

Delitos de tráfico de drogas agravados y atenuados

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

Al valorar el grado de culpabilidad de un sujeto en un delito de tráfico de drogas, determinadas circunstancias personales no alcanzan a modificar su responsabilidad penal, ni en un sentido agravatorio (reincidencia) ni en el atenuatorio (drogadictos habituales a los que se les aplica el art. 21.1.^ª o 2.^ª CP, por ejemplo); sin embargo, un consumidor accidental, un delincuente primario, su formación, su edad, etc., sí son circunstancias que colman las exigencias del artículo 368, párrafo 2.^º del CP, importantes para atenuar o no la sanción.

Los actos esporádicos de tráfico de drogas en un establecimiento abierto al público no están contemplados dentro del precepto penal.

La raíz de la aplicación o no de la atenuante de dilaciones indebidas se asienta sobre unos parámetros bien definidos. De un lado, en el «plazo razonable»; de otro, en el derecho a «un proceso sin dilaciones indebidas».

Palabras clave: tráfico de drogas; escasa entidad; establecimiento público; dilaciones indebida.

Fecha de entrada: 10-05-2018 / Fecha de aceptación: 24-05-2018

ENUNCIADO

Alberto, camarero de un bar, distribuye una sola papelina de droga, concretamente cocaína (0,54 g), con un grado de concentración del 24%. Este hombre se empleó en dicho establecimiento porque no podía desarrollar sus tareas laborales habituales por una enfermedad que le inhabilitaba, necesitando obtener unos mínimos ingresos para subvenir a las necesidades familiares más elementales. Fue objeto, asimismo, de vigilancia policial durante un tiempo y, como se ha dicho, solo se detectó su comportamiento ilícito en una ocasión.

A pesar de la sencillez del procedimiento, desde su incoación hasta la sentencia transcurrieron más de tres años, pues el condenado estuvo en paradero desconocido durante casi dos años. Alberto fue condenado como autor de un delito de tráfico de estupefacientes según el artículo 368, párrafo 1.º, y el artículo 369.3.ª del Código Penal (CP), y la sentencia solo refleja en los hechos probados la escasa entidad de la droga incautada, sin mención alguna a las circunstancias personales de Alberto.

Cuestiones planteadas:

- a) ¿Procede aplicar el artículo 368, en su párrafo 2.º del CP, relativo a la atenuación de la pena por la escasa entidad o por las circunstancias personales del autor?
- b) ¿Procede aplicar el artículo 369.3.ª del CP, relativo a la agravante cualificada de establecimiento abierto al público?
- c) ¿El tiempo transcurrido hasta la sentencia justifica la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6.ª del CP?

SOLUCIÓN

- a) **¿Procede aplicar el artículo 368, en su párrafo 2.º del CP, relativo a la atenuación de la pena por la escasa entidad o por las circunstancias personales del autor?**

Dispone literalmente el párrafo segundo del artículo 368:

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y

a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370».

Destacan dos expresiones en el texto: «escasa entidad» y «circunstancias personales». La sentencia condena a Alberto como autor responsable de un delito contra la salud pública según el párrafo 1.º, sin consideración alguna a los dos criterios atenuatorios descritos. A simple vista, surge la duda de que el precepto exige la concurrencia de los dos elementos, el objeto y el subjetivo (ob-sérvese que el artículo utiliza la conjunción «y»). Otra duda existente radica en la posibilidad o no de revisar en casación el razonamiento de la Audiencia al respecto. Empezando por esta última cuestión, es evidente que la falta de razonamiento o la ilógica del mismo, fuera de todo el sentido común, permiten al tribunal revisar y controlar, pero siempre que se dé el presupuesto de su constatación en los hechos probados o su deducción implícita. Ocurre, sin embargo, que nada se dice de las circunstancias personales y no se deduce la existencia de una necesidad imperiosa familiar que le obliga a aceptar el trabajo de camarero al no poder ejercer el suyo habitual por su enfermedad. Por tanto, el tribunal de casación, que carece de la inmediación, no puede añadir elementos, pues ni estuvo allí ni presencié la contradicción, y esas son las limitaciones de la casación, pues el Tribunal Supremo se basa en los hechos probados y analiza la aplicación de la norma a ellos y el análisis deductivo con arreglo a la sana crítica.

La solución a esta disyuntiva pasa por analizar el grado de culpabilidad, el injusto penal. Lo relevante en Alberto es la escasa entidad del daño. En este delito se protege la salud pública colectiva y a Alberto se le sorprende vendiendo una papelina de cocaína de 0,54 gramos. Hay jurisprudencia que dice que, al valorar el grado de culpabilidad de un sujeto, determinadas circunstancias personales no alcanzan a modificar su responsabilidad penal, ni en un sentido agravatorio (reincidencia) ni en el atenuatorio (drogadictos habituales a los que se les aplica, por ejemplo, el artículo 21.1.ª o 2.ª CP); sin embargo, un consumidor accidental, un delincuente primario, su formación, su edad, etc., sí son circunstancias que colman las exigencias del artículo 368, párrafo 2.º del CP, importantes para atenuar o no la sanción. Y en esta dualidad entre elementos subjetivos y otros objetivos (la escasa entidad), estos últimos son más relevantes que los anteriores. En definitiva, para esta jurisprudencia la ausencia en el relato de las circunstancias personales no impide casar o revisar la sentencia, porque la pena puede ser proporcionada a la culpabilidad del autor, de Alberto. Si los hechos reflejan los suficientes datos que justifican la minoración de la pena, la ausencia de circunstancias personales no impide el control.

b) ¿Procede aplicar el artículo 369.3.ª del CP, relativo a la agravante cualificada de establecimiento abierto al público?

Al respecto, dice literalmente el precepto: «Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de

las siguientes circunstancias: [...] 3.^a Los hechos fueron realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos».

Alberto vende droga en el establecimiento. La literalidad del artículo 369.3.^a no ofrece dudas. La aplicación automática, sin interpretación alguna, obliga a sancionar su conducta dentro del tipo penal, pues el establecimiento abierto al público es una circunstancia agravatoria específica. Pero nuestra jurisprudencia, una vez más, viene a colmar lagunas legales con la doctrina ya consolidada de sus sentencias. El caso no describe más que el control por la policía «durante un tiempo», precisando además –y esto es importante– «solo se detectó su comportamiento ilícito en una ocasión». Precisamente el carácter puntual o esporádico es lo determinante. Nuestro más alto tribunal tiene declarado que en el precepto (no admite interpretaciones extensivas) los actos esporádicos de tráfico no están contemplados. Por tanto, habrá que convenir en el error de la sentencia al calificar los hechos con la cualificación del artículo 368.3.^a, porque tan solo se describe una conducta aislada aun cuando la vigilancia policial fuera duradera. Alberto debió ser condenado como autor responsable del delito de tráfico de drogas del artículo 368, con aplicación del párrafo segundo y sin la cualificación del 369.3.^a.

c) El tiempo transcurrido hasta la sentencia justifica la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6.^a del CP?

La raíz de la aplicación o no de dicha atenuante se asienta sobre unos parámetros bien definidos, de un lado, en el «plazo razonable», interpretado a raíz de lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (toda persona tiene derecho a ser oída «dentro de un plazo razonable»); de otro, en el artículo 24.2 de la Constitución española relativo al derecho a «un proceso sin dilaciones indebidas». La complejidad del proceso, el derecho a que la causa sea vista en un tiempo razonable, los lapsos de tiempo interrumpido, etc., son criterios que se asientan en el plazo razonable (de contenido más subjetivo) o en la indebida dilación (de contenido o significado más procesal). La combinación de ambos nos permite analizar la concurrencia o no de los elementos precisos para apreciar la atenuante o no, incluso en su versión analógica del artículo 21.7.^a del CP. Importa, incluso, el padecimiento que puede significar para el sentenciado la espera o en sus circunstancias personales o familiares.

Hay una cuestión importante, a saber: «A pesar de la sencillez del procedimiento, desde su incoación hasta la sentencia transcurrieron más de tres años, pues el condenado estuvo en paradero desconocido durante casi dos años». La ya muy dilatada y copiosa jurisprudencia nos enseña a distinguir los supuestos previamente indicados, de naturaleza personal o procesal, del comportamiento de quien se pone en una situación de rebeldía que ocasiona la dilación. En definitiva, cuando Alberto desaparece o huye causa la demora procesal, y, como suele suceder en estos casos, no solo no puede invocar indefensión quien con su comportamiento da lugar a ella, sino que quien con su actitud para el proceso no puede solicitar las ventajas de una atenuación de la pena por la vía del artículo 21.6.^a o 7.^a del CP.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.7.^a, 368 y 369.
- SSTs 1515/2002, de 16 de diciembre; 1589/2005, de 20 de diciembre; 932/2008, de 10 de diciembre; 81/2010, de 15 de febrero; 33/2011, de 23 de enero; 231/2011, de 5 de abril; 242/2011, de 6 de abril; 413/2011, de 11 de mayo; 380/2011, de 19 de mayo; 1022/2011, de 10 de octubre; 1433/2011, de 30 de diciembre; 416/2013, de 26 de abril y 529/2013, de 31 de mayo.