

## INTERVENCIÓN CORPORAL Y REGISTRO BUCAL REALIZADO POR LA POLICÍA. CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL TIPO PRIVILEGIADO EN EL TRÁFICO DE DROGAS (ART. 368.2 DEL CÓDIGO PENAL)

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)*

---

### EXTRACTO

La intervención policial, en ocasiones, durante la investigación de delitos graves, como son los delitos contra la salud pública (tráfico de drogas), exige la realización de actos de registro o intervención que pueden entenderse por algunos, fundamentalmente los afectados por la actuación, como vejatorios, injustificados o desproporcionados, que se encuentran amparados en la ley y que por motivos de urgencia son aconsejables, siempre que no exista desmesura o exceso. Normalmente suelen estar relacionados con la venta de pequeñas cantidades de drogas o sustancias estupefacientes, que pueden dar lugar a la aplicación del tipo privilegiado a que se refiere el artículo 368.2 del Código Penal, debiendo concurrir una serie de requisitos para que pueda tener lugar, pues en otro caso, su aplicación sería improcedente.

**Palabras claves:** tráfico de drogas, subtipo atenuado y policía: registros corporales.

---

*Fecha de entrada: 03-09-2013 / Fecha de aceptación: 03-09-2013*

## BODY SEARCH CONDUCTED BY THE POLICE. CRITERIA PRIVILEGED APPLICATION SUCH DRUG TRAFFICKING (ART. 368.2 PENAL CODE)

---

### ABSTRACT

Police intervention at times during the investigation of serious crimes, such as crimes against public health (drug trafficking), requires the completion of registration acts or intervention that can be understood by some, primarily those affected by the action, as vexatious, unjustified or disproportionate, which are protected by law and that for reasons of urgency are advisable, provided there is no excess or excess. Normally usually related to the sale of small amounts of drugs or narcotic substances, which may lead to the application of privileged type referred to in Article 368.2 of the Criminal Code, and must attend a series of requirements that may occur, because otherwise, your application would be inappropriate.

**Keywords:** drug trafficking, subtype dimmed and police: frisking.

## **ENUNCIADO**

En esta ciudad, en el día de la fecha, la policía de servicio observa cómo un ciudadano ante su presencia se pone nervioso, cambia de marcha, agachándose entre dos coches, lo que motivó la intervención de los agentes recogiendo del suelo y al lado del sospechoso dos bolsitas húmedas con una sustancia en su interior y, seguidamente, le requiere para que abriera la boca ocupándole otra bolsita, y tras realizarle un cacheo otras tres bolsitas en el bolsillo trasero del pantalón. Las bolsitas incautadas contenían heroína que pesaba más de cinco gramos. Asimismo, se le ocuparon 150 euros procedentes de ventas anteriores, así como dos teléfonos móviles.

*Cuestiones planteadas:*

1. Las diligencias de investigación de la policía.
2. Determinación del tipo aplicable.
3. Calificación de los hechos.

## **SOLUCIÓN**

1. La policía en su labor de vigilancia para la prevención y persecución de hechos delictivos, como ocurre con el tráfico de drogas, realiza diligencias de investigación, como el cacheo superficial o intervención corporal como el registro bucal, al amparo de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Esto es lo que sucede en el presente caso que se propone, y que, por reiterado en la práctica diaria de los tribunales, no deja de ser contradicho por los afectados mediante diversas alegaciones, como su desproporción, el quebranto del derecho a la intimidad, su falta de motivación o la falta de control judicial de la diligencia. Sin embargo, esa serie de argumentos que se esgrimen normalmente carecen de efecto ante los hechos objetivos que provocan la actuación de los agentes policiales.

Como hemos dicho, la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad da cobertura legal a dichas actuaciones de la policía al disponer en su artículo 11.1 g) que están autorizados a investigar los delitos, descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efec-

tos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición judicial del órgano competente y elaborar los informes y periciales procedentes. E igualmente ocurre con la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, que autoriza a la policía a restringir el tránsito en vías públicas, así como ocupar preventivamente los efectos e instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda (art. 19), y realizar en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención la identificación de personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar en que se hubiera hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección y de la seguridad, que los agentes tienen encomendadas por estas dos leyes.

El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han distinguido nítidamente entre la detención contemplada en el artículo 17.2 y 3 de la Constitución Española y las meras retenciones o provisionálsimas restricciones de libertad que comportan de modo inevitable determinadas diligencias no dirigidas en principio contra la libertad ambulatoria, tal y como sucede con las pruebas de alcoholemia, la identificación, los cacheos, los controles preventivos o el desplazamiento a dependencias policiales para ciertas diligencias. Y de forma unánime afirma que el cacheo se diferencia de forma esencial de la detención, pues en efecto es cuantitativamente reducido y por esta razón no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo las exigencias previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la detención.

Por ello, se dice que el cacheo es una actuación inmediata sobre el detenido que no exige asistencia letrada por las siguientes razones:

1. Por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los agentes de la autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia.
2. Porque la presencia de letrado no supone un «plus» de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva solo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002 afirma que la diligencia de cacheo «deberá practicarse siempre con el necesario respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad. No es propiamente una detención, sino una restricción de la libertad de mínima entidad, tanto temporalmente como en atención a su intensidad, que constituye un sometimiento legítimo a las normas de policía y que ha de entenderse normal en una sociedad democrática moderna sin que afecte al derecho fundamental a la libertad de quien se ve sujeto a ella, por lo que no le son aplicables las exigencias derivadas de las previsiones del artículo 17 de la Constitución Española. Concretamente, ya hemos dicho que para el cacheo no se exige asistencia de letrado ni

información de derechos y del hecho imputado. Precisamente, por su naturaleza y finalidad, se trata de una diligencia que normalmente se practicará con carácter previo a la imputación inicial».

Por lo que se refiere al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 de la Constitución Española) la jurisprudencia afirma que queda preservado si se cumplen tres condiciones:

1. Que el cacheo se realice por persona del mismo sexo.

Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1999 se afirma que «la práctica del cacheo de la inculpada por una agente femenina, limitándose a palpar sobre su ropa el cuerpo, aun contorneando la zona pectoral, no puede calificarse como una intromisión en el ámbito protegido por el derecho a la integridad corporal proclamado en el artículo 15 de la Constitución Española, concurriendo en las condiciones concretas de su práctica la adecuación cualitativa y cuantitativa para la obtención del fin perseguido, que le hace respetuosa con el principio de prohibición del exceso, existiendo, asimismo, una correlación en términos de proporcionalidad entre su finalidad y el sacrificio del derecho».

2. Que se haga, según su intensidad y alcance, en sitio reservado.
3. Que se eviten situaciones o posturas degradantes o humillantes (STS de 31 de marzo de 2000).

En cuanto al derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo. La mínima intervención corporal que el cacheo supone excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado.

No debe dejar de mencionarse a los efectos de señalar todos los elementos que serían de interés en el presente caso que existe un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 31 de enero de 2006, sobre recogida de restos biológicos, que será análogo al del presente caso, según el cual la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial. De este acuerdo se derivaría la legitimidad a la hora de recoger por los policías la papelina que abandonó el ciudadano entre unos vehículos.

En aplicación de la mencionada normativa, y a la vista del acuerdo citado, que la actuación de la policía sería correcta, pues ante lo percibido durante su actuación, y sin solución de continuidad, recogen la bolsita, ignorando su contenido en ese momento, pero que por su experiencia acreditaría que procedía del interior de la boca del sujeto, y probablemente sería droga, siendo la cavidad bucal un lugar habitual de ocultación de dichas sustancias.

Por otro lado cualquier intento de hacer prosperar posteriores alegaciones tendentes a considerar nula y desproporcionada la intervención corporal, por falta de motivación y por falta de control judicial, sería inútil. Por un lado no es necesaria la autorización judicial para inspeccionar y recoger el objeto arrojado por el sujeto que lo portaba, y tampoco para recoger el contenido de la boca que voluntariamente entrega. La primera intervención justifica el cacheo superficial

posterior y la intervención de bolsitas en el bolsillo del pantalón. Nos encontramos ante una investigación por un delito grave, tráfico de drogas, por lo que no fue desproporcionado, ni quedó afectada la intimidad, ni tuvo carácter vejatorio; resultado ajustado a las circunstancias del caso, porque por un lado se realizó sin fuerza ya que fue consentido, ni fue vejatorio porque el registro afectó al pantalón, no a la ropa interior, y fue realizado por agentes masculinos; las actuaciones eran necesarias, ajustándose a los límites imprescindibles para el fin perseguido, y además era la actuación idónea para el descubrimiento del delito que se sospechaba. Así pues la medida estaba justificada, proporcionada ante la naturaleza de la investigación del presunto delito de cuya existencia sospechaba, y que gracias a su actuación consiguió acreditar, y todo ello sin menoscabo de derecho alguno respecto del inicialmente abordado y posteriormente detenido.

2. Respecto de la determinación del artículo del código penal susceptible de aplicación al caso que se propone, parece inicialmente que es indudable la aplicación del artículo 368 del Código Penal, en su inciso referente a drogas o sustancias que causan grave daño para la salud, toda vez que la sustancia intervenida fue heroína. No obstante podría pensarse en la aplicación del número 2 del mencionado artículo, según el cual «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable...». Este tipo privilegiado introducido por la Ley Orgánica 5/2010 ha sido objeto de análisis por el Tribunal Supremo, y ha establecido una doctrina que ha de tenerse en cuenta para resolver el caso práctico. Así, ha dicho que se trata de un tipo atenuado cuya aplicación tienen carácter reglado en la medida que exige la concurrencia de dos presupuestos de hecho, de naturaleza objetiva y subjetiva respectivamente. En primer lugar la escasa entidad del hecho (objetivo), y en segundo atender a las circunstancias personales del culpable (subjetivo), que han de ser objeto de análisis y valoración racional, teniendo en consideración la intensidad y cualificación de cada uno.

También ha dicho que cuando la entidad del hecho es tan pequeña que lo acerca a la frontera de la tipicidad, su aplicación no debe estar condicionada por circunstancias personales favorables del culpable, pues estas operan en el marco de la culpabilidad por la gravedad del hecho cometido, siendo suficiente que en este caso no concurra alguna circunstancia desfavorable. Así lo ha mantenido cuando se ha tratado de venta aislada de papelinas, con una cantidad pequeña o reducida de sustancia tóxica o estupefaciente, supuesto que han sido llamados como el último escalón del tráfico.

El elemento o presupuesto subjetivo para la aplicación del subtipo atenuado, se ha de referir a elementos que configuran el entorno social e individual del sujeto, así como la existencia o no de antecedentes, policiales y judiciales, posible toxicomanía, la edad, su formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho en el que es detenido, así como sus posibilidades de integración social, que permiten modular la pena ajustándola a esos elementos personales del autor, y debiendo tener efecto favorable si no constan aspectos negativos o de carácter desfavorable. Además no excluye su aplicación el hecho de su participación en una actividad de tráfico más amplia, ni tampoco impide su aplicación la concurrencia de la agravante de reincidencia si se trata de una acción próxima al límite penal, desde el punto de vista objetivo, impidiendo que se produzca un doble efecto en perjuicio del

imputado, agravando la pena con la agravante y bloqueando que se aplique el subtipo. Si bien la existencia de condenas previas por la misma actividad delictiva, o la peligrosidad del culpable, impide su aplicación, salvo casos excepcionales.

En el supuesto del caso, se le ocupan al detenido seis bolsas con droga que supera la cantidad mínima psicoactiva para apreciar insignificancia en relación con la heroína, además de los teléfonos móviles y el dinero. El dato de la menor gravedad o antijuridicidad no ha de faltar, pudiendo aplicarse el subtipo cuando siendo de escasa gravedad no concurren elementos personales que impedirían su aplicación. Partiendo de los datos objetivos (el que se trate de una droga dura o que causa grave daño a la salud, como la heroína cuyo mínimo psicoactivo lo sitúa el Instituto Nacional de Toxicología en 0,66 miligramos, el hecho de que se ocuparan más de 5 gramos, muy superior a ese mínimo psicoactivo, el producto obtenido por ventas anteriores, y el dato de tener los teléfonos móviles para comunicarse con posibles adquirentes), ha de estimarse que en este caso concreto no ha de aplicarse el subtipo atenuado, pues no estamos ante ventas episódicas o aisladas. No estamos en presencia de un supuesto de escasa entidad y, por tanto, aunque no constan elementos personales desfavorables o negativos, falta el elemento objetivo del subtipo atenuado. En este sentido el Tribunal Supremo ha considerado inaplicable este tipo privilegiado en supuestos de intervención en cantidades semejantes a las aquí dichas, así por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 269/2011.

3. La calificación de los hechos a la vista de lo expresado supone considerar al detenido como autor de un delito contra la salud pública del artículo 368.1, de acuerdo con el supuesto de droga que casusa grave daño a la salud, como es la heroína, a la pena de prisión de tres años y la multa que correspondiera, pero siempre, claro está, que así se acreditara en el correspondiente juicio oral en el que tendrían relevancia las declaraciones de los agentes que efectuaban labores de vigilancia en la zona y que procedieron al cacheo del recurrente, hallándole entre sus ropas los envoltorios con la heroína y el análisis pericial toxicológico de la sustancia hallada en tales envoltorios, que determinaría que se trataba de heroína con las características mencionadas.

#### *Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

Constitución Española, arts. 17.2 y 3 y 18.1.

Ley Orgánica 2/1986 (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), art. 11.1 g).

Ley Orgánica 1/1992 (Protección de la Seguridad Ciudadana), art. 19.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 368.1 y 2.

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 31 de enero de 2006.

SSTS de 29 de septiembre de 1999, 31 de marzo de 2000, 18 de marzo de 2002 y 269/2011.