

5.4 Temas de especial interés

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 INFORMACIONES OBTENIDAS EN LAS PLATAFORMAS ENCRIPTADAS

El año pasado ya se exponía la enorme litigiosidad que está provocando la presentación de evidencias procedentes del acceso en otros países a plataformas encriptadas, principalmente a las tres más conocidas, EncroChat, SKY-ECC y ANOM.

En España alrededor de 34 procedimientos penales incorporan pruebas procedentes de la intervención de la plataforma EncroChat y unos 60 del acceso a SKY-ECC. Solo dos diligencias han incorporado datos procedentes de la intervención de ANOM. La mayoría de estos procedimientos se incoaron en España antes de la incorporación de los datos de estas plataformas; los datos de las comunicaciones realizadas a través de estas plataformas se aportaron posteriormente y sirven en muchos casos para apuntalar las evidencias y, en otros, para ampliar la investigación desvelando quienes son los responsables de los escalones más altos de las organizaciones más allá de los iniciales detenidos relacionados directamente con los alijos y situados en la parte inferior de la organización.

Aunque el tema fue objeto de tratamiento el año pasado, la relevancia de los datos de estas plataformas y el enorme número de cuestiones planteadas por la defensa ante la novedad de tantos datos obtenidos por cooperación internacional merecen un espacio en esta memoria anual.

La interceptación de estas plataformas ha constituido un punto de inflexión en la investigación del narcotráfico en Europa. El análisis de los datos por los investigadores ha revelado el panorama real del inmenso negocio del tráfico de drogas, y el éxito de las operaciones se mide en miles de procedimientos con cientos de organizaciones desarticuladas. Solo en la operación inicial tras la intervención de EncroChat fueron detenidas 6.658 personas, además de 270 toneladas de cocaína, 971 vehículos, 40 aeronaves y 83 embarcaciones, 271 inmuebles y 900 millones de euros incautados. Asimismo, se intervinieron cerca de 1.000 armas de fuego.

El acceso a los datos de las diferentes plataformas se ha producido en procedimientos extranjeros. EncroChat logró ser intervenido en Francia con autorizaciones judiciales del Juez de Garantías de Lille en

el ámbito de un equipo conjunto de investigación entre Francia y Países Bajos. Contaba con 60.000 usuarios de los que aproximadamente 5.000 estaban en España. SKY-ECC fue también intervenido en Francia en el ámbito de un equipo conjunto entre Francia, Bélgica y Países Bajos. Contaba con unos 170.000 usuarios, de los que 18.000 están relacionados con España.

El uso de los dispositivos técnicos para el acceso a la plataforma se autorizó conforme a la norma francesa que permite recurrir a los medios del Estado sometidos al secreto de la defensa nacional en los términos del art. 706-102-1 del CPP francés. La técnica empleada por las autoridades para la obtención de los datos y la información relacionada con el dispositivo técnico de obtención de aquellos es secreta y está protegida por la ley francesa (artículos 413-9 y 413-10 Código Penal francés). Es importante destacar que el Consejo Constitucional francés en sentencia de 8 abril 2022 confirmó que los art. 706-102-1 LE Crim francesa (uso de herramienta técnica cubierta por secreto de Defensa Nacional) eran plenamente compatibles con la Constitución.

Ante la indudable fuerza probatoria que tienen las informaciones desveladas de estos chats, la actividad de las defensas reclamando la nulidad de las pruebas obtenidas es incesante en todos los países europeos. España, con un régimen procesal que permite todo tipo de recursos, incluso la reiteración de estos con argumentos repetidos lidera las impugnaciones que se refieren a cada uno de los pasos de las autoridades judiciales y policiales, extranjeras y españolas e incluso la actuación de las agendas europeas de cooperación policial y judicial EUROPOL y EUROJUST, cuyo rol ha sido muy relevante apoyando a las autoridades nacionales en sus investigaciones.

A la espera de que en abril de 2024 se pronuncie el TJUE sobre la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Berlín en relación con la obtención de los datos y evidencias de EncroChat a través de una orden europea de investigación, es importante resumir el informe de la Abogada General TJUE de 26 de octubre de 2023. Las conclusiones de este informe expresan:

– Que conforme a la Directiva 2014/41, la OEI puede emitirse para la obtención de pruebas nuevas o para el traslado de pruebas existentes. En este caso las OEI se emitieron con esta última finalidad. Las OEI alemanas no fueron el origen de las medidas francesas de intervención de las telecomunicaciones de los usuarios de EncroChat, sino que dicha intervención se produjo antes e independientemente de estas.

– Las OEI pueden ser emitidas por la Fiscalía. En caso de que una medida hubiera sido fuera autorizada por un juez en el Estado de ejecución (Francia), no se requiere que la OEI para el traslado de pruebas sea emitida también por un juez.

– La evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la OEI mediante la que se solicita el traslado de pruebas existentes corresponde a la autoridad de emisión (el/la fiscal). Los datos de comunicación intervenidos constituyen una injerencia grave en la vida privada de las personas afectadas, la injerencia solo puede justificarse por un interés público importante para la investigación y persecución de los delitos que, sin duda, se da en estos casos donde se investiga delincuencia organizada grave y narcotráfico de relevancia.

– La AG añade que no es aplicable la Directiva de conservación de datos 2002/58 ya que esta se refiere a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas obligados a conservar los datos de tráfico y de localización asociados a las comunicaciones electrónicas y al acceso a los datos conservados de esa manera. Cuando la intervención la realizan directamente los Estados miembros sin que se imponga obligación alguna a los proveedores de servicios de comunicaciones, no se aplica esa Directiva. Añade, además, que la injerencia no es comparable con la conservación indiscriminada de un operador; las medidas a las que se refiere la Directiva 2002/58 suponen una vigilancia masiva que afecta indiscriminadamente a toda la población, los datos cuyo traslado se solicitó por las OEI se circunscribían exclusivamente a los usuarios de EncroChat en Alemania en un contexto en el que existían sospechas de que este servicio se utilizaba para cometer delitos.

– El art. 31 de la OEI determina la obligación de que el Estado miembro que intervenga telecomunicaciones en el territorio de otro Estado miembro debe notificar a este la intervención. Esa notificación, que se corresponde con el anexo C de la OEI puede dirigirse a cualquier autoridad que el Estado miembro que realice la intervención considere pertinente, ya que no puede saber cuál es la autoridad competente en un caso interno similar.

– El Derecho de la Unión no regula (aun) la admisibilidad de las pruebas recabadas mediante una OEI que se haya emitido incumpléndose las condiciones que impone la Directiva 2014/41. La admisibilidad de las pruebas se rige por el Derecho nacional que, no obstante, debe respetar las exigencias de los derechos de defensa que se consagran en los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Mientras estas interpretaciones de la Abogada General no sean confirmadas por el TJUE el planteamiento de nulidades, recursos, etc. sigue intensificándose en España y en todos los países de la UE, especialmente aquellos que, como el nuestro, son lugar preferido de las actividades de los narcotraficantes.

Lo que diferencia a nuestro país del resto es la extraordinaria lentitud de los procedimientos judiciales que ha conducido a que sea el único de la UE donde no ha habido pronunciamiento alguno de Tribunales Superiores o Tribunales de Casación. Tampoco en primera instancia hasta 18 de enero de 2024 con la Sentencia de la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz (Algeciras) que admite la legalidad de la actividad investigadora y valida la incorporación de la prueba al proceso, no ha habido ni un solo pronunciamiento en sentencia.

No hay en los Tribunales Supremos de la UE ni una sola resolución final contraria a la validez de estas pruebas en la UE, y hay varios Tribunales de Casación que se han pronunciado ya validando aquellas. Por citar algunas de ellas: en Francia la Corte de Casación ha confirmado la plena adecuación con la legislación francesa de las pruebas procedentes de la intervención de EncroChat en varias sentencias como las de 11 y 25 de octubre de 2022. El Tribunal Supremo de Países Bajos igualmente analiza y valida estas pruebas en sentencia de 13 de junio de 2023. La Corte Suprema de Bélgica también por sentencia de 14 de junio de 2023, referida en este caso a SKY-ECC, ha admitido la plena validez de la prueba. Italia, cuyo Tribunal de Casación había puesto en cuestión la incorporación de las pruebas de SKY-ECC ha modificado, ya en febrero de 2024, su respuesta tras un recurso del Ministerio Público para unificación de doctrina entre las secciones del Tribunal de Casación admitiendo la incorporación de esta prueba. En el Reino Unido, los tribunales han confirmado penas de prisión a más de 1.000 acusados basándose en las pruebas procedentes de EncroChat.

En todo caso, EncroChat y SKY– ECC no son más que una muestra de la nueva forma de comunicación de las organizaciones criminales. Estos últimos años se han descubierto más de 50 plataformas creadas y utilizadas en exclusiva para la gestión oculta de actividades criminales. Es un enorme reto técnico y jurídico que exige una acción urgente a los Estados, para asegurar técnicas de investigación que permitan la intervención de estas comunicaciones apoyadas en una regulación adecuada de este tipo de técnicas de investigación,

5.4.2 USO DE EMBARCACIONES DE ALTA VELOCIDAD SEMIRRÍGIDAS (NARCOLANCHAS)

Las embarcaciones de alta velocidad neumáticas y semirrígidas que cumplan determinados requisitos han sido declaradas género prohibido por Real Decreto-ley 16/2018, de 26 de octubre, por el que se adoptan *determinadas medidas de lucha contra el tráfico ilícito de personas y mercancías en relación con las embarcaciones*, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 1 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. Por tanto, el uso de estas embarcaciones es un delito autónomo de contrabando cuando su valor supera los 50.000 euros y la pena a imponer es de 3 a 5 años de prisión por aplicación del apartado 2.2 b) y 3 de la LO 12/95 de Represión del Contrabando. La medida ha tenido una indudable repercusión práctica ya que no pueden ser fabricadas en España y se ven obligados a su ocultación en aguas internacionales o de otros Estados.

Aun así, siguen siendo el instrumento principal para el traslado de hachís desde Marruecos y proliferan por toda la costa, especialmente aunque no solo, en el Estrecho y son visibles a plena luz del día o por la noche, navegando por la desembocadura del Guadalquivir, por puertos deportivos o muelles pesqueros en Barbate, Conil de la Frontera, Sancti Petri, etc. Las redes sociales y cualquier medio de comunicación muestran el atrevimiento en la exhibición de estas narcolanchas por parte de los narcotraficantes y la violencia con la que en más de una ocasión embisten a las embarcaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como lo demuestra el asesinato de dos guardias civiles en Barbate en febrero de 2024, que constituye uno de los episodios más lamentables, tristes e inadmisibles que se recuerdan, y muestra la impotencia del Estado ante unas redes criminales que deben ser inmediatamente desarticuladas.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado denuncian la carencia de medios para el abordaje y detención de estas embarcaciones ultrarrápidas que suelen llevar varios motores de 350 cv de potencia; cuentan con sistemas de navegación y comunicación altamente sofisticados y se esconden o encuentran abrigo en aguas internacionales, en Marruecos y también en Portugal, donde estas embarcaciones no son de ilícito comercio. Entre las zonas de avistamiento señaladas por el DAVA se encuentran principalmente Melilla/Nador, Sanlúcar/Huelva, Almería, Motril/Granada, Barbate/Cádiz con números que superan los 230 en menos de 6 meses.

Estas embarcaciones se utilizan no solo para el transporte de hachís sino, cada vez más, de otras sustancias desde embarcaciones nodrizas y también de inmigrantes, con incidentes lamentables como lo ocurrido en la zona de San Fernando donde fallecieron 4 de ellos tras ser arrojados al mar.

Al permanecer fuera del puerto, el combustible debe ser trasladado hasta donde se encuentren por embarcaciones más pequeñas, pero también en las propias narcolanchas que permiten mayor carga, como demuestran las últimas incautaciones en las que se ha intervenido 2.000 y 3.000 litros de gasolina. El año pasado la Fiscalía presentó en las propuestas de modificación legislativa recogidas por el Fiscal General del Estado, como forma de desincentivar el uso de estas embarcaciones, la tipificación del transporte y almacenamiento de gasolina en determinadas cantidades y sin autorización administrativa como hizo Gibraltar en la reforma de la *Petroleum Act* de 2021. La tipificación de esta conducta evitaría muchas de estas actividades ante la imposibilidad de perseguirla de otra forma, puesto que es difícil demostrar que esta gasolina está destinada a suministrar combustible a narcolanchas dedicadas al tráfico de drogas. Solo en ocasiones se logra imputar una infracción administrativa y la imposición de una multa, que dado el perfil de los «petaqueros» no llega a pagarse nunca.

A la par, se genera otro problema por el almacenamiento de la gasolina incautada administrativamente que permanece almacenada en lugares que en muchos casos no están debidamente habilitados para ello y que, cuando no se han incautado en procedimientos penales, no llega a poder ser utilizada o vendida para beneficiar a la lucha contra el narcotráfico.

Portugal comparte el problema del narcotráfico con este tipo de embarcaciones en la medida que también se usan para la introducción de estupefacientes en su territorio, y además, el no ser género prohibido es aprovechado por los narcotraficantes tanto para estacionarlas, como para realizar el montaje de los motores y sistemas de comunicación para su posterior traslado a España. La tradicional buena cooperación con Portugal requiere un abordaje coordinado de este problema.

La Fiscalía de Huelva destaca el importante número de condenas por este delito, en determinados casos tipificándolo como imprudente, e incluso dando lugar a enjuiciamientos urgentes, como en el caso de una embarcación de 12 metros de eslora con 4 motores de 300 cv cada uno valorada en 180.000 euros que embarrancó en Punta Umbría, tras lo que sus ocupantes fueron condenados al día siguiente a penas de prisión y multa.

En la práctica, los procedimientos por el delito de contrabando autónomo no son tan habituales, sino que lo más frecuente es la acusación juntamente con el delito de tráfico de drogas considerando la existencia de un delito medial ex art. 77.3 CP conforme a la jurisprudencia introducida por el TSJA de 27 de mayo de 2021 y el TS en Sentencia 906/21, de 24 de noviembre.

Otro tema que merece un tratamiento especial es la difícil tasación, gestión y destrucción de las narcolanchas incautadas y la alarmante situación de acumulación en los lugares de almacenamiento dado que no pueden ser vendidas al ser género prohibido, ni en general suelen ser objeto de uso por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que no las consideran idóneas para su trabajo. Se acumulan en distintos puertos, se dan retrasos en las tasaciones, en la autorización de destrucción por parte de los juzgados, de forma que los gastos de almacenamiento y destrucción son muy elevados. Además, se genera un riesgo comprobado de robos y vuelta al mercado de motores de gran valor. La acumulación de narcolanchas, especialmente en Algeciras y Cádiz, provoca un colapso tanto en el procedimiento judicial en el que las decisiones de destrucción no se suelen abordar con celeridad. A principios del año 2024 estaban depositadas en Cádiz (Puerto de Santa María) unas 80 embarcaciones y unos 150 motores que se suman a casi 300 embarcaciones en la provincia de Algeciras.

La tasación pericial de cada una de estas embarcaciones resulta una diligencia indispensable para acreditar su carácter de género prohibido y su valor superior a 50.000 euros, condición objetiva de punibilidad que determina la diferencia entre optar por el castigo penal o el administrativo; salvo los supuestos del art. 2.3 a) de dicha Ley, la tasación ha de practicarse con carácter previo a resolver sobre su decomiso cautelar, destrucción, uso provisional o realización anticipada.

A lo largo del año 2023 se acordaron por los órganos instructores las tasaciones oficiando normalmente a las Capitanías Marítimas del lugar de depósito de las embarcaciones y también a la Inspección Marítima de la Dirección General de la Marina Mercante para su realización. El resultado, como señala el delegado de Pontevedra, han sido tasaciones periciales sorprendentes que no reflejaban en modo alguno el valor real de mercado de dichas embarcaciones, conforme prescribe el art. 10 de la LO 12/1995; además la tasación no se realiza teniendo en cuenta la fecha de su aprehensión judicial. Ello obligó, por ejemplo, a requerir por la Fiscalía de Pontevedra la emisión de nuevos informes periciales ampliatorios que se retrasan indefectiblemente o no llegan.

Estas demoras obligan a postergar la decisión judicial de la realización anticipada o destrucción de las embarcaciones y efectos incautados, con nefastas consecuencias en relación con su depósito y su custodia. Se plantea un problema de depreciación y deterioro por el paso del tiempo, sobre todo de aquellos elementos que sí son de lícito comercio, como los motores fueraborda o instrumentos de navegación.

Por ello, una propuesta de solución para evitar los anteriores problemas es que, en la medida en que el delito de contrabando del art. 2.2 b) de la LO 12/1995 trata de proteger el control por parte de las autoridades aduaneras de la circulación de determinadas embarcaciones y en tanto que la gestión y mantenimiento del *Registro Especial de Operadores de Embarcaciones Neumáticas y Semirrígidas de Alta Velocidad* corresponde al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (art. 3 del Real Decreto 807/2021, de 21 de septiembre), sea el Departamento Regional de Aduanas e Impuestos Especiales quien habilite a uno o varios de sus funcionarios para que, reuniendo la debida capacitación técnica y legal, auxilien a la Administración de Justicia en la elaboración de los informes periciales sobre estas embarcaciones.

5.4.3 RECUPERACIÓN DE ACTIVOS: DIFICULTADES EN LA GESTIÓN Y VENTA DE BIENES INCAUTADOS

Una verdad indiscutible y plenamente aceptada en materia de lucha contra la delincuencia organizada y especialmente contra el narcotráfico es la mayor eficacia de las acciones dirigidas a la privación de bienes y ganancias que a la imposición de penas, lo que implica la necesidad de mejorar en la recuperación de activos e investigar más y mejor las actividades de blanqueo.

España ha trabajado muy seriamente desde distintos ámbitos para conseguir mejores resultados en la recuperación de activos. La creación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA), el fichero de titularidades financieras y todas las acciones preventivas del SEPBLAC, la creación de registro de titularidades reales (RETIR) el magnífico trabajo de recolección de informes y análisis que realiza el Consejo General del Notariado a través del órgano centralizado de prevención (OCP) son mejoras muy relevantes, si bien con fallos e ineficiencias que muestran que queda aún un importante ámbito de mejora.

La Fiscalía Especial Antidroga aprobó un Protocolo en el año 2022 que sirve de orientación a todos los fiscales delegados que reflejan en sus memorias algunos problemas relacionados con la recuperación de activos. No puede ser objeto de esta memoria un análisis exhaustivo de todas estas cuestiones, pero sí merece la pena citar algunos temas que en la mayoría de los casos se centran en el ámbito de la gestión de los activos incautados, en particular de algunos de ellos.

Por ejemplo, los vehículos de motor de alta gama son uno de los bienes incautados con mayor frecuencia en las operaciones contra el tráfico de drogas. Su uso provisional por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado puede ser autorizado judicialmente y así se está realizando. Sin embargo, aunque es un tipo de bien que claramente se deprecia con el paso del tiempo, no suele ser objeto de venta anticipada. La venta tras la sentencia firme está produciendo en muchas ocasiones la reclamación por concesionarios de automóviles de cuotas pendientes ya que habitualmente están vendidos con financiación. Sin embargo, lo que se aprecia es un pago de elevadas cantidades en metálico, superiores a lo administrativamente permitido y sin posterior plan de pagos periódicos, por lo que se suelen considerar contratos simulados.

La ORGA es una oficina con grandes posibilidades y por tanto con enormes actividades a realizar a través de las encomiendas de juzgados y fiscalías. Sin embargo, las memorias de los fiscales delegados y la experiencia de la Fiscalía Especial muestran utilidad en la actividad de localización de activos en el extranjero, ya que la investigación patrimonial en el ámbito nacional está muy centrada en la información que proporcionan las distintas bases de datos accesibles a través del Punto Neutro y puede ser realizada directamente por el órgano investigador.

Sería deseable que la ORGA pudiera prestar siempre colaboración en el depósito, gestión y realización de bienes especiales, para lo que posiblemente sea necesaria una modificación legal. Uno de los principales problemas deriva de las limitaciones que el art. 19 de la Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, especialmente por la previsión de apartado 4 del art. 19 que establece que «La función de gestión que realice la Oficina no incluirá ni el depósito de los bienes que le sean encomendados, ni la gestión de sociedades en tanto no se dicte orden del Ministerio de Justicia que disponga la realización de estas actuaciones».

En relación con la actividad de narcotráfico, todo tipo de bienes deben ser objeto de gestión tras su incautación y embargo, desde ani-

males de cuya gestión la ORGA ha denegado hacerse cargo, cantidades ingentes de aparatos de aire acondicionado hasta los motores utilizados en narcolanchas, etc. Sin dudar que una de las principales funciones de la ORGA es obtener beneficios de los bienes incautados, esta oficina nace con el objeto de apoyar a las autoridades judiciales en la gestión y administración de los activos. El depósito de estos bienes debería ser necesariamente parte de la gestión sin esperar a la orden ministerial, habida cuenta de la urgencia de la adopción de medidas de depósito.

Otro tema difícil de gestionar son los criptoactivos, cada vez más frecuentes en las incautaciones a narcotraficantes. Las características de estos activos requerirían una urgente modificación de la LECrim. Se plantean problemas de custodia de los monederos y de sus claves y, sobre todo, es necesario regular por ley el destino de estos y cómo se han de realizar llegado el caso, dada la volatilidad y fluctuaciones que experimentan. La enajenación anticipada obligatoria prevista en el art. 367 quáter LECrim no es adecuada para estos activos que no generan gastos de depósito ni siempre se deprecian, pues a veces multiplican su valor en un corto espacio de tiempo, aunque también pueden perderlo totalmente. La decisión sobre enajenar o no tiene consecuencias importantes y debe estar adecuadamente regulada. La forma de la transformación igualmente requiere la intermediación de órganos especializados. La casuística y los problemas son múltiples y no es esta Memoria el espacio para poder hacer un estudio de las necesidades derivadas de estos nuevos activos, pero sí al menos dejar constancia de la urgente necesidad de un abordaje completo sobre el depósito, gestión y realización de estos activos en cuya transformación trabaja la ORGA solucionando alguno de los problemas a través de acuerdos con empresas de exchange.