

5.4 Temas de especial interés

5.4.1 INFORMACIONES OBTENIDAS EN LAS PLATAFORMAS ENCRIPTADAS

El uso de plataformas encriptadas es una de las características propias del narcotráfico estos últimos años y así lo recoge también el informe SOTCA de Europol que menciona el uso por las organizaciones criminales de dos tipos de plataformas: aquellas creadas por delincuentes para delincuentes como EncroChat, SKY-ECC, Ghost que les proporcionan un entorno de comunicación para la delincuencia grave y organizada y otras (*no dedicated platforms*) utilizadas también por las organizaciones y diseñadas legalmente para proteger a sus usuarios.

Las primeras, especialmente las dos mencionadas EncroChat y SKY-ECC, han sido fuente de informaciones y son evidencias que en muchos casos sustentan directamente o coadyuvan con otras evidencias a las acusaciones de narcotráfico. La interceptación de estas dos primeras plataformas en Francia han sido reveladoras del verdadero panorama del narcotráfico en Europa. En España unos 120 procedimientos cuentan con pruebas procedentes de las comunicaciones interceptadas en Francia en alguna de las dos plataformas.

En la Memoria del año pasado dábamos cuenta del informe de la Abogada General del TJUE a la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Berlín en relación con la incorporación de las pruebas procedentes de la explotación de esta plataforma en Francia a los procedimientos penales de los distintos países europeos. Pues bien, el 30 de abril el TJUE dictó sentencia en el caso C-670/22 que resumimos por su relevancia:

- Permite la emisión por el fiscal para la obtención de prueba preexistente siempre que pueda hacerlo en procedimientos internos.
- Permite la emisión de una OEI para la obtención de datos masivos, sin necesidad de concretar en dicho momento personas sospechosas y de qué delitos concretos, siempre y cuando posteriormente haya un proceso que permita esta concreción.
- El principio de reconocimiento mutuo impide que la autoridad de emisión esté facultada para controlar la legalidad del procedimiento en el que el Estado de ejecución ha recabado las pruebas que ya obran en poder de las autoridades competentes de dicho Estado y cuya transmisión se solicita,
- En relación con el art. 31 de la Directiva 2014/41 que regula la notificación en casos de intervención de telecomunicaciones transfronterizas sin necesidad de asistencia técnica, el TJUE define el término «telecomunicaciones» como concepto autónomo del Derecho de

la Unión, que engloba a todos los procesos de transmisión de la información a distancia, que se refiere tanto a un número de teléfono, como a una dirección de protocolo de Internet (dirección IP) o una dirección de correo electrónico.

- Partiendo de las diferencias existentes entre la OEI emitida para la interceptación de telecomunicaciones del art. 30 y la mera notificación del art. 31 de la Directiva, el TJUE aclara que en este último supuesto la autoridad competente del Estado miembro notificado dispone de una facultad discrecional de informar a la autoridad competente del Estado miembro que efectúa la interceptación, que la misma no puede llevarse a cabo o que debe interrumpirse o, en su caso, que los datos interceptados no puedan utilizarse o solo puedan utilizarse en las condiciones especificadas en el mismo. Por lo tanto, el TJUE declara que el art. 31 de la Directiva 2014/41 también protege los derechos de las personas afectadas por dicha medida, con afectación a la utilización de los datos a efectos de enjuiciamiento penal.

- Por último, el TJUE recuerda que, a falta de normas en el Derecho de la Unión relativas a la admisibilidad y valoración de pruebas, corresponde su determinación al Derecho de cada Estado miembro, siempre que no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sujetas al Derecho nacional (principio de equivalencia) y que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

Por otro lado, como ya se reseñó, la prueba procedente de EncroChat ha sido admitida como válida en varias sentencias nacionales durante este año 2024:

La primera sentencia es de la Sección 7.^a (Algeciras) de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 18 de enero de 2024. La sentencia da respuesta positiva a la validez de la obtención de pruebas en Francia y su incorporación, mediante OEI, al procedimiento penal de Algeciras.

La segunda resolución es la Sentencia de 9 de mayo de 2024 de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional que reitera la validez de estas pruebas en el mismo sentido que la Audiencia de Cádiz, incorporando ya mención a la STJUE en el caso C-670/22. La Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional confirmó la sentencia en fecha 11 de diciembre de 2024, validando nuevamente la forma de obtención de prueba y la incorporación de esta al procedimiento nacional a través de OEI emitida por el Ministerio Público. Ha sido recurrida en casación y pendiente de resolución por el Tribunal Supremo.

La Sentencia de 10 de junio de 2024, de la Sección Tercera de la AN, derivada del Sumario núm. 6/2021, es la primera en la que se valora la prueba procedente en este caso de SKY-ECC. La sentencia no aprecia vulneración de derechos fundamentales y desestima la petición de nulidad de la prueba afirmando la validez y fiabilidad de los datos derivados y la extrema utilidad de los datos obtenidos de la intervención de las comunicaciones del sistema encriptado SKY-ECC en Francia. La sentencia ha sido confirmada por la Sentencia de 7 de enero de 2025 dictada por la Sala de Apelaciones.

La Audiencia Provincial de Barcelona se pronunció también admitiendo EncroChat en Sentencia de 18 de marzo de 2024 en el caso *Chilangos*.

Igualmente, la prueba ha sido validada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sentencia de 14 de noviembre de 2024, confirmando en apelación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla en el procedimiento de Tribunal de Jurado núm. 1/2021 del Juzgado de Instrucción núm. 10 de esa ciudad.

En relación con estas investigaciones y el constante incremento de este tipo de plataformas, sería necesario reflexionar sobre la necesidad de tipificar, como hacen algunos países europeos, la creación de sistemas de encriptación sin licencia y para la comisión de cualquier tipo de delitos. En España, la encriptación solo se configura como delictiva con relación a determinadas conductas entre las que no está la organización criminal o el tráfico de drogas.

5.4.2 CORRUPCIÓN COMO ELEMENTO FACILITADOR DEL NARCOTRÁFICO

El informe SOCTA de 2025 afirma que la corrupción forma parte del ADN del crimen organizado. Actúa como facilitador y catalizador clave de las actividades delictivas y contribuye a desestabilizar la sociedad. Es instrumental para la mayoría de las formas de delincuencia organizada y esto para evadir la aplicación de la ley, ganar influencia económica o política, facilitar las operaciones delictivas o debilitar la confianza en el sector público o en la aplicación de la ley. Aunque se basa en mecanismos bien conocidos, la corrupción se ha adaptado a las tendencias más amplias hacia la digitalización y un modelo de delincuencia como servicio. Cada vez son más visibles varias cuestiones: la selección de personas con acceso a sistemas digitales en entidades públicas y privadas y el papel cada vez más importante de los intermediarios de la corrupción.

Nuevamente el informe es un reflejo de la situación de España donde gran parte de la corrupción relacionada con la delincuencia organizada cuenta con la participación o colaboración de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o funcionarios de aduanas con redes de narcotraficantes.

Una buena parte de las investigaciones, especialmente las iniciadas o explotadas este año con la presencia de corrupción, vienen apoyadas por pruebas procedentes de plataformas encriptadas, siendo directamente usuarios de estas los funcionarios investigados o apareciendo mencionados en las conversaciones intervenidas a los narcotraficantes.

La relevancia de los cargos de los funcionarios investigados en las causas, especialmente en las incoadas en la Fiscalía Especial Anti-droga, hace que parezca imprescindible prestarle especial atención en esta Memoria a un tema que, aunque es obviamente preocupante, no debe alarmar ya que no se trata de corrupción generalizada sino de casos individuales respecto a la que los propios cuerpos policiales, con el trabajo sus Unidades de Asuntos Internos, han podido identificar y reaccionar. Destacamos el intenso trabajo de estas unidades en la identificación y la discreta y completa investigación de estos casos.

Además de los dos procedimientos anteriormente reseñados en las causas en la Audiencia Nacional, este año se ha presentado acusación en el Sumario núm. 8/2021 y en el 2/2022 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 por delito de tráfico de drogas y blanqueo contra quien fuera inspector jefe de UDYCO en Alicante.

También en la Audiencia Nacional se investigan en Diligencias Previas núm. 60/2023 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 a varios guardias civiles destinados en el Puerto de Ceuta, dos de ellos detenidos en la explotación de la operación en enero de 2025 por tráfico de drogas.

En Barcelona se investiga a un Jefe del Grupo de la Unidad Operativa de Vigilancia Aduanera de Barcelona detenido en mayo, investigado por la sustracción de diversas entidades de los alijos de estupefacientes que habían sido aprehendidos en distintas intervenciones policiales.

En Ceuta se ha formulado este año acusación contra un funcionario de las Guardia Civil por colaboración con delitos contra la salud pública, por permitir el pase de vehículos cargados de hachís.

En Murcia, la Sentencia de 8 de enero de 2024 contra 15 acusados, ha condenado a 14 de 15 acusados –3 de ellos policías nacionales– por organización criminal, delito contra la salud pública, varios robos con violencia y robo con fuerza en casa habitada, falsedad documental, malversación de caudales públicos, cohecho continuado y varios

delitos de detención ilegal. Actualmente recurrido en casación por el Ministerio Fiscal.

También en Murcia se sigue una investigación contra la organización criminal conocida como Los Albaneses y 8 personas más, por presuntos delitos de tráfico de drogas, estafa, omisión del deber de denunciar delitos, descubrimiento y revelación de secretos, cohecho, blanqueo de capitales y otros. La investigación la dirige la Unidad de Asuntos Internos al estar investigados varios agentes de la Policía Nacional, entre ellos el jefe de UDYCO en Cartagena.

En Algeciras, se ha celebrado este año un juicio oral que ha dado lugar a la Sentencia núm. 211/2024 de la Sección 7.^a de Audiencia Provincial de Cádiz, por la condena a un agente de la Guardia Civil en activo a la pena de 6 años de prisión por un delito de blanqueo de capitales y a la pena de 1 año de prisión por el delito de pertenencia a grupo criminal.

Asimismo, esta misma Sala de Algeciras enjuició a un turno completo de guardias civiles destinados en el puerto de Algeciras por delitos de contrabando, blanqueo de capitales y cohecho, junto con un abogado condenado como seguidor de las acciones ilícitas que desarrollaban, resultando una sentencia condenatoria para los acusados con penas que oscilaron entre los 9 años y 6 meses y los 4 años de prisión, la cual ha sido confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

5.4.3 NUEVA CONSIDERACIÓN DEL «PETAQUEO» COMO ACCIÓN TÍPICA DEL ARTÍCULO 568 DEL CÓDIGO PENAL

El año pasado la Memoria de la Fiscalía Antidroga dedicó un apartado especial al tema de las narcolanchas, mostrando un panorama desolador que se mantiene e incluso se incrementa al extenderse por nuevas vías y ampliar su actividad al transporte de cocaína. Igualmente, en la Memoria de 2022 y relacionado con el mismo tema se realizó una propuesta de modificación legislativa en relación con la actividad del petaqueo que este año se vuelve a analizar.

La actividad de «petaqueo» (suministro de gasolina a narcolanchas) resulta especialmente lucrativa y aparentemente hasta ahora desprovista de las consecuencias penales del tráfico de sustancias estupefacientes y está extendiéndose alarmantemente. Solo algunos ejemplos: en Almería se han incautado 88.944 litros de gasolina o en Huelva la cantidad de 147.192.

Los delegados antidroga de las Fiscalías de Andalucía, lideradas por la Fiscal coordinadora de Andalucía y delegada de Cádiz, han realizado un esfuerzo para la presentación de casos considerados como actividades típicas.

Ante esta situación, algunas operaciones han permitido demostrar la vinculación del petaqueo con el tráfico de drogas. En Almería, en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Berja se coordinó una actuación en la que se lograron elementos de prueba que vinculaban la actividad de petaqueo tanto con operaciones constatadas de tráfico de drogas como de inmigración ilegal.

En el resto de los casos, la Fiscalía ha comenzado a presentar acusaciones por delito del artículo 568 CP: tenencia de sustancias inflamables. La Fiscal delegada de Cádiz y coordinadora de Andalucía ha emitido una nota interna analizando las posibilidades de que determinadas actividades de petaqueo puedan ser consideradas delictivas.

Para ello, analiza los elementos del tipo; se trata de un delito de peligro abstracto cuya acción es la posesión, transporte y almacenamiento de sustancias inflamables, en las que se incluye la gasolina y el gasoil. Se trata de actividades sin autorización y que contravienen las normas administrativas sobre tenencia, transporte, etc. de cada una de las sustancias a que se refiere el artículo. El ánimo de atentar contra la seguridad pública puede ser constituido por el dolo directo o eventual y, sin duda, la sustancia es capaz de causar peligro a la seguridad pública. Las circunstancias de cada caso son tenidas en cuenta para valorar ese riesgo.

En los procedimientos se realizan análisis de las sustancias y se solicitan pruebas periciales sobre la peligrosidad del transporte, que suelen realizar el Grupo de emergencias de Andalucía, dependiente de la Consejería de Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa de la Junta de Andalucía o el GEDEX (Grupo de Desactivación de Explosivos).

Con esta base, los fiscales delegados de las distintas provincias han comenzado a imputar este delito a las personas a quienes se interviene con gasolina. El encuadre de la conducta en este delito está pendiente aún de interpretación judicial, aunque, ya en 2025, la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz en Auto de 27 de marzo, resolviendo un recurso de apelación interpuesto por la Fiscal delegada de Algeciras contra una libertad acordada por el juez instructor que consideraba atípica la actividad, acoge esta tesis de la fiscalía y considera la actividad de petaqueo como actividad susceptible de incardinarse en la tipicidad del artículo 568 CP. En los momentos en que se redacta esta Memoria, la Audiencia Provincial de Cádiz, reunida en pleno, ha

considerado mayoritariamente que la conducta del petaqueo es incardinable en el artículo 568 del Código Penal.

Aunque una penalización autónoma de la conducta de petaqueo sería una solución más idónea, lo cierto es que esta nueva vía de persecución penal de la actividad puede tener un impacto importantísimo en la lucha contra el tráfico de drogas dificultando el uso de estas narcolanchas que encontrarán de esta forma más dificultades para abastecerse del imprescindible combustible.