

TRÁFICO DE DROGAS: CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES: TIPOS AGRAVADOS; INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES; ENTRADA Y REGISTRO

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia

Palabras clave: tráfico de drogas, tipos agravados, intervención telefónica, entrada y registro.

ENUNCIADO

El Juzgado de Instrucción abrió diligencias como consecuencia del conocimiento que tuvo a través de la policía, por las investigaciones que esta realizó, que una persona de nacionalidad brasileña había entrado en contacto con otras de su misma nacionalidad, y que pretendían introducir en España una cantidad importante de cocaína, utilizando para ello una embarcación de unos quince metros, que compró con el fin de transportar en ella hasta una determinada localidad española la indicada sustancia. Encontrándose en aguas internacionales fue interceptada por la policía, concretamente por el servicio de vigilancia aduanera, procediendo a encontrar escondida la droga en la cubierta de proa de la embarcación, procediendo a la detención de los dos personas que se encontraban en ella. Estas actuaciones fueron fruto de una investigación policial previa y fundamentalmente de la actuación del órgano judicial que autorizó mediante la correspondiente resolución una serie de intervenciones telefónicas para determinar los hechos, y cuya base se encontraba según su fundamento único en informe que elaboró la policía y que le presentó al órgano judicial en el que constaban además de las circunstancias relatadas otras de relevancia. Las grabaciones fueron puestas a disposición del juzgado donde fueron transcritas, sin ser oídas por el juez, por el secretario judicial. La cantidad de droga que transportaba era de aproximadamente 500 kilogramos, con una pureza del 75 por 100, según el informe pericial aportado por el servicio oficial correspondiente.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Calificación jurídica de los hechos: existencia de tipos agravados o superagravados.

2. Intervención de las comunicaciones telefónicas: requisitos.
3. Requisitos en las entradas y registros.

SOLUCIÓN

1. Es habitual el conocimiento por los Tribunales de hechos como los que plasma el caso que se propone, por eso no deja de ser bueno recordar determinados aspectos, que relacionados con la salud pública, en su vertiente del tráfico de drogas, están a la orden del día, y son objeto constante de debate procesal. Se plantean en el caso cuestiones de orden procesal y de orden sustantivo, que merecen un breve estudio.

Desde el punto de vista de la aplicación de los preceptos del Código Penal relacionados con el tráfico de drogas, se plantea la aplicación de la agravación que viene determinada por la existencia de organización (art. 369.1.2.ª ó 370 CP), la que se desprende de la cantidad de la droga aprehendida (art. 369.1.6.ª ó 370 CP), así como por la utilización de una embarcación (art. 370 CP).

En lo que se refiere a la posible aplicación de la agravación determinada por la existencia de organización, ya en su consideración de mero tipo agravado, o bien de tipo hiperagravado, debe tenerse en cuenta que la posición de la jurisprudencia exige una serie de notas para su aplicación, ya que debe quedar perfectamente deslindada de supuestos de codelincuencia o de acuerdos transaccionales para la comisión de un delito:

- El acuerdo entre las personas encaminado a promover la difusión de drogas, a gran escala.
- La coordinación entre dichas personas y la programación por ellas de un proyecto o plan para desarrollar la idea criminal, cuya meta final estribará en la comercialización de los estupefacientes. Será necesaria la asignación de distintas tareas, funciones y papeles a los partícipes agrupados, sin que se considere preciso el establecimiento de reglas o estatutos.
- Cierta estructura jerárquica, que determine la existencia de unos jefes, administradores y encargados, cuya mayor responsabilidad penal está prevista en la legislación vigente.
- Cierta duración, continuidad y permanencia en el tiempo, requisito atenuado en la norma penal actual, que trata de ampliar el ámbito de esta agravante específica, al haber añadido la expresión «incluso de carácter transitorio».

De lo dicho se infiere que la forma jerárquica es esencial, y en ella, en la organización, unas personas ordenan y otras ejecutan las órdenes. Las que dan las órdenes están más apartadas del objeto del delito; también es importante el reparto de papeles o funciones, que permite la sustitución en el mismo sin menoscabo para el grupo, así como la vocación de permanencia o estabilidad.

No es necesario que la banda se mueva en un amplio espacio geográfico, ni que tenga conexiones a nivel mundial o internacional, ni tampoco que tenga una organización compleja tipo «mafia», ni menos aun que adopte una determinada forma jurídica que sirva de fachada para tapar la actividad ilícita desarrollada. No cabe apreciar en el supuesto del caso planteado que en la actuación de los detenidos concurren las notas que permitirían la aplicación de la agravante específica de organización en el delito de tráfico de drogas, al faltar el requisito de encomendar a los partícipes agrupados unas ciertas y determinadas tareas o papeles. No se revela que alguien hubiera asignado una determinada y concreta función relacionada con la cocaína, ni tampoco consta la participación en la programación del proyecto o plan de elaboración de la droga, y en los consiguientes acuerdos sobre reparto de tareas y papeles, no existiendo base fáctica para considerar por tanto pertenencia a una organización montada para la explotación de la cocaína (SSTS de 19 de noviembre de 2001, 3 de diciembre de 2002 y 22 de diciembre de 2005).

En el caso no parece desprenderse la existencia de esas características o notas esenciales que permitirían aplicar esa circunstancia agravatoria, es decir, la agravación determinada por la organización. Es evidente que el transporte de tal cantidad de droga, sin duda, debe suponer o hacer pensar en algo más que la actuación única de las dos personas detenidas, máxime si tenemos en consideración, que compran una embarcación para transportar una cantidad importante de droga. Pero concluir de la sola redacción del caso, que los detenidos formaban parte de un engranaje o estructura más amplia y organizada para la comisión de tales hechos y con cierta permanencia, resulta excesivo, sobre todo, si después de las pruebas de escuchas telefónicas, entradas y registros, y toda las realizadas durante la instrucción, no se acreditan debidamente la concurrencia de las notas que la determinan.

Respecto de la agravación determinada por la cantidad de droga intervenida debe decirse, que al tratarse de 500 kilos, a la vista del informe de los peritos, parece que excede de lo que se pudiera considerar como notoria importancia, y con una pureza como la indicada, lo que supone una cantidad muy importante de cocaína. Teniendo en cuenta los criterios establecidos por el Pleno no Jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, permite determinar que nos encontramos ante una cantidad que supera de manera considerable la notoria importancia, y entra de lleno en el supuesto de extrema gravedad, del artículo 370 del Código Penal. Es cierto que no se acredita la existencia de organización, sin embargo se trata de un hecho en el que se utiliza una embarcación, que se compra para ese fin, y se trata de introducir en España una cantidad de droga muy importante con la repercusión que tal acto va a tener. Por tanto, serían de aplicación los artículos 369.6 y 370 del citado Código Penal.

2. La persecución de los delitos que tienen graves consecuencias exige la utilización de mecanismos de todo tipo para conseguir la identificación de los implicados así como para concretar todas las circunstancias de los hechos para, de ese modo, ponerlos a disposición de los tribunales y conseguir finalmente la condena. No obstante, es cierto que cualquier medio de investigación debe ser respetuoso con los derechos fundamentales, de forma que no sirvan de instrumento prospectivo, sino que se utilicen ante la existencia de datos reveladores o indicios de que efectivamente se está perpetrando o se va a perpetrar un hecho que tiene consecuencias penales al integrarse en un tipo del Código Penal; eso sucede con las intervenciones telefónicas que de manera habitual se utilizan en la investigación de determinados hechos aparentemente delictivos, como es el supuesto de hecho del caso práctico, aunque en todos los casos no puede considerarse válida cualquier actuación investigadora sino que debe cumplir una serie de presupuestos esenciales.

En el caso del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), en el que integra la protección a las comunicaciones telefónicas, la injerencia en el mismo mediante la intervención de las mismas acordada durante la instrucción de un procedimiento penal, exige la existencia de una serie de presupuestos, que de no cumplirse haría imposible tener en cuenta la actuación investigadora mediante la intervención de la comunicación telefónica, no pudiendo tener la consideración de prueba por tratarse en ese caso de una prueba ilícitamente obtenida (art. 11 LOPJ). Por tanto, desde el punto de vista de la legalidad constitucional la intromisión en esa esfera de privacidad exige la concurrencia de tres requisitos:

1. **Judicialidad:** solo la autoridad judicial competente puede autorizar la medida encaminada a invadir el ámbito de intimidad, mediante un auto motivado suficientemente y que, además, la establezca como medida temporal (art. 579.3.º LECrim.). Supondrá la necesidad de valorar la noticia del hecho a comprobar así como su existencia, habiendo de tener la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables en el marco de un proceso penal abierto. Este requisito determina que ha de adoptarse en un proceso penal abierto no a través de diligencias indeterminadas. Deberá referirse a teléfonos concretos. No es posible acordar tal medida a través de meras providencias, ni tampoco puede acordarse por tiempo indefinido; no puede limitarse de manera indefinida un derecho fundamental como el que se menciona. Por otra parte, la técnica de remisión del juez que efectúa la autorización al oficio de la policía que interesa la medida, está amparada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional.
2. **Excepcionalidad:** lo que quiere indicar es que nos hallamos ante un medio no habitual o normal de investigación, por lo que debe tener un carácter limitado. Habrá de ser un medio idóneo, necesario para poder profundizar en la investigación del hecho y en la identidad de sus autores, así como subsidiaria, en la medida que su uso quedará vedado si existen otros medios que pueden conseguir el mismo efecto investigador sin afectar al derecho fundamental.
3. **Proporcionalidad:** debe existir una proporción entre el delito que se persigue, que debe ser grave, y la gravedad de la medida que se utiliza en la investigación, la intervención de las comunicaciones telefónicas; por tanto una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. En nuestro ordenamiento no se contiene un catálogo de delitos para los que pudiera solicitarse esa medida investigadora y limitadora de derechos, por lo que ha de tratarse de un procedimiento penal abierto para la investigación de hechos que revisten el carácter de delitos graves (SSTC de 24 de noviembre de 1997, 11 de diciembre de 2000, 11 de septiembre de 2006 y TS de 3 de junio y 16 de diciembre de 2002 y 7 de febrero de 2005).

Acordada una medida como la comentada, deberá llevarse a efecto en la forma autorizada por la resolución, debiendo remitir a la autoridad judicial que la acordó las grabaciones y transcripciones, que pueden provocar posteriores prórrogas y ampliaciones de las intervenciones, acordadas también por el Juez Instrucción sobre la base de los resultados así obtenidos. Es imprescindible el control judicial de manera que alce la medida si no hay motivos para mantenerla. La fidelidad de las transcripciones debe ser contrastada por el fedatario judicial, el secretario judicial.

En el caso se cumplen los requisitos como para considerar válida la intervención telefónica: se acordó por la autoridad judicial, en un procedimiento para investigar un delito grave, remitiéndose a la información solicitada por la policía después de valorarla adecuadamente, a los efectos de determinar su proporcionalidad, y existió un control judicial posterior, apareciendo las grabaciones en las actuaciones con la transcripción realizada bajo la fe del secretario judicial.

3. En la redacción del caso se suscita la cuestión relativa a la entrada y registro en el barco que utilizaba el demandado para transportar la droga, en la medida en que el artículo 18.2 de la Constitución Española reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio, salvo que proceda autorización judicial o el consentimiento del usuario, de forma que se pueden definir áreas de exclusión frente a terceros y frente a los poderes públicos, y ello en la medida en que con ello se impide que terceros puedan adentrarse en ese campo en el que se ejerce o es expresión de la intimidad. Con ello se garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, ya que ese derecho a la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter o naturaleza instrumental respecto de la protección de estos derechos fundamentales, aunque ambos son derechos autónomos. De lo dicho se desprende que la inviolabilidad del domicilio resulta inmune a cualquier agresión de otras personas o de autoridades públicas, ya se realice de manera física como aquella que se realice mediante la utilización de mecanismos, ya sean, electrónicos o de otro tipo, y fuera de los casos de flagrante delito solo estaría constitucionalmente amparada aquella entrada o/y registro realizado con el consentimiento de su titular o mediante resolución judicial, únicos supuestos recogidos expresamente, y por tanto de naturaleza o carácter taxativo, sin que por tanto quepan otros supuestos.

No es suficiente con lo dicho para resolver el caso, pues para ello debemos adentrarnos en el concepto de domicilio a estos efectos, y que sería el espacio no sometido a los usos y convecciones sociales y en el que la persona ejerce su libertad más íntima, pero que no queda determinado por ser un espacio cerrado, ni por el poder de disposición que se tenga, ni tampoco de la habitualidad en el uso. Por eso no es extensible la protección constitucional a almacenes, fábricas, oficinas, locales comerciales que tengan un destino incompatible con la idea de privacidad. Tampoco el tener la propiedad, u otro título real u obligacional de un determinado bien inmueble, determina la consideración de domicilio a los fines de la protección que dispensa la Constitución, y que puede otorgar la facultad de exclusión a terceros. También se ha considerado, como se ha dicho, irrelevante la periodicidad, intensidad o habitualidad del uso, si se infiere el efectivo desarrollo de la vida privada, personal, íntima (SSTC de 17 de febrero de 1984, 16 de diciembre de 1997, 26 de abril de 1999, 24 de mayo de 2001 y 17 de enero de 2002).

Además es importante indicar, al margen de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este derecho, que el Tribunal Supremo ha formado una doctrina casuística, y en lo que hace al caso que se propone, ha declarado que tiene la consideración de domicilio, el camarote de un barco donde un viajero, tripulante o pasajero, permite la independencia o el desarrollo de su vida privada al margen de los lugares comunes, pudiendo tener la embarcación esa consideración en cuanto puede ser la morada o el domicilio de una o varias personas, cuando se utiliza como reducto de la vida íntima, pues normalmente están dotadas de dependencias que permiten el desarrollo de la vida privada, aunque no es posible extenderlo a otros lugares de la embarcación como la cubierta, zona común para labores

relacionadas con la navegación o el simple esparcimiento, o las zonas de carga o de máquinas, que con carácter general no pueden ser concebidas de ese modo, pues tienen distintas finalidades a las que adornan la protección del domicilio, y ello aunque su titular pueda excluir a terceros de forma válida. Así deben distinguirse las zonas privadas de las zonas comunes, como puede ser un comedor en donde puedan encontrarse armarios o taquillas. Las privadas tendrán la protección reconocida, pues se tratará de los dormitorios o camarotes de tripulación o pasajeros. Por tanto, de lo dicho se desprende que no puede considerarse a las embarcaciones concebidas como unidad, pues no tienen esa consideración a efectos constitucionales, sino solo las estancias anteriormente mencionadas (SSTS de 9 de octubre de 1998, 10 de abril de 2002 y 20 de febrero de 2006).

En el supuesto del caso nos encontramos con una embarcación más o menos grande, que normalmente no iría destinada al transporte de mercancías, sino a fines distintos, al ocio, el esparcimiento o la convivencia familiar, pero tal tipo de embarcación no se ha destinado a tal fin, sino al transporte de la droga aprehendida, que además no se encontraba en ningún lugar que impidiera la injerencia de terceros o la autoridad salvo flagrante delito, consentimiento o autorización judicial, pues se hallaba oculta en una zona común, en la cubierta, y por tanto sin que fuera necesaria la autorización judicial por tanto ni el consentimiento del titular del barco para que la policía procediera a entrar en el mismo y registrarlos en esas zonas no protegidas constitucionalmente, por lo que no le era aplicable la normativa sobre la entrada y registro del domicilio ya que no tenía la consideración aplicable tal concepto. También podría tenerse en cuenta o valorarse a esos efectos la cuasiflagrancia, o en su caso el consentimiento que en el caso no consta. En otro caso hubiera sido necesario la autorización judicial mediante un auto en el que acordara la entrada y registro, con base en la información que le hubiera facilitado la policía en su petición, en el que se acreditara la gravedad del delito, la proporcionalidad de la medida para poder encontrar efectos del delito, averiguar datos sobre los hechos así como para poder detener en su caso a los culpables implicados o responsables y se identificara claramente el lugar objeto de la diligencia, indicando el día, debiendo constituirse la comisión judicial con la presencia del secretario judicial, de manera inexcusable, con la presencia de dos testigos, así como con la presencia de la persona titular del mismo.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, art. 18.2 y 3.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 368, 369, 1.ª 2 y 6 y 370.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 545 y ss. y 579.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.
- SSTC de 17 de febrero de 1984, 16 de diciembre de 1997, 26 de abril de 1999, 24 de mayo de 2001 y 17 de enero de 2002.
- SSTS de 9 de octubre de 1998, 19 de noviembre de 2001, 10 de abril y 3 de diciembre de 2002, 22 de diciembre de 2005, 20 de febrero de 2006 y 4 de mayo de 2007.