

LA CONFESIÓN COMO ATENUANTE ANALÓGICA EN EL TRÁFICO DE DROGAS

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

Palabras clave: droga en aeropuerto, confesión, atenuante analógica.

ENUNCIADO

El 25 de junio de 2006, Luis llega a Barajas, procedente de Venezuela, portando en el interior de su organismo, tras previa ingesta en el país de origen, 85 bolas que contenían cocaína. Analizada dicha sustancia resultó una cantidad de 1.437,91 gramos y una pureza del 75,55 por 100.

Luis se prestó voluntariamente a realizarse una placa radiológica y colaboró con los agentes de la autoridad confesando su participación en los hechos delictivos. Incoado el Sumario Ordinario, en la primera declaración ante el juez confesó los hechos, haciendo lo mismo en la indagatoria. En el acto del juicio oral confesó, a preguntas del fiscal, su participación en los hechos, con todos los detalles de la operación ilícita. Dijo ignorar quiénes conformaban la organización criminal.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Se puede aplicar la atenuante de confesión como analógica?
2. ¿La conducta del culpable puede beneficiarse de la reducción de pena prevista en el artículo 376 del Código Penal por colaboración?
3. ¿Puede por analogía aplicarse el criterio de la conformidad para la reducción de un tercio de la pena, conforme prevé el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.)?

SOLUCIÓN

1. El artículo 21.4.^a del Código Penal aplica la atenuante analógica a quien confiesa ante las autoridades su participación en los hechos delictivos, antes de la apertura del procedimiento judicial contra él. La analogía que se pretende o que plantea el caso deviene como consecuencia de la conducta del culpable Luis. Inmediatamente después de la detención en el aeropuerto de Barajas colabora con los agentes de la autoridad, sometiéndose al control radiológico y confesando su participación en los hechos. Posteriormente, ante la autoridad, confiesa su actividad y lo mismo ante el fiscal en el juicio oral. El artículo 21.6.^a del Código Penal dice, literalmente: «Cualquier otra circunstancia de análoga significación con las anteriores».

Si analizamos la conducta de Luis, hay cosas que impiden apreciar la confesión como atenuante genérica, que podrían resumirse en que la colaboración que Luis realiza, tras la evidencia del delito cometido, no reporta nada a la investigación policial posterior. Ha sido sorprendido cuando pretendía pasar por el control de aduanas, introduciendo la droga en España para su posterior distribución a terceros; lo que él hace después es intentar beneficiarse de la atenuante, bien genérica, bien analógica. Reconoce lo evidente; por ello, la jurisprudencia, en estos supuestos, niega la aplicación genérica de la atenuante del artículo 24.4.^a del Código Penal. Es doctrina jurisprudencial la que opina que carece de sustento la confesión que no suponga una facilitación o impulso a la investigación, «en la medida en que el reconocimiento de lo obvio no puede constituir la atenuante».

Pero el supuesto fáctico plantea la posibilidad de apreciar una atenuante por analogía del artículo 21.6.^a del Código Penal. Este cajón legal beneficioso, sin duda, para el reo, tiene que ser interpretado a la luz de la jurisprudencia más reciente para ver si alguna de las conductas desplegadas por Luis tiene encaje en la laxa interpretación que sugiere el precepto. Luis no ha aportado ningún plus que facilite algún dato efectivo para la investigación de la red delictiva; o por lo menos, el caso no alude a este dato que sería muy interesante, a fin de justificar la trascendencia de la confesión de Luis.

La apreciación de la atenuante del artículo 21.6.^a del Código Penal se producirá cuando, si bien el hecho no encaja en ninguno de los cinco números precedentes del artículo 21 del Código Penal, sí es verdad que hay « semejanza de fundamentación ».

La jurisprudencia entiende que el semejante fundamento consiste en «la utilidad que la confesión de la propia culpabilidad representa para una más fácil investigación de lo ocurrido». Ello debe ayudar notablemente en la investigación.

En resumen: Luis, tras verse «pillado», confiesa lo evidente, facilita la actuación de la policía, permite la prueba radiológica y sigue así de colaborador posteriormente, pues le consta que los hechos van a ser descubiertos y no se trata de una colaboración desinteresada o altruista (algo también extraño a la atenuante genérica actual, pues las razones subjetivas de la colaboración son intrascendentes). En nada ayuda y, por consiguiente, en nada le puede favorecer ni la atenuante del artículo 21.4.^a ni la analógica del artículo 21.6.^a.

2. Ya que no hemos conseguido reducción de pena por la vía del artículo 21 del Código Penal, ahora se nos presenta la posibilidad de aplicar el 376 del Código Penal. El artículo supone una súper atenuante específica, pues minorra notablemente el rigor de la pena inicial. La pena se podría rebajar en uno o dos grados. Sin embargo, en el artículo 21.4 el beneficio sólo alcanza a la minoración de la pena con la mitad inferior dentro de grado.

El beneficio que acompaña al precepto (376) supone que Luis demuestre o afirme que va a abandonar las actividades delictivas y que colaborará activamente con las autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción de un delito o para la captura de los culpables, o para impedir la actuación o desarrollo de organizaciones criminales a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

De la lectura del caso se infiere que el comportamiento de Luis está lejos de poder verse beneficiado por el artículo 376. Es ineludible que actúa *ex post facto*. Simplemente reconoce que lleva droga y facilita la investigación de lo evidente. Ayuda de manera inocua.

No se podría beneficiar del artículo precitado porque desconozca la identidad de los organizadores o miembros de la organización criminal. Y no es admisible la aplicación analógica por la desproporción de la pena por el hecho cometido, pues el artículo 4.º del Código Penal impide su apreciación tanto *in bonam partem* como *in malam partem*. Lo cierto es que el artículo 376 supone una cualificación por razones de política criminal del comportamiento del actor del delito, que conlleva la contraprestación recíproca. Al estado le interesa el comportamiento del delincuente, tanto preventivamente como a efectos disuasorios. Y al delincuente le interesa la reducción considerable de la pena, siempre que su colaboración sea el producto de una ayuda importante, de la que se benefician tanto la sociedad como él. En cualquier caso, la intención de Luis es el oportunismo derivado de la reacción ante lo ineludible, sin que la filosofía del precepto cuadre con la verdadera voluntad de Luis.

3. Se apuntó, al final de la resolución de la segunda cuestión, que la analogía no puede justificar la aplicación del artículo 376. Pues bien, la misma analogía no permite la aplicación del artículo 801.

Ya hemos resuelto la cuestión suscitada, pero veamos ahora el razonamiento. ¿Por qué motivo no podemos aplicar el artículo 801 al caso? Si bien reconocemos que está previsto para el procedimiento abreviado, ¿por qué motivo no podemos extender su efecto al ordinario? Ésta es la razón de la sinrazón.

El artículo 801 permite, en el juzgado de guardia y para un procedimiento abreviado, la conformidad con la acusación, a fin de que se dicte sentencia rápida, con el beneficio en la pena de un tercio (dicho todo muy resumido). Si el acusado por drogas del caso (Luis) hubiere admitido su culpa y se hubiere conformado con la acusación en la guardia, por la desproporción de la pena por el delito cometido, ¿sería injusto que no se beneficiara del artículo 801, por la simple razón de que este artículo está previsto para el procedimiento abreviado y el delito de Luis se tramita por el sumario ordinario?

Que se permita una reducción de pena en un tercio para los arrepentidos o acusados en el modelo del procedimiento abreviado del artículo 801 y no para el ordinario es una cuestión de política criminal, al margen de la desproporción de la pena como causa que justifica su apreciación analógica o extensiva. Los jueces tienen margen material de interpretación o aplicación de normas, pero no un margen de interpretación de lo legalmente conveniente, parcela reservada para el legislador. El artículo 4.º del Código Penal, para estos casos, nos dice que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos en ellas. Los tribunales acudirán al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley, resulte penada una acción u omisión que, a juicio del juez o tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notoriamente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

Con la transcripción del artículo 4.º queda todo dicho. El argumento de apreciar por analogía el artículo 801 al caso es insostenible. Este artículo está previsto para delitos contra la salud pública del artículo 368, inciso segundo; esto es, tráfico de drogas que no causa grave daño a la salud. Evidentemente, no es aplicable al supuesto, pues el caso hace referencia a una importante cantidad de droga, con notoria importancia, que causa grave daño a la salud. Por otro lado, la calificación por el fiscal no debe superar la petición de pena de tres años. Sin embargo, el caso práctico trata acerca de un tráfico de drogas castigado con una pena de prisión de hasta 13 años (art. 368.1.6.º). Y, finalmente, la conformidad que otorga Luis lo es, como máximo, con los hechos cometidos, no con la pena que le pide el fiscal en la acusación.

En consecuencia, no es aplicable el artículo 801 de la LECrim. al supuesto, pretextándose que la pena aplicada al caso es desproporcionada ni por la concurrencia de los requisitos (no es así) previsto en el precepto sustantivo por analogía al reo. Debe acudir a la vía del artículo 4.º del Código Penal en todo caso.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 801.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 4.º, 21.4.ª y 6.ª, 368 y 376.
- SSTC 65/1986, 160/1987, 440/1996 y 28 de marzo de 1996.
- SSTS de 4 de enero de 1999, 30 de junio y 30 de octubre de 2000 y 16 de junio de 2004.