

 **JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO***Fiscal*

### ***ENUNCIADO***

---

Se produce el abordaje de un yate de bandera española –de los diseñados para recreo familiar y no para el transporte mercantil– y con domicilio también español, que tras las oportunas investigaciones se estaba dedicando a operaciones de transporte de ingentes cantidades de droga. Pedro, marinero, junto con otros, había ayudado en la carga de 73 fardos con 1.987,562 kilogramos de hachís, en el puerto de Málaga con destino a Holanda. Algunos de esos fardos fueron lanzados al mar por Luis, marinero también, quien no ayudó a cargar los fardos ni tuvo intervención alguna en toda la actividad previa de obtención, quien tan sólo después de embarcado y durante el viaje tuvo conocimiento de lo que se llevaba a bordo. Y así, al avistar a la Guardia Civil en patrullas de vigilancia, que se acercaba hasta el barco, Luis (los otros marineros también) espontáneamente lanzó al mar varios de los fardos, sin poder evitar la aprehensión del resto, al no disponer del tiempo suficiente como para eliminar toda prueba de la droga.

Un tal Ramón fue quien intervino en las actividades previas de compra del yate, sabiendo el destino que se iba a dar. Posteriormente, se cambiaría el nombre de la embarcación, así como la bandera, pues se habían iniciado los trámites para el cambio, incluso, de domiciliación a Gibraltar.

### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Participación penal en el hecho de Pedro y Luis.
2. Participación penal en el hecho de Ramón.
3. ¿Puede en este caso entenderse violado el domicilio del yate, afectando a las pruebas obtenidas?

### ***SOLUCIÓN***

---

1. Se plantean dos situaciones diferentes: de un lado, la intervención de Pedro parece más destacada que la de Luis. Aquél interviene directamente en el cargamento de los fardos, conociendo desde el

origen lo que se lleva en el yate, asumiendo las consecuencias del acto. Se tiene conciencia y voluntad de realización de las conductas y pleno conocimiento de su significado. Además, su acción es imprescindible para la realización del resultado delictivo, y eliminar su intervención implicaría no hacer un acto considerado jurídicamente como necesario (cargar los fardos para su transporte; sin su concurso necesario no se produce el hecho). En el caso de Luis, es conocedor, a posteriori, de lo que hay en el yate; se supone que lo acepta y, al avistar a la Guardia Civil, realiza conductas inequívocas de ayuda, intentado que no se descubra el hecho, ocultando o eliminando la droga. Son, en este caso, actos posteriores, que suponen asunción del hecho y dominio de la acción en la parte que corresponde a Luis.

De estas conductas se extraen las siguientes consideraciones jurídicas que nos sirven para resolver la participación penalmente imputable. El artículo 28 del Código Penal (CP) considera autores «a quienes realizan el hecho por sí solos o por medio de otro del que se sirven como instrumento». Son cómplices (dice el art. 29 del CP) «los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos». Dentro de la autoría del artículo 28, conviene también indicar que hay autores materiales por sí mismos del hecho y autores por cooperación necesaria. Y dentro de la complicidad, como ya se ha advertido, hay complicidad por cooperar necesariamente. Coincidimos, por tanto, en la necesidad de cooperar necesariamente tanto en la autoría como en la complicidad. Pero, evidentemente, o se es autor directo, o se es autor por cooperación necesaria, o se es cómplice por cooperar necesariamente. Toda participación debe ser perfectamente individualizada, para así saber la pena que procede, distinta si es autor o cómplice, de conformidad con lo establecido en los artículos 62 y 63 del CP.

Pues bien, leído lo que precede, es importante centrar la materia desde la perspectiva doctrinal. Es conocida la doctrina de que únicamente se aplica la figura de la complicidad en los delitos relativos al tráfico de drogas en supuestos muy excepcionales. El artículo 368, cuando se refiere a estas conductas, lo hace en unos términos tan amplios que deja poco margen a la complicidad. Promover, facilitar, favorecer... Las actuaciones de Luis y de Pedro, aunque se enmarquen temporalmente en momentos diferentes, no significan desde la perspectiva de la notoriedad penal del hecho que la ignorancia previa de Luis, para su asunción posterior del hecho con actos inequívocos de auxilio y cooperación, permitan ver en Pedro autoría del artículo 28 y en Luis complicidad del 29 (o sí). Es evidente que Pedro lleva a cabo actos de auxilio en el transporte de la mercancía; actos de autoría material (no de cooperación necesaria, ya que si hay otros marineros, el que Pedro no cargue los fardos no imposibilita que otros no lo hagan y el delito se realice o se transporte la droga), por sí solo o conjuntamente con otros que ayudan a cargar los fardos en el barco. La intervención posterior de Luis no es menos conspicua, si bien es cierto que es después de cargada la droga cuando tiene conocimiento de la misma; pero parece que asume el hecho e interviene activamente en la eliminación o intento de eliminación de toda prueba del tráfico.

Sí cabe la duda y pudiera ser defendible que Luis, al intervenir con posterioridad con actos no necesarios (arrojando por la borda fardos), pues otros marineros también intentan deshacerse de la mercancía, simplemente colaborara. Cabe, con respecto a Luis, que su intervención pueda ser considerada por complicidad, al realizar un hecho que podría considerarse de cooperación simultánea sobrevenida (art. 29 del CP). Su intervención no es destacada y no supone o puede suponer un dominio

del hecho sobrevenido; no obstante, como quiera que la complicidad supone una colaboración mínima con actos no necesarios, o sea, con actos que no realizados por Luis no habrían evitado la comisión del hecho (cosa probable), la Jurisprudencia en estos casos, para diferenciar la complicidad de la autoría por cooperación necesaria, acude a la cooperación mínima, prototípica de la complicidad y, además, al estudio de la casuística, de tal manera que, caso a caso, a pesar de la naturaleza de este tipo de delitos de actividad, lo que sí tiene claro es que hallarse a bordo de un barco en tareas de vigilancia o alijo o de funcionamiento de la embarcación son actos de favorecimiento de tráfico de drogas; es decir, una «modalidad del tráfico de drogas del delito del artículo 368, no un caso de complicidad». En consecuencia, como quiera que el caso no menciona conductas de vigilancia o de manejo de la embarcación en Luis, ni otras complementarias, diversas y diferenciadas de la simple acción de arrojar fardos por la borda juntamente con otros marineros, puede defenderse la tesis extraordinaria de la complicidad en el tráfico de sustancias estupefacientes.

2. Ramón interviene con anterioridad (¿cómplice?). Interviene con un acto importante: la compra de la embarcación (¿cómplice por cooperación?), y no ignora el destino y la utilidad del yate, e inicia los trámites para el cambio de abanderamiento y domicilio del barco (¿autoría material directa, por cooperación necesaria?).

Es constante la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se dice que la regulación de los artículos sobre la materia de la participación penal (28 y 29) está en función de la necesidad o no necesidad del acto que se realiza. El partícipe por cooperación necesaria no es el partícipe por autoría material; pero se equiparan a estos autores materiales a efectos de la determinación de la pena. Lo mismo sucede con los inductores, siendo evidente que Ramón no es un inductor al delito, pues para nada dice el caso que pretenda inducir a otro o a otros a ejecutar el transporte de la droga con destino a donde sea. Es evidente que la disyuntiva está entre la autoría y la cooperación necesaria. No cabe complicidad, porque (y en esto se conecta con lo ya indicado en el apartado anterior) su intervención no es accidental, secundaria o accesorio. Si no se contrata el barco no se puede transportar la droga. En consecuencia, el conocimiento que tiene del «todo», la compra del barco y los trámites de cambio de titularidad y domicilio o de abanderamiento, demuestran un dominio funcional del hecho que le acerca a la autoría por cooperación necesaria, que no material.

No es cómplice porque no está auxiliando a la comisión de delito de tráfico de drogas con actos intrascendentes que, de no realizarse, no habrían impedido la prosecución. Si no compra el barco la mercancía no se transporta.

3. El último supuesto plantea la aplicación de los artículos 11.1 de la Ley 6/1985 (LOPJ) -«en todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales»- y del 18.1 (sobre la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental) de la Constitución Española en el caso de las embarcaciones de esta naturaleza. Dejando al margen la cuestión de la existencia o no de la autorización judicial para el abordaje y del artículo 12 del Convenio de Viena de 1988, y con el pretexto de informar sucintamente de lo que la jurisprudencia viene entendiendo en estos supuestos de abordaje en barcos-yate, hay que indicar que el yate es objeto de diferenciación de otras embar-

caciones más mercantiles, que por su configuración tienen una naturaleza más pública que privada. Parece que un yate está destinado al recreo de la vida familiar, con connotaciones de mayor intimidad que las propias de una embarcación mercantil. Ahora bien, lo que diferencia una posible vulneración de la inviolabilidad domiciliaria (también predicable de los yates o embarcaciones) de la no vulneración es delimitar dentro del yate o del barco lo propio y específicamente privado de lo que no es privado (camarotes, dormitorios de la tripulación o pasajeros...). Pero, incluso en el caso más singular del yate, la Jurisprudencia viene entendiendo que no se produce la vulneración del domicilio en un asunto como éste, cuando el yate «se está utilizando, no para tal finalidad de convivencia familiar o amistades, sino sólo para el transporte de mercancía», hachís, según refiere el caso práctico.

Por tanto, el abordaje fue adecuado, si con la autorización judicial pertinente se practica, y no le excusa que se trate de un yate, por diferenciación con respecto a una embarcación de mercancías, amplia, donde el recreo familiar o íntimo está desplazado por la naturaleza comercial que la contempla, existiendo, en ambos casos, zonas privadas que sí son objeto de especial protección, en contraposición con aquellas otras para las que no es precisa ninguna autorización especial que ampara la intimidad domiciliaria inexistente.

No se infringen derechos o libertades fundamentales y no se puede, en consecuencia, invocar la infracción del artículo 11.1 (LOPJ) de pruebas obtenidas con vulneración de esos derechos.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 6/1985 (LOPJ), art. 11.1.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 28, 29, 62, 63 y 368.
- SSTS de 9 de julio de 1987, 15 de enero y 30 de mayo de 1991, y las SSTS números 1108/1999, 1534/1999, 1776/2000, 1184/2000, 1638/2000, 2459/2001, 1991/2002 y 11/2005.