

TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO CON EMBARCACIÓN. AGRAVANTE DE REINCIDENCIA

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

EXTRACTO

El Tribunal Supremo entiende por embarcación asimilable y susceptible de agravante específica la semirrígida, con potencia, con ciertas dimensiones. No toda nave nos sirve como agravante, y en el *factum* deben quedar perfectamente definidos sus elementos. Constancia de la previsible fecha de cancelación de los antecedentes penales o de la fecha concreta para apreciar la agravante de reincidencia del artículo 22 del Código Penal.

Palabras claves: embarcación y reincidencia.

Fecha de entrada: 11-03-2014 / Fecha de aceptación: 11-03-2014

ENUNCIADO

Imaginamos una sentencia condenatoria por delito contra la salud pública, utilizando un medio de transporte, una embarcación, que resulta destruida en su totalidad al colisionar contra las rocas durante la persecución de que era objeto por la Guardia Civil. E imaginamos, asimismo, que resulta condenado el único ocupante de la misma por delito de tráfico de drogas, por los delitos de los artículos 368 y 370.3, concurriendo la agravante de reincidencia del artículo 22.8, al constatarse en el *factum* de la resolución judicial la fecha de la firmeza de la condena precedente y el tipo de delito y la pena impuesta en su día, con la constancia de la previsible fecha de cancelación de los antecedentes penales.

Cuestiones planteadas:

- a) ¿Resulta correcta la tipificación penal del fallo?
- b) ¿Procede la agravante de reincidencia?

SOLUCIÓN

- a) La primera de las preguntas sugiere revisar la condena por un delito contra la salud pública en su modalidad agravada por la existencia de un medio específico para cometerlo, cual es la embarcación. Se podría argumentar que para la apreciación de esta singularidad resulta imprescindible describir las características de dicha embarcación, y que, siendo imposible al resultar totalmente destruida, es improcedente aplicar el artículo 370.3 del Código Penal. Bien es cierto que el texto no dice nada, o casi nada, pero siempre podríamos acudir a otras pruebas, directas o indirectas, tales como las testificales de los guardias civiles. Pero como el caso no nos da esa pista y simplemente nos indica que la embarcación se destruye «totalmente» al colisionar contra las rocas tras la persecución, la vía interpretativa correcta consistirá en analizar el contenido de dicho artículo a la luz de la jurisprudencia sobre la materia.

Actualmente, la redacción del artículo 370.3 del Código Penal ha quedado como sigue: «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». Antes de la reforma del Código, experimentada por la Ley Orgánica 5/2010, no existía la referencia expresa a «embarcación». La indeterminación del objeto requería una especificación de sus funciones o características; por ello, el Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo (TS) de 25 de noviembre de 2008 estableció una pauta interpretativa para poder apreciar este subtipo agravado: «A los efectos del artículo 370.3 [nos dijo] no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de buque». Es decir, a falta de la expresión embarcación, para considerar que tal elemento flotante sea asimilable a buque o un buque una embarcación, el TS reservaba el subtipo para «aquellas con propulsión propia eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad». Se excluían las lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirrígidas que, al carecer de cubierta, dejan de ser apropiadas para travesías de entidad.

Visto así, enfocado el asunto fáctico, el TS entendía que toda embarcación lo era cuando era lo suficientemente grande, no solo para realizar travesías importantes, sino también con el espacio adecuado para la carga específica de droga. O sea, embarcación que por sus cualidades se destina primordialmente al fin ilícito. La agravación es la consecuencia del medio adecuado al fin específico.

Antes de la reforma, la cuestión planteaba serios problemas interpretativos, que la jurisprudencia trataba de salvar con criterios como los expuestos. Ahora diríamos que, una vez añadida la palabra embarcación, todo queda resuelto; pero no es así, pues la descripción también contiene la omisión de las características de la nave, razón por la cual sería más correcto decir que no existe tal descripción. Lo que no ha cambiado es que una embarcación ha de ser tal cuando sus características descriptivas la hacen semejante al buque, a los efectos legales de su idoneidad para el tráfico de estupefacientes. Por ello, el TS entiende por embarcación asimilable y susceptible de agravante específica la semirrígida, con potencia, con dimensiones, etc. No toda nave nos sirve, y en el *factum* deben quedar perfectamente definidos sus elementos.

En conclusión: una declaración testifical de guardias civiles que no deje lugar a dudas interpretativas nos servirá para la observancia de la agravante del artículo 370.3 en su redacción actual. La destrucción del medio empleado, si no permite su identificación, no permitirá tampoco la aplicación de dicho precepto.

- b) El problema que suscita esta pregunta se basa en determinar si los datos que proporciona la nueva sentencia son suficientes para entender cancelados los antecedentes penales; lo cual supone, a su vez, la aplicación o inaplicación de la reincidencia. Obsérvese que la narración dice que consta la fecha de la «previsible cancelación de los antecedentes penales», pero no cuál exactamente; es decir, no sabemos el dato, y, por consiguiente, ignoramos el día de la cancelación. Parece evidente que, de conocerlo, si ese momento es anterior a la fecha de la ejecución del nuevo delito (el de drogas) sería suficiente con hacer constar en el *factum* de la sentencia el

delito precedente y su naturaleza, la fecha de la sentencia firme y la pena, para, de producirse la cancelación antes de la ejecución del nuevo hecho delictivo, no precisar de más datos para la no aplicación de la reincidencia, por la comprobación de los criterios expuestos en el artículo 22.8 del Código Penal: «Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo». Es decir, la fecha firme de la sentencia anterior, el delito o delitos cometidos, la pena o penas impuestas y la fecha de la extinción de la pena son los requisitos completos para el cálculo de la reincidencia; y, este último, el de la fecha de la extinción de la pena precedente no será preciso cuando por la naturaleza del delito cometido y de la pena impuesta el plazo en abstracto de la cancelación todavía supera la fecha de la comisión del nuevo delito. Cuando no conste esa fecha de extinción de la pena, hay que hacer una interpretación favorable al reo y entender que la rehabilitación se pudo producir por un indulto, el abono de alguna prisión preventiva, etc. El acatamiento a los derechos fundamentales del reo del artículo 24 de la Constitución española implica interpretar el artículo 22 del Código Penal correctamente, buscando la verdad material que impida la apreciación de la agravante si no procede.

En conclusión, los datos aportados por el caso serían insuficientes y no justificarían la apreciación de la agravante de reincidencia del artículo 22 del Código Penal, si no ha transcurrido la fecha previsible de la cancelación de los antecedentes penales del reo en relación con la de la comisión del nuevo delito; en caso contrario, lo correcto es indicar la fecha de la extinción de la pena por el delito precedente, porque nos sirve de referencia a fin de calcular el plazo de cancelación de antecedentes penales.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- LO 10/1995 (CP), arts. 22, 368 y 370.3.
- STS 587/2009, de 22 de mayo; 932/2009, de 7 de septiembre; 732/2012, de 1 de octubre; 63/2013, de 24 de septiembre; 875/2007, de 7 de noviembre; 132/2008, de 12 de febrero; 647/2008, de 23 de septiembre; 1175/2009, de 16 de noviembre; 1061/2010, de 10 de noviembre; y 207/201, de 12 de marzo.