

DESEMBARCO DE DROGA EN LA PLAYA

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

Palabras clave: desembarco, droga, embarcación, hiperagravación.

ENUNCIADO

En una playa del litoral mediterráneo, se produce el desembarco de gran cantidad de droga, preparada para su carga en varios camiones para su transporte hasta el lugar del destino. Se produce la detención de los transportistas y de quienes realizaban el desembarco; no así de los tripulantes de la embarcación.

La embarcación tiene 8 metros de eslora y 3 metros de manga, con un motor fuera borda de 70 CV. La droga incautada arroja un peso neto de 1.700.675 gramos, con un índice de THC del 12,8 por 100.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿El delito es consumado?
2. ¿Se puede aplicar el subtipo agravado de extrema gravedad por la cantidad de droga incautada del artículo 370.3 del Código Penal?
3. En relación con la pregunta anterior, ¿el buque, con las características expuestas, sirve para la misma agravación indicada del artículo 370.3 del Código Penal?

SOLUCIÓN

1. La posibilidad de forma imperfecta de ejecución en el delito de tráfico de estupefacientes ha sido admitida por la jurisprudencia muy restrictivamente. Es un delito de mera actividad, por lo cual no se requiere el resultado específico; basta el favorecimiento del tráfico para que se entienda consumado. En el caso práctico nos hallamos ante el desembarco de una gran cantidad de droga, preparada para su transporte en camiones, y, en el momento en que se va a producir la carga de la sustancia tóxica, tiene lugar la detención de los transportistas y de los cargadores. La mera posesión puede suponer la consumación del delito, y parece que la posesión existe. Asimismo, hasta el momento del desembarco sí hay favorecimiento, facilitación o promoción del tráfico de estupefacientes. Las palabras que utiliza el artículo 368 del Código Penal son de sentido amplio y tienden a admitir, con suma facilidad, la consumación.

Si se tratare de la remisión por correo de droga, si el destinatario es el receptor o si éste ha participado en el transporte u operaciones de importación, se entiende que el delito de él es consumado. El pacto entre los implicados en el tráfico ayuda también a la configuración de delito como consumado. En este caso, se trata del transporte de la mercancía, que ya ha llegado al lugar donde va a ser cargada, pero no ha llegado a su destino. Si todos los implicados han pactado el transporte de la mercancía y asumen el destino de la misma, todos ellos pudieran ser responsables, a título de coautores del delito del artículo 368 del Código Penal.

Pero el problema radica en considerar este delito como consumado o intentado. Cuando la acción del sujeto no supone un desplazamiento posesorio o territorial de la droga, el delito puede ser intentado; pero cuando la acción, aun no suponiendo un desplazamiento posesorio sí conlleva el territorial, en este caso es consumado. En el caso, la droga no llega a desplazarse territorialmente ni posesoriamente, pues tras el desembarco, e inmediatamente antes del transporte, se produce la detención.

A pesar de que la falta de desplazamiento territorial pudiera dar que pensar que nos hallamos en una forma imperfecta de ejecución del delito, pues faltando la transmisión de la posesión y el desplazamiento territorial, pudiera no existir la consumación, la jurisprudencia, en casos similares, nos dice que «se trata de una operación de tráfico consumada, pues el delito castiga la promoción, favorecimiento y facilitación del consumo de sustancias tóxicas y la realización de actos de transporte y de recepción de la sustancia, supone la consumación».

2. Se trata de saber si los 1.700.675 gramos, con un índice de THC del 12,8 por 100 son cantidad suficiente para la apreciación de la agravante específica del artículo 370 del Código Penal. Toda cantidad que excede de lo considerado como de notoria importancia puede ser de extrema gravedad. La cuestión es dilucidar qué excede de lo notorio para apreciar el artículo 370.3 del Código Penal. Es evidente que la fórmula jurídica empleada por el precepto es ambigua e indeterminada. Afecta a la seguridad jurídica y a la legalidad no decir claramente qué es de extrema gravedad. Por ello, la

jurisprudencia va construyendo los criterios cuantitativos para definir lo que se considera como de notoria importancia y de extrema gravedad. Los Plenos no jurisdiccionales de la Sala de 19 de octubre de 2001 y 25 de noviembre de 2008 modulan el límite cuantitativo: en 500 veces superior a la dosis habitual del consumo medio para la determinación de la notoria importancia y en 1.000 veces superior para definir la extrema gravedad. La extrema gravedad habrá de determinarse cuantitativamente por la multiplicación aritmética que resulte de la operación 1.000 por la cantidad considerada como de notoria importancia (2.500 g. como notoria importancia).

En consecuencia, en este supuesto no es aplicable la hiperagravación del artículo 370.3 del Código Penal, pues sucede que multiplicando 1.700.675 gramos de droga por 1.000 no se llega a lo considerado como de extrema gravedad, porque sería la resultante de superar 1.000 por 2.500.

3. Si no nos sirve la cantidad de droga para apreciar la extrema gravedad ¿nos sirve la embarcación descrita a los efectos del artículo 370.3? Debe observarse que el precepto utiliza «o» en su expresión conjuntiva, tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004; por tanto, baste al tipo penal agravado que se trate de un buque para que se pueda aplicar el tipo hiperagravado. Se entiende por «buque» a estos efectos «todo objeto flotante, simétrico con respecto a un plano longitudinal-vertical, y que, dotado de unas cualidades variables de flotabilidad, estabilidad, solidez, estanqueidad y capacidades de avance, gobierno y evolución, sirve para surcar las aguas». La embarcación usada tiene «8 metros de eslora y 3 metros de manga, con un motor fuera borda de 70 CV». ¿Reúne los requisitos exigidos en el artículo 370 del Código Penal? La agravación está reservada para las embarcaciones con propulsión propia o eólica, con cubierta con capacidad para transportar la droga y adecuada configuración para la travesía por el agua. Se excluyen de la consideración de buques las lanchas motoras semidirigidas que, al carecer de cubierta, no son adecuadas para una travesía de entidad por el agua. Si solo se considera como buque lo grande o importante en dimensión o capacidad, resultaría que la embarcación más pequeña, que es la usualmente utilizada, no podría ser considerada nunca como objeto de la agravación del artículo 370.3 del Código Penal, con lo cual el precepto 370.3 quedaría vacío de contenido en muchos desembarcos en playas, sin posible acceso para el buque así considerado. Pero le ocurre a este tipo penal agravado como le sucede al concepto de extrema gravedad. La indeterminación obliga a la jurisprudencia a definir qué debe entenderse por buque a los efectos agravatorios. La reforma de la Ley Orgánica 15/2003 permite la alternativa cuantitativo-embarcación. No es que solo lo cuantitativo se deba tener en cuenta a la hora de definir la agravación. También nos basta un buque para la hiperagravación. Ya la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005, de 31 de marzo, advierte de que la conjunción «o» del precepto significa la alternativa de cualquiera de ellas (extrema gravedad o buque), aisladamente consideradas, para la hiperagravación (algo ya consolidado en la jurisprudencia actual).

Por ello, porque no toda embarcación puede ser considerada buque es por lo que la jurisprudencia delimita qué es embarcación o qué es buque; pues el tipo penal del artículo 37 supone un plus de antijuridicidad que debe aplicarse más como excepción que como norma. Y en la línea de la adecuada interpretación que ha de darse al precepto, la jurisprudencia, en el plenario no jurisdiccional de la Sala de 25 de noviembre de 2008 dice literalmente en cuanto al concepto de buque del artículo 370.3 del Código Penal:

«No cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de buque. La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión eólica o propia y, al menos una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semidirigidas que, al carecer de cubierta, no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad.»

En consecuencia, no parece que una embarcación como la descrita pueda ser considerada «buque», no pudiendo aplicarse tampoco el tipo agravado del artículo 370.3 del Código Penal.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 368 y 370.3.º.
- Circular 2/2005, de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado.
- SSTS 2108/1993, de 27 de septiembre, 383/1994, de 23 de febrero, 947/1994, de 5 de mayo, 1226/1994, de 9 de septiembre, 1567/1994, de 12 de septiembre, 357/1996, de 23 de abril, 162/1997, de 12 de febrero, 887/1997, de 21 de junio, 931/1998, de 8 de julio, 1000/1999, de 21 de julio, 1265/2002, de 1 de julio, 658/2007, de 3 de julio, 631/2007, de 4 de julio, 789/2007, de 2 de octubre, 45/2008, de 29 de enero, 53/2008, de 30 de enero, 75/2008, de 3 de abril, 576/2008, de 24 de septiembre y 598/2008, de 3 de octubre.