

5.4 Temas de especial tratamiento

Del análisis del conjunto de las memorias de los delegados y de los casos de la Audiencia Nacional emergen algunas cuestiones que merecen un comentario general.

5.4.1 ESPECIAL REFERENCIA AL CÁNNABIS

Como se ha mencionado, España es actualmente el primer productor de cánnabis en la UE, lo que atrae a organizaciones de delincuentes, nacionales y extranjeros, como se observa en la realidad de los procedimientos judiciales incoados por tráfico de cánnabis, muchos de ellos cometidos a través de grandes organizaciones que crean opacos complejos empresariales para la explotación de una sustancia económicamente muy rentable y que goza cada vez más de cierta aceptación social.

El Informe Mundial sobre drogas alerta sobre el aumento de las concentraciones de THC que alcanzan un 50% en la hierba de cánnabis y casi se ha triplicado en la resina. Reseña este informe que frente a una realidad donde alrededor de un tercio de las personas que recurren a los servicios de tratamiento relacionados con la droga lo hacen por consumir cánnabis, los intereses comerciales publicitan lo contrario otorgando beneficios de todo tipo a la sustancia, lo que atrae a jóvenes consumidores que terminan sufriendo graves daños en su salud. En marzo de 2023, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, JIFE (INCB por sus siglas en inglés), publicó su informe anual en el que expresa su preocupación por el impacto de la tendencia a la legalización del consumo recreativo afirmando que la experiencia muestra que legalización conduce a un mayor consumo y a la minimización de la percepción del riesgo alertando sobre la enorme extensión y difusión de esta sustancia.

Las aprehensiones en España confirman estas tendencias y muestran cultivos mayores, más organizados, con mayores concentraciones de THC y de los que se obtiene mayor rendimiento. En los últimos años se han encontrado porcentajes superiores al 20% de THC en la planta de cánnabis, aumentos del 50% y hasta el 92% en el hachís, fruto de una cada vez más fácil manipulación genética y que debería generar la consiguiente alarma dado el notorio potencial nocivo de esta sustancia. En España se observa esta confusión que denuncia la JIFE y la banalización de su consumo que se extiende especialmente entre jóvenes, por lo que el delegado de Barcelona llega a plantear si,

en casos de elevadas concentraciones, cabría reconsiderar la clasificación del cánnabis como sustancia que no causa grave daño a la salud.

Desde el punto de vista penal, la planta de cánnabis es objeto directo de fiscalización y por tanto la Fiscalía Especial mantiene ese criterio en la Instrucción de 9 de junio de 2021 del Fiscal Jefe anti-droga, una valoración que comparte el Tribunal Supremo que este año ha dictado la STS 306/22, 25 de marzo, en la que afirma que la concentración de THC no es relevante para la subsunción en el tipo penal: *«Hemos declarado frecuentemente (véase por todas STS de 6 de junio de 2.000 y 12 de junio de 2.002), que, “a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo índico o ‘cánnabis sativa’, son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contienen en su totalidad en las plantas derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (marihuana, hachís y aceite)”. Es decir, que toda planta “cánnabis sativo” o “cáñamo indico”, por propia naturaleza, contiene el tetrahidrocannabinol, que es su principio activo estupefaciente, principio activo que, con mayor o menor riqueza está presente en cualquier parte de la planta (raíz, tallos, hojas) y, naturalmente en sus derivados. Por eso hemos reiterado que no es indispensable la determinación de la concentración de THC en las sustancias derivadas del cáñamo índico o cánnabis sativa por ser ordinariamente irrelevante para la subsunción, al tratarse de drogas cuya pureza o concentración del principio activo no depende de mezclas o adulteraciones, como sucede con la heroína o la cocaína, sino de causas naturales como la calidad de la planta. La riqueza de THC de cada planta, al ser un elemento natural dependiente del tipo, semilla, clima, terreno y demás circunstancias concretas, es indiferente a los efectos de su consideración como droga».*

El problema de la consideración de las hojas del cánnabis no unidas a las sumidades floridas y con altos índices de THC está pendiente de algunos recursos interpuestos, ya en 2023, ante el Tribunal Supremo.

5.4.2 TRÁFICO MARÍTIMO: CONTENEDORES

El mar es un elemento esencial para el tráfico de drogas y los puertos, a través del tráfico de contenedores, son los focos principales de

entrada, especialmente de cocaína. En 2022 el *Informe mundial sobre drogas*⁵ de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) señala, por ejemplo, que el 90% de la cocaína incautada fue objeto de tráfico marítimo y hace un llamamiento a «frenar el aumento del tráfico de drogas por vías de navegación mediante el fortalecimiento de los controles de contenedores y las capacidades de interceptación en los puertos y mediante la sensibilización de las autoridades portuarias y las empresas de transporte marítimo comercial sobre los riesgos conexos» e identificaba, entre las medidas, la necesidad de «destinar recursos de los organismos encargados de hacer cumplir la ley a la lucha contra el tráfico marítimo y en contenedores».

En Europa, preocupan los puertos de Amberes y Rotterdam como los dos principales puertos de entrada de cocaína, pero Valencia, que figura en tercer lugar, y también Barcelona y Algeciras deben ser objeto de atención, como debe serlo también una ruta que conecta Suramérica con las Islas Canarias con la presencia del PCC brasileño en las islas. El Servicio de Vigilancia Aduanera reporta en sus estadísticas de 2022 la intervención de 66 contenedores con drogas en distintos puertos, entre los que destaca el número de aprehensiones producidas en el puerto de Valencia (26), Barcelona (13) y Algeciras (10). La cantidad de cocaína incautada es también mayor y como ejemplo este año en Valencia han sido 11.564 Kg frente a los 9.356 del año 2021.

Lógicamente las distintas modalidades a través de las cuales los contenedores sirven de transporte de la cocaína necesitan de complicidades entre los trabajadores de los puertos, lo que es un detonante de corrupción que alcanza también a trabajadores de aduanas y FFCCSS. Como ejemplo, este año se celebró el juicio de la operación Romeo-Puerto Calamar, sumario 2/2018 del juzgado 18 de Barcelona, contra 32 acusados, dictándose el 2 de noviembre de 2022 una sentencia con un elevado grado de conformidad con el fiscal en la que se condena con severidad a los policías, especialmente al Inspector del CNP destinado en la sección de estupefacientes de la UDYCO en el puerto, considerado jefe de la organización criminal, con imposición de 15 años de prisión.

El tráfico de drogas por vía marítima y en los puertos a través de contenedores, en particular procedentes de Brasil, Colombia y Ecuador, pero también cada vez más de otros países como Costa Rica y

⁵ https://www.unodc.org/res/wdr2022/MS/WDR22_Booklet_1_spanish.pdf, página 15.

República Dominicana, representa la principal vía de entrada de la cocaína en Europa. Desde la Fiscalía Especial Antidroga que lidera la Red de Fiscales Antidroga de Iberoamérica (REFAI) se promueve la transmisión espontánea de información entre Fiscales Antidroga acerca de las aprehensiones en los puertos, tanto para favorecer investigaciones transnacionales que dismantelen estas rutas como para promover entregas controladas. No obstante, los desafíos que representan los puertos españoles son complejos y requieren un fortalecimiento de la investigación, que permita la interrupción de núcleos de corrupción y de cadenas de legitimación de capitales.

Se trata de un problema común con otros puertos europeos por lo que el Ministerio de Justicia de Francia y la Fiscalía de Aix en Provence/Marsella han tomado algunas iniciativas para intercambiar buenas prácticas y soluciones comunes, organizando en enero de 2023 reuniones entre fiscalías competentes de los principales puertos de entrada de estupefacientes en la que participó el delegado de Barcelona y la Fiscal Jefa Antidroga. Se trata de un proyecto con previsiones de futuro que se desarrollará en 2023 en el que la Fiscalía Especial se propone seguir participando activamente.

5.4.3 INFORMACIONES Y EVIDENCIAS OBTENIDAS EN LAS PLATAFORMAS ENCRIPADAS

Si hay una circunstancia que este año ha impactado en los procedimientos por tráfico de estupefacientes ha sido la explotación de los datos e informaciones derivadas del descubrimiento en los años 2020 y 2021 del uso por las organizaciones internacionales de narcotráfico de sistemas de chats encriptados. Las tres plataformas de encriptados más importantes y cuyos mensajes, intervenidos en distintas operaciones llevadas a cabo por autoridades extranjeras, están siendo aportados a las diligencias españolas son EncroChat, SKY-ECC y ANOM. Es importante señalar que alrededor del 90 % de las comunicaciones interceptadas se refieren al tráfico de drogas –principalmente de cocaína– o blanqueo derivado del mismo, y no se ha detectado en ningún caso que los usuarios de estos sistemas hayan hecho uso de ellos para tratar sobre asuntos de carácter legal.

El análisis general que ha hecho Europol por encargo de las autoridades judiciales del conjunto de operaciones reveladas, del conocimiento de los usuarios, su ubicación y la relación entre ellos, concluye la existencia de grandes organizaciones y redes de narcotraficantes relacionadas entre ellas y cuyos jefes dirigen el narcotráfico asentado

fuera de Europa, en Dubái u otros países del Golfo, en gran parte de los casos.

Un importante número de procedimientos judiciales en trámite sobre narcotráfico transnacional en Europa están basados, total o parcialmente, en prueba obtenida a través de las intervenciones de las plataformas de encriptados. En España se contabilizan a finales del 2022, 35 procedimientos por narcotráfico en los que constan evidencias obtenidas de la explotación del sistema EncroChat y 32 procedimientos abiertos por tráfico de drogas y/o blanqueo con evidencias procedentes de SKY (11 de ellos en Valencia), mientras solo constan 2 casos por ANOM.

Las intervenciones de estos sistemas se han realizado en países extranjeros (Francia: EncroChat y SKY y EE. UU.: ANOM). Se trata en todo caso de procedimientos y actuaciones judiciales realizadas legalmente al amparo de las normas procesales del país de intervención. En concreto, en relación con EncroChat, la intervención se produjo tras autorizar el juez de libertades de la JIRS de Lille en 2020 y de conformidad con el artículo 706-102-1 del Código de Procedimiento Penal francés, la captación, bloqueo y redirección del flujo de información, de forma que, en junio de 2020 se había terminado el periodo de captación. Es importante subrayar que la legislación francesa permite limitar la información sobre el dispositivo técnico de obtención de los datos, ya que está prohibida por la Ley francesa para la protección del secreto de Defensa Nacional (artículos 413-9 y 413-10 del Código Penal francés). Una prohibición de revelación de información que el Conseil Constitutionnel francés declaró conforme a la Constitución en sentencia de 8 de abril de 2022.

Las particularidades de las intervenciones y de la prohibición de acceso de las defensas de los investigados a datos de las operaciones han dado lugar, tanto en Francia como España y en toda Europa, a continuas y variadas fundamentaciones de alegaciones de nulidad acerca de la obtención de las conversaciones de estos chats. El 11 de octubre de 2022 la Corte de Casación francesa dictó una sentencia que valida la operación de intervención de EncroChat con los siguientes argumentos principales que son especialmente relevantes para el uso de esta prueba, que subraya que sido válidamente obtenida en el país que nos la transmitió a través de los mecanismos de cooperación internacional:

– El derecho francés permite obtener datos, tanto almacenados, como en curso.

- El derecho francés permite el uso de la técnica que se usó en EncroChat, el bloqueo y desvío de datos.
- Todos los datos referidos a los acusados se han volcado completa y perfectamente y rechaza cualquier vulneración de derechos en este sentido.

En relación con la primera transmisión de información de EncroChat, se incoaron en la Fiscalía Especial las diligencias 16/2020 en las que se investigó a varios individuos por un delito de blanqueo y tráfico de estupefacientes, al estar involucrados en la venta de los dispositivos y en la instalación en ellos del sistema EncroChat. Al coincidir la investigación de estos hechos en España con la llevada a cabo en la JIRS de Lille, donde se produjo la intervención y donde constaban unas diligencias de mayor envergadura y más avanzadas, la Fiscalía Especial Antidroga, tras llegar a acuerdo con la Fiscalía de Lille, decidió remitir el procedimiento, en aplicación de lo dispuesto en relación con los conflictos de jurisdicción en la Ley 16/2015, a la vez que se entregaron a los investigados a Francia, en ejecución de las OEDEs emitidas al efecto.

Las informaciones obtenidas en la plataforma SKY tienen un origen similar: el contenido de los chats y conversaciones se obtuvo en el curso de unas diligencias francesas en las que se constituyó un equipo conjunto con las autoridades holandesas y belgas. La explotación de la información de los datos de esta plataforma sigue activa y el número de las 32 investigaciones en las que constan evidencias provenientes de la intervención de SKY es probable que siga incrementándose.

Los Tribunales españoles no se han pronunciado aún en sentencia sobre la validez de la prueba de EncroChat, pero sí en diversos autos en los que se razona la validez de esta prueba en la resolución de recursos, en la tramitación procesal de las causas o en relación con la tramitación de OEDEs y extradiciones. Cabe citar: Auto núm. 3/2022 de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, de 5 de enero de 2022; Auto 28/2022, de 28 de marzo, del Pleno de la Sala de lo Penal; Auto 515/2022, de 19 de octubre, Sección Segunda Sala de lo Penal; Auto 525/2022, de 11 de noviembre, Sección Tercera; Auto 439/2022, de 19 de julio 2022, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal; Auto 716/2022, de 23 de diciembre de 2022, de la Sección Cuarta de la AN y también, en relación con la plataforma ANOM, el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN 28/2022, de 28 de marzo.