

TIPOS AGRAVADOS EN EL TRÁFICO DE DROGAS POR INTRODUCCIÓN DE SUSTANCIAS ILEGALES EN TERRITORIO NACIONAL

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal

Palabras clave: tráfico de drogas, tipos agravados, introducción de drogas en territorio nacional, notoria importancia, falsificación de documento público.

ENUNCIADO

Marco, súbdito brasileño, llega al territorio español procedente de Brasil, en el vuelo de la compañía XXX el 15 de enero de 2008, pasando los correspondientes controles aduaneros y dirigiéndose a un apartamento que tenía previamente alquilado para sus esporádicos viajes a España. Una vez que llega al mismo, comienza a expulsar de su organismo, diversos cuerpos cilíndricos que contenían cocaína. En la madrugada del 16 de enero de 2008 llega al mencionado apartamento la novia de Marco, de nombre Mónica, que lo encuentra echado sobre la cama del dormitorio, víctima de fuertes dolores intestinales, confesándole en ese momento que aun quedaban en su intestino una veintena de dichos cilindros que no conseguía expulsar, por lo que Mónica procedió de inmediato a dar aviso telefónico a los servicios sanitarios los cuales se personaron en el lugar de los hechos junto con efectivos policiales, que procedieron a recoger del apartamento de Marco 40 cilindros que ya había expulsado. Durante la intervención quirúrgica, se recuperaron otros 18 cilindros. El total de la droga intervenida ascendía a 725 gramos, con una pureza del 72 por 100.

Entre los efectos intervenidos a Marco, además de su pasaporte, había otro español a su nombre y con su fotografía, no siendo este el que había utilizado para entrar en el territorio nacional.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Delitos cometidos por Marco y calificación jurídica.

SOLUCIÓN

Dos son los delitos que podemos apreciar de los hechos descritos en el relato fáctico, comencemos por el primero de ellos.

El hecho de que Marco portara en el interior de su organismo 68 cuerpos cilíndricos conteniendo cocaína, con un peso de 725 gramos y una pureza del 72 por 100, procedente de Brasil, es claro que nos indica la existencia de un delito contra la salud pública tipificado en el artículo 368, inciso primero del Código Penal. No hay duda de que la cocaína está considerada como una sustancia que causa grave daño a la salud y como tal está incurso en las listas I y IV de la Convención Única de 30 de marzo de 1961, ratificada por España mediante instrucción de 3 de febrero de 1966, que posteriormente fue enmendada en 1981, quedando plasmado en la Convención Única de ese año, recogida por España por orden de 11 de marzo de 1981. El problema se suscita a la hora de determinar las posibles agravaciones que el tipo básico pudiera contener. En primer lugar hay que examinar la posible aplicación del número 6 del artículo 369 del Código Penal, esto es, que «fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a las que se refiere el artículo anterior»; por tanto, habrá de determinarse si la cantidad de la cocaína intervenida supera los umbrales que tiene establecida la jurisprudencia del Tribunal Supremo para merecer tal consideración. En tal sentido, el criterio jurisprudencial, como es sabido, a la hora de valorar el concepto de notoria importancia, se sustenta en parámetros cuantitativos a la par que cualitativos, es decir, habrá de valorarse no solo la cantidad de la sustancia intervenida, sino también la pureza y mezclas que conlleven, siempre que las mismas no sean perjudiciales para la salud.

El acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001 establece como frontera, respecto a la cocaína, entre lo que debe o no considerarse como notoria importancia, la cantidad de 750 gramos, por lo que obviamente la cantidad transportada por Marco no alcanza dicha cantidad, ya que los 725 gramos con una pureza del 72 por 100 suponen 522 gramos, por lo que no es de aplicación el apartado 6 del artículo 369 del Código Penal.

Más problemas jurídicos presenta la posible aplicación del número 10 del referido artículo 369 del Código Penal, el cual establece como circunstancia agravatoria, que «el culpable introdujere o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas». Estamos ante unas circunstancias, como la que hemos examinado anteriormente, que supone una mayor antijuricidad en la conducta desplegada por el sujeto activo del delito, y a la que el legislador responde con una importante exasperación punitiva. Como en todos los casos en que el Código Penal sanciona determinadas conductas con penas importantes, los Tribunales, blandiendo el estandarte del principio de proporcionalidad, tratan de matizar y ajustar los casos en que dicha punición agravada debe de ser apreciada.

El caso que se nos plantea no es nuevo, y durante muchos años, en los casos como el que nos estamos refiriendo, se venía castigando junto el delito contra la salud pública, el delito de contrabando de conformidad con lo establecido en el artículo 2.º 3 a) de la Ley Orgánica 12/1995. La aplicación

conjunta de ambos delitos, sufrió los avatares de los cambios jurisprudenciales, y así, en un primer momento ambos delitos se castigaban en régimen de concurso ideal, con la exasperación punitiva que ello conllevaba, y quizás por ello, el criterio jurisprudencial se modificó a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1997, entendiéndose que nos encontrábamos ante un concurso de normas a resolver de conformidad con lo establecido en el artículo 8.º 3 del Código Penal, por lo que el precepto más amplio venía a consumir al menos amplio. La cuestión parecía solventada, si bien la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, al introducir el número 10 en el artículo 369, volvía a recuperar la problemática. Así se puede entender que la aparición del número 10 en el artículo 369 venía a actualizar toda la jurisprudencia que se había consolidado respecto al delito de contrabando; sin embargo, el Tribunal Supremo ha señalado que nos encontramos ante dos cuestiones distintas, ya que la normativa respecto al contrabando venía a proteger el bien jurídico constituido por la defensa de la Hacienda Pública o el Erario Público, teniendo como último fin, la protección de las aduanas, y ello hace que los conceptos empleados por la jurisprudencia en su día al aplicar la normativa de la Ley de Represión del Contrabando, no pueda aplicarse sin más al tipo del que nos estamos ocupando.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1997, y respecto a la interpretación de que debe entenderse por territorio nacional, venía a señalar que «en la figura de importación de estupefacientes el delito queda consumado cuando se ha pasado el control aduanero o cuando, inexistente este, se ha colocado la mercancía en territorio protegido por las barreras aduaneras españolas, siendo posible las formas imperfectas de ejecución cuando se han iniciado las actividades inmediatamente dirigidas al paso de la frontera en la forma antes expuesta, y sin embargo, no se ha producido la introducción en territorio español». Si atendemos a dicho criterio interpretativo, resultaría que la conducta desplegada por Marco, a los efectos de la agravación contemplada en el número 10 del artículo 369 se encuentra consumada (ya que ha traspasado las fronteras de la aduana) y por tanto, es susceptible de aplicación. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha señalado que para la aplicación del subtipo agravado, es necesario un plus de antijuricidad que no se agota con el efectivo traspaso de las fronteras aduaneras, sino que es necesario que haya surgido la efectiva posibilidad de que la sustancia introducida en el territorio nacional haya podido ser puesta en circulación. En ello se diferencia de la interpretación que se hace del artículo 368 del Código Penal, en el que la simple disposición de la droga hace que el tipo se consume, como ya hemos señalado con anterioridad, dada la exasperación punitiva que supone el subtipo agravado, la aplicación del mismo ha de llenar completamente los requisitos establecidos en el mismo.

Una vez resuelta la cuestión de en qué momento hay que entender consumado el subtipo agravado, y evidentemente parece que no es el caso, ya que no ha existido una real posibilidad de disposición de la cocaína, ya que durante la expulsión de la misma es cuando Marco comienza a sentirse mal, lo que requiere la inmediata presencia de los servicios sanitarios y de la policía nacional; habrá de valorarse la posibilidad de penar el subtipo en grado de tentativa. El tipo básico contemplado en el artículo 368 del Código Penal establece en los casos de sustancias que produzcan un grave daño a la salud, el arco punitivo de 3 a 9 años de prisión y multa del tanto al triplo del valor de la droga. Por su parte, el artículo 369 del Código Penal establece las penas superiores en grado, esto es, de 9 a 13 años y 6 meses, que en el caso de tentativa se podría bajar la pena en uno o dos grados, de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del Código Penal. Ello ha hecho que el Tribunal Supremo haya

entendido que procede aplicar la pena del tipo básico con un límite máximo del que procediera bajar en dos grados la pena del subtipo agravado, y la pena máxima para el subtipo agravado atenuada en dos grados, no podría exceder de 4 años y 6 meses de prisión. Como hemos dicho, el subtipo agravado, por aplicación de lo establecido en el artículo 70 del Código Penal llevaría aparejada una pena de 9 años a 13 años y 6 meses; la pena inferior en un grado sería de 4 años y 6 meses a 9 años, y el siguiente grado de atenuación abarcaría de 2 años y 3 meses a 4 años y 6 meses de prisión.

Respecto a la segunda cuestión planteada, esto es, la intervención a Marco entre sus efectos personales de un pasaporte español falso, y que no había sido el utilizado para entrar en el territorio nacional, señalar que el Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998, acordó que era atípico el uso en España de un documento de identidad u oficial falsificado en el extranjero, salvo que el mismo se presentare en juicio o se usare para perjudicar a otro, todo ello, de conformidad con la interpretación que había que dar al artículo 393 del Código Penal, tal criterio fue seguido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2001. Sin embargo, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2007, tal interpretación debe entenderse superada debido a las obligaciones que ha adquirido España en el plano internacional. Así, una lectura del artículo 23.3.º f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lleva a la conclusión de que con la falsificación de un documento de identidad, siempre quedan afectados los intereses del Estado español, todo ello derivado en virtud de las obligaciones surgidas del artículo 6.º del Convenio de Schengen. Por ello, si Marco hubiera hecho uso del documento de identidad falso para entrar en el territorio nacional esta sería la doctrina a aplicar en cuanto a la competencia de los Tribunales Españoles para conocer de dicho delito. La duda que surge es si al no haberlo usado, o no constar su uso en el momento de su intervención, la conducta es o no impune.

La lógica parece decirnos que el documento falso ha sido manipulado en el extranjero, ya que Marco acababa de entrar en el territorio nacional; pero es obvio, que la presencia de su foto en el mismo ya supone una eficaz participación del mismo en la falsificación lo que hay que considerar como una cooperación al delito; por ello, aunque el delito se haya cometido en el extranjero, a Marco no habría que considerarle solo como potencial autor de un uso de un documento de identidad falso, sino como coautor del mismo y por tanto le sería de aplicación el artículo 392 del Código Penal, y afectando dicho delito a los intereses del Estado Español en cuanto a la necesidad de una correcta identificación de las personas que entran en su territorio los Tribunales Españoles serían los competentes para el conocimiento del mismo.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 62, 70, 368, 369.6.º y 10.º, 392 y 393.
- SSTS de 18 de julio y 1 de diciembre de 1997, 10 de febrero de 2001 y 12 de septiembre de 2007.