

EL TRÁFICO DE DROGAS Y LAS FORMAS IMPERFECTAS EN SU EJECUCIÓN

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

El Tribunal Supremo mira con lupa las formas imperfectas de ejecución en los delitos de tráfico de drogas, utilizando el siguiente argumento: como la voluntad común consiste en introducir la droga en España y cada uno de los partícipes lleva a cabo una actuación relevante, no cabe la imperfección delictiva.

Nuestra embarcación es buque y merece el efecto agravatorio de la pena, no solo por sus características físicas, sino porque con ese medio de transporte se asegura el fin por ser eficiente, al tiempo que se puede estar garantizando una mayor impunidad, y no ser un transporte de personas o mercancías aprovechado para almacenar la droga.

Palabras claves: tráfico de drogas, tentativa y concepto de buque.

Fecha de entrada: 12-07-2016 / Fecha de aceptación: 27-07-2016

ENUNCIADO

Estamos en presencia de una operación importante (complicada y compleja) de tráfico de estupefacientes, efectuada el 3 de mayo de 2009, con origen en Argelia y destino en Córdoba. Resulta abortada en el puerto de Cádiz, hallándose en el interior de una «embarcación» diferentes fardos conteniendo un total de 3.600 kilos de hachís. La Policía interviene la droga dentro de la embarcación cubierta, con propulsión eólica, amplia superficie y eslora para efectuar travesías largas, antes de que hubiera sido almacenada en un camión para su transporte al destino final; procediendo a la detención de una pluralidad de personas. Celebrada la vista y dictada la sentencia, todos resultan condenados como autores del delito consumado de tráfico de estupefacientes, con aplicación del subtipo previsto en el artículo 370.3 del CP.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cabe apreciar el delito en grado de tentativa?
2. ¿Cabe apreciar el subtipo actual del 370.3 del CP teniendo en cuenta la fecha de los hechos?

SOLUCIÓN

1. ¿Cabe apreciar el delito en grado de tentativa?

En principio, resulta siempre difícil admitir las formas imperfectas de ejecución en los delitos de esta naturaleza; muchas veces se utiliza el criterio de la ausencia de posesión como dato determinante, en concurrencia con otros. El caso nos dice que la droga es incautada en el puerto de Cádiz, dentro de la embarcación; no nos proporciona, por consiguiente, datos determinantes sobre la posesión de la misma –ni mediata ni inmediata– En otros supuestos se dice que «activada la circulación de la droga, hay que desechar la tentativa para todos los partícipes concertados», incluso cuando uno de ellos no toma contacto material con ella. Aquí tenemos a una pluralidad de partícipes sin concreción alguna sobre las distintas actividades desplegadas; pero sí sabemos que la droga ha quedado en el punto medio del transporte, sin haber llegado a su destino. ¿Parece, pues, que no ha habido disponibilidad o posesión en el sentido aludido? A este respecto, la

jurisprudencia señala que, desde el momento en que la droga entra en el circuito de su posible distribución, ya está a disposición del destinatario final. ¿Pero es que acaso ha entrado ya en ese circuito de posible disposición? Sigamos más allá en el razonamiento: el artículo 368 no solo contempla el tráfico de drogas con una perspectiva de promover el consumo de terceros a título individual, también se sanciona el «favorecimiento o la facilitación del consumo» coparticipadamente; es decir, concertadamente se unen varios para favorecer y promover el consumo dentro del circuito de terceros destinatarios.

Todos los argumentos precedentes no nos resuelven el caso, porque en él no se dice cuál es la actividad de cada uno de ellos. Solo se nos concreta que la droga se incauta en el tramo intermedio, que no llega al destino y que resultan detenidas unas personas, todas ellas después condenadas como coautores, bajo el principio de la solidaridad o del dominio funcional del hecho entre ellas.

Lo determinante será, una vez más, atender a los criterios de la jurisprudencia sobre esta materia, lo suficientemente amplios como para poder deducir la respuesta que se sugiere con el relato fáctico:

Creo que se puede trabajar con las siguientes expresiones que nos sugiere el caso, con el fin de encontrar la respuesta fundada a la pregunta: «complicada y compleja», «con origen en Marruecos y destino en Córdoba», «embarcación» y «3.600 kilos de hachís». La jurisprudencia, normalmente refractaria a la apreciación (como se ha dicho), es más condescendiente cuando el tráfico de drogas resulta complejo, difícil; cuando la pluralidad de actores, la cantidad de la droga, la red de reparto de funciones entre los sujetos intervinientes y el origen y el destino de la droga viene del extranjero y entra en España. Si alguno de los sujetos limita su participación dentro del territorio español, es otro elemento determinante, porque no ha efectuado actos anteriores en Marruecos y no parece ser el destinatario final de la droga. Además, la intervención de la Policía en Cádiz, abortó el fin; es decir, la acción queda cortada porque la droga no llega a Córdoba. Ya tenemos, por tanto, los tres elementos determinantes: a) No haber intervenido en la operación previa realizada en Marruecos; b) no ser el destinatario final de la mercancía, sino solo un mero trasmisor; y, c) tampoco hay disponibilidad ni distribución de la droga porque la Policía ha abortado la operación en el tiempo intermedio entre el puerto de Cádiz y Córdoba.

Desde esta perspectiva, podría pensarse que son autores en grado de tentativa, porque los sujetos intervinientes han actuado con diferentes misiones, no habiéndose conseguido ni tan siquiera reubicar la droga en los camiones, sacándola de la bodega de la embarcación; no llegándose al final (Córdoba). Su actuación puede considerarse incompleta y la acción resulta frustrada por la intervención de la Policía antes incluso de que se almacene la droga en el camión. Pero a pesar de que este pronunciamiento tiene fundamento en la jurisprudencia que estamos invocando, el Supremo es renuente incluso en estos casos, y mira con lupa la imperfección de este tipo de delitos, utilizando el siguiente argumento: como la voluntad común consiste en introducir la droga en España y cada uno de los partícipes lleva a cabo una actuación relevante, no cabe la imperfección delictiva.

En definitiva, se puede decir que el caso plantea una posible excepción a la norma de no aceptar las formas imperfectas de ejecución en los delitos de tráfico de drogas, cuando se dan

los datos relevantes expuestos. Pero esa excepción no impide ver cada caso en concreto y, en el nuestro, por la importancia de la operación (la introducción en España de la droga y la aportación plural destacada de los copartícipes), los detenidos pueden ser condenados como autores, o valorar con fundamento la posibilidad, doctrinal o teórica, de una tentativa.

2. ¿Cabe apreciar el subtipo actual del 370.3 del CP teniendo en cuenta la fecha de los hechos?

La apreciación del subtipo agravado supone imponer una pena superior en uno o dos grados a la señalada como tipo en el artículo 368 del CP. Si tenemos en cuenta la fecha de los hechos, 3 de mayo de 2009, y reproducimos literalmente la regulación actual del artículo 370.3, antes de la reforma operada por Ley Orgánica 7/2010, la repuesta parece fácil, pues se contempla expresamente la palabra «embarcación»: «Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico». Sin embargo, con la redacción en vigor a la fecha de los hechos la cosa no resulta tan clara: «Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico». Se puede observar que aquí desaparece la palabra «embarcaciones». En el caso se nos dice que la droga incautada se encontraba en una «embarcación». ¿Cabe, pues, aceptar el subtipo agravado en este caso, habida cuenta la fecha de la operación?

La descripción de la embarcación es importante porque, antes de la indicada reforma, la jurisprudencia fue elaborando el concepto de «buque» de la anterior redacción según fueran las características de la nave. Un barco de considerables proporciones, propulsado por aire o motor, apto para realizar travesías importantes y de amplia superficie, podía ser considerado «buque», y, este tipo de «buque», embarcación a los efectos del artículo 370.2 del CP. De ahí que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en pleno no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008, siguiendo la línea marcada por la definición académica del diccionario, que distingue perfectamente entre «buque» y «barco», llegara a la conclusión de que una embarcación podría ser considerada como buque cuando tuviera las siguientes características: «con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesía de entidad». Por consiguiente, en este caso nuestra embarcación tiene visos de ser considerada «buque» a los efectos de aplicar el subtipo agravado del artículo 370.3 con la anterior redacción. Con la actual no hay problema alguno, pues el tipo contempla expresamente «embarcación». De haberse descrito un pequeño barco, tipo lancha motora, planeadora y otro tipo de embarcación semirrígida, sin cubiertas y no aptas para grandes travesías, no habría podido aplicarse dicho subtipo.

El pronunciamiento de la sala en pleno vino motivado porque algunas sentencias, al interpretar el artículo 370, según la redacción anterior, no consideraban buques las lanchas de pequeña entidad (planeadoras, lancha motora, etc.). Si el caso hubiese descrito un barco de pequeñas

dimensiones, no habríamos tenido en cuenta el subtipo; pero cuando se nos dice: «con origen en Argelia y destino en Córdoba», tras arribar en Cádiz, se nos está indicado la naturaleza del transporte, apto para cruzar el mar. El resto de las características abundan en una embarcación importante. Las pequeñas lanchas no eran, por tanto, buques. Conviene finalmente destacar la consideración de la conclusión 14.^a de la circular 3/2011 de la FGE: «No cualquier método de transporte marítimo merecerá el efecto exacerbador de la pena, sino solo aquellos cuya utilización contribuya de manera decisiva al éxito de la consumación del delito y al intento potencialmente eficiente de facilitar o asegurar su impunidad, quedando también al margen de la agravación el aprovechamiento de un medio de transporte utilizado con cualquier otra finalidad como el traslado comercial lícito de personas, bienes o efectos de otra naturaleza».

Por tanto, nuestra embarcación es buque y merece el efecto agravatorio de la pena, no solo por sus características físicas, sino porque con ese medio de transporte se asegura el fin perseguido, al tiempo que se puede estar garantizando una mayor impunidad, y no ser un transporte de personas o mercancías aprovechado para almacenar la droga.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 368 y 370.
- SSTs de 405/1997, de 26 de marzo; 835/2001, de 12 de mayo; 1233/2002, de 3 de noviembre; 1673/2003, de 2 de diciembre; 1110/2004, de 5 de octubre; 895/2008, de 16 de diciembre; 348/2009, de 31 de marzo de 2009.