

TRÁFICO DE DROGAS DE ESCASA ENTIDAD REALIZADO EN ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

La jurisprudencia ha dicho en varias ocasiones que la habitualidad que requiere el subtipo agravado del delito de tráfico de drogas impide aplicar el tipo privilegiado, aun cuando no haya, en sentido estricto, incompatibilidad objetiva; pero se muestra reacia a admitir esa compatibilidad en estos casos, y busca la culpabilidad del sujeto a sus circunstancias personales, así como a la mayor o menor lesión del bien jurídico protegido. La doctrina del consumo compartido de droga es una construcción artificial de la jurisprudencia que se basa en el consumo esporádico habido entre amigos adictos, en celebraciones, donde se delega en uno de ellos la compra de toda la sustancia.

Palabras claves: tráfico de drogas, escasa entidad, droga, incompatibilidad, subtipo agravado, establecimiento público y consumo compartido.

Fecha de entrada: 08-01-2016 / Fecha de aceptación: 20-01-2016

ENUNCIADO

Luis Santana Prokoffie, regente y propietario de un local de bebidas alcohólicas sito en la plaza del Mausoleo de la ciudad de Nuria (en Catacumá), aprovechando la aparente impunidad que le proporcionaba la estancia, vendió, durante un tiempo no bien determinado, droga a diversos clientes. Tras la oportuna vigilancia policial (realizada la investigación previa como consecuencia de las denuncias de algunos vecinos de la zona), el 25 de junio de 2014, agentes especializados en la lucha contra el tráfico de estupefacientes efectuaron un registro en el local, incautándose de dos papelinas, que, debidamente analizadas, resultaron contener cocaína en pequeñas proporciones: 123 gramos, al 12% y 174 gramos al 13,55%. De haber sido vendida en el mercado, se habrían pagado por ellas 8,76 euros y 14,78 euros, respectivamente.

También fue detenido en el interior un cliente por vender drogas a tres personas, amigos adictos, que, en el momento de la intervención policial, la consumían con naturalidad y en común. En este caso, las cantidades intervenidas al vendedor fueron: 6 bolsitas de cocaína, con un peso de 4,570 gramos y un 67% de concentración de pureza. Asimismo, le fueron incautados 45 euros en billetes.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Se puede decir que la cantidad de droga intervenida al dueño del local es de escasa importancia y que, por tanto, cabe aplicar en este caso la atenuante del número 2 del artículo 368 del CP?
2. Conectado con lo anterior, ¿es compatible la atenuante del 368.2 con la agravante específica del artículo 369.3 del CP?
3. ¿La condena por tráfico de drogas, en el caso del cliente detenido, es correcta?

SOLUCIÓN

1 y 2. Vamos a contestar a las dos preguntas en este mismo apartado.

Se plantea en primer lugar la posibilidad de que la venta habitual de drogas de escasa importancia o cantidad sirva tanto para exasperar la pena aplicando el tipo agravado del artículo 369.1.1 (establecimiento abierto al público) del CP, como para el subtipo atenuado del párrafo 2.º del ar-

tículo 368 (por escasa entidad): «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», y así justificar la imposición de una pena inferior.

Si el criterio encontrara acogida, podría argumentarse lo siguiente: la venta habitual de drogas en el establecimiento (como así indica el caso) permite aplicar el tipo del artículo 369.1.3.º. La agravación de la pena se fundamentaría en la pluralidad de actos de esa naturaleza ilícita en el establecimiento abierto al público. Y es esa misma pluralidad lo que no impide la aplicación del subtipo atenuado del 368, párrafo 2.º, pues no parece justo que la multiplicidad agrave, pero la cantidad –escasa, aun múltiple también– no atenúe, cuando, además, las pequeñas dosis pueden estar en el límite del autoconsumo, que no daría lugar a una conducta punible. Por otro lado, también se puede argumentar que el principio de proporcionalidad y humanidad de las penas no debería impedir la aplicación atenuada de las mismas, permitiendo la doble consideración agravatoria y atenuatoria.

Desde la perspectiva anterior parecería claro entonces que ambas figuras son compatibles y que la pena tendría que imponerse teniendo en cuenta los criterios de aplicación de las reglas del artículo 66.7.º del CP (conurrencia de atenuantes y agravantes).

Ahora bien, si es cierto que, como ha reiterado la doctrina del Tribunal Supremo, no existe *a priori* incompatibilidad objetiva entre cada uno de los tipos agravados del artículo 369 y la atenuante del artículo 368, párrafo 2.º, estas consideraciones no eluden el criterio consolidado de la jurisprudencia sobre el precitado artículo, pues la atenuación requiere: que a la escasa entidad se le sumen las circunstancias personales del culpable y la excepcionalidad predicable del subtipo atenuado. Es cierto que el apartado que citamos excluye los supuestos contemplados en el artículo 369 bis (organización delictiva) y los del 370 (menores de 18 años o a disminuidos psíquicos; jefes, administradores o encargados de las organizaciones; o cuando las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad) y que por esa vía parece claro la compatibilidad. El dueño del local, que habitualmente vende droga en pequeñas cantidades, tiene la agravante especial del 369 (establecimiento abierto al público) y la minoración de la responsabilidad por sus circunstancias personales y porque el supuesto no está excluido expresamente, al no contemplarse en el artículo 369 o en el 370. Sin embargo, la jurisprudencia insiste en la excepcionalidad de la aplicación del artículo 368, párrafo 2.º, pues no puede decirse que tenga escasa entidad la notoria importancia regulada en el apartado 5.º del artículo 369 (no excepcionado por el último inciso del 368, párrafo 2.º), como para que se beneficie la conducta del culpable de la compatibilidad aparente de ambos preceptos. No tendría sentido regular un tipo agravado a partir de la notoria importancia (369.5) para, luego, utilizar la «escasa entidad del hecho». Es decir, tenemos que ver si la venta habitual de droga en el local público, desde la perspectiva del injusto y de las circunstancias personales del autor, es merecedora de esa consideración que estamos tratando.

A tal efecto, nos basta con saber que la jurisprudencia no siempre ha considerado que el mero menudeo de pequeñas cantidades de droga sea impune. También se ha pronunciado dicen-

do que es importante, y no de escasa entidad, el hecho de vender habitualmente droga en un local abierto al público. Si se excluyen, por tanto, razones que nos permitan hablar de una menor culpabilidad en el autor (que no vienen descritas en el caso), la jurisprudencia ha dicho en varias ocasiones que la habitualidad que requiere el subtipo agravado impide aplicar el tipo privilegiado, aun cuando no haya, en sentido estricto, incompatibilidad objetiva; pero se muestra reacia a admitir esa compatibilidad en estos casos, y busca la culpabilidad del sujeto a sus circunstancias personales, así como a la mayor o menor lesión del bien jurídico protegido.

3. Para contestar a esta cuestión, procedemos a reproducir el texto: «También fue detenido en el interior un cliente por vender drogas a tres personas, amigos adictos, que, en el momento de la intervención policial, la consumían con naturalidad y en común. En este caso, las cantidades intervenidas al vendedor fueron: 6 bolsitas de cocaína, con un peso de 4,570 gramos y un 67% de concentración de pureza. Asimismo, le fueron ocupados 45 euros en billetes».

La acción consiste en vender la droga a terceros, lo cual supone un acto de tráfico y favorecimiento, aparentemente típicos, del artículo 368 del CP, y de entrega para el consumo de estupefacientes que causan grave daño a la salud (cocaína). Si no hay un riesgo de propagación o de incentivación del consumo; si se entrega droga para el autoconsumo moderado, o al uso, los verbos que hacen típica la conducta del detenido en el local no concurren y, por tanto, el acto es impune porque no hay preordenación al tráfico. Llegar a esta conclusión en el presente caso supone analizar la construcción artificial de los requisitos que exige la jurisprudencia para que se dé la figura que estamos insinuando: «El consumo compartido».

Si leemos detenidamente el supuesto fáctico y extraemos de él los siguientes datos, estaremos ante un consumo compartido impune. De no ser así, diríamos lo contrario y, por consiguiente, que la conducta es constitutiva de un delito de tráfico de drogas del artículo 368, de escasa cuantía y de drogas que causan graves daños a la salud.

No obstante, como la doctrina del consumo compartido es una construcción artificial de la jurisprudencia que se basa en el consumo esporádico habido entre amigos adictos, en celebraciones, donde se delega en uno de ellos la compra de toda la sustancia, veamos si se dan o no las condiciones precisas:

Lo primero que se exige es que el círculo de personas que consuman sean adictas a las sustancias estupefacientes. El caso nos habla de «tres personas adictas». El supuesto concurre. El fundamento de la levedad de trato está en impedir la propagación entre quienes no son consumidores. Y ha de entenderse entre consumidores ocasionales, incluso los del fin de semana, o el consumo entre amigos (ya se ha dicho que es una figura construida artificialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo).

Luego se pide también que el consumo se produzca dentro de grupo reducido de personas, identificables por su número y circunstancias personales. Al referirnos a tres amigos, estos dos datos (amigos y tres) nos permiten la identificación de sus circunstancias con facilidad y control.

No es inane tampoco que el consumo sea «inmediato» y dentro del lugar (local), para evitar la intervención de terceros y la propagación de los efectos. Es obvio que estas condiciones o cualidades se dan en el caso.

Como parece razonable, la cantidad de droga es otro elemento importante a tener en cuenta. En el caso se dice que la droga retenida es de «6 bolsitas de cocaína, con un peso de 4,570 gramos y un 67% de concentración de pureza». Hasta con 7,95 gramos de cocaína la jurisprudencia ha admitido el consumo compartido, sin cálculo de concentración (STS 408/2005). Puede afirmarse que, sin entrar en más detalles acerca de las dosis mínimas psicoactivas, la cantidad es indicativa de un consumo compartido por su escasa consideración.

En definitiva, se dan las condiciones requeridas para hablar de consumo compartido. El acto es penalmente irrelevante y, por consiguiente, impune.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (CP), arts. 66.7, 368, 369 bis y 370.
- SSTs de 25 de junio de 1993; 3 de marzo de 1994; 3 de julio de 1994; 25 de noviembre de 1994; de 20 de julio de 1995; 25 de septiembre de 1995; 2 de noviembre de 1995; 16 de junio de 1997; 15 de enero de 1998; 237/2003 de 17 de febrero; 286/2004 de 8 de marzo; 408/2005 de 23 de marzo; 225/2006 de marzo; 718/2006 de 30 de junio; 33/2011 de 26 de enero; 345/2011 de 28 de abril; 394/2011 de 17 de mayo; 574/2011 de 3 de junio; 600/2011 de 9 de junio; 833/2011 de 15 de julio; 1261/2011 de 18 de noviembre; 111/2012 de 23 de febrero; 370/2013 de 30 de abril; 852/2013 de 14 de noviembre.