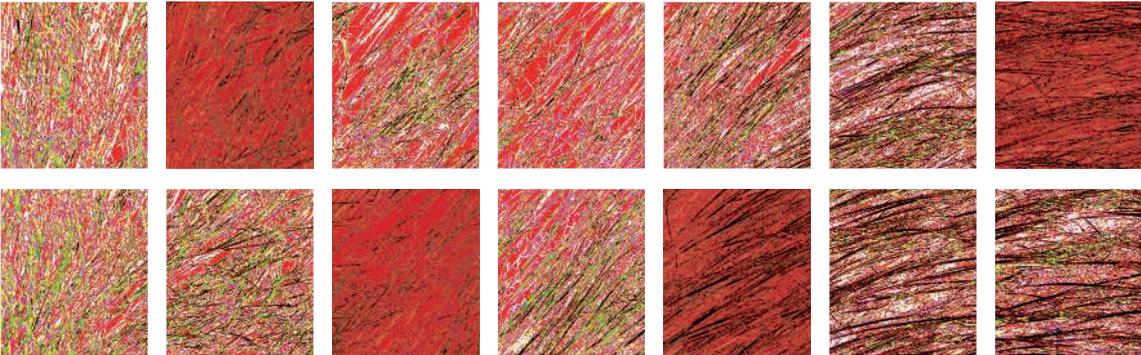


El delito de tráfico ilegal de drogas en España

Óscar Jiménez Moriano

■ BOSCH



■ BOSCH

El delito de tráfico ilegal de drogas en España

Óscar Jiménez Moriano

© Óscar Jiménez Moriano, 2022

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Marzo 2022

Depósito Legal: M-5067-2022

ISBN versión impresa: 978-84-9090-599-9

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-600-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

1. REGISTRO Y ENTRADA EN DOMICILIO

Los traficantes de droga suelen poner a buen recaudo la mercancía objeto de su actividad delictiva, empleando a tal menester lugares recoletos y seguros. Esto obliga a la policía judicial a tener que acceder al interior de tales lugares, lo que produce una restricción de los derechos fundamentales cuando es el domicilio de las personas el afectado por la irrupción de los agentes de la policía. En este sentido, el art. 18.2 de la CE consagra el derecho a la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental, derecho que también aparece proclamado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 12), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art.8) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17). Fruto de la inviolabilidad domiciliaria, el art. 18.2 de la CE prohíbe que se haga ninguna entrada o registro sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito

En sincronía con lo dispuesto en el art. 18.2 de la CE, la LECrim. regula las entradas y registros en el Título VIII, arts. 545 y siguientes, fijando los distintos requisitos según se trate de domicilios u otros locales o lugares cerrados. Luego la primera cuestión a debatir es cuándo un lugar tiene la consideración de domicilio, ya que solo este precisará de las exigencias para que pueda restringirse con una medida invasora.

1.1. Concepto de domicilio

§1. El concepto de domicilio no es unívoco; así, a la definición del art. 554 de la LECrim. se agrega la prevista en el art. 40 del Código Civil. Como quiera que el art. 18. 2 de la CE guarda silencio al respecto, ha sido el TC el que ha definido su alcance, vinculándolo siempre a la intimidad y a la privacidad de las personas, por tanto, es domicilio el lugar dónde éstas se desarrollan, con independencia de otros criterios como el de mayor o menor permanencia o transitoriedad del lugar

Así pues, el domicilio, a efectos penales, está formado por el espacio en el que se manifiestan y desarrollan las más importantes manifestaciones de la vida íntima del sujeto como tal. Dicho de otro modo, por lo común, es el ambiente en el que este ejerce lo más genuino de su

privacidad, que, sabido es también, forma un todo indiscernible con su dignidad de persona, en el art. 10 CE «fundamento del orden político y de la paz social». Ello porque este esencial valor constitucional es el núcleo de la conciencia moral de aquella, que solo goza de la plena calidad de tal cuando es tratada por el orden jurídico como un fin en sí mismo. Por eso, en la historia del constitucionalismo, la domiciliaria ha sido considerada con pleno fundamento como una de las «tres inviolabilidades» (junto con la personal y la de las comunicaciones). Y tales son los términos en que se expresa el art. 18,2 CE.

En nuestra historia constitucional decir intimidad (en cualquiera de sus manifestaciones) es un modo de referirse a la necesidad vital de un espacio de reserva o retiro, de un «mundo propio», en el que resulte posible el repliegue del individuo sobre sí mismo. Es, por tanto, designar un reducto intrapersonal espacialmente circundado por el interpersonal de la «vida privada», que tiene su sede por antonomasia en el domicilio. De ahí su calidad de especial objeto de protección constitucional.

Dada la importancia de los valores merecedores de tutela, el concepto de domicilio ha tenido un tratamiento potencialmente expansivo. Pero, en su sentido más estricto, aparece estrechamente vinculado al carácter doméstico de los posibles usos, que suele traducirse en la creación de un ambiente cerrado, o incluso parcialmente abierto, pero aislado del ambiente externo de algún modo que haga patente la voluntad de quienes lo habitan de excluir a las personas no autorizadas a entrar o permanecer dentro de él. Por eso, cuando se plantea alguna duda acerca de la caracterización de un determinado lugar a tales efectos, suele acudir a criterios como la estructura del mismo, su destino, el carácter doméstico de las actividades que se realizan en él, y la potencial indeterminación de estas, por contraste con otros lugares destinados a actividades específicas, no domésticas en sentido propio.

§2. Hasta aquí todo parece sencillo. Sin embargo, de aquí en adelante todo se complica cuando de calificar ciertos espacios fronterizos con la intimidad se trata. De este modo, se han considerado lugares aptos para el desarrollo de la privacidad a todas las dependencias con comunicación interior con la vivienda, chabolas, infraviviendas o cuevas, sirvan como vivienda o refugio, habitaciones de establecimientos de hospedería, *roulottes*, autocaravanas y furgonetas en los lugares específicos destinados a habitación o a tiendas de campaña, embarcaciones e incluso al despacho profesional que no tiene acceso al público.

Asimismo, del jardín se ha dicho que forma un todo con la vivienda, tanto por razón de la contigüidad espacial, como por la forma inequívoca de su delimitación, como por razón del destino. O que el jardín circundante a un chalet debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta.

§3. El pleno no jurisdiccional del TS de 15 de diciembre de 2016 consideró domicilio a efectos penales las dependencias que mantengan, con la vivienda propiamente

dicha, una relación connotada por la contigüidad, el cerramiento (que no reclama la existencia de un muro), la comunicabilidad o la constitución de una unidad física, esto es, la formación de un todo.

1.2. Presupuestos para su validez

Es doctrina pacífica, desde la sentencia del Tribunal Constitucional 22/2003, de 10 de febrero, que la protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 de la Constitución Española se concreta en dos reglas distintas:

- 1.^a) Define su inviolabilidad, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.
- 2.^a) Supone una aplicación concreta de la primera. Establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliario —constituyendo esta última la interdicción fundamental, de la que la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental— que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 10/2002, de 17 de enero).

En consonancia con lo establecido por el Tribunal Constitucional, la Jurisprudencia dictada por la Sala II en este aspecto (SSTS 1803/2002, de 4 de noviembre, 261/2006, de 14 de marzo y 719/2013, de 9 de octubre), establece que los requisitos que deben tenerse en cuenta para dar validez a la prestación del consentimiento autorizante del registro domiciliario son los siguientes:

- a) Que esté otorgado por persona capaz; esto es mayor de edad, y sin restricción alguna en su capacidad de obrar.
- b) Que esté otorgado consciente y libremente. Lo cual requiere: que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase; que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean; que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial.
- c) Que se refleje por escrito para su constancia indeleble, ya se preste el consentimiento oralmente o por escrito.

- d) Debe otorgarse expresamente. Aunque el artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza el consentimiento presunto, este artículo ha de interpretarse restrictivamente pues el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios, tanto de no oposición, cuanto y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio *in dubio libertas* y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada.
- e) Que se otorgue en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias. De lo contrario carece de valor.
- f) Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical.
- g) Debe ser otorgado para un asunto concreto del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos (STS 6 de junio de 2001).
- h) No requiere en ese caso las formalidades recogidas en el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la presencia del Secretario Judicial.

De acuerdo con esta doctrina, es evidente que, salvo caso de flagrante delito, únicamente son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial, consentimiento que puede ser expreso o tácito (artículos 545 y 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

1.3. Especial referencia a las autorizaciones de entrada basadas en confidentes de la policía judicial

§1. Un supuesto de especial importancia son los autos habilitantes que se obtienen en virtud de solicitudes de la policía judicial basadas en el uso de confidentes. Esta mención a los confidentes —nos dice la STS 1047/2007 de 17.12— requiere ser aclarada y precisada, debiéndose consignar que en la fase preliminar de sus investigaciones, la policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Sentencia Kostovski, de 20 de noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de septiembre de 1990).

Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la «confidencia» como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc., así como el antiguo brocardo de que «quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa». Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones «confidenciales» no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas.

En la misma línea, la STS de 14 de abril de 2001 declaraba que es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 septiembre 1997 y 4 marzo 1999.

Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación.

Doctrina reiterada en las SSTS 1488/2005 de 13.12 y 28.2.2007 que precisan que una confidencia a la policía no es una denuncia, pues esta requiere que se haga constar la identidad del denunciado, como exige el art. 268 LECrim. pero puede ser un medio de recepción de la *notitia criminis* que dé lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma y como resultado de esa comprobación iniciar las actuaciones establecidas en los arts. 287 y ss. LECrim. elevándolas al órgano judicial competente las solicitudes policiales cuando no existe causa penal abierta tienen el valor de denuncia y obligan a incoar las correspondientes diligencias judiciales. Si no fuera así sería la propia policía la que, prácticamente, decidiría una medida que limita un derecho fundamental.

§2. Las noticias o informaciones confidenciales, en suma, aunque se consideran fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investiga-

dora que implique el sacrificio de derechos fundamentales (en este sentido la STC. 8/2000 de 17.1).

En esta dirección la sentencia 416/2005 de 31.3 ya precisó que la existencia de una información anónima no puede considerarse, en principio, suficiente para restringir un derecho fundamental a personas que ni siquiera consta su mención nominativa en aquella, pues un anónimo «no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión».

Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a «fuentes o noticias confidenciales». Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación. Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida.

Por lo tanto es necesario que se aporte al Juez algún elemento o dato objetivo que le permita valorar la seriedad de su sospecha más allá de las mismas consideraciones policiales. Es claro que no puede establecerse como regla general que la Policía identifique, lo cual podría ser un dato relevante en algunos casos, pero también lo es que para la restricción del derecho fundamental no basta la valoración policial acerca de la seriedad de la noticia, pues si así fuera la Constitución no requeriría el acuerdo previo del Juez. Las informaciones que aquellos facilitan deben ser mínimamente comprobadas policialmente con la finalidad de aportar datos objetivos que puedan ser valorados por el Juez.

Dicho con palabras del Tribunal Constitucional —sentencia 167/2002— cuando en la solicitud de su intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones «lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación».

1.4. Las intromisiones virtuales

§1. El art. 588 quinquies a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la reforma de la LO 13/2015, 5 de octubre, en su apartado primero, establece que «la Policía Judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos».



El delito de tráfico de drogas es uno de los que más se cometen en España. La crisis económica, el paro y la marginalidad son factores que subyacen en el repunte de este tipo delictivo.

En el plano jurídico-positivo, han transcurrido más de 10 años desde que la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 de 22 de junio diera un vuelco a la regulación de este delito en el Código Penal. El nuevo artículo 368 introdujo un tipo objetivo omniabarcador del delito de tráfico de drogas, comprensivo no solo del tráfico, también del cultivo, la tenencia y cualquier acto que facilite el consumo ilegal de drogas. El legislador pretendió abarcar el ciclo completo de la droga, comprendiendo desde la plantación hasta la difusión.

Junto al tipo básico se crearon siete agravantes para supuestos que repugnan sobremanera a la conciencia social. Dentro de estos subtipos agravados destaca el tráfico con cantidades de notoria importancia. El tráfico en manos de organizaciones criminales ha merecido una tipificación específica.

Ahora bien, en la configuración de este delito ha desempeñado un papel fundamental la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En pocos capítulos del Código Penal ha desarrollado el Tribunal Supremo una labor integradora del Ordenamiento jurídico como en el delito de tráfico ilegal de drogas.

En la presente obra se estudia este importante delito en todas sus vertientes, prestando especial atención a su interpretación por los tribunales.

ISBN: 978-84-9090-599-9



9

788490

905999



365266 1319

