

MARGEN DE ACTUACIÓN EN LA REVISIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS. EL TRÁFICO DE DROGAS Y EL CONSUMO COMPARTIDO COMO CONDUCTA ATÍPICA

(Comentario a la STS de 12 de diciembre de 2013)¹

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

EXTRACTO

La revisión de sentencias absolutorias, cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, se produce revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando se limita a corregir errores de subsunción, incluidos los que afecten a elementos subjetivos del tipo y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico. No cabe la modificación de los hechos en casación, pero sí, aun cuando no se dé audiencia al interesado, la revocación del fallo, basada en la errónea interpretación de la norma jurídica, dados unos hechos por probados. Se excluye excepcionalmente del artículo 368 del Código Penal (tráfico de drogas) la tipicidad de la conducta de consumo compartido, por estimar que si el consumo propio no se encuentra penado tampoco debe estarlo el hecho de compartir entre varios consumidores una limitada cantidad de sustancia estupefaciente en un acto privado, o su agrupación para adquirir la droga destinada a ese ulterior consumo compartido privado. Pero esta atipicidad no alcanza a cualquier supuesto en que una persona se desplace a otra localidad para adquirir cantidades relevantes de droga con el fin de repartirla posteriormente entre consumidores varios, desarrollando una pluralidad de encargos cuyos destinatarios consumirán la droga cuando les interese.

Palabras claves: revisión de sentencias firmes absolutorias, tráfico de drogas, autoconsumo y consumo compartido.

Fecha de entrada: 08-05-2014 / *Fecha de aceptación:* 14-05-2014

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/>.

Dos son los aspectos a analizar en esta sentencia del Tribunal Supremo: uno es el error en la valoración de la prueba cuando se deduce de los documentos probatorios tenidos en cuenta, a fin de poder apreciar la drogadicción como eximente incompleta; el otro, por recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, pretende revisar una sentencia absolutoria, considerando, a partir del relato de hechos probados, que existe un consumo compartido subsumible en el tipo penal del artículo 368 del texto legal.

Empezando por el error en la valoración de la prueba, que no permite –a juicio del recurrente– excluir la eximente indicada, por un error de subsunción en la interpretación del informe forense, el Tribunal Supremo se fija en los criterios doctrinales –reiterados en múltiples sentencias– para desestimarlos. Se llega a la conclusión de que el razonamiento del imputado se conserva intacto, y no se entiende probado que la politoxicomanía merme sustancialmente las facultades volitivas.

El error, para que prospere por la vía de la infracción de ley, debe reunir una serie de características: una auténtica prueba documental mal interpretada, no contradicha con otras pruebas diferentes (testifical, confesión, etc.) que puedan llevar a otra conclusión; una prueba documental de donde se infiera un dato importante, sin que otras tengan un valor probatorio superior; además, la existencia de varios dictámenes, si son coincidentes, permite el recurso por infracción de ley, cuando, no obstante la uniformidad, sucede que el tribunal se aparta del recto criterio emanado de todos ellos; y también se valora por el Tribunal Supremo que no se haya razonado por la audiencia en contra de las reglas de la lógica.

Con los parámetros precedentes, el Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación y mantiene la atenuante del 21.2 del Código Penal, pues ni se infiere contradicción, ni error en la interpretación de los dictámenes; llegando a la conclusión de que la politoxicomanía del condenado no afecta gravemente a su capacidad de voluntad tanto como para apreciar la eximente incompleta.

Pero la segunda de las cuestiones, más relevante desde el punto de vista de la aplicación de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Supremo para los casos de estimación de un recurso que pretende revocar una sentencia absolutoria, nos entretiene más en el comentario. Se parte de la atipicidad del consumo compartido por ser irrelevante el número de personas y encontrarse en un lugar privado, o por tratarse de una cantidad poco significativa de sustancia estupefaciente; y también se postula el carácter restringido de esta posibilidad «peyorativa». Por otro lado, el Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de la audiencia al acusado en esa instancia, por no ser compatible con la naturaleza de la casación, sin perjuicio de que sea oído a través de su representación procesal, pues se sabe que la casación no tiende a revisar, reinterpretar o reescribir los supuestos fácticos, ni vuelve a valorar las pruebas personales practicadas en la instancia anterior –respecto de las cuales carece de intermediación y contradicción–, sino que se limita a examinar las

cuestiones de naturaleza jurídica y la subsunción de las mismas en la norma y, por tanto, del hecho en la infracción criminal. La seguridad jurídica exige unos pronunciamientos uniformes a partir de unos hechos similares, para que la igualdad y predictibilidad de las sentencias sea un hecho. La casación, cuando reforma peyorativamente una sentencia absolutoria en otra condenatoria por excepción, analiza el proceso de interpretación, el razonamiento de la sentencia de la audiencia; por consiguiente, estudia si, tras la aplicación estricta de la norma, la subsunción es correcta a través de un sano juicio, o de una saludable forma de interpretación. Y esta forma de entender la norma es válida tanto cuando favorece el reo (absolución) como cuando favorece a la víctima (revocación).

En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. No cabe la modificación de los hechos en casación, pero sí, aun cuando no se dé audiencia al interesado, la revocación basada en la errónea interpretación de la norma jurídica, dados unos hechos por probados. En consecuencia, en estos casos, no se puede decir que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías legales.

Otra variable de interdicción de la revisión de las sentencias absolutorias se produce cuando, no obstante permanecer invariables los hechos probados, el tribunal los reinterpreta, obteniendo una inferencia diferente a la del tribunal inferior. Como quiera que la controversia no es la aplicación de la norma al hecho en sí, sino la reconsideración de los hechos, a fin de buscar en ellos nuevos elementos que encajen en el tipo penal, es decir, una nueva inferencia deducida de los hechos probados, sucede que se vulnera la legalidad porque no se produce la reconsideración a presencia del acusado, quien no había contestado sobre los aspectos fácticos tenidos después en cuenta en casación, tras la reinterpretación posterior del tribunal; pues ello, además, supone una nueva y distinta valoración de prueba por el órgano judicial superior. Solo nos sirve la subsunción del hecho invariable y sin nueva valoración en la norma. Se trata de una actividad jurisdiccional exclusivamente jurídica que demuestre el error interpretativo.

Aplicando la doctrina previa al caso presente, el Tribunal Supremo verifica si la conducta declarada como probada al acusado (hechos probados invariables) es o no subsumible en el artículo 368 del Código Penal por consumo compartido. Estima el recurso de Ministerio Fiscal porque, respetando los hechos declarados probados, ha habido un error de subsunción jurídica y, por tanto, de aplicación del tipo al hecho. No haberse acreditado el destino de la droga, o su venta, no es óbice para que la posesión o el transporte de droga sean, en sí mismos, actos constitutivos del tráfico de drogas por favorecimiento o facilitación. Cuando el consumo es privado, la conducta es atípica, y cuando se realiza entre varios consumidores con una limitada cantidad de droga y en un acto privado, también. Pero no si un tenedor de droga realiza encargos o efectúa desplazamientos a fin de repartir después la droga a una pluralidad de personas que la consumirán cuando lo estimen pertinente, no en un acto; y si el proceder es la consecuencia de una reiteración de actos y de desplazamientos con la misma finalidad.

Cuando la droga se suministra para el consumo inmediato, entre un pequeño círculo de personas, en pequeña cantidad y en un lugar cerrado, ese consumo es atípico y no se subsume en el artículo 368. Pero en el caso de autos, la cantidad de droga (45 gramos, con una pureza del 84%)

representa una cantidad importante, teniendo en cuenta que el consumo medio diario es de un gramo y medio, aproximadamente. La cantidad de personas que se beneficiarían de los 45 gramos, con esas proporciones y medias, es superior al criterio restringido de un grupo pequeño de amigos o personas a consumir. Además, el viaje a Barcelona para efectuar la compra, para su distribución entre la gente, no parece una acción propia de quien pretende un consumo compartido entre amigos.

De ahí que el Tribunal Supremo no diga que, sin modificar los hechos probados ni reinterpretarlos, lo equivocado es el acto de subsunción de los hechos en la norma, mediante una interpretación exclusivamente jurídica. Casa entonces la sentencia por los argumentos expuestos y condena a quien previamente no lo había sido.