

TRÁFICO DE DROGAS REALIZADO EN ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO POR EMPLEADOS O RESPONSABLES DE LOS MISMOS

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal

Palabras clave: tráfico de drogas, establecimientos públicos, prueba testifical.

ENUNCIADO

Como consecuencia de investigaciones policiales, se concluye que en el establecimiento de hostelería se traficaba con sustancias estupefacientes, concretamente cocaína. Se interviene esa sustancia a personas que manifestaban haberla comprado en dicho local, por lo que, a la vista del atestado remitido, en el que se incluían declaraciones de determinadas personas relacionadas con la adquisición de sustancias, se procedió, previa incoación de las pertinentes diligencias penales, a efectuar un registro por el juez de instrucción, localizando diversas cantidades de droga que se destinaban a la distribución mediante una determinada cantidad de dinero entre los clientes. Finalizada la instrucción y abierto el correspondiente juicio, finalizó el mismo por sentencia por la que condenaba a ZZZ y XXX como autores responsables de un delito contra la salud pública de los artículos 368 y 369.1.4.º, al ser encargados del referido establecimiento, si bien la prueba practicada en juicio no contó con la declaración de testigos de cargo de los compradores, que únicamente declararon en las actuaciones policiales previas a la instrucción, y que aparecían contenidas en el atestado, sin que posteriormente declararan en la instrucción judicial. Se discute la aplicación de la agravación del delito por realizarse en establecimiento público por empleado o encargado del mismo.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Tráfico de drogas realizado en establecimiento público por empleados o responsables.

2. La prueba testifical en el juicio oral: testigos que declaran únicamente ante la policía.
3. Conclusión.

SOLUCIÓN

1. El tráfico de drogas o estupefacientes en locales destinados a la hostelería, bares, pubs o similares es una realidad que es habitual en el ámbito de los delitos contra la salud pública, y que determina en ocasiones la apertura de diligencias penales contra personas encargadas o empleados de los mismos, por entender que ellos son los responsables criminales del hecho. Sin embargo, no resulta fácil determinar la autoría de ese tipo de hechos en la medida en que se producen entradas y salidas de clientes, que demandan los servicios propios del local y que, además, en su caso, quieren adquirir algún tipo de droga o sustancia estupefaciente, lo que permite un tráfico con dicha mercancía de forma subrepticia. Para ello, la actividad policial debe ir dirigida a determinar quiénes son los compradores y los vendedores de las sustancias, lo que no consta en el supuesto del caso. Únicamente se relata que se vendía droga, acreditado por actuaciones policiales con los compradores, pero no se dice nada de quiénes eran los compradores, si eran otros clientes, o bien eran empleados o encargados del local.

La agravación que se aplica por la venta de drogas en establecimiento público se debe a la existencia de una mayor intensidad criminal, cuando es puesto el local como escenario que facilita la clandestinidad y por tanto la impunidad, poniendo en peligro el bien jurídico protegido (la salud pública). Es decir, es necesaria la existencia del establecimiento, así como el desarrollo de actividades de comercialización de la droga, mediante la distribución clandestina de la misma. No basta con la simple realización de actividades prohibidas penalmente de venta de sustancias estupefacientes en un local de hostelería, sino que es esencial que la actividad principal, la hostelería, quede subordinada al favorecimiento del consumo ilegal de drogas, es decir, que la actividad comercial lícita, expedición de bebidas, comidas etc., sea la tapadera que encubre la actividad comercial prohibida, el tráfico de drogas.

Pueden hacerse las siguientes consideraciones en relación con la aplicación del subtipo agravado que recoge el artículo 369.1.4.º del Código Penal:

- No sería posible una interpretación extensiva, de manera que desde un punto de vista exclusivamente formal no es posible considerar la aplicación de este artículo cuando no conste la finalidad de tráfico de drogas, resultando en ese caso sólo punible la tenencia ilícita de drogas. Por ello deben analizarse siempre los elementos que constituyen la agravación, ya comentados.
- La agravación tiene su razón de ser en que el bien jurídico protegido se pone en peligro de manera más intensa, en la medida en que se utiliza el montaje de un negocio con apariencia lícita, sirviéndose del mismo para realizar esta actividad ilícita de tráfico de drogas. Así, por un lado, se encuentra el desarrollo de una actividad permitida oportunamente con fines

de utilidad o esparcimiento, y a su vez, con ese apoyo que representa la aparente legalidad, se realiza esa venta de sustancias estupefacientes. Todo ello supone un mayor reproche en la culpabilidad.

- En el establecimiento debe desarrollarse efectivamente esa actividad de tráfico de drogas, para lo cual debe acreditarse la concurrencia de los elementos del tipo básico, es decir, la tenencia de la sustancia para fomentar, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Pero no sólo eso, sino que también debe probarse que la droga que se posee con ese fin lo es para traficar en el establecimiento concreto. No basta la mera posesión en el local de la droga para aplicar sin más el subtipo agravado, sino que la tenencia de la droga venga determinada porque la actividad del sujeto activo del delito (el autor) es servirse del establecimiento, utilizándolo con la finalidad de distribuir entre terceros las sustancias de tráfico prohibido, de manera que pueda confundirse la actividad lícita, negocio de hostelería, con la actividad ilícita, el tráfico de drogas. Ha declarado el Tribunal Supremo que la cocina de un bar o cualquier otra dependencia del mismo, incluso el propio bar, como lugar donde se guarda o esconde la droga, no constituye establecimiento abierto al público a los efectos agravatorios, siempre que no se difunda, distribuya o realice cualquier transacción, con las personas que tienen libre acceso al mismo, es decir, los clientes (SSTS de 15 de septiembre de 1999 y 5 de abril de 2001).

De lo expuesto se deduce que es la facilidad de ocultar, y por tanto la dificultad de descubrir, el ilícito tráfico de drogas en la combinación con la prestación de los servicios propios de un local de este tipo, en los que entran y salen personas constantemente, que demandan los servicios propios del lugar y en ocasiones también droga, lo que dificulta la identificación de los clientes, quizás vendedores, implicados en ese tráfico de drogas que se realiza de forma o manera subrepticia.

No basta con que la venta se haya realizado en un establecimiento como el que se describe en el supuesto del caso, para aplicar sin más la agravación, por lo que debe siempre constar en los hechos probados que los condenados se aprovechan de las circunstancias para cometer el hecho, es decir, que se aprovechan de las ventajas que les reporta servirse del establecimiento para ejecutar el delito sin riesgo de ser descubiertos, lo que supone un plus en el peligro prohibido por la norma, y por tanto un plus de impunidad, lo que justifica el incremento de la pena.

De acuerdo con lo dicho, la aplicación de esta agravación supone necesariamente que la infraestructura de un local se pone al servicio y como plataforma que sirve de base a la venta o tráfico de drogas, lo cual debe acreditarse en el juicio. No sería de aplicación si sólo se hiciera una venta de manera esporádica, pues en ese caso no podría pensarse en que el local estuviera destinado a esa venta ilegal de manera clandestina, o en los casos en que fueran clientes del local los que efectuaran ventas ilícitas que ignoraban los encargados o empleados.

2. En todos estos supuestos, como ocurre en cualquier proceso penal, lo esencial es que todo quede acreditado en el correspondiente juicio, al que deben comparecer los testigos de cargo o, en su caso, los compradores, pues es en ese momento cuando cobran relevancia las declaraciones de los

testigos, siempre que se practiquen con la publicidad, intermediación y contradicción requeridas, pues en el caso de que algún testigo no comparezca, y sólo declarasen en la instrucción, no son sino medios de investigación sin que puedan considerarse como pruebas, sin perjuicio de que el tribunal las valore de acuerdo con las Doctrinas del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 1995 y de 28 de octubre de 2002 (entre otras muchas), si han sido introducidas en el juicio de manera adecuada (art. 730 de la LECrim.), pues en ese caso el tribunal podría valorarlas, si bien eso no puede ocurrir cuando realmente no se trata de pruebas sumariales. En este sentido, el atestado de la policía, que se integra por una serie de actos de investigación que practica y puede contener fuentes de prueba, es una mera denuncia, por lo que la declaración prestada en la policía no puede ser valorada para servir de base a una sentencia condenatoria, ya que no se han incorporado al sumario, pudiendo ser fuente de prueba, pero no prueba en sí misma, precisando en este caso su incorporación al juicio oral. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en el Pleno de la Sala Segunda de 28 de noviembre de 2006, en la que el Tribunal Supremo establece que las declaraciones prestadas válidamente ante la policía pueden ser objeto de valoración por el tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia (SSTS de 21 de noviembre de 2002 y 26 de julio de 2004).

3. En conclusión, el hecho de que se interviniera por el órgano judicial en el registro realizado una cantidad de droga, cocaína, perteneciente a los condenados, supondría la comisión de un delito del artículo 368 del Código Penal, en cuanto se presume su destino a terceros, pero no permite considerar (porque no existe prueba), que eso fuera una realidad amparada en la realización de las actividades propias del local, pues para ello debe realizarse un principio de prueba de cargo incriminatoria y suficiente en que ampararse, pero no puede servir de base la declaración realizada en la policía por diversas personas, que no declararon en la instrucción y tampoco en el juicio oral, y por tanto no pueden ser tenidas en cuenta para condenar por el subtipo agravado mencionado. En otro caso se vulneraría el principio de presunción de inocencia al servir de base a la sentencia un atestado que no puede ser tenido como medio de prueba apto a esos fines.

Por tanto, el recurso en este sentido en caso de condena debería prosperar y eliminar la aplicación del subtipo agravado mencionado, manteniéndose sólo por el delito del artículo 368 del Código Penal.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 730.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 368 y 369.1.4.º.
- Acuerdo del TS en el Pleno no Jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006.
- SSTC de 23 de febrero de 1995 y 28 de octubre de 2002.
- SSTS de 15 de septiembre de 1999, 5 de abril de 2001, 21 de noviembre de 2002, 26 de julio de 2004 y 29 de junio de 2005.