

Casto PÁRAMO DE SANTIAGO

Fiscal

• ENUNCIADO:

El día 20 de julio de 2003 HD llegó procedente de Bruselas al aeropuerto de Barajas, transportando una maleta con doble fondo que contenía 14.132 comprimidos de anfetaminas, que pesaban 1.700 gramos y tenía una riqueza media de 50,1 por 100, siendo sorprendido por los funcionarios de la Guardia Civil, a quienes comentó que le esperaba a la salida del aeropuerto una persona a quien debería entregarla. Ingresado en prisión por el Juzgado de Instrucción, se arrepintió de lo hecho e intentó paliarlo, facilitando al Juzgado la información que tenía en su poder sobre las formas de actuación de la organización que le propuso el viaje y el transporte de las pastillas. Realizada la prueba, incluido el informe pericial efectuado por organismo oficial, respecto de la sustancia y su pureza, se celebró juicio oral, al que no comparecieron los peritos, sin que por la defensa se formulara alegación alguna.

• CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Si resulta de aplicación alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.
2. Qué consecuencias tiene la incomparecencia de los peritos al juicio oral para ratificar su informe.

• SOLUCIÓN:

La primera cuestión que se suscita es la posible aplicación de alguna atenuante, ya la contenida en el artículo 21.4.^a (confesión), o la prevista en el artículo 21.5.^a (reparación), o la atenuante analógica que establece el Código Penal (CP) en el artículo 21.6.^a, y si deben serlo con la consideración de cualificada, muy cualificada, o no.

Respecto de la atenuante de confesión ha de suponer no sólo el reconocimiento en la participación en los hechos, sino la facilitación de datos reveladores de naturaleza incriminatoria que puedan orientar la investigación, como identificación de otros implicados, información sobre las particularidades de la droga, claves utilizadas por los implicados. Según el artículo 21.4.^a, es necesario que la confesión ha de proceder «antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él», elemento cronológico de necesaria concurrencia según se desprende del tenor literal del precepto. No obstante el Tribunal Supremo (TS) ha declarado en diversas Sentencias, entre otras, las de 13 de julio y 6 de octubre de 1998, que aunque no concurra en la confesión ese elemento cronológico, porque se produjera cuando existía ya el procedimiento, y se dirigía contra el declarante o confesante, si se

hubieran aportado datos relevantes y útiles para la investigación, puede aplicarse la atenuante por vía analógica, mediante la aplicación del artículo 21.6.^a del CP.

La atenuante recogida en el artículo 21.5.^a aminora la responsabilidad cuando ha procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral. Necesariamente debe integrarse esta atenuante con la actuación del culpable orientada a la reparación disminución de daños ocasionados a las víctimas perjudicadas por la actuación criminal, integrándose con un elemento cronológico determinado por el límite que constituye la celebración del acto del juicio oral. Desde la incoación del procedimiento hasta ese momento procesal que constituye el acto de la vista oral, puede el culpable reparar y realizar ese comportamiento reparador beneficiándose de la atenuación de su responsabilidad. Cualquier otra forma de actuación que constituyera una identificación de personas implicadas o relativa a las cuestiones relacionadas con el hecho delictivo, su perpetración, organización y circunstancias concurrentes, no debería tener encaje por la vía de la atenuante recogida en la Regla 5.^a del artículo 21, ni siquiera por la aplicación de la atenuante analógica.

En el caso que se propone resulta evidente que el comportamiento del detenido no puede tener adecuado encaje en la atenuante de reparación del daño, y ello porque su declaración en ningún caso supuso una reparación del daño, sino que podría ser interesante en relación con el funcionamiento de la organización y el tráfico de pastillas. Es decir, se arrepintió y facilitó información que tenía en su poder. De ahí que sólo debería ser objeto de aplicación la atenuante de confesión, pero eso sí, a través de la atenuante analógica, pues a la vista de lo indicado más arriba, no concurría el elemento cronológico, cuya ausencia y dada la aportación de datos útiles y relevantes para la investigación, sólo permite aplicar la atenuante por la vía del artículo 21.6.^a.

Considerando la aplicación de la mencionada circunstancia. Se debe valorar si su importancia le hace ser considerada como cualificada, muy cualificada, o bien se comportará como una atenuante simple. El TS ha dicho que para que pueda aplicarse con el carácter de muy cualificada una circunstancia atenuante, debe tener una intensidad superior a la normal de la atenuante, a la vista de las circunstancias del culpable, del hecho, y la conducta del imputado lo merezca. (SSTS de 29 de octubre de 1986, 21 de diciembre de 1989 y 26 de marzo de 1998). Tratándose de la atenuante por analogía ha declarado el Alto Tribunal, que ha de compararse con otra recogida en la ley, y si esta última no puede aplicarse de modo directo, no puede atribuirse a la analógica un carácter de «duplicada». Es necesario, en cualquier caso, debe deducirse de los hechos una menor malicia, bien por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir o por la menor entidad del propósito criminoso.

Será preciso, pues, para una especial cualificación:

- 1.º Que exista una intensidad superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente.
- 2.º Que se atienda a las circunstancias del hecho, del culpable y del caso.

De forma excepcional, el TS ha aceptado la atenuante analógica muy cualificada, en aquellos supuestos en que la colaboración prestada tenga una especial relevancia. Que no se da en el supuesto que contemplamos, porque no da lugar a la detención de persona alguna, ni la apertura de una investigación policial concreta, ni la intervención de droga, y sólo referidos a hechos que no guardan relación clara con el objeto de la acusación.

La segunda cuestión tiene también importancia en la práctica diaria; no es infrecuente la incomparencia al juicio oral de los peritos propuestos por la acusación. Los pronunciamientos jurisprudenciales son numerosos, y ayudarán a situar la cuestión y resolverla. Así tiene declarado la validez y eficacia de los informes efectuados por los especialistas de los laboratorios oficiales del Estado; dichos especialistas son funcionarios públicos, dotados de un alto nivel de preparación técnica, y que desempeñan sus servicios mediante la adscripción a laboratorios dotados con las más modernas técnicas, que imprimen a sus informes unos caracteres de objetividad, imparcialidad e independencia, que les otorga sin más eficacia probatoria. Sólo en aquellos casos en que la defensa haya impugnado sin más el informe por cualquier motivo, entonces la presencia de los peritos será fundamental para que pueda aclarar, completar o ratificar su informe pericial. En otro caso, es decir, si la defensa no expresa su oposición o discrepancia, en el momento procesal oportuno, el informe tendrá el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de manera implícita.

Por tanto la defensa o bien impugnará de manera expresa el informe, sin necesidad de justificar el motivo de su discrepancia, por lo que sí manifestará su discrepancia, el documento sumarial, esto es, el informe pericial realizado durante la instrucción, y aportado a los autos pierde eficacia probatoria, y deberá realizarse la prueba en el juicio oral, todo ello conforme con las reglas sobre la carga y práctica de la prueba en el proceso. Así lo ha corroborado el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Penal de 21 de mayo de 1999, ratificado por el Pleno no Jurisdiccional de 23 de febrero de 2001. Por tanto siempre que exista impugnación, se practicará la prueba en el juicio oral, donde de acuerdo con el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los peritos ampliarán, ratificarán o aclararán su dictamen. No obstante, el TS excluye por exigencias derivadas de la buena fe las impugnaciones extemporáneas, finalizado el período probatorio, por ejemplo en el juicio oral en el informe oral o en un recurso de casación (SSTS de 10 de junio de 1999, 23 de octubre de 2000 y 10 de febrero de 2003).

Por tanto en el caso no consta la impugnación previa del informe realizado por los peritos, no consta la disconformidad o discrepancia ni de la defensa ni del acusado, no era necesaria la presencia de los peritos para que ratificaran su informe, sino que tendría la naturaleza de prueba preconstituida y por tanto, a la luz de la doctrina jurisprudencial, y por tanto prueba susceptible de ser valorada por el juzgador.

La sentencia que dictara la Audiencia debería condenar al acusado como autor de un delito contra la salud pública de los artículos 368 y 369.3 del CP, vista la gran cantidad de pastillas que se ocuparon, por lo que resulta aplicable el subtipo agravado de notoria importancia en relación con las pastillas de anfetaminas, que son consideradas como sustancia que causa grave daño a la salud, y con la aplicación de la atenuante analógica del artículo 2.º 6.ª, en relación con el artículo 21.4.ª, confesión, con el carácter de normal y no como cualificada o muy cualificada, sin entrar en consideraciones respecto de la no ratificación del análisis de la droga en el juicio oral, porque no fue impugnado debidamente y tenía la naturaleza de prueba a efectos de su valoración.

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

- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.4.ª, 5.ª y 6.ª, 368 y 369.3.º.**
- **SSTS de 29 de octubre de 1986, 21 de diciembre de 1989, 26 de marzo de 1998, 10 de junio de 1999, 23 de octubre de 2000 y 10 de febrero de 2003.**
- **Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de 21 de mayo de 1999 y 23 de febrero de 2001.**