

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS: DERECHO PENAL ESPAÑOL Y DERECHO COMPARADO

Sérgio Bruno Araújo Rebouças¹

RESUMEN: Los delitos de tráfico de drogas constituyen sin duda la manifestación más alarmante de la delincuencia contemporánea. Así, la política criminal actual reserva a dicha forma de criminalidad un tratamiento diferenciado, particularmente en lo que se refiere a la equiparación normativa entre las posiciones de autor y de cómplice. De hecho, las técnicas legislativas empleadas por los distintos sistemas jurídicos en el Derecho Comparado dedican a los delitos de tráfico de drogas no distingue entre autoría y participación (o complicidad) para el efecto de atenuar la pena de esta última forma, aunque por otro lado, en cuanto a la autoría, se prevén corrientemente formas especiales como supuestos de cualificaciones o de punición autónoma agravada. El presente estudio se destina a examinar brevemente algunos sistemas jurídico-penales contemporáneos con respecto a los delitos de tráfico de drogas, en especial el ordenamiento español, a efectos de identificar en qué medida y bajo qué condiciones es posible separar autoría y participación en dicho ámbito particular de criminalidad.

PALABRAS CLAVE: Autoría y Complicidad; Tráfico de Drogas; Derecho Penal Comparado.

1 PLANTEAMIENTO

Los delitos de tráfico de drogas, como manifestación más alarmante de la delincuencia económica contemporánea, han merecido por parte de la política-criminal un tratamiento marcadamente diferenciado, con la anticipación de la respuesta penal hasta los niveles más remotos (actos preparatorios) y la incriminación de supuestos de mero peligro hacia el bien jurídico tutelado (*salud pública*).

En este contexto, las técnicas legislativas empleadas con respecto a los tipos penales de tráfico de drogas obedecen a pretensiones de comprensión típica omnipresente, asociada al objetivo de desactivación remota de las fuentes de ofensividad.

Ello ha representado, en el campo particular objeto de este estudio, una realidad de difícil distinción entre autoría y participación, considerando la multiplicidad de acciones típicas y la correlata incriminación, como conduc-

¹ Professor Assistente de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Ceará. Doutorando em Direito Penal na Universidade de Sevilla (Espanha). Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará. Endereço eletrônico: sergioreboucas@me.com.

tas nucleares del tipo penal, de formas que están normalmente afectas al ámbito de la mera complicidad (participación de menor importancia).

Este panorama se identifica, con mayores o menores diferencias particulares, tanto en el ordenamiento jurídico-penal español como en el Derecho comparado, lo que refleja, más allá del matiz transnacional de la forma de delincuencia de que se trata, un ambiente criminológico y una política criminal tendencialmente uniformes en lo esencial.²

Sin embargo, incluso en atención al moderno Derecho Penal de la culpabilidad, subsisten supuestos fácticos de diferentes grados de participación. Se recomienda, así, que se consideren criterios dogmáticos de definición de la autoría y de las distintas formas de participación, lo que, por supuesto, puede asumir distintas variantes y niveles de relevancia según el sistema concretamente considerado.

La diferenciación de la naturaleza de la participación en los delitos de tráfico de drogas, ya que contruidos en su definición típica por una redacción pretendidamente omnicompreensiva, asume relevancia no solo en vista de la atenuación aplicable con respecto a la complicidad (no existente en algunos sistemas jurídicos), sino también debido a los distintos niveles de gravedad que pueden suponer las diversas formas de autoría (incluso las equiparadas), lo que puede impactar en la aplicación de la pena concreta por parte del órgano judicial.

Desde esta perspectiva, el presente estudio se destina a examinar brevemente algunos sistemas jurídico-penales contemporáneos respecto a los delitos de tráfico de drogas, en especial el ordenamiento español, a efectos

² Ello no excluye un panorama de evidente ambigüedad de la política criminal, como lo demuestran las reformas legislativas de nuestros días, oscilando entre la represión más intensa y la liberalización. Como advierte Carlos BLANCO LOSANO, incluso citando a RODRÍGUEZ DEVESA y a SERRANO GÓMEZ: “La Política criminal seguida en nuestro país en los últimos años en lo relativo a la delincuencia relacionada con las drogas ha sido completamente deficiente, de mero parcheo y escaso calado, pasando de reformas liberalizadoras a otras represivas, ‘en un movimiento legislativo pendular que pone de manifiesto la falta de criterios sólidos y el desconocimiento del fenómeno desde el punto de vista político-criminal’”. Cfr. BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho Penal Español*, v. 2, t. II. Barcelona: J.M. Bosch, 2005, p. 381.

de identificar en qué medida y bajo qué condiciones es posible separar autoría y participación en el ámbito particular referido.

Antes de todo, cumple presentar el significado jurídico-normativo de los delitos de tráfico de drogas según la disciplina de algunos ordenamientos elegidos, como base para la comprensión de los regímenes especiales reservados a la autoría y a la participación.

2 DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL Y EN EL DERECHO COMPARADO: BIEN JURÍDICO Y TIPOS OBJETIVOS DE INJUSTO

2.1 Aspectos generales vinculados al bien jurídico tutelado

La previsión y disciplina normativa de los delitos de tráfico de drogas se encuentra en el Capítulo III (*Delitos contra la salud pública*) del Título XVII (*Delitos contra la seguridad colectiva*) del Código Penal español. El bien jurídico normativamente tutelado es, así pues, la *salud pública*, de trascendencia colectiva o transindividual. En este sentido es que la naturaleza de la ofensividad de los delitos en estudio se aproxima, aunque con distinta entidad, a la de los delitos de elaboración (artículo 359), despacho o suministro (artículo 360) de sustancias nocivas a la salud, incluso de medicamentos deteriorados o caducados (artículo 361), del delito de dopaje (artículo 361 bis), de los delitos contra la salud de los consumidores (artículos 363 y 364), entre otros.

En los sistemas jurídico-penales europeos se verifica un panorama semejante. Al respecto, en Francia se regulan los delitos de *trafic de stupéfiants* (tráfico de estupefacientes) en la Sección 4 del Capítulo II (atentados a la integridad física o psíquica de la persona o *atteintes à la intégrité physique ou psychique de la personne*) del Título II (atentados a la persona humana o *atteintes à la personne humaine*) del Código Penal ³, considerándose, por lo tanto, delitos contra la salud de la persona (Libro II), castigados con particular severidad: de hecho, se llega a la conminación de pri-

³ Tipo básico del artículo 222-35: “La production ou la fabrication illicites de stupéfiants sont punies de vingt ans de réclusion criminelles et de 7500000 euros d’amende”.

sión perpetua y multa de 7.500.000 euros para el delito de dirección de una organización destinada al tráfico de drogas, previsto en el artículo 222-34.⁴

En Italia está en vigor el Decreto del Presidente de la República No. 390 de 1990, conocido como *testo unico sugli stupefacenti* (“texto único sobre estupefacientes”), en cuyos artículos 73 y siguientes se prevén los delitos de tráfico, a los que están asociadas a la vez penas y sanciones administrativas (Capítulo I – *Disposizioni penale e sanzioni amministrative* – del Título VIII – *Della repressione delle attività illecite*).⁵ La disciplina consolidada, aunque ello no esté expresado en la regulación penal, sugiere asimismo una protección a la salud pública, ya que se vincula también a la prevención, cura y rehabilitación con respecto a la dependencia.

A su vez, el ordenamiento jurídico-penal alemán contiene una Ley especial de Narcóticos (*Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln*), conocida por BtMG (*Betäubungsmittelgesetz*), en la que se definen los delitos de *distribución no autorizada de narcóticos (unbefugter Vertrieb von Betäubungsmitteln)*.

De un modo general los sistemas concretos siguen, en mayor o menor medida, la lógica internacional de severa represión al tráfico de drogas, situándolo en un contexto de salud pública, no obstante en cuanto al consumidor la política criminal incentive más bien las medidas prosocializadoras de prevención, cura y rehabilitación.

En América Latina el contexto no difiere esencialmente del europeo, pudiéndose citar la Ley brasileña No. 11.343/2006, de 23 de agosto, que le reserva a los delitos de tráfico de drogas (artículos 33, *caput*, § 1º, y 34 a 37) severas penas privativas de libertad y de multa y a los delitos asociados

⁴ Artículo 222-34: “Le fait de diriger ou d’organiser un groupement ayant pour objet la production, la fabrication, l’importation, l’exportation, le transport, la détention, l’offre, la cession, l’acquisition ou l’emploi illicites de stupéfiants est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 7500000 euros d’amende”.

⁵ Tipo básico del artículo 73 (*produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope*): “Chiunque senza l’autorizzazione di cui all’articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacente o psicotrope di cui alla tabella I prevista dall’articolo 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000”.

al consumo (no se ha llegado a la descriminalización) penas alternativas de restricción de derechos. Aunque no se diga expresamente, del contenido de la disciplina legal se desprende con claridad la salud pública como bien jurídico tutelado, lo que se reconoce además por la doctrina.

En ese contexto, el análisis de los tipos objetivos relacionados al tráfico de drogas no se puede desvincular del significado y de los límites normativos del bien jurídico *salud pública*, aunque de forma indirecta otros intereses sociales ingresen en la tutela penal, como la seguridad pública y la administración de la justicia, puesto que la práctica del tráfico a menudo se asocia, especialmente en el ámbito de las organizaciones criminales, a delitos graves como la tenencia de armas, la corrupción y el blanqueo de capitales, entre otros.

Sin embargo, el nivel de protección normativa reservado a la salud pública en el ámbito de los delitos de tráfico de *drogas* no es el mismo que aquél que se les vincula a los demás delitos dichos contra la salud pública, relacionados a los objetos materiales *medicamentos* y *alimentos*.⁶ En efecto, hay que considerar la distinta trascendencia del hecho de fabricar o comercializar una sustancia ya en sí misma ilícita y de mayor poder ofensivo a la salud (droga), en comparación con las características nocivas (deterioración etc.) que se añaden a sustancias lícitas (medicamentos y alimentos), surgiendo sólo de ahí la ofensa al bien jurídico.

Dicho esto, cabe dimensionar lo que se debe comprender en el concepto vago e indeterminado de salud pública y sobre todo los singulares rasgos que asume en cuanto a los delitos de tráfico de drogas.

Se entiende por *salud pública* la incolumidad física y psicológica de la colectividad. Así considerado, este bien, como se ha dicho al inicio, sólo

⁶ Así, Araceli Manjón-Cabeza OLMEDA: “La protección de salud pública en un caso – medicamentos y alimentos – y en otro – drogas – no será idéntica y la referencia a la salud individual, como trasfondo de la pública, no operará de la misma manera y el papel del conjunto de los sujetos que tienen el derecho a la salud pública o respecto de los que la predicamos no puede ser igual”. Cfr. OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza. “Tráfico de Drogas (1)”. In ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.) / OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza / PÜSCHEL, Arturo Ventura (Coord.). *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 1251-1300, esp. p. 1259.

puede tener una trascendencia *colectiva*, ámbito en que la intervención penal comparece sobre la base de supuestos de *mero riesgo*, sin que para ello importen los efectos en la salud de una persona individualmente considerada. La incriminación específica de los delitos de tráfico de drogas en esta dirección radica sobre el *efecto singular de la difusión de sustancias aptas a producir graves daños a la salud de las personas en general*.

Es por eso mismo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ya ha consolidado la orientación en el sentido de que conductas como el consumo personal o compartido ⁷ (desde que éste sea equiparable al autoconsumo) ⁸, la donación y la invitación constituyen hechos penalmente atípicos. Sin embargo, aunque se puna a estos supuestos – como todavía sucede en el ordenamiento jurídico-penal brasileño (artículo 28 y 33, §§ 2º y 3º, de la Ley 11.343/2006 –, no se les puede considerar integrantes del marco protector asociado a los delitos de tráfico de drogas, puesto que no suponen una trascendencia colectiva, sino sólo individual, con respecto a la salud.

Entendida la *droga* como sustancia capaz de causar, *de forma singular* y cuando consumida de forma repetida, *dependencia física* (necesidad de uso permanente en orden a evitar síndrome de abstinencia) y *psíquica* (deseo abrumador y necesidad de continuar el consumo), así como *tolerancia*

⁷ En el sentido indicado – o sea, la falta del efecto de difusión por parte del consumo –, BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho Penal Español*, v. 2, t. II. Barcelona: J.M. Bosch, 2005, p. 389: “Por contra el denominado *consumo compartido* no se considera típico por nuestros tribunales, siempre que no se produzca una pública difusión de la droga”.

⁸ Así, la SSTS de 25 de junio de 1993, que reconoce el consumo compartido “siempre que las cantidades disponibles por los copartícipes no rebasen los límites de un consumo normal e inmediato, y no medie contraprestación remuneratoria alguna por parte de los drogodependientes”. Véase también GALLEGOS SOLER, José Ignacio. “Delitos de tráfico de drogas”. In BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, t. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 624-639, esp. p. 627: “El consumo compartido es conducta inicialmente punible. Existe un grupo de casos conocidos como *consumo compartido equiparable al autoconsumo* que no se consideran punibles siempre que se acredite la exclusión de todo peligro para el bien jurídico protegido.

(tendencia a aumentar la dosis) ⁹, al tráfico se le reserva especial régimen punitivo en vista de su *aptitud difusora*, que convierte la entidad individual de la sustancia en relevancia colectiva, con efectos *potencialmente* destructivos a la incolumidad social.

Sin embargo, la trascendencia penal del *objeto material* del tipo de injusto depende, en último análisis, de su inserción en listas a las cuales generalmente hace referencia la norma penal. Por lo tanto, la definición de las sustancias que se consideran drogas a efectos penales se realiza en ámbitos extra-penales: en el Derecho español las listas anejas a los Convenios internacionales suscritos por España; en el Derecho francés, el artículo L. 5123-7 del Código de Salud Pública (artículo 222-41 del Código Penal); en el Derecho italiano, la tabla I del artículo 14 del Decreto del Presidente de la República No. 390/1990; en el Derecho brasileño, la lista C1 de la “Portaría” (Resolución) 344/1998 de la Secretaría de Vigilancia Sanitaria del Ministerio de la Salud, debiéndose resaltar en este último caso que, por remitir la definición del objeto material a un acto administrativo (infralegal, por tanto), se plantea en Brasil la especial problemática del menoscabo al principio de legalidad.

Así pues, no se adopta un concepto necesariamente médico o sanitario, como lo es aquél de la Organización Mundial de la Salud (OMS) ya antes delineado que se sostiene sobre las categorías de dependencia física u orgánica, dependencia psíquica y tolerancia.

Por otro lado, si se considera suficiente a la consumación la conducta por la que se maneje típicamente (cultivo, fabricación etc.) una sustancia sólo porque esté clasificada como droga en una normativa extra-penal, habrá por supuesto restricciones en el análisis de la efectiva potencialidad de daño hacia el bien jurídico colectivo, es decir, la salud pública.

De todas maneras, la clasificación normativa ofrece mayor seguridad e impide que se consideren como drogas sustancias como el alcohol, el tabaco y aun el café, las cuales sí pueden inserirse en la amplitud del concepto médico referido.

⁹ Véase, al respecto, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 15. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 660.

Con respecto específicamente al Derecho Penal español, la definición del grado de la sustancia a efectos de establecer (1) la insignificancia de la lesión (forma no punible, por atipicidad material), (2) la escasa entidad del hecho (tipo atenuado del artículo 368, 2, del Código Penal) o (3) la cantidad de notoria importancia (calificadora de primer grado del artículo 369, 1, 5, del Código Penal), ha sido confiada a Acuerdos del Tribunal Supremo, designadamente: (1) los Acuerdos TS de 24 de enero de 2003 y de 3 de febrero de 2005, (2) el Acuerdo TS de 25 de octubre de 2005 y (3) el Acuerdo TS de 19 de octubre de 2001, siempre con arreglo a informes emitidos por el Instituto Nacional de Toxicología.

En cuanto al tráfico de drogas que causan “grave daño a la salud”, especialmente penado en la parte final del artículo 368 del Código Penal (pena de prisión de 3 a 6 años y multa del tanto al triplo, en vez de la prisión de 1 a 3 años y multa del tanto al duplo reservadas a los demás casos), criterios jurisprudenciales casuísticos han fijado la clasificación de determinadas sustancias en esta categoría, como la cocaína, la heroína, el LSD, las anfetaminas, las drogas sintéticas, entre otras; por otra parte, no constituyen sustancias que causan grave daño a la salud, según el Tribunal Supremo, los derivados de la *cannabis* (“marihuana” y hachís por ejemplo).

2.2 Aspectos dogmáticos relacionados al tipo objetivo: la redacción omnicompreensiva del tipo básico

Como se ha visto en la presentación comparativa de algunos ordenamientos jurídico-penales contemporáneos, los tipos penales básicos se construyen a través de la descripción de múltiples conductas, resultando en una comprensión típica de desmesurada amplitud que alcanza incluso formas imperfectas de ejecución y actos preparatorios.

Los delitos de tráfico de drogas están previstos en los artículos 368 (tipo básico, centrado en las conductas de cultivo, elaboración o tráfico), 369 bis (organizaciones delictivas destinadas al tráfico de drogas) y 371 (tráfico de precursores, es decir, de equipos, materiales o sustancias destinados a la preparación de drogas) del Código Penal español, con disposiciones especiales en relación a calificadoras de primer (artículo 369) y de segundo grados (artículo 370). El tipo básico contiene las conductas de *ejecutar*

“actos de cultivo, elaboración o tráfico” o “de otro modo” *promover, favorecer o facilitar* “el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”, o aun de *poseerlas* con los mismos fines. En otro dispositivo se incrimina la fabricación, transporte, distribución, comercio o tenencia de precursores (equipos, materiales o sustancias) destinados al tráfico (artículo 371). El tráfico internacional está previsto como calificadora de segundo grado en el artículo 370.

Algo semejante sucede en el sistema francés, con la incriminación más detallada de las conductas de *producción, fabricación, importación, exportación, transporte, detención, oferta, cesión, adquisición y empleo* ilícitos (artículos 222-34 y 222-35 del Código Penal). El sistema italiano, a su vez, es aun más pródigo en la incriminación (*cultivo, producción, fabricación, extracción, refinamiento, venta, oferta, puesta a venta, cesión, distribución, comercio, transporte, busca de otra persona, envío, paso, expedición en tránsito, consignación “con cualquier finalidad”*, conforme al artículo 73 del D.P.R. núm. 390/1990), así como el brasileño, que incluye las conductas de *importar, exportar, remitir, preparar, producir, fabricar, adquirir, vender, exponer a venta, ofrecer, tener en depósito, transportar, traer consigo, guardar, prescribir, suministrar, entregar a consumo o fornecer drogas, “aunque gratuitamente”* (artículo 33 de la Ley 11.343/2006). Vale resaltar que aun la “prescripción” y el “suministro” son conductas consideradas, a nuestro juicio impropriamente, como tráfico de drogas por el Derecho brasileño.

Considerando tan amplios modelos típicos, se reduce obviamente la incidencia de la tentativa, ya que se trata además de delitos de mera actividad, de peligro abstracto¹⁰ – o como mucho hipotético – y por lo tanto, de consumación anticipada. Las conductas incriminadas revelan claramente que no sólo el tráfico en sí es punible, sino las diversas formas preparatorias como el “cultivo”, la “producción” y la “fabricación”, lo que significa en

¹⁰ Así, BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho Penal Español*, v. 2, t. II. Barcelona: J.M. Bosch, 2005, p. 387: “El delito, en principio, es de peligro abstracto y de mera actividad, sin que se exija la verificación de resultado típico alguno más allá de la propia ejecución de la conducta”.

efecto una anticipación de la respuesta penal dentro de un contexto político-criminal de delitos muy graves, con particulares efectos nocivos hacia la colectividad. Además, hay expresa punición también de los actos preparatorios remotos de *provocación*, *conspiración* y *proposición* de cometer los delitos previstos en los artículos 368 a 372, conforme al artículo 373 del Código Penal español.

Sea como sea, la tentativa – que en el Derecho Penal español se pena con reducción de uno a dos grados con relación a la pena asignada al delito consumado (artículo 62, Código Penal ¹¹) – no está, sin embargo, totalmente excluida, si se considera la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España. Al respecto, la STS de 4 de febrero de 1985 declaró la existencia de delito tentado en un caso en que dos sujetos fueron detenidos en el portal de un edificio donde se practicaba el tráfico; la STS de 12 de abril de 2010 consideró asimismo tentativa de tráfico de drogas el caso en que uno de los sujetos esperaba la entrega de la droga pactada con otra persona; la STS 1552/2010, de 11 de marzo, también reconoció tentativa en la conducta del sujeto que fue detenido en el aeropuerto antes de encontrarse con otro (el pasajero) que a su vez traía la droga.

En efecto, la multiplicidad de conductas incriminadas y la consumación anticipada en cuanto a diversos supuestos no impide, aunque restrinja, la tentativa. Como señala GALLEGO SOLER, la tentativa se hace posible siempre que el sujeto no haya llegado “a tener disponibilidad sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata, ni inmediata”. ¹² En este sentido, véase la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, según la STS 1552/2010, de 11 de marzo:

[...] en los supuestos de envío de droga desde el extranjero la tentativa es admisible cuando se estime acreditado por la Sala sentenciadora que la intervención del acusado no tuvo lugar hasta después de

¹¹ Artículo 62: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”.

¹² GALLEGO SOLER, José Ignacio. “Delitos de tráfico de drogas”. In BIDASOLO, Mirentxu Corcoy, *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, t. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 624-639, esp. p. 628.

que la droga se encontrase ya en nuestro país, habiéndose solicitado por un tercero la colaboración del acusado para que participase, de un modo accesorio y secundario, en los pasos previos a la recepción de la mercancía por sus originales destinatarios, pero: 1º) sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2º) sin ser el destinatario de la mercancía; 3º) sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas.

Asimismo lo disponen las SSTS de 26 de marzo de 1997 y de 12 de marzo de 2001.

Así pues, los supuestos de *posesión mediata* cuando el sujeto sea el destinatario de la droga, o de *promoción* previa de la operación de transporte, constituyen delito *consumado* con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sin embargo, la “colaboración del acusado para que participase, de un modo accesorio y secundario, en los pasos previos a la recepción de la mercancía por sus originales destinatarios” no modifica la naturaleza de la intervención subjetiva del sujeto, cuál sea, la de *autor* del delito *tentado* de tráfico de drogas. Así lo ha reconocido la sobredicha STS 1552/2010, de 11 de marzo, por la que se juzgó a dos sujetos detenidos cuando llegaban a una parada de taxis del aeropuerto junto a un tercero que traía la droga. Los dos sujetos tenían la incumbencia de auxiliar la operación de transporte de la droga hacia su destinatario.

Entre tanto, la cuestión podría revelarse compleja dado el reconocimiento de una situación de tentativa con arreglo a una “participación accesorio y secundaria” del sujeto, al tiempo en que se le vincula la condición de *autor* del tipo de injusto. Esto se debe, sin embargo, a la incriminación autónoma de las conductas típicas de *favorecer* y de *facilitar* (artículo 368 del Código Penal español), lo que supone que formas de participación accesorio, por constituir acciones *nucleares* del tipo de injusto, se convierten en autoría. Así, se pune como autor tanto al que promueve el tráfico como al que lo favorece o facilita, lo que deriva, además, del concepto amplio de autor establecido por el Código Penal español (artículo 28).

Este tema será discutido en el próximo apartado, con respecto a la posible identificación de formas de participación diversas de la autoría en el Derecho Penal español y en el Derecho Penal comparado.

3 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

3.1 Autoría, participación y complicidad en el derecho penal español

En el Título II de las Disposiciones Generales del Código Penal español (“De las Personas Criminalmente Responsables por Delitos y Faltas”) se establecen como formas de participación la *autoría* y la *complicidad*, conforme al artículo 27. *Autores* son “quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento” (artículo 28), así como, *por equiparación*, “los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo” (artículo 28.1) y “los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado” (artículo 28.2), mientras que *cómplices* son los que, no hallándose comprendidos en las formas de autoría, “cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos” (artículo 29).

Dentro de la delimitación *legal* de la autoría se incluyen, por lo tanto, las formas equiparadas de *inducción* (artículo 28.1) y de *cooperación necesaria* (artículo 28.2). Así, en estas hipótesis, se trata en verdad del *inductor* y del *cooperador necesario* como *partícipes legalmente equiparados a los autores*.¹³

Formas especiales de personas criminalmente responsables se disciplinan en los artículos 31 (*administradores de hecho o de derecho de una sociedad*) y 31 bis (*personas jurídicas*).

La doctrina contemporánea define a la autoría como *dominio exclusivo o compartido del hecho*.¹⁴ Así entendida, la autoría engloba a los sujetos que “realizan el hecho por sí solos” (*autores exclusivos directos o inmedia-*

¹³ Así, BLANCO LOZANO, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: La Ley, 2003, p. 1278.

¹⁴ En este sentido, véase CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 137.

tos, conforme al artículo 28, primera parte, del Código Penal), a los que reparten entre sí componentes de la acción típica (*co-autores*, o sea, los que realizan el hecho *conjuntamente*, conforme al artículo 28, segunda parte, del Código Penal) y a los que utilizan a otra persona como instrumento para realizar el hecho (*autores mediatos*, conforme al artículo 28, tercera parte, del Código Penal).

A su vez, la *inducción* y la *cooperación necesaria*, aunque legalmente equiparadas a la autoría (artículo 28, apartados 1 y 2), constituyen formas de *participación* que conllevan, según CUELLO CONTRERAS:

un *injusto propio realizado a través del comportamiento típico (injusto) del autor*, estribando la razón de su punición en el hecho de que la autoría se ve *reforzada* por la contribución del partícipe, por lo que debe prevenirse, y en el hecho de que muchas veces *no se sabe hasta el final* si el papel asumido a lo largo del proceso del delito resulta mejor caracterizado como una u otra de las formas de la participación.¹⁵

Ello confirma la caracterización de la autoría como *pertenencia* del delito – según la cual “es autor todo aquél que contribuye al delito en condiciones tales que puede imputársele como suyo”, conforme a MIR PUIG¹⁶ – y de la participación como forma de contribución accesoria en el comportamiento típico propio del autor. Así pues, el delito *pertenece* al *autor* y el partícipe, a su turno, realiza su injusto a través de una inducción o cooperación en la acción típica principal. A su vez, la *co-autoría* existe en una situación de *pertenencia compartida* del delito por dos o más personas que conjuntamente tienen el dominio de la acción típica y de la causalidad. Por último, la *autoría mediata* tiene lugar en el supuesto en que el sujeto utiliza a otro *como instrumento*, de modo que también aquí persiste la relación de pertenencia del delito a quien lo domina.

En este sentido JESCHECK sostiene, con buen criterio y con arreglo al Derecho alemán, que mientras “el autor comete por sí mismo o a través de otro la acción típica o colabora en ella como coautor, el inductor y el cóm-

¹⁵ Cfr. CUELLO CONTRERAS / MAPELLI CAFFARENA. *Op. Cit.*, p. 137.

¹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005, p. 392.

plice quedan fuera del tipo”, añadiendo que “los requisitos de inducción y complicidad se deducen, así, sólo parcialmente del correspondiente tipo de delito, y por lo demás, sólo de preceptos complementarios de la Parte General que se refieren, no obstante a las tipicidades de la Parte Especial”.¹⁷

De hecho, hay una clara distinción conceptual entre *autoría* y *participación*, aunque la ley, a efectos de aplicación de pena, equipare estas dos tipologías.

Fuera del ámbito legal de la autoría – la propia y la equiparada – se encuentra la figura jurídica de la *complicidad* (artículo 29), cuyo *fundamento de punición* “es hacer posible, intensificar o facilitar la producción del resultado por el autor”, lo que la aproxima a la participación, pues significa, como ésta, la “causación del resultado a través de la conducta principal del autor”¹⁸, que se realiza mediante “actos anteriores o simultáneos” a la ejecución del hecho (artículo 29) y, sobre todo, no determinantes de la acción del autor. La contribución del cómplice no puede consistir ni en una inducción directa y decisiva (artículo 28.1) ni en una cooperación necesaria (sin la que el acto principal no se haría posible – artículo 28.2), sino en una *aportación material* o en una *aportación psíquica* (que refuerce o facilite una preexistente intención delictiva del autor) accesorias. La complicidad se distingue de la inducción en que en la segunda la aportación psíquica es decisiva y determinante de la decisión del autor, mientras que en la primera hay un mero estímulo, facilitador pero no determinante de la resolución del autor.

Al constituir forma menos grave de participación delictuosa, la Ley le reserva a la complicidad la aplicación de la pena inferior en grado con respecto a la fijada para la autoría, conforme al artículo 63 del Código Penal (“A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”).

¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. II. Traducción y adiciones de Derecho Español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 888.

¹⁸ CUELLO CONTRERAS / MAPELLI CAFFARENA. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 155 y 156.

Antes de examinar los aspectos particulares que esta disciplina supone en cuanto a los delitos de tráfico de drogas, cumple referir la normativa sobre el tema en el Derecho Penal comparado.

3.2 Autoría y participación en el Derecho Penal comparado

El Derecho Penal francés equipara *autoría* y *complicidad*, reservándole a estas dos categorías idéntica punición. Se considera autor a la persona que “comete los hechos incriminados” o “intenta cometer un crimen o, en los casos previstos por la ley, un delito” (artículo 121-4 del Código Penal). Al cómplice – que comprende, conforme al artículo 121-7, a la persona que por ayuda o asistencia ha facilitado la preparación o la consumación de la infracción penal (concepto semejante al del Derecho español en este particular), así como a la persona que por promesa, amenaza, orden, abuso de autoridad ha provocado una infracción o dado instrucciones para que se la cometiera (concepto totalmente ajeno a la lógica del sistema español) – se le sanciona de la misma forma que al autor (artículo 121-6). De hecho, en Francia no tiene relevancia la distinción entre autor y partícipe a efectos de aplicación de pena, sino exclusivamente en torno a la *posibilidad de responsabilización penal* de determinados grados de participación en conductas definidas por la Ley.

En cambio, en el ordenamiento jurídico-penal alemán se distinguen, como en el Derecho español, las figuras de la autoría (§ 25, StGB), de la inducción (§ 26) y de la complicidad (§ 27), previéndose asimismo una atenuación de pena en esta última hipótesis (§ 49 I). Se adopta la misma lógica de que el comportamiento del inductor significa la iniciativa y/o la fuerza propulsora de la comisión del delito y se equipara al del autor, sólo mereciendo atenuación la conducta accesoria del cómplice.¹⁹

¹⁹ Como lo expresa JESCHECK: “El nuevo StGB ha mantenido, con razón, el principio de la igualdad de punición y ha rechazado la atenuación facultativa prevista en el § 28 II AE, porque al inductor se debe la iniciativa de cometer el hecho y a menudo constituye su fuerza impulsora [...] La pena del inductor, según esto, puede incluso ser más grave en el caso concreto que la del autor, como sucede cuando aquél advierte plenamente el contenido de injusto del hecho a diferencia del autor. Por ello, político-criminalmente no existe ningún motivo para sustraer de la inducción los casos más graves mediante la figura del ‘autor tras el autor’”. Cfr. JESCHECK, Hans-

Diversa disciplina consta del Código Penal brasileño, del que se desprende la distinción entre *autoría* y *participación de menor importancia*, reservándosele a esta última una reducción de pena de 1/6 hasta 1/3 (artículo 29, § 1, del Código Penal). Dicha participación de menor importancia o participación en sentido estricto engloba la *inducción* y el *auxilio material*, e incluye una forma, por tanto (es decir, la inducción), que en el Derecho español se considera equiparada a la autoría.

3.3 AUTORÍA, PARTICIPACIÓN Y COMPLICIDAD EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

3.3.1 Autoría y participación en el tipo básico (artículo 368 del Código Penal)

Como señala MUÑOZ CONDE, el artículo 368 del Código Penal “incorpora un ‘concepto unitario de autor’, conforme al cual se califica de tal a todo el que contribuya causalmente de algún modo a la realización del delito”.²⁰ Ello por supuesto dificulta la diferenciación entre autor, partícipe y cómplice, considerando el alcance de las conductas incriminadas, como por ejemplo la de *facilitar*, que nada más representa que una forma de participación accesoria pero convertida en acción nuclear del tipo de injusto. Quien facilita el consumo ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no es pues cómplice, sino autor del tipo básico de tráfico de drogas.²¹

En el Derecho comparado sucede algo semejante, especialmente en los sistemas que emplean una incriminación exhaustiva de conductas, como el

Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. II. Traducción y adiciones de Derecho Español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 961.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 15. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 667.

²¹ Así, GALLEGO SOLER, José Ignacio. “Delitos de tráfico de drogas”. In BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, t. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 624-639, esp. p. 628 y 629: “Por el alcance tan amplio de las conductas típicas (generalmente las de facilitación o favorecimiento) se ha acogido un concepto unitario de autor que dificulta la delimitación entre autoría y participación (si ‘facilitar’ es una conducta de autoría, todo cómplice de tráfico de drogas ‘facilita’ – como autor – el tráfico ilícito)”.

italiano y el brasileño. En el caso del Derecho Penal brasileño hay, sin embargo, una forma típica autónoma en que se castiga la *inducción*, la *instigación* y el *auxilio* material al uso indebido de drogas (artículo 33, § 2º, Ley 11.343/2006) que no constituye delito de tráfico, pero si existe intuito de lucro la inducción, instigación o auxilio a las conductas del tipo básico puede constituir desde participación de menor importancia hasta, en el caso del auxilio material, un tipo autónomo de mayor gravedad, consistente en el financiamiento o costeo de la práctica del tráfico de drogas (artículo 36, Ley 11.343/2006).

De todos modos, la identificación de autor y cómplice (en el caso del Derecho español) es posible y recomendable, mediante el adecuado criterio.

Autor del tipo básico de tráfico de drogas es la persona que tiene el dominio único o compartido de la causalidad de las conductas de (1) *cultivar, elaborar o traficar* drogas, (2) *promover, favorecer o facilitar* el consumo ilegal de drogas; (3) *poseer* drogas para fines de tráfico o de favorecimiento del consumo ilegal. Además, el artículo 370, apartado 2, del Código Penal prevé una forma especial de autoría, es decir, la de jefes, directores o encargados de organizaciones delictuosas, a la cual se le reserva la aplicación de la pena superior en uno o dos grados y multa del tanto al triplo. Asimismo, se prevé expresamente, con respecto al tipo básico, la autoría mediata *como calificadora de segundo grado*, con arreglo al artículo 370, apartado 1 (supuesto en que el autor utiliza “a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos”).

Por tanto la autoría asume, en este particular, distinta trascendencia punitiva, según se trate de *autoría mediata* (artículo 370, apartado 1) o de *especiales autores* (directores de organización delictuosa – artículo 370, apartado 2).

La participación en las formas de *inducción* y de *cooperación necesaria* – en que la Ley equipara a la autoría en cuanto a los efectos – son, no obstante, de inviable identificación, si se le atribuye a la conducta de *facilitar* un significado que incluya los actos, por ejemplo, del intermediario. En el precedente ya referido del Tribunal Supremo – la STS 1552/2010, de 11 de marzo – por la que se juzgó a dos sujetos detenidos cuando llegaban a

una parada de taxis del aeropuerto junto a un tercero que traía la droga, la participación de los dos intermediarios en el delito sería un caso de cooperación necesaria si no estuviera incriminada la conducta de *facilitar*, lo que los hace, no cooperadores sino autores del tipo básico en su forma tentada, ya que el pretendido transporte hacia el destinatario no se consumó. Lo mismo se concluye en cuanto a la inducción, *determinante* de una acción de cultivo, elaboración o tráfico (por ejemplo), en que asimismo se estima una conducta de *facilitación* por parte del inductor, quien se conforma así como autor del tipo básico.

De hecho, a nuestro juicio lo que determina la punición del intermediario o del donante como autores del delito de tráfico de drogas es la incriminación de las conductas de *promover*, de *favorecer* o de *facilitar* en el tipo básico específico del artículo 368 del Código Penal, y no la equiparación genérica que hace el artículo 28, apartados 1 y 2, entre autores y partícipes (cooperador necesario e inductor). En efecto, aunque pudieran calificarse como partícipes con arreglo a las normas generales de los apartados 1 y 2 del artículo 28, respecto de la norma específica (artículo 368) el intermediario y el inductor son auténticos autores, considerando el concepto primordial – y en el caso dominante – establecido en el propio artículo 28: son autores “quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”.

Sin embargo, sí cabe concebir la *complicidad* en cuanto cooperación física o psíquica *accesorio* y, por lo tanto, no necesaria. Ejemplos concebibles serían: indicar el lugar de adquisición de la droga; acompañar en un automóvil al sujeto que transporta la droga; acompañar al sujeto hasta el lugar donde se vende la droga.

Como advierte MUÑOZ CONDE, “el único problema será, igual que en cualquier otro delito, la dificultad de distinguir entre cooperación necesaria y complicidad”, por lo que concluye que “la jurisprudencia se mueve aquí más por principios de proporcionalidad y de necesidad de pena, que por consideraciones estrictamente dogmáticas”.²²

²² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 15. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 667 y 668.

Dentro de este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha adoptado el necesario criterio de distinción entre grados de participación, a efectos de vincular a cada participante la medida de pena adecuada a su culpabilidad. En verdad, nos parece que la cuestión no se aleja del ámbito dogmático, sino que simplemente se desplaza hacia la esfera de la *medida de culpabilidad*, real fundamento de la diferenciación entre autores y partícipes por un lado, y de cómplices por otro. Todo ello se explica por la imprecisión – eso sí – dogmática en torno a la distinción conceptual entre cooperación necesaria/inducción y complicidad (cooperación no necesaria).

Se puede ilustrar la cuestión con el precedente fijado en la STS 6823/1997, de 14 de noviembre, en el cual se ha reconocido la complicidad de una mujer cuyo novio, con quien vivía, se dedicaba a la venta de drogas. A esta mujer se le imputaba la convivencia con el autor del delito en un lugar donde se guardaban las sustancias ilícitas e incluso un auxilio eventual en la entrega de la droga a un consumidor. En este caso está clara la distinta entidad entre la conducta del autor y la conducta de la cómplice, lo que, desde el punto de vista de la culpabilidad, impone un tratamiento diferenciado incluso en lo concerniente a la naturaleza de la participación y sus respectivos efectos. Considerando el concreto tipo penal (artículo 368), el Tribunal Supremo ha invocado un criterio de “favorecimiento del favorecimiento” a efectos de caracterizar la complicidad de la mujer, como resultó expreso en la sentencia referida:

Pero esta jurisprudencia no llega a conclusión tan radical y en aquellos casos en que hay un principal responsable dueño de la acción delictiva y además, hay otra persona cuyo comportamiento, referido a actividades de contenido muy secundario, aparece claramente subordinado a esa otra acción principal, entiende posible la condena por complicidad, lo que aparece como imprescindible, a veces, como ocurre en el caso presente, para adecuar la pena a las diferentes categorías de participación en los hechos. Favorecer el consumo ilícito de drogas constituye la autoría del artículo 344 [actual artículo 368], pero cuando hay alguien que sólo actúa como ‘favorecedor del favorecedor’ en un evidente plano meramente subalterno hemos de acudir a la figura de la complicidad.²³

²³ STS 6823/1997, de 14 de noviembre.

Así pues, siempre que se muestre irrecusable el carácter accesorio y subalterno de la conducta, debe reconocerse una cooperación no necesaria, es decir, complicidad. En el caso citado, aunque no existiera la pareja el tráfico sería llevado a cabo por el autor de una u otra forma, y este parece ser el sentido con que se debe valorar la conducta de la mujer que convive y, de forma evidentemente accesoria, presta algún tipo de ayuda. Por lo tanto, desde el punto de vista dogmático asociado al marco de la medida de culpabilidad se disciernen claramente, en campos distintos, las figuras de la autoría y de la complicidad.

En esta dirección, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha fijado como parámetros para la complicidad “aquellas conductas que no favorecen directamente al tráfico sino que benefician al traficante – lo que se ha llamado favorecimiento del favorecedor”, como se declara en la STS 1594/2012, de 29 de febrero, la cual rechazó dicha hipótesis en el caso concreto, en que el sujeto se dedicaba también a la venta de drogas. En el mismo precedente se ha manifestado que “la complicidad quedaría reservada para actuaciones *periféricas*, no nucleares, prescindibles y no esenciales, sin perjuicio de reconocer que el cómplice participe del mismo dolo que el autor, *solo que su aporte – eficaz – es periférico, prescindible y no necesario*”.

Se trata, por lo tanto, de una acción que, aunque revista *eficacia causal*, no conlleva un efecto determinante y necesario sino accesorio y periférico, como se ha dicho al inicio. A pesar de la necesaria referencia a la medida de culpabilidad, hay una base dogmática en la distinción, lo que se debe estimar, de forma concreta, a efectos de separación de los grados de participación subjetiva, aun mismo en un tipo omnicompreensivo como el del artículo 368 del Código Penal español.

Cabe ahora examinar lo que sucede en el Derecho brasileño, en que se distingue la autoría, por un lado, y la participación de menor importancia, por el otro, entendida esta última como inducción, instigación o auxilio material. Inducir a alguien a cultivar o a traficar drogas conformaría una participación en sentido estricto, a no ser que el inductor tenga *dominio* sobre los hechos, lo que lo convertiría, por supuesto, en autor del delito. En

el Derecho brasileño, sin embargo, no importa si la inducción tiene o no carácter determinante: se pune como partícipe al propio sujeto que hace nacer en el autor el propósito de realizar el tipo. Por otro lado, si la conducta consiste en un auxilio material puede configurarse el tipo autónomo (más severo) del artículo 36 de la Ley 11.343/2006 (financiamiento o costeo al tráfico de drogas), si el auxilio es *habitual* (aunque esto no esté expreso en el tipo), o una causa de aumento de pena sobre lo tipo básico (artículo 40, VII), si eventual.²⁴

El Derecho francés, por último, contiene dos disposiciones dignas de referencia respecto de la participación: (1) el transporte, la detención, la oferta, la cesión, la adquisición y el empleo ilícitos de estupefacientes son conductas punidas (10 años de prisión y 7.500.000 euros de multa) en tipo autónomo (artículo 222-37), diferente del otro en que se punen (con 20 años de prisión y 7.500.000 euros de multa) las conductas de producción y fabricación ilícitas (artículo 222-35); en uno u otro caso, sin embargo, la facilitación, “por cualquier medio que sea”, se pune con las mismas penas, lo que refuerza la clara intención legislativa de no distinguir autoría y participación; (2) la dirección u organización de un grupo delictuoso destinado al tráfico constituye forma especial de autoría, punida con la prisión perpetua (!) y multa de 7.500.000 euros (artículo 222-34).

3.3.2 Autoría y participación en los demás delitos de tráfico de drogas

Los otros delitos de tráfico de drogas no suscitan mayores problemas dogmáticos con respecto a la autoría y a la participación, aunque se identifique el mismo contexto de incriminación omnicompreensiva en los tipos penales.

La pertenencia a una organización delictiva está tipificada en el artículo 369 bis del Código Penal español, reuniéndose en la comprensión típica a todos los sujetos integrantes de la banda, con independencia de la función

²⁴ Hay posiciones en contra, entendiendo que mismo el auxilio *ocasional* configura el tipo autónomo del artículo 36, cabiendo aclarar que la pena de este tipo es mayor que la que sería aplicable por la incidencia de la causa de aumento de pena (artículo 40, VII) sobre el tipo básico.

que desempeñen. A los jefes, encargados y administradores, sin embargo, se les reserva punición distinta, con la aplicación de la pena superior en grado a la señalada en el tipo principal. En un plano especial, por lo tanto, se establece una diferenciación subjetiva de la autoría de los sujetos directores de la organización.

En relación a este punto, como ya se ha dicho antes, también en vinculación con el tipo básico (artículo 368) se prevé una autoría especial de los jefes, administradores o encargados de organizaciones destinadas al tráfico, lo que configura circunstancia calificadora de segundo grado prevista en el artículo 370, apartado 2. Así pues, a pesar de que la redacción legal no supone de forma clara la distinción entre autoría y complicidad, se distinguen sí claramente, a efectos punitivos, la autoría común y la autoría de los jefes de organización delictiva destinada al tráfico.

El artículo 371 del Código Penal, que tipifica el tráfico de precursores, a su vez equipara inducción y cooperación necesaria a la autoría (en los términos del artículo 28, apartados 1 y 2), practicables con relación al dominio (autoría) sobre las conductas de fabricar, transportar, distribuir, comerciar o tener en poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de las Naciones Unidas, “a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines”. En estas hipótesis, la inducción y la cooperación necesaria se equiparan a la autoría en cuanto a la aplicación plena de las penas señaladas en el tipo, y sólo puede haber diferenciación en la fijación de la pena concreta por el órgano judicial.

El apartado 2 del artículo 371 contempla dos formas especiales de autoría, con diferenciada trascendencia punitiva: (1) personas que pertenezcan a organizaciones delictivas, a las que se les vincula la aplicación de la pena en su mitad superior; (2) jefes, administradores y encargados de organizaciones delictivas, a los que se les impone una cualificación de primer grado.

Asimismo hay formas especiales de autoría (empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio) previstas

en el artículo 372 del Código Penal, aplicables a todos los delitos de tráfico de drogas y en las cuales se añade a las penas comunes una inhabilitación especial “para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años”, además de la inhabilitación absoluta de diez a veinte años en caso de hecho practicado por “autoridad o agente”.

El artículo 373 del Código Penal representa forma de anticipación de la respuesta penal consistente en la punición de los actos preparatorios (“provocación”, “conspiración” y “proposición”) de cualesquiera delitos de tráfico de drogas, lo que se castiga con pena atenuada de uno a dos grados. La *proposición*, en particular, constituye una *forma de participación intentada*, ya que si el delito llega a producirse el caso es de *inducción*, forma legalmente equiparada (artículo 28, apartado 1) del Código Penal. De lo que se trata aquí, por tanto, es de punición del acto preparatorio, por proposición que una persona haga, sin que ello todavía se vincule a un acto ejecutorio de un delito de tráfico de drogas.

En el Derecho brasileño cabe referir la pertenencia a una organización delictuosa destinada al tráfico (artículo 35, Ley 11.343/2006), incluso de quien la financia (artículo 35, párrafo único), previéndose además en el tipo autónomo la conducta del simple informante de la organización (artículo 37).

Considerando el Derecho francés, como ya se ha destacado, la autoría especial consistente en dirigir una organización delictuosa destinada al tráfico es especialmente punida con la prisión perpetua (artículo 222-34 del Código Penal), vale decir, la forma más grave de respuesta penal del sistema francés en el ámbito estudiado.

4 CONSIDERACIONES FINALES

Los sistemas jurídicos contemporáneos, como ha quedado claro, reservan al ámbito de los delitos de tráfico de drogas un panorama de pretensa indistinción entre autoría y participación, por lo menos a efectos de aplicación de un tipo atenuado, ya que por otro lado, en cuanto a la autoría, se prevén corrientemente formas especiales como supuestos de cualificaciones o de punición autónoma agravada.

No cabe duda, en vista de la particular ofensividad de los delitos en estudio, acerca de la necesidad de una incriminación diferenciada, lo que no impide que se establezca, mediante los criterios adecuados, una diferenciación subjetiva fundada en la mensuración de la culpabilidad individual, no alcanzable si fuera solamente en la aplicación diferenciada de la pena concreta por el órgano judicial.

Así pues, y como existen en el marco particular estudiado situaciones que se ajustan – con mayor o menor dificultad – al concepto legal de complicidad, cabe dimensionarlas debidamente en vez de reconducir toda la diversidad fáctica a las amplias fórmulas empleadas en los tipos penales. Eso lo exige un Derecho Penal que se fundamente en la culpabilidad y en la proporcionalidad, de modo a prevenir que situaciones sociales de entidad distinta sean equiparadas en cuanto a las penas atribuidas en los tipos penales. Es verdad que, respecto de algunos sistemas (el francés como ejemplo más expresivo), sólo *de lege ferenda* puede sostenerse dicha diferenciación, puesto que considera una opción legislativa clara de equivalencia punitiva, incluso con la conminación de penas perentorias (no hay límite mínimo y máximo), aplicables indistintamente.

REFERENCIAS

BLANCO LOZANO, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: La Ley, 2003.

BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho Penal Español*, v. 2, t. II. Barcelona: J.M. Bosch, 2005.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tecnos, 2011.

GALLEGO SOLER, José Ignacio. “Delitos de tráfico de drogas”. In BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, t. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 624-639.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. II, traducción y adiciones de Derecho Español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio. *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*. Barcelona: Bosch, 2012.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7. ed. Barcelona: Repertor, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 15. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza. “Tráfico de Drogas (1)”. In ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Director) / OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza / PÜSCHEL, Arturo Ventura (Coord.). *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 1251-1300.

PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio. *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*. Barcelona: Bosch, 1986.

