

TRÁFICO DE DROGAS. ORGANIZACIÓN Y EXTREMA GRAVEDAD (Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 15 de febrero de 2011) ¹

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Extracto:

LA agravante de organización en el delito de tráfico de drogas se constata por el dato de la existencia de una infraestructura perfectamente capaz y eficaz para la programación del envío que se detalla; de la existencia de los continuos contactos telefónicos entre los acusados; de la dotación de instrumentos (teléfonos móviles) exclusivamente para tal operación; datos sobre la realización de similares operaciones, efectuadas con anterioridad. No se trata de una simple coautoría, sino de participación en una organización; existe una clara infraestructura, conexiones, naves, contactos para recibir el envío. Para apreciar el supuesto agravado del artículo 369.1.10.º, es preciso que se produzca, como así se describe en el relato fáctico según hemos destacado, no solo un acto de introducción formal en territorio nacional, sino además que exista la efectiva posibilidad de circulación de la sustancia en el país en el que se introduce. Al tratarse las dilaciones indebidas de un concepto indeterminado debe exigirse que la parte recurrente señale los puntos de dilación en la tramitación y la justificación de su carácter indebido.

Palabras clave: tráfico de drogas, organización, extrema gravedad, autoría, complicidad.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 130, noviembre 2011.

TRAFFIC OF DRUGS. ORGANIZATION AND EXTREME GRAVITY (Commentary on the Tribunal Supremo of 15 february 2011) ¹

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Abstract:

THE aggravation of the crime organization in drug trafficking is found, the fact of the existence of a perfectly capable and efficient infrastructure for the delivery schedule which details, of the continued existence of telephone contacts between the defendants, of the provision of tools (mobile phones) only for this operation, data on the performance of similar operations carried out previously. This is not a simple co-authorship, but participation in an organization, there is a clear infrastructure, connections, vessels, contacts to receive the shipment. To appreciate the aggravated course of art. 369.1.10 of the Criminal Code, it must occur, as well described in the factual story we highlight not only an act of formal introduction in national territory, but also the real possibility that there is movement of the substance in the country in which it is introduced. Being undue delay of an indeterminate concept should be required to bring the appellant points of delay in the processing and the justification of improper character.

Keywords: drug trafficking, organization, extreme gravity, authorship, complicity.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 130, noviembre 2011.

La sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto contra la decisión de la Audiencia Provincial que condenó por tráfico de drogas a varios acusados, estimando en parte un motivo por aplicación de la norma más favorable y reduciendo, por tanto, la pena de algunos de los acusados. En resumen, los hechos consisten en la incautación de varios fardos de hachís, que trataban de introducir en España los acusados, mediante una embarcación neumática zodiac, siendo sorprendidos y detenidos por la Policía, siendo condenados unos como integrantes de la organización que trataba de introducir en España los fardos ocupados y otros solo como autores de un delito contra la salud pública sin que concurriera en ellos el elemento de ser integrantes de la organización, por su cooperación principal al hecho.

La sentencia resuelve los diversos motivos de los diferentes recursos, de los cuales tienen especial relevancia los relativos a la intervención de las comunicaciones, la agravación por la existencia de una organización, así como la delimitación entre la autoría y la complicidad.

En primer lugar, respecto de la intervención de las comunicaciones debe inicialmente decirse que, como expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas sentencias, la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones solo puede entenderse constitucionalmente legítima si se dan los siguientes requisitos: en primer lugar, su previsión legal con suficiente precisión; en segundo lugar, su autorización judicial en el marco de un proceso; y, en tercer lugar, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

La apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida –la investigación del delito– con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, y resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión y, como recuerda reiteradamente el Tribunal Supremo, se ha venido admitiendo que, aun en la repudiable forma del impreso, una resolución puede estar motivada si, integrada con la solicitud a la que se remite, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias de ponderación de la restricción de derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva, por lo que el auto que lo autoriza integrado por la solicitud policial puede configurar una resolución ponderada e individualizada al caso, doctrina íntegramente aplicable al

supuesto de la sentencia. Además, dichos autos pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, pues el juzgado de instrucción carece por sí mismo de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial, lo que equivale a exigir a aquel la depuración y análisis crítico de los mismos desde la propia perspectiva de su razonabilidad y subsiguiente proporcionalidad adecuada al caso, así se señala en las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2001 y de 3 de abril de 2004, entre otras.

Es necesario además exteriorizar los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, señalándose que los indicios son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento, que han de manifestarse en el doble sentido de ser accesibles a terceros y de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito.

En cuanto al control judicial, puede resultar ausente o deficiente cuando no se han fijado temporalmente los periodos en que deba darse cuenta al juez del resultado de la restricción, cuando la Policía los incumpla, pero también si el juez que autorizó la restricción no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la misma y si desconoce el resultado obtenido en la investigación. Este conocimiento se derivará en primer lugar de la audición del contenido de las cintas por el instructor, pero ello no significa que no puedan utilizarse otras fuentes para acceder al mismo (transcripción de las conversaciones por la Policía o información suficiente de su contenido por parte de esta) y así en cada caso deberá valorarse la suficiencia del control judicial. Por el contrario, no constituyen vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas a posteriori, es decir, cuando se trata de incorporar el resultado de las conversaciones a las actuaciones sumariales, de forma que la entrega y selección de las cintas grabadas, la custodia de los originales y la transcripción de su contenido, no forman parte de las garantías derivadas del precepto constitucional, y sin perjuicio de su eficacia probatoria.

A la vista de la sentencia que se comenta, estas exigencias se cumplen en el presente caso: existe proporcionalidad de la medida porque la gravedad y trascendencia social del delito de tráfico de drogas justifica su adopción y sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones. El auto judicial tiene motivación suficiente y la razonable procedencia de acordar la restricción de ese derecho fundamental a la vista de los datos conocidos y circunstancias concurrentes, haciéndose eco de lo expuesto por la Policía, que solicitó la medida, no sobre sospechas o conjeturas sino con base en los datos obtenidos en el curso de una investigación. Así, desde la investigación policial de los hechos, se participa al juzgado instructor la investigación sobre los acusados, los seguimientos realizados; su relación con otras personas investigadas y datos reveladores de la actividad ilícita a la que se dedicaban.

No se infringió ningún derecho fundamental, ni al derecho a la tutela efectiva ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ni tampoco el derecho a la presunción de inocencia, alegación realizada igualmente por los recurrentes, pero que carece de base alguna a la vista de las pruebas realiza-

das, testificales, periciales, escucha de grabaciones realizadas, que constituyen prueba de cargo suficiente y legalmente realizada para enervar ese derecho constitucional.

En cuanto a la organización, la jurisprudencia, en los supuestos en que ha analizado las ocasionales menciones de las organizaciones criminales en materia de tráfico de drogas, requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia. No puede confundirse la organización a que se refiere el artículo 369.6.^a del Código Penal con la ejecución de un plan delictivo por una pluralidad de personas, aunque ambos supuestos presenten rasgos comunes. El concepto amplio seguido por la jurisprudencia que abarcaba todos los supuestos en los que dos o más personas programaban un proyecto para desarrollar una idea criminal y que no era precisa una organización más o menos perfecta, más o menos permanente, siendo lo único exigible para la supervivencia del subtipo que el acuerdo o plan se encontrara dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá del simple u ocasional acuerdo para el delito. La organización lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización. La propia jurisprudencia ha ido precisando el concepto insistiendo en los elementos anteriores y completándolo con otras notas, como el empleo de medios idóneos; una cierta jerarquización; la distribución de cometidos y una cierta supervisión, la continuidad temporal del plan más allá del simple acuerdo arriba mencionado o mera codelincuencia, el empleo de medios de comunicación no habituales.

Por tanto, la mera codelincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos. La sentencia que se comenta incide, a la vista de la prueba practicada, en la existencia de esos elementos para considerar la existencia de una organización con los fines de introducción de la droga en España, y lo diferencia claramente de aquellos otros, que no realizan cometidos propios de la organización. Esa serie de elementos concurrentes determinan que se desestime el recurso pese a los argumentos en contrario en los que se afirma la existencia solo de un acuerdo entre una pluralidad de personas.

Resulta relevante comentar otro aspecto que se desliza ente los motivos alegados, y que se refiere al problema de la distinción entre autoría y complicidad, y que el alto tribunal decide oportunamente de acuerdo con la doctrina jurisprudencial. En este sentido, abundando en lo recogido en la sentencia, debe indicarse que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquellos anima y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo aquí radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. De ahí que la complicidad exija dos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delicti-

vo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquel. El cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del acto criminal; es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos de los ejecutores materiales, y lo hace de una manera facilitadora pero no nuclear ni esencial.

En el caso concreto de la sentencia y de acuerdo con el concepto unitario de autor que se acoge en el artículo 368 del Código Penal, según el cual todas las formas de favorecimiento o de facilitación del consumo de sustancias estupefacientes constituyen indiferenciadamente supuestos de autoría, excluyendo así para esta clase de delitos contra la salud pública la distinción entre coautoría, participación necesaria y complicidad, acudiendo para solventar la cuestión de la justicia material del caso concreto en los supuestos de mínima importancia o relevancia de la aportación de un partícipe a la aplicación analógica *in bonam partem* del artículo 29 del texto penal. La amplitud con que está concebido el tipo penal y la pluralidad de verbos rectores que definen la conducta delictiva en el tipo del artículo 368 del Código nos llevan a entender que en el caso de la sentencia, los acusados ejecutaron actos que han de subsumirse en la autoría del favorecer o facilitar el consumo de sustancias estupefacientes. Como se recoge en la sentencia la actuación era relevante a efectos de la realización del proyectado delito, de forma que a través de su actuación todos los acusados actuaron al buen fin de la idea delictiva, aunque fuera transportando los fardos con la droga a un vehículo. Por tanto, el concepto de autor era aplicable a los condenados.