

CONFESIÓN. DECOMISO DE VEHÍCULO EN EL TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDENCIA

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

Palabras clave: atenuante de confesión, agravante de reincidencia, decomiso y tráfico de drogas.

ENUNCIADO

Una persona, ya condenada con anterioridad por traficar con drogas, en Sentencia de 2 de febrero de 2002, a la pena de tres años de prisión, el 2 de febrero de 2006 utiliza el vehículo de su propiedad para desplazarse hasta diferentes lugares y vender droga. Utiliza el vehículo como medio idóneo para el tráfico de la droga; la cual se halla encima del asiento del conductor, a la vista de los compradores; no existiendo compartimento alguno para su ocultación. Los consumidores acuden al vehículo y reciben las dosis correspondientes previo pago.

Este ilícito proceder era sospechado por la policía quien, desde hacía tiempo, procedía a vigilar a la referida persona.

Fue detenida traficando con droga dentro de su coche y, tras la confesión de sus ilícitas actividades, facilitó el registro de su domicilio y espontáneamente proporcionó nombre de otros sujetos implicados o relacionados con él en este mundo delictivo de tráfico de estupefacientes.

No obstante la identificación y detención de los colaboradores, fueron absueltos por insuficiencia probatoria. Al conductor del vehículo lo condenaron por tráfico de estupefacientes; pero no se le aplicó la atenuante de confesión, sí la analógica de colaboración con la justicia; además le decomisaron el vehículo.

También le fue aplicada la reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal por una Sentencia de 22 de junio de 2003, sin que constara en la causa la fecha de extinción ni el tiempo de prisión preventiva, aumentándose el importe de la multa hasta el triple del valor de la droga.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Es correcta la sentencia que no aplica la atenuante de confesión del artículo 21.5.^a del Código Penal?
2. ¿Ha sido adecuada a derecho la decisión de decomiso del vehículo?
3. Faltando los datos indicados en el caso, ¿es posible la aplicación de la agravante de reincidencia?

SOLUCIÓN

1. Se advierte en la narración de los hechos que el autor quiere colaborar con la justicia y con la policía. Confiesa los hechos, permite espontáneamente el registro de su domicilio y proporciona nombres de otras personas que, como él, se dedican a tales actividades. Colaboración inane desde la perspectiva de la condena, pues las precitadas personas son absueltas por falta de pruebas.

Expuestos así, sucintamente, los datos de la atenuante pretendida no se le aplica la atenuante de confesión del artículo 21.4.^o del Código Penal. Parece que se actúa por un factor subjetivo de arrepentimiento o contrición. Cronológicamente el tipo requiere que la actuación del sujeto sea anterior a la apertura del procedimiento judicial, entendiéndose por procedimiento judicial las diligencias policiales, pues la jurisprudencia asume que forman parte de la actividad judicial en sentido amplio.

Cuando la confesión se produce, ya conocido el delito e identificada la persona, no tiene virtualidad la atenuante, pues el comportamiento carece de auxilio a la investigación. No por decir lo que dijo ni por hacer lo que hizo se auxilió a la policía y, por ende, a la justicia en la averiguación del hecho. El sujeto estaba siendo investigado y el registro domiciliario sería una consecuencia lógica de la investigación tras la detención, con la anuencia del titular de la vivienda o la pertinente autorización judicial.

De todas formas algo de interés penal tendrá la facilitación de datos de otras personas responsables de actividades ilícitas semejantes y la confesión espontánea, pero no de la atenuante genérica del artículo 21.4.^o del Código Penal. Puede ser atendida la circunstancia analógica del artículo 21.6.^o con relación al 4.^o, porque en este tipo de atenuantes por analogía, donde en razones de política criminal encuentran su acomodo, la confesión o colaboración presenta semejanzas con la atenuante genérica excluida. El reconocimiento de hechos y la identificación de personas guarda parecido con

lo que pretende el artículo 21.4.º. Para que la analogía sea aplicada (en la línea de lo admitido por la jurisprudencia), la estructura de la analogía coparticipa de la estructura, en términos amplios, de la genérica atenuante. La falta de esos elementos esenciales impediría su consideración. Pero esa semejanza de estructura no supone identidad sino similitud con la atenuante genérica, como no puede admitirse que la falta total de simetría permita atenuantes incompletas no previstas en la norma.

Es, por tanto, correcto decir que la inaplicabilidad de la atenuante genérica debe compensarse, por razones de política criminal, con la analógica del artículo 21.6.º en relación con el 21.4.º.

A pesar de que hubiese mantenido la versión durante todo el procedimiento, diciendo siempre lo mismo, aunque la confesión se realizara ante la autoridad competente y se demuestre cierta, y de que el confesante sea el culpable; no obstante todo lo anterior, (exigido por la jurisprudencia para la apreciación de dicha atenuante genérica), falta el elemento cronológico, por cuanto ya se había iniciado la investigación de los hechos, siendo intrascendente, en la nueva consideración jurídica de esta atenuante, los motivos personales que le llevaran a la confesión, si se fundamenta en consideraciones de arrepentimiento o morales de cualquier tipo. Lo que se busca es la ventaja ante el hecho ya investigado y la detención en el lugar cometiendo el delito.

2. Nos preguntamos ahora si el decomiso del vehículo fue o no acertado.

El artículo 127 del Código Penal está en relación con el 374. Se decomisarán los instrumentos del delito. Pero tal decomiso se pondera en función de lo especificado en el artículo 128. O sea, que cuando haya proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal y no se hayan satisfecho todas las responsabilidades civiles derivadas del ilícito penal, el decomiso se podrá acordar. Dicho de otra manera, como quiera que en el nuevo Código Penal de 1995 el decomiso no es una pena accesoria (a diferencia de lo que establecía el CP de 1973) sino una consecuencia accesoria de determinados delitos, no es preceptiva la aplicación del 127 o del 371. No es obligatorio el decomiso siempre que se produzca el delito de tráfico de drogas. Lo será en la medida en que se den los requisitos previstos para ello. A saber: que hayan sido instrumento del delito (para la comisión del delito), o provengan de los mismos, así como las ganancias obtenidas; con la excepción de que pertenezcan a un tercero rebuena fe no responsable penal del delito, habiéndolos adquirido legalmente.

El vehículo decomisado, que es un instrumento o un medio o el útil, si es lo que se emplea para la comisión de la infracción, puede ser decomisado. Esto, aparentemente fácil de entender, en el caso práctico tiene unas connotaciones semánticas que precisan su definición, para así concluir en lo acertado o desacertado de la consecuencia accesoria impuesta. El uso del vehículo para el transporte de la droga es un complemento accesorio incuestionable. Si bien, cuando la droga puede ser transportada sin necesidad del vehículo (por ejemplo, por su escasa entidad); cuando en el vehículo no hay compartimento alguno donde esconderla; cuando, como se relata en el caso, la droga permanece encima del asiento del acompañante del conductor, a simple vista; cuando se dan estos supuestos, aun trasportándose la droga en el coche, el transporte no es esencial ni insustituible como método para traficar. Por ello, la falta de proporcionalidad que exige el artículo 128 del Código Penal, y la ausen-

cia del carácter preceptivo del comiso (ya indicado), excluye la aplicación automática de esta consecuencia accesoria y nos permite manifestar que puede haber sido impuesta erróneamente.

3. Respecto a la agravante de reincidencia, dice el caso: «También le fue aplicada la reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal por una Sentencia de 22 de junio de 2003, sin que constara en la causa la fecha de extinción ni el tiempo de prisión preventiva, aumentándose el importe de la multa hasta el triple del valor de la droga».

Faltando los datos precedentes nos falta el *dies a quo*, base o referencia del inicio del cómputo exigido legalmente. Se desconoce el cómputo de la posible prisión preventiva, que conforme a los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede llegar hasta los dos años.

El término rehabilitador establecido en el artículo 136 del Código Penal de tres años después de extinguida la condena no puede calcularse, atendido lo que indica el caso, pues es inespecífica la referencia al hecho por el que fue condenado con anterioridad el sujeto traficante. Nos limitamos a señalar en el supuesto que la Sentencia es de 2 de febrero de 2002, la pena impuesta de tres años y la comisión de los nuevos hechos el 2 de febrero de 2006. Por consiguiente, los tres años de rehabilitación previstos en el artículo 136 para la pena de la Sentencia de 2002 (menos grave, art. 33.3 CP), a falta de la referencia de extinción de la pena impuesta (otros tres años) y a falta del cómputo de la preventiva sufrida, impiden interpretar el precepto de la reincidencia en perjuicio del reo. Y si bien pareciera que sumando a la fecha de la sentencia base (2002) el cumplimiento de la pena impuesta (tres años), aun descontando la preventiva, la firmeza de la sentencia que no consta, más los tres años necesarios para la rehabilitación, superarían con creces la fecha del nuevo delito (2006), con lo que, de haberse hecho constar la firmeza de la sentencia, probablemente operaría la reincidencia del artículo 22.8.º del Código Penal. Faltando, en consecuencia, ese dato la agravante de reincidencia ha sido impuesta erróneamente.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 503 y 504.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.4 y 6, 22.8, 33.3, 127, 136 y 371.
- STC 75/1987, de 25 de mayo.
- SSTS de 27 de marzo y 20 de diciembre de 1983, 15 de marzo de 1989, 30 de marzo de 1990, 31 de enero de 1995, 27 de septiembre y 30 de noviembre de 1996, 22 de enero, 30 de mayo y 20 de octubre de 1997, 13 de julio de 1998, 5 y 7 de enero y 17 de septiembre de 1999, 31 de enero y 6 de marzo de 2001, 7 de junio de 2002, 27 de enero, 20 de febrero, 12 y 17 de marzo y 2 de abril de 2003, 2 de abril de 2004, 19 de octubre y 23 de noviembre de 2005, 22 de febrero y 31 de noviembre de 2006 y 28 de febrero de 2007.