

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

El 25 de junio de 2002, se monta un servicio especial de vigilancia, en prevención de posible tráfico de estupefacientes, por zona previamente concertada, presumiblemente de las identificadas como lugares de adquisición de drogas. A las 13 horas del día indicado, la Guardia Civil detecta la presencia de un vehículo sospechoso y hace señales al conductor para que pare. Luis Francisco Benítez Gómez se aproximó, lentamente, hasta el lugar donde se suponía que debía parar el vehículo; pero cuando más próximo a los agentes de la autoridad se hallaba, realizando una maniobra brusca y peligrosa para la integridad de uno de los agentes que hubo de lanzarse a la cuneta, aceleró intentando huir, sin conseguirlo, al ser detenido, circulando a gran velocidad varios cientos de metros más allá. El agente no resultó lesionado, tan sólo tuvo daños en su uniforme.

Practicado el registro correspondiente: en un bolsillo se encontraron 110 pastillas de las denominadas éxtasis, con peso de 21,56 g, con pureza de producto de 33 por 100. Asimismo era portador de una pistola de aire comprimido, de calibre 6 mm, apta para el disparo de bolas de plástico.

Luis Francisco se hallaba en un centro de desintoxicación, por contrastado consumo de sustancias estupefacientes, indicándolo así los testigos en la vista y la pericial practicada.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. La cantidad de droga es determinante de la existencia preordenada al tráfico. Es un criterio esencial único.
2. Hay delito de atentado sin lesiones.
3. Agravantes específicas. Especial consideración del vehículo como medio peligroso y de las armas.
4. Delito de tenencia ilícita de armas o no.

• **SOLUCIÓN:**

1. Por la cantidad de droga incautada y mediante la aplicación sistemática del artículo 368 del Código Penal (CP), pareciera que los 21,66 gramos, en sus 110 pastillas de éxtasis, son cantidad suficiente para inferir la preordenación al tráfico. No se puede modificar el tipo objetivo, y no se puede confundir la verdadera naturaleza del tráfico ilegal de estupefacientes. El tipo penal no castiga la mera tenencia, sino

la tenencia para el tráfico, y no se puede inferir, sin más, que la tenencia es para traficar por la cantidad, pues supondría el quebrantamiento de la seguridad jurídica y del principio de legalidad. Ya la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5 de marzo de 1993, nos recuerda la necesidad de «excluir la aplicación automática del tipo penal, cada vez que se comprueba la existencia de un cantidad más o menos establecida por la jurisprudencia» para apreciar el delito de tráfico de estupefacientes. Cierto es que la cantidad excesiva es un dato muy a tener en cuenta, y que si a Luis Francisco se le hubieran ocupado más gramos de los descritos en el relato fáctico, la combinación con otros factores de prueba (testifical, pericial, etc.) habría sido igualmente necesaria para la conclusión final del destino de las pastillas de éxtasis, sin que sea obstáculo compatibilizar el tráfico con la concurrencia de alguna circunstancia atenuante o, incluso, analógica, del artículo 21.1.^a ó 2.^a, en relación con el 20.2.^o del CP. Pero, en fin, la descripción final del supuesto fáctico, con la comparecencia de testigos y las periciales, demostrativos de su dependencia a la droga (que si además lo es al éxtasis es un argumento más a favor de la exculpación por inferencia), unido a la cantidad incautada, refleja la necesidad de absolver por ese posible, derivado (el control) de un acto de comprobación policial pasivo, del cual no se deducen actos propios, por parte de Luis Francisco de favorecimiento, mediante la transmisión, por ejemplo. Por tanto, no se puede valorar el posible tráfico de estupefacientes por el criterio, a veces empleado, del automatismo por la cantidad, cuando ésta resulte poco significativa, en relación con el baremo establecido jurisprudencialmente y haya otra prueba que permita inferir el autoconsumo.

2. La segunda de las cuestiones pretende resolver si la conducta de Luis Francisco cuando se le pide parar por la Guardia Civil es constitutiva del delito de atentado. Luis hace una maniobra brusca y peligrosa. No se describe en los hechos una maniobra evasiva. No hay lesiones en el Guardia Civil, tan sólo daños materiales en su uniforme. Circula a gran velocidad. Utiliza un automóvil en la acción. Lo anterior completa e ilustra sobre el conjunto de elementos a tener en cuenta para resolver las cuestiones que se plantean: ¿la acción es constitutiva de un delito de atentado?, ¿el vehículo es medio adecuado y peligroso a los efectos del artículo 552.1.^a del CP, teniendo en cuenta que el CP de 1973 no contemplaba, en su artículo 232.1.^o la expresión «medio peligroso»?

El nuevo CP contempla la posibilidad del delito de atentado contra agentes de la autoridad. El Código de 1973, en su artículo 232.1.^o sancionaba el atentado contra la autoridad con empleo de armas, sin mencionar el medio peligroso, y sin aplicar este tipo agravado a los agentes de la autoridad, exclusivamente contemplados en el básico artículo 231. Es claro que se puede analizar la conducta de Luis Francisco desde la perspectiva penal de un posible delito de atentado contra los agentes de la autoridad, contemplado en el artículo 550 del nuevo texto penal de 1995. En este tipo penal se emplean las expresiones «acometan», «empleen fuerza», «los intimiden gravemente» ... No se observa alusión alguna a la necesidad de que forma parte del tipo penal la constatación de que el atentado conlleve necesariamente lesiones que demuestren el verdadero interés del autor en acometer por la violencia o la intimidación ejercidas. Un dato importante a tener en cuenta es que el delito de atentado, como tiene reiteradamente señalado la jurisprudencia del TS, se consuma aun cuando el acto de acometimiento no se consume. Esta circunstancia es la que tiene lugar en el comportamiento de Luis Francisco. Puede que su intención inicial de acometimiento no se concretara en el acto definitivo de golpear con el vehículo al agente; pero ya que el delito es de mera actividad, le basta al Derecho Penal con la voluntad inicial; y esto, por lo que se va a decir a continuación, explica definitivamente la mera actividad requerida en el tipo: porque el inicio del acometimiento, sin aparente consumación en el acto, supone una

intimidación grave contemplada en el tipo penal del artículo 550, que permite castigar la conducta del autor como de atentado, por el mero hecho de dar inicio a la acción, generando así en el agente un temor (intimidación grave), racional o fundado, de que si no se aparta podría resultar atropellado.

Por lo que se refiere a si el vehículo puede ser considerado como agravante de medio peligroso, contemplado en el artículo 552.1.^a del CP; admitido que ha sido el delito de atentado realizado por Luis en el apartado anterior, fácil resulta convenir que el vehículo es medio peligroso, aun cuando se diga que es medio de transporte de quien lo conduce. Antes del CP de 1995, no se incluía en el de 1973 «medio peligroso» en el artículo 232, tan sólo se decía «armas». Resultaba, además, que no se contemplaba al agente de la autoridad como sujeto pasivo del delito de atentado con la agravante específica de medio peligroso en el precitado artículo del derogado CP. Con lo cual, ni podía aplicarse la agravante indicada por su inexistencia, ni podía, aun cuando estuviera contemplada en el tipo, imputarse un delito a Luis Francisco de atentado con esta agravante porque los agentes de la autoridad no formaban parte del tipo del artículo 232 del CP de 1973. En consecuencia, ahora no se infringe la prohibición de la analogía a casos no expresamente contemplados, porque el artículo 552.1.^a dice expresamente: «Si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso».

Cuestión distinta pero interconectada es si la pistola (si la consideramos como arma, no como peligroso) incautada a Luis sirve para agravar el delito de atentado, a los efectos que venimos indicando. Queda para el siguiente apartado su consideración o no como arma, a fin de apreciar un delito de tenencia ilícita de armas o no. Por lo que a éste se refiere, es evidente que el no uso de la pistola en la detención de Luis, excluiría su apreciación. Debe existir una relación entre el acometimiento o la intimidación con el uso de la pistola, pues el artículo 552 bien claramente dice: «si la agresión se verificara». No ha existido uso, ni intención de uso; lo único cierto es que se emplea el vehículo para el acometimiento o la intimidación.

3. ¿Una pistola de las características indicadas en el caso práctico puede ser considerada arma a los efectos de aplicación del artículo 563 del CP? La respuesta debe ser no. Lo vamos a argumentar. Es cierto que el artículo 563 es una norma penal en blanco, que debe ser necesariamente completada con el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas. Si nos fijamos en los apartados de este Real Decreto que podrían servir de referencia en la consideración o no de arma de la pistola que portaba Luis Francisco, veremos que los más significativos son: dentro del artículo 4.º, los apartados g) y h). El h) tiene una última cláusula referida a cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas. El g) se refiere a las armas de fuego, de aire u otro gas comprimido, reales o simuladas. Evidentemente, los apartados descritos parecen incluir la pistola de Luis como arma a los efectos del precepto penal. ¡No es así!, e interpretaremos la legalidad inspirados por la jurisprudencia del TS en estos casos. El apartado g) añade, además, «combinadas con armas blancas». El caso práctico en ningún momento señala que, además de la pistola a Luis Francisco se le aprehendieran armas blancas. Por tanto, convenimos, que por lo que al apartado g) del artículo 4.º del Reglamento de Armas se refiere, no ha lugar a considerar la pistola aisladamente como arma, pues le falta el añadido del arma blanca, o armas blancas, que Luis no poseía. Sin embargo, la cláusula genérica expuesta en el otro apartado parece ayudar a la interpretación final definitiva contraria. Y no es así tampoco, porque, como tiene declarada la jurisprudencia para estos casos, se infringe el principio de legalidad, pues no se da uno de los requisitos que permitirían la interpretación extensiva: el de la *lex certa*. Es decir, que para admitir

una aplicación extensiva de la norma se precisa una admisión expresa de reenvío normativo, que no es el caso; también, que la norma penal, además de señalar la pena, contemple el núcleo esencial de la infracción; y, finalmente, que haya certeza, de tal suerte que, al acudir a la norma de referencia, se haga de manera concreta, sin riesgo de que la indefinición impida certeza de lo que se hace. Añadiremos, asimismo, que la indeterminación analógica de la norma administrativa impide aplicar los casos de armas prohibidas más que a los supuestos concretos indicados en el Reglamento de Armas, sin que sean válidas las interpretaciones extensivas, generadoras de una evidente inseguridad jurídica. Sea, en conclusión, rechazable que el arma de Luis Francisco tenga tal consideración; no pudiendo ser autor de un delito de tenencia ilícita de armas.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 368, 550, 552.1.^a y 563.**
- **RD 137/1993 (Rgto. de Armas), art. 4.^o g) y h).**
- **SSTS de 16 de noviembre de 1987, 15 de julio de 1988, 5 de marzo de 1993, 11 de octubre de 1994, 21 de diciembre de 1998 y 8 de marzo y 28 de octubre de 1999.**