

## LA PRUEBA PERICIAL EN EL TRÁFICO DE DROGAS. ATENTADO Y SUBTIPOS AGRAVADOS

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO

*Fiscal*

**Palabras clave:** reparación del daño, tráfico de drogas, atentado, prueba pericial y su impugnación.

### ENUNCIADO

Un policía municipal registra un vehículo, en cuyo interior se hallan dos personas en actitud sospechosa. El agente se introduce por la ventanilla del coche cuando ambos usuarios están manipulando una bolsa de plástico.

El conductor del vehículo arranca inopinadamente, arrastrando al policía unos metros. Como no consigue apartarlo, sigue, dando volantazos, acelerando y frenando con movimientos bruscos, hasta que, en un momento determinado, cae el municipal sobre el asfalto, alejándose el coche a gran velocidad.

Trascurrido un tiempo, el coche es detenido por el control policial pertinente. En el interior del mismo se encuentra la bolsa de plástico, en cuyo interior hay cocaína, con un peso en bruto de 554,10 gramos, con pureza del 81.8 por 100, siendo el peso neto de 453,25.

Celebrado el juicio uno de los dos imputados, es condenado por tráfico de drogas y atentado. Se le impone la pena de cuatro años de prisión por el primer delito, y por el segundo, no se aplica el subtipo agravado del atentado con medio peligroso, pues el agente solo tuvo heridas leves y el lugar donde se efectuaban las maniobras estaba expedito, libre de cualquier obstáculo que hubiere podido producir un grave peligro para la vida o integridad de la persona, como lo pone de relieve la escasa entidad de las lesiones padecidas.

El condenado no impugnó el dictamen pericial ni solicitó la contradicción en la vista. Además, se aportaron fotocopias del mismo. No obstante, el otro acusado absuelto sí impugnó la pericia y

pidió la comparecencia del perito al acto de la vista para contradicción. El perito no acudió a la vista, a pesar de haber sido citado.

Cuando el Fiscal califica pide una indemnización al agente de 2.000 euros, que el acusado condenado consigna previamente al desarrollo de la vista oral.

#### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿La consignación del dinero por el condenado le permite solicitar la atenuante de reparación del daño por el delito de atentado?
2. La pena impuesta es la correcta a la vista de lo dispuesto en el artículo 66.6 del Código Penal?
3. ¿Es susceptible la aplicación del subtipo agravado en el atentado?
4. Puede en casación, de recurrirse la sentencia por el condenado, alegarse o impugnarse la pericia, alegando quiebra del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, habida cuenta que, si bien él no hizo la impugnación en momento oportuno, sí lo hizo el otro acusado absuelto?

### **SOLUCIÓN**

1. Sabemos que la atenuante de reparación del daño, para que opere con trascendencia penal, requiere que el acusado, antes del juicio oral o en cualquier momento del procedimiento (y se refiere por tal también el de las diligencias policiales o previas penales) intente o disminuya los efectos del delito o repare (por ejemplo, pagando) el daño ocasionado a la víctima (art. 21.5 del CP). Es una circunstancia atenuatoria de la responsabilidad penal que tiene su fundamento en razones de política criminal. Se pretende la satisfacción a la víctima antes que la represión al delincuente, y se busca algún tipo de colaboración del infractor que resulte después «premiada».

Los principios de proporcionalidad y de prevención especial o general están presentes en la imposición de toda pena.

En el caso se consigna una cantidad de dinero equivalente a la responsabilidad civil del autor por el hecho cometido contra el agente. Pero hay que distinguir entre la reparación por pago de cantidades por el atentado y lo mismo por las lesiones. He aquí la cuestión esencial. El bien jurídico protegido por el delito de atentado es la autoridad y los dos mil euros son por las lesiones (bien jurídico distinto: la integridad o la vida del agente). En consecuencia, no opera la atenuante respecto del atentado y, en todo caso, puede aplicarse a la falta de lesiones del artículo 617.1 del Código Penal. La sutileza está en la relación entre el pago y la falta de lesiones de donde deriva esa obligación de pago, porque se repara el daño producido por la lesión, no el daño del atentado cometido.

2. En cuanto a la pena, el tribunal se supone que ha impuesto al condenado la pena de cuatro años de prisión por un delito contra la salud pública del artículo 368, con pena base de tres a nueve años (hacemos abstracción de la multa que contempla el precepto). Por tanto, estamos en la mitad inferior de la pena base indicada.

La droga incautada tiene un peso neto de 453,25 gramos, y se trata de cocaína, sustancia que causa grave daño a la salud.

Como el caso no dice nada de circunstancias modificativas de responsabilidad y ya hemos dicho que la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal no es aplicable, tomaremos como referencia positiva el artículo 66.6 del texto legal. En virtud de este artículo citado, la pena se puede recorrer en toda su extensión, sin más criterio de imposición que atender a la «gravedad del hecho» y a las «circunstancias personales del delincuente».

La cantidad neta es importante (453,25 gramos), la trascendencia de la cantidad nos permite preguntarnos si debe aplicarse la notoria importancia del artículo 369.1.6, porque, en este caso, la pena habría sido impuesta erróneamente y tendríamos en cuenta el artículo 66.6 partiendo de la pena mitad superior, pues así lo exige la agravante específica del 369.1.5 del Código Penal. Y la mitad superior entre 3 y 9 años, sería de entre 6 y 9 años, de tal suerte que la pena de 4 sería incorrecta.

Ahora bien, descartando que sea aplicable la agravante específica de notoria importancia y circunscribiéndonos al margen de entre 3 y 6 años (mitad inferior), la pena de 4 parece ajustado a derecho, si las circunstancias personales del culpable no son tenidas en cuenta y tan solo se atiende a la gravedad del hecho por la droga y su importante cantidad.

Pues bien, parece que la pena está bien impuesta porque el peso neto indicado en la caso práctico no alcanza al mínimo que exige el Tribunal Supremo a fecha de hoy, pues tras el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala, de 19 de octubre 2001, se estableció, a efectos de considerar peso neto susceptible de notoria importancia en drogas, la cantidad de 750 gramos. De 3 a 6 años, mitad inferior, es el margen adecuado de pena, por aplicación del artículo 66.6 del Código Penal. Si no hay circunstancias personales significativas en el delincuente y atendemos a la gravedad del hecho simplemente, 4 años son una pena correcta.

3. No se discute si el hecho es resistencia o atentado. Se da por sentado que el hecho, en abstracto es peligroso; que hubo una oposición activa; que hubo posición activa en el sujeto. Parece claro que se atenta contra la autoridad por los medios, modos o formas de acción. Ahora bien, la cuestión estriba en quedarnos con el tipo básico de atentado del artículo 550, o ir más allá, hasta el artículo 552.1 del Código Penal. Es verdad que las lesiones son leves y es verdad, asimismo, que, donde se producían los hechos, había una zona libre de obstáculos que permitía maniobrar con un riesgo menor para la vida o la integridad del agente. Es cierto que la escasa entidad de la lesión indica precisamente que ese riesgo pudo ser leve. También parece que las acciones evasivas del conductor no tiene otra intención que la de escapar y provocar que el policía se suelte del vehículo.

La jurisprudencia pone el acento en el medio peligroso, no en el resultado de la acción. Por tanto, hacer depender el subtipo penal del resultado es un error. Lo importante es que el coche es medio idóneo para aumentar el peligro de la acción desplegada. Se separa el objeto de la intención o del resultado. Importa la capacidad abstracta para lesionar, e importa que el coche, objetivamente considerado, sea medio peligroso.

Bien es verdad que el caso parece dar a entender que el automóvil se está utilizando para huir, no como medio para quitarse de encima al policía. Pero la descripción de los hechos, las conductas evasivas, los volantazos, los acelerones, etc., todo parece indicar que la intención es, no solo huir sino huir quitándose de encima al agente.

Convengamos pues en la necesidad de apreciar la agravante específica de medio peligroso del artículo 552.1.ª del Código Penal.

4. Tratamos aquí, para finalizar el caso, un supuesto peculiar. Tan solo uno de los acusados plantea la impugnación de la pericia y quiere que el perito comparezca en la vista para contradecir su informe. El otro, el condenado, no dice nada, no impugna, no pide la comparecencia del testigo, y no alega nada acerca de que lo aportado a la causa sean fotocopias del informe pericial.

Sabemos que la condición de funcionarios de los peritos, cuando no se impugna su informe, le da a la pericia cierta autenticidad y objetividad. Son miembros de organismos públicos del Estado que, por tal razón, tienen amparo de objetividad, y si nadie cuestiona los informes es porque se acepta la objetividad de su pericia.

Pero resulta que la vulneración de derechos constitucionales la puede alegar cualquiera y el condenado puede recurrir en casación, por ejemplo, invocando la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías constitucionales, por falta de declaración del perito (prueba al fin y al cabo propuesta), por falta de comparecencia a la vista y, en conclusión, por ausencia de una contradicción; habida cuenta de que, independientemente de que él pidiera esas prueba o no impugnara la misma, la vulneración de esa garantía constitucional le afecta, ya que de declararse dicha vulneración, la pericia no se puede tener en cuenta, careciendo de soporte probatorio el tráfico de drogas por el que se le condenó.

Es jurisprudencia constante que en el juicio se contradice y que todas las partes tienen que estar informadas del todo para poder, en igualdad de condiciones o de armas procesales, actuar. Si se admitiera la impugnación de la pericia en casación, el Tribunal Supremo podría, *ex novo*, conocer lo que no puede, precisamente por ser *ex novo*, conocer la otra parte o el Ministerio Fiscal, en la instancia inferior. La admisión de cuestiones nuevas en la instancia superior deja a las demás partes sin capacidad de alegar o cuestionar. Decir que el hecho relevante le afecta y que por ser constitucional lo puede invocar en casación no es criterio bastante porque los demás también verían vulnerados sus derechos constitucionales. Debió impugnar cuando pudo; su pasividad no puede beneficiarle en detrimento de los que sí actuaron conforme a derecho en el momento procesal pertinente. El recu-

rente, con su inacción, consciente o inconsciente, impidió el planteamiento de las cuestiones nuevas, unánimemente inadmitidas por la jurisprudencia del Alto Tribunal.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.5, 66.6, 368, 369.1, 550, 552.1 y 617.1.
- SSTS 1065/2001, de 13 de junio; 393/2003, de 14 de marzo, 192/2006, de 1 de febrero, 1288/2006, de 11 de diciembre, de 18 de marzo de 2000 y 22 de diciembre de 2001.