

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 780/2013, de 25 de octubre (ROJ STS 5239/2013)

VALORACIÓN DE LA PRUEBA-TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

La sentencia que se analiza aborda las dificultades de valoración de la prueba y las discutibles conceptualizaciones dogmáticas de la responsabilidad penal de una persona por su pertenencia a una organización criminal, en este caso, dedicada al tráfico ilícito de drogas.

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal (BOE n.º 152, de 23-VI-2010), que introduce los delitos de organización (artículo 570 bis CP) y grupo criminales (artículo 570 ter CP), los jueces se enfrentan a una compleja red de conceptos que se superponen y, a veces, resultan difíciles de deslindar, dando lugar a una seria inseguridad jurídica, en un ámbito donde la prevención de la criminalidad organizada requiere mecanismos claros y efectivos de interpretación de la Ley. Ni siquiera la Circular de la Fiscalía n.º 2/2011 que largamente establece directrices para la interpretación de los tipos penales de asociación ilícita, organización criminal y grupo criminal, así como su distinción de las figuras de codelincuencia y actos preparatorios, ha sido capaz de poner orden en los posibles concursos que suelen aparecer cuando, además, nos encontramos con tipos agravados por la pertenencia a organización criminal, como el artículo 369 bis CP del delito de tráfico de drogas.

Como antecedente dogmático ha de tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad, largamente asentado en el Derecho Penal, obliga a determinar la responsabilidad individual en cada caso. Por ello, las figuras de asociación para delinquir introducidas en los códigos penales desde el siglo XIX resultaron siempre incómodas, aplicadas deficitariamente, más aun nuestro actual artículo 515 CP, por mucho tiempo asociado a la criminalización de la hostilidad política (GARCÍA PABLOS). Ello explica una jurisprudencia fluctuante, más allá del requisito de estabilidad y estructura que las distingue de los actos preparatorios y la codelincuencia, algo que se agrava con la introducción de nuevas figuras penales bajo mandato de las Normas Internacionales que obligan a una armonización legislativa en materia de lucha contra la Criminalidad Organizada.

En el caso de autos, José Manuel fue condenado por la Audiencia Nacional, por un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia, con pertenencia a una organización y extrema gravedad por la utilización de buque, a la pena de 14 años de prisión y multa de 90.000 euros. Según los hechos probados, el recurrente Juan Manuel «... dirigía en España un grupo de personas... dedicado a la adquisición de la droga para su posterior distribución». Entre ellos estaban César, Hermenegildo y Pedro, ya juzgados y ejecutoriamente condenados por STS n.º 921/2009 de 20 de octubre, también con la agravante de pertenencia a organización criminal (antiguo

artículo 369.1, 2.º CP). A su vez, Juan Manuel entró en contacto con Juan Enrique (también condenado en la misma sentencia) y realizó varios viajes con él a Madrid, Canarias y Holanda para preparar los pormenores de la descarga de la droga (cocaína) desde el barco de Juan Manuel a la embarcación que José Manuel hubiese adquirido o contratado. Tal descarga se haría en alta mar, en concreto frente a Fuerteventura, en una cantidad de cocaína nunca inferior a 750 g. Llegado el día, 21 de febrero de 2006, tal trasvase no pudo efectuarse al ser abordado el primer barco por el Servicio de Vigilancia Aduanera. Dentro del barco se encontraron 2.245 kg de cocaína con una riqueza media del 17,5%.

El recurrente aduce que no puede ser condenado por las pruebas aportadas en otro juicio (el de César y demás) en el que no ha tenido oportunidad de defenderse y que de ellas no se comprueba que la embarcación que portaba la droga incautada iba a ser trasvasada a la embarcación de Juan Manuel. Sin embargo, las pruebas practicadas en el juicio oral, tanto las declaraciones policiales de los agentes que intervinieron en la operación, como especialmente las escuchas telefónicas entre el recurrente y Juan Enrique, demuestran que el transporte ya se había iniciado, pues éste ya había recibido la droga correspondiente a otra operación e iba a ser trasvasada a la embarcación de Juan Manuel cuando intervinieron los agentes aduaneros. Cabe recordar que, por la configuración del delito de tráfico de drogas como delito de peligro abstracto, no cabe la tentativa, por tanto, estamos ante un delito consumado del artículo 368 CP, cuestión que en la sentencia no se discute.

Lo que esta sentencia del TS no acaba de ver es la pertenencia de Juan Manuel a una organización criminal. Según este Tribunal «no existen pruebas de que formara parte de una organización delictiva que se dedicara al tráfico de drogas, pues para ello es preciso acreditar algo más que la pluralidad de intervinientes». Ello es evidente, pero lo que resulta valorativo y discutible es cuál es ese *plus* que se requiere para calificar la conducta del autor como perteneciente a una organización criminal.

En el caso de autos el Tribunal declara probado que el recurrente «dirigía en España un grupo de personas... dedicados a la adquisición de droga para su posterior distribución», que entró en contacto con Juan Enrique y realizó varios viajes con él para preparar la operación, llegando al acuerdo de que le transportara la droga a las costas españolas en su barco, en cantidad no inferior de 750 g. Además, el Tribunal considera que aun teniendo por probado que los ya condenados César, Hermenegildo y Pedro cometieron un delito de tráfico de drogas como pertenecientes a una organización y que las escuchas telefónicas muestran las conversaciones entre Hermenegildo y Juan Enrique, según todos esos datos «podría ser posible obtener la *pertenencia* de los interlocutores a una organización, *lo cual no se discute en esta causa*, pero no acreditan la *integración* en la misma del recurrente». En suma, el Tribunal parece reconocer la existencia de una organización criminal, mas no la pertenencia de Juan Manuel a la misma.

Al parecer, el significado de *pertenencia a una organización criminal* no tiene un contenido consolidado, al menos a nivel jurisprudencial. Podemos sostener que estamos ante un concepto compuesto a su vez por otros dos conceptos, por tanto, complejo. Primero, el concepto de organización criminal, que resulta más pacífico en la medida que el propio legislador realiza una interpretación auténtica señalando en el artículo 570 bis CP su significado jurídico-penal. Segundo, un comportamiento personal de conexión con la organización criminal, que se entiende como «miembro, dirigente, fundador, integrante», quienes forman parte del *pactum sceleris*, es decir, del acuerdo de voluntades con finalidad criminal. Por consiguiente, se entiende que pertenecen a una organización criminal quienes con conciencia y voluntad forman parte de una estructura estable para realizar delitos. La nomenclatura más moderna prefiere el término «participación» en una organización criminal, pues el reproche no está en la conducta de integrarse en la misma, algo por otro lado de imposible probanza, sino por conductas de «participación activa», en el entendido que la persona tiene una función dentro de la estructura criminal. Lo explicita claramente el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI relativa a la lucha contra la Delincuencia Organizada: «La conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización».

Así, reiterada jurisprudencia ante hechos similares ha considerado la pertenencia a organización criminal (o grupo criminal, en su caso), teniendo en cuenta la cantidad de droga incautada, la utilización de buques en alta mar, las escuchas telefónicas que muestran la conexión de los imputados, los viajes que demuestran la coordinación. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional n.º 70/2013, de 20 de diciembre (ARP/2013/1309), que condena a Joaquín como autor de un delito de tráfico de drogas y como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, por transportar a España 409,6 kg de cocaína en un velero desde las costas de Venezuela y Brasil. Ciertamente es que en este supuesto el Tribunal califica como grupo criminal al no comprobarse los requisitos extremos que requiere la organización criminal y que el 369 bis CP no contempla la agravante por pertenencia a grupo criminal, pero, en el caso en comento, no se discute la existencia de la organización criminal, sino la integración del recurrente en la misma.

Ha de valorarse que no existe organización criminal sin integrantes en la misma y, por tanto, lo relevante es comprobar el grado de participación del sujeto en la organización criminal. Es verdad que a Juan Manuel no se le incautó *in fraganti* la droga, pero todas las pruebas aportadas, como los testimonios de los agentes, las escuchas telefónicas, el hecho de que se le encontrase en alta mar a punto de que se realice el trasvase de la droga, son todos indicios razonables capaces de desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente, como sujeto que forma parte de una organización criminal destinada al tráfico de drogas, tal como lo ha considerado la sentencia casada

de la Audiencia Nacional. Más aún cuando el propio TS reconoce que el recurrente dirigía en España una organización criminal. Lo que ha de valorarse, por tanto, son dos extremos interrelacionados: *la existencia de una estructura (medios materiales y personales) con capacidad de delinquir* y que *el imputado forme parte de dicha estructura*, extremos plenamente acreditados en este caso.

Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Penal. Catedrática acreditada
Universidad de Salamanca
lzr@usal.es