ocurriendo y, en definitiva, auxiliando como conductor del coche al que ejecutaba el verdadero acto típico [...], estando D. Artemio en el asiento del copiloto y D. Apolonio en el asiento del conductor, [...], razón por la cual es más que notorio que D. Apolonio veía, consentía y auxiliaba en lo que estaba aconteciendo en ese preciso momento dentro del pequeño habitáculo que ambos acusados ocupaban>>.

Por su parte la SAP Salamanca 18/2008⁸² castiga como cómplices a cuatro de los once acusados, los cuales se habían dedicado a ayudar con diversos actos esporádicos a la verdadera traficante y con la que se encontraban, además, unidos por lazos de parentesco. Entre estas actuaciones ocasionales con las que auxiliaban a la actividad de venta de la droga se hallaba las de entregar los envoltorios, preparados previamente, y para cuya dispensa se encontraban bajo las indicaciones de la verdadera autora del tráfico. Considera el Tribunal, que se trata de actuaciones puntuales, de poca entidad en la que benefician a la traficante, favoreciendo al favorecedor del tráfico ilegal, colaborando con hechos ajenos y que no se encuentran vinculados al negocio de la droga.

5.4. DEL SISTEMA DE LISTA ELABORADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

En la actualidad se siguen personando ante nuestros tribunales estos problemas relativos a las formas de autoría y simple complicidad y, tras superarse, como hemos venido estudiando, la clásica imposibilidad de que se castigue la complicidad en los

⁸² SAP de Salamanca de 30 de julio de 2008 (rec. núm. 24/2007).

delitos contra la salud pública habida cuenta de la redacción del texto legal llevada a cabo por el legislador, se sigue desafiando a una cláusula compleja que se coloca en la frontera de las formas de participación.

Buena parte de la doctrina, como ya comentamos, consideraba (y una parte aún lo sigue haciendo) que el Tribunal Supremo no lograba obtener un concepto unitario para el enjuiciamiento de la intervención en el delito de tráfico de drogas. El Tribunal consciente de esto, a falta de un criterio preciso e intentando buscar una solución que disminuya la inseguridad jurídica que del delito recogido en el artículo 368 se desprende, opta por recurrir a un sistema, denominado sistema de lista.

Este sistema de lista lo encontramos en copiosas sentencias, pero, de forma reseñable, en la sentencia de la Sala Segunda del TS núm. rec. 312/2007, de 20 abril,⁸³ así como en muchas otras que han ido plasmando estos criterios⁸⁴. En ella se enumeran “*ad exemplum*” diversos casos, ya enjuiciados previamente por la Sala, calificados como complicidad. Estas resoluciones declaran que se ha admitido esta forma de intervención en el delito en supuestos excepcionales, donde, como hemos visto, las conductas no favorecen directamente al tráfico, sino que benefician al traficante, así como en aquellos casos en que la intervención del partícipe es de poca entidad y de carácter ocasional. Entre los casos admitidos por la Sala podemos citar:

- a) El mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.
- b) La ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.
- c) La simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas.⁸⁵
- d) La labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación.
- e) Facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga.

⁸³ STS (Sala Segunda) de 20 de abril (rec. núm. 2215/2006).

⁸⁴ Citada esta por ejemplo en la STS (Sala Segunda) de 16 de julio de 2009 (rec. núm. 10109/2009), entre muchas otras.

⁸⁵ Los tres autores principales convencieron a la acusada, por la buena amistad con uno de ellos, para autorizarles a tener reuniones en su domicilio para no levantar sospechas de la policía y poder distribuir la droga (Sentencia 2899/1993, de 23 de diciembre).

- f) Realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercer el transporte de la droga.
- g) Acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico.
- h) Colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma.

Esta lista se viene reproduciendo, prácticamente de forma automática, en todas las instancias, en cada fundamento jurídico en que el Juez o Tribunal expone si se aprecia o no (normalmente esto último) en la figura del enjuiciado la responsabilidad penal en concepto de cómplice⁸⁶. La mayoría de las resoluciones plasman esta sentencia y, en ocasiones, la citan junto con otras que, se entiende, vienen a reproducir los mismos ejemplos de auxilio mínimo, pero no es así exactamente. Otra sentencia a la que se suele acudir en los fundamentos de derecho y, de las primeras en las que encontramos este catálogo de casos concretos es la núm. 6397/2005, de 21 de noviembre⁸⁷, en ella, se exponen hasta cinco circunstancias pero no son exactamente las mismas que en la, ya citada, núm.312/2007, en esta encontramos estos tres casos diferentes: <<[...]d) la recepción de llamadas telefónicas hechas por el porteador de la droga y el traslado de los mensajes a los implicados con el transportista [...]e) el acompañante de otro implicado en el tráfico, con la sola finalidad de proveer de apariencia de ilicitud al viaje que tenía por objeto el transporte de la sustancia de tráfico prohibida [...] f) conducir el vehículo en que otra persona transporta la droga>>. ⁸⁸

Este -socorrido- inventario de situaciones diferentes, así como todos los casos ya anteriormente descritos, nos llevan a entender que este sistema de lista, y los grupos de casos que engloba, no tiene carácter exhaustivo, no se trata de un *numerus clausus*, sino que sirven como una referencia para futuros enjuiciamientos. Son una especie de guía, de fronteras. La calificación o no como cómplice devendrá, obviamente, del análisis individualizado por parte del juzgador de lo que se desprenda del *factum* del hecho enjuiciado – claro que todo enjuiciamiento es una actividad individualizada- , por cuanto

⁸⁶ Por ejemplo, en la STS (Sala 2ª) de 10 de junio (rec. núm. 10643/2007), que reproduce el catálogo de la sentencia núm. 312/2007, o la STS (Sala 2ª) de 17 de julio de 2009 (rec. núm. 10109/2009).

⁸⁷ STS (Sala Segunda) 6397/2005, de 21 de noviembre (rec. núm. 1629/2004).

⁸⁸ Lista de casos también reproducida, por ejemplo, en la STS (Sala 2ª) de 27 de enero de 2009 (rec. núm. 758/2008).

lo verdaderamente relevante aquí, como bien expone la STS 646/2020⁸⁹, es que la colaboración o aportación del sujeto al plan delictivo presente escasa relevancia en función de las características de los hechos.

6. PARÁMETROS PARA DIFERENCIAR LA AUTORÍA Y LA COOPERACIÓN NECESARIA DE LA COMPLICIDAD

Como se ha podido apreciar a lo largo de este análisis, algunas circunstancias, de las que se han enumerado o explicado, se repiten en las listas de casos, pero luego se les da por parte de los tribunales una diferente calificación. Todo ello debido al estudio individualizado del caso concreto. Es decir, por ejemplo, en el caso de un acto de mediación como es acompañar al lugar de la entrega de la droga, se puede considerar como autoría al tratarse de un acto fundamental y existir un acuerdo de voluntades. Se puede calificar como cooperación necesaria al tratarse de actos fundamentales y, también, al existir este acuerdo de voluntades. Y, por último, se podrá calificar como cómplice al tratarse de actos no nucleares. Lo mismo ocurre, como se ha visto *ut supra*, con el transporte de la droga: ha sido calificado de autoría por tratarse de una actividad de favorecimiento al tráfico, por existir pacto previo entre los propietarios de la sustancia ilícita, así como por tratarse de un acto esencial (transporte de una gran cantidad de droga en beneficio de otra persona propietaria de la sustancia por el cual recibiría una contraprestación económica). Del mismo modo, se ha calificado como cooperación necesaria al entenderse que se trataba de una actuación imprescindible (transporte necesario pues sin su intervención no se hubiera podido conseguir el fin ilícito). Además de complicidad, al considerarse el acto en concreto un comportamiento subalterno, de colaboración con el favorecedor del tráfico (la conducción de un vehículo que traslada la droga por ser colaboración ocasional y no necesaria).

A la vista de esto y, después de haber estudiado las diversas formas de intervención en el delito, la complicidad se distingue de la autoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención; intervención sin la cual la acción delictiva podría haberse realizado de igual manera, pues

⁸⁹ STS (Sala Segunda) de 27 de febrero de 2020 (rec. núm. 2328/2018)

su aportación no es de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible, ya que no se trata de un bien escaso.⁹⁰

La diferencia básica de este problema, al valorar la cooperación del presunto autor o presunto cómplice, se focaliza en que en la autoría tal cooperación es necesaria mientras que en la complicidad no. La participación, de segundo grado, a título de cómplice, implica <<la realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente, fundamental y esencial que va embebida en la autoría>>y así lo recoge la STS de 6 de noviembre de 1996.

En el caso de la cooperación necesaria, tal y como se ha expuesto anteriormente, tiene que concurrir previo acuerdo para delinquir o *pactum scaeleris*, requisito subjetivo que también debe darse en la complicidad. La diferencia aquí radica en que, en el caso de la cooperación necesaria, serán autores todos aquellos que se hayan concertado para la actividad dirigida al tráfico siendo indiferente su misión o rol, siempre que su colaboración se dirija objetivamente a contribuir en la promoción, favorecimiento o facilitación de la circulación ilícita de sustancias⁹¹. Mientras que en el caso del cómplice este pacto inicial irá seguido de unas actividades auxiliares, periféricas o de segundo grado <<acaecidas temporalmente antes o durante, anteriores o simultáneas>>⁹², realizándose siempre bajo la consciencia de la ilicitud y antijuricidad del acto. Al fin y al cabo, lo verdaderamente relevante para su diferenciación es la naturaleza de esos actos auxiliares, el signo diferenciador entre ambas formas de intervención es <<la eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido>>⁹³ y no el concierto de voluntades común en los dos grados delictivos. Esto se refleja cuando la doctrina se refiere al “favorecimiento del favorecedor” como el cauce de admisión de la participación a título de cómplice, es decir, cuando suponga una colaboración mínima, <<pero no cuando existe un previo acuerdo seguido de actos que facilita la venta de tales sustancias estupefacientes>>⁹⁴.

⁹⁰ STS (Sala de lo Penal) de 27 de enero de 2009 (rec. núm. 758/2008).

⁹¹ STS 6251/2000: <<[...]se convierten en autores todos los concertados para la actividad del tráfico, cualquiera que sea su misión si su colaboración contribuye objetivamente a promover, favorecer o facilitar el ilícito tráfico de las drogas en general>>.

⁹² STS 16 de junio de 1995

⁹³ STS 28 de enero de 1991. En este sentido, también STS de 22 de noviembre de 1990. Y en Actualidad Penal, Sección Consultorio Penal, 2000, Ref. C42, Editorial LA LEY.

⁹⁴ STS 2 de marzo de 2000, con cita a la STS 23 de julio de 1999.

En este sentido REY HUIDOBRO⁹⁵: <<La participación del cooperador necesario viene referida al desarrollo de una actividad que [...] se configura como una aportación insustituible, sin la cual el delito no se habría efectuado, a diferencia de la actuación del cómplice que, por el contrario, no presta una contribución determinante a la ejecución del hecho, sino que se limita a poner un comportamiento secundario y sustituible>>. Sin embargo, como se ha visto a lo largo de este estudio, la distinción entre las dos figuras realizada por el Código Penal da lugar a palmarios problemas aplicativos derivados de la cantidad de situaciones concretas que en el delito de tráfico de drogas se pueden presentar. Aun así, su delimitación es sumamente importante debido a la sanción más favorable que correspondería al reo castigado penalmente responsable como cómplice.

La amplitud del tipo penal ha sido objeto de desaprobación por la Doctrina, como es el caso de SEQUEROS SAZATORNIL para el cual: << [...] se acaba equiparando dentro de las formas de participación a la cooperación necesaria con la simple complicidad, cuando realmente hubiera sido más acertado haber posibilitado las diversas modalidades participativas, señalando una pena proporcionalmente más elevada a cada uno de los diferentes intervinientes. >> como cita MONTERO LA RUBIA⁹⁶.

Entonces, a la pregunta ¿pueden estimarse como actuaciones de complicidad determinados actos de colaboración o en todo caso constituirían cooperación necesaria? Contestaríamos, en líneas generales, de forma afirmativa. La STS de 29 de marzo de 2000 expone que, al entrar a valorar la cooperación de un presunto autor o cómplice, la diferencia básica estriba en que en la autoría tal cooperación es necesaria, en tanto que en la complicidad es de importancia menor. De manera más certera, admitiremos cooperación necesaria cuando exista la aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera podido cometer.

⁹⁵ REY HUIDOBRO L.F.: *op. cit.* pág. 177.

⁹⁶ MONTERO LA RUBIA, F.J.: *op. cit.* pág. 41

7. CONCLUSIONES

1. Del presente análisis se puede comprobar que el delito de tráfico de drogas se caracteriza por la amplitud de las conductas que abarca el legislador al proteger el bien jurídico protegido debido a la doble vertiente protectora sobre la que se proyecta: la salud individual y la colectiva.

2. A partir de esta amplitud se ha llevado a cabo una interpretación de las formas de intervención en el delito al estudiar doctrina y jurisprudencia. El desarrollo jurisprudencial consiste en una pieza clave para la distinción de estas conductas, siendo de una importancia vital la diversa calificación conductual que se realiza por parte de los Tribunales.

3. Del delito de tráfico de drogas se desprende que sus conductas típicas son conductas complejas, por lo que, en muy pocos supuestos se contemplará que el autor realice la conducta solo. Es decir, que normalmente se requiere una confluencia de participaciones, ya sean necesarias o innecesarias, para la perfección del tipo penal.

4. Como se ha visto, el legislador ha adoptado en la redacción del tipo del delito de tráfico de drogas por un concepto extensivo o unitario de autor, lo que excluiría, en principio, todas las formas accesorias de participación. Lo que significa que cualquier acción que consista en la tenencia de la droga dará lugar a la autoría, puesto que la realización personal de la acción típica es autoría en todos los casos. De los artículos 28 y 29 del Código Penal se desprende que nuestro orden penal se decanta por un sistema diferenciador entre la autoría y la participación en el delito, pues regula en artículos separados tanto las formas de autoría como las de participación. Por lo tanto, y a la vista de lo anterior, lo más adecuado sería defender un concepto restrictivo de autor, por cuanto, de este modo, no toda intervención en el tráfico de drogas sería de autoría, sino que se podrá distinguir entre las contribuciones del autor, ya sea directo, coautor o autor mediato, y de los partícipes, en concepto de inductor, cooperador necesario o cómplice.

5. Pero no es este concepto el que sigue la jurisprudencia, pues se deja muy claro por su parte que cualquier forma de intervención en el delito que no sea la de autoría será de muy difícil apreciación. Así, como destaca la jurisprudencia, el legislador no distingue entre modos decisivos o meramente cooperativos, ni entre actos necesarios y no necesarios, poniendo ello de manifiesto una pretensión de proteger el bien jurídico más

intensamente. Este afán por sobreproteger el bien jurídico es lo que lleva a que se creen situaciones discutibles en los tribunales, generando con ello inseguridad jurídica para el posible reo.

Ahora bien, como muchos autores opinan, resultaría del todo fácil para el legislador encontrar un catálogo, más o menos diferenciado, con el que poder identificar la conducta realizada y su encuadre punitivo, alzando así los valores de la seguridad jurídica.

A pesar de ello, esta no es la vía por la que ha optado el legislador, todo lo contrario, por lo que es la jurisprudencia la que ha tenido que enfrentarse a esta laguna para así intentar buscar una vía de escape. De este modo, se podrá apreciar complicidad en casos excepcionales. En casos de conducta subalterna, de segundo orden, donde el reo no tenga el dominio del hecho, sino que se le pudiera imputar una conducta con la que colabora con el verdadero traficante. Esto es, la doctrina del favorecimiento al favorecedor. Se pone así sobre la mesa el poder enjuiciar esas conductas límites que, obviamente, merecen un reproche penal, pero no tan elevado como el del marco que recoge el tipo.

Es realmente complicado, al tratarse de un tipo tan amplio, el llegar a encontrar una conducta que se adecúe a todos esos parámetros, pero como hemos visto, sí que se localizan. En el tráfico de drogas el cómplice es un sujeto externo al plan que interviene en el delito cooperando con actos que no son esenciales y realizando actividades no esenciales sin haber participado en la elaboración del plan criminal, ni haberlo asumido como propio. Se tratará siempre de conductas periféricas en actos no esenciales sin llegar a asumir el plan global, el cual recaerá en la figura del autor.

6. Es por ello que la Sala Segunda del TS, en muchas ocasiones, pone de relieve esta gran dificultad de calificar las conductas colaterales de colaboración en el hecho. Pero, las reglas generales de participación no resultan del todo excluidas del precepto por lo que, en casos excepcionalísimos, se pueden castigar actuaciones secundarias con muy poca relevancia; esto es, actuaciones calificadas como complicidad. Parte de estas excepciones se encuentran recogidas en un sistema de lista, sistema por el que ha optado el TS para exponer una serie de casos en los que se ha castigado penalmente como cómplice. Entendiendo ésta por otra manera de intentar aumentar la seguridad jurídica a la hora del enjuiciamiento de estos delitos, pero sirviendo, más bien, como una mera guía pues, en ningún caso, se trata de una lista exhaustiva. Cualquier conducta, luego de un estudio concreto del caso, puede ser considerada por el tribunal como de segundo orden,

que no favorece directamente al tráfico, y así ser calificada como de complicidad. Aun así, sigue siendo muy difícil que no se localice el dominio del hecho en la actuación, siendo muy complicado hallar conductas en las que ni se crea, ni se traslada, ni se entrega, ni se recibe, ni se posee la droga con el fin de traficar.

A la vista de esto, se deberá recurrir siempre, para la determinación de la relevancia de la aportación causal, a las teorías de la *conditio sine qua non*, a la de los bienes escasos y a la del dominio del hecho.

7. Por lo tanto, parece que no hay una distinción teórica clara que denote seguridad jurídica, sino que dependerá mucho del análisis que se le proporcione al caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *El delito de tráfico de drogas*. Ed. Tirant monografías, Valencia, 2009.

FRIEYRO ELÍCEGUI, M.S.: *La participación y grados de ejecución en el delito de tráfico de drogas*. Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2016.

GRANADOS PÉREZ, C.: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de Tráfico de drogas*. Ed. La Ley, Las Rozas, 2007.

JOSHI JUBERT, U.: *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Ed. Jose María Bosch, Barcelona, 1999.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A.: *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2012.

MONTERO LA RUBIA, F.J.: *Delitos contra la salud pública. Estudio práctico de la jurisprudencia del TS sobre tráfico de drogas tóxicas*. Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

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

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

REY HUIDOBRO, L.F.: *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ROMEO MALANDA, S.: “Delitos contra la seguridad colectiva II. Delitos contra la salud pública”, en AA.VV. (ROMEO CASABONA, C.M, SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.)): *DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL*, Editorial Comares, S.L., Granada, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.): *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. 6ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2019.

ARTÍCULOS

Actualidad Penal, Sección Consultorio Penal, 2000, Ref. C42, Editorial LA LEY. LA LEY 1117/2002.

BERNAL MARTÍN, L.F.: “La complicidad en el tráfico de drogas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 312/2007, de 20 de abril”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 748, 2008, pág. 8.

ELDERECHO.COM: “Cuestiones de actualidad en los tipos atenuados y atípicos de los delitos contra la salud pública. Tráfico de precursores”, *Revista de Jurisprudencia*, nº2, 15 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.elderecho.com> (fecha de última consulta: 3 de marzo de 2021).

MAJÓN CABEZA, O.: “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. BJ y (des)protección de menores e incapaces”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 56, Fasc/Mes 1, 2003, págs. 45 a 112

SÁNCHEZ ROMERO, D.: “Formas de participación en el delito contra la salud pública. El autor y el cómplice explicado desde la perspectiva de la doctrina del favorecimiento del favorecedor (comentario a la sentencia de la sala 2ª del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016)”, Jerez de la Frontera, Cádiz.