

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE LA TÉCNICA DE LAS ENTREGAS VIGILADAS: LOS ASPECTOS DE DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL¹

M^a TERESA ALCOLADO CHICO²

SUMARIO. — 1. INTRODUCCIÓN. - 2. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 584 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, EN LA APERTURA DE UN PAQUETE SOSPECHOSO. — 3. LA APERTURA DEL PAQUETE POSTAL EN EL TRÁFICO INTERNO DELANTE DEL INTERESADO TENIENDO EN CUENTA EL ARTÍCULO 263 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.— 4. PERSONAS AUTORIZADAS Y PRESUPUESTOS.- 5. LA FUNCIÓN DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA APERTURA DE PAQUETES SUSCEPTIBLES DE CONTENER SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES.- 6. EL OBJETO DE LAS ENTREGAS VIGILADAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA.- 7. UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA DE LA ENTREGA VIGILADA, Y EL DELITO CONSUMADO DE TRÁFICO DE DROGAS.-8. GARANTÍAS EXIGIDAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA CORRECCIÓN PROCESAL Y LA VALIDEZ DE LA APERTURA DE CORRESPONDENCIA O PAQUETE POSTAL.-9 . CONCLUSIONES.

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la posición del Tribunal Supremo ante la técnica de las entregas vigiladas de paquetes, apertura de estos, a fin de evitar la comisión de delitos, especialmente relativos a tráfico de estupefacientes, centrándose en el artículo 584 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, las

1 Sobre el tema nos hemos ocupado en esta misma Revista en números anteriores: “*La cobertura legal a un procedimiento en el marco del Derecho Penal Internacional: “la entrega vigilada”*”, en Revista Jurídica de Asturias, ISSN 0211-1217, n° 37, 2014, pp. 57-96; “*La entrega vigilada: marco europeo y acuerdos de España con terceros Estados*”, en Revista Jurídica de Asturias, ISSN 0211-1217, n° 38, 2015, pp. 78-97.

2 Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Premio de la Real Academia de Doctores de España de Ciencias Jurídicas y Económicas. Profesora de Derecho Internacional Privado en los Colegios Universitarios Cardenal Cisneros y Centro de Estudios Financieros (CUNEF), oficialmente adscritos a la Universidad Complutense de Madrid. Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

condiciones en las que se debe desarrollar dicha apertura, las funciones de los Letrados de la Administración de Justicia, y las garantías que el Tribunal Supremo exige en su jurisprudencia a efectos de respetar los derechos personales de los investigados, al tiempo que se recogen las normas pertinentes de fuente internacional.

1. INTRODUCCIÓN

En los tiempos actuales; primer cuarto del siglo XXI, la relación entre el objetivo social de prevenir y reprimir el delito, el mantenimiento y respeto de los derechos fundamentales y las garantías inherentes al investigado sometido a un proceso, plantea un problema de proporcionalidad, entre otros principios conectados. Es necesario destacar que, para obtener una mayor efectividad en el proceso penal se impone la limitación de derechos; por lo que se busca un punto de equilibrio, la inflexión perfecta; dado que en un Estado democrático y de Derecho, los fines nunca justifican los medios, es opinión de Velez Mariconde, que *“no es posible olvidar ninguno de esos intereses, cuya efectiva protección resulta, desde luego, en virtud del derecho procesal; el legislador debe buscar una solución armónica, un equilibrio que, desde un punto de vista político, signifique una correcta interpretación de las normas constitucionales”*³, así mismo, es el Estado de garantías, el que debe proteger al propio delincuente, como una función de la justicia, tal y como argumenta Carnelutti *“que en el Estado Democrático y de Derecho, la estructura del proceso penal debe ser tal que se reduzca a lo mínimo posible el riesgo de error y, en segundo lugar, el sufrimiento injusto que de ellos deriva”*⁴. Considerando que el peligro, violencia e inseguridad siempre han de existir, es siempre mejor el riesgo con garantías procesales que este con autoritarismo. Es preferible un sistema que no funcione en algunos casos por falta de control (o de limitación de la esfera de la libertad individual) que un Estado policial y prepotente, pues los fallos siempre van a existir. El problema es, que en este último caso, la inseguridad de que los inocentes paguen por el error es infinitamente mayor y éste es un coste que no se puede tolerar en los sistemas actuales.

La función objetiva del proceso criminal, en la línea del garantismo, es la preservación de la dignidad de la persona, contra el ejercicio del legítimo derecho de la sociedad para perseguir la responsabilidad penal, en relación con la criminalidad. Las garantías procesales fundamentales como la del derecho a la no incriminación, la nulidad de las pruebas ilícitas, condicionan el descubrimiento de la verdad en el proceso, que no es obtenida a cualquier precio. Gimeno Sendra que, es junto a otros, mantiene que a diferencia de los regímenes

3 Vid. VELEZ MARICONDE, A., *Derecho procesal penal*, Ed. Lemer, 1969, p. 56.

4 Vid. CARNELUTTI, F., *Derecho procesal civil y penal*, Trad. E. Figueroa Alfonso, México 1997, Biblioteca Clásicos del Derecho, Tomo 4, 1997. p.308.

autocráticos, en un Estado de Derecho, la función del proceso penal no puede identificarse exclusivamente con la aplicación del *ius puniendi*⁵; como dice Gómez Colomer: “*El deber sancionador del Estado, desde un punto de vista democrático como instrumento de la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano. Las metas del proceso penal son varias y de similar importancia, aunque complejas: lograr la condena del culpable aplicando el llamado Derecho penal material, garantizar la protección el inocente evitando su condena y asegurando que tendrá el proceso debido, impedir cualquier forma de arbitrariedad en la actividad estatal, y llegar a una sentencia firme justa*”⁶.

El proceso penal se encamina al equilibrio entre la eficacia y la garantía, para ello, es necesario eliminar la disyuntiva entre el discurso garantista y la llamada “*tolerancia cero*”. Autores hay, que desarrollan el trasunto de las garantías constitucionales en el proceso, subdividiendo, la actividad propia de las partes, igualdad, contradicción, derecho de defensa y las del juicio como los principios de legalidad, acusación, tutela efectiva, eficacia del juicio, publicidad del mismo, prohibición de indefensión, al igual que las garantías de la actividad jurisdiccional, como el juez predeterminado por ley y el novedosísimo de garantías. Estas, son el soporte de la seguridad jurídica y el conjunto de seguridades jurídico –institucionales deparadas al hombre. Añade que las garantías existen frente al Estado, en cuanto son medios o procedimientos que aseguran las vigencias de los derechos e ilustra que hay una garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al Estado para que lo proteja⁷.

Por un lado perseguir e intentar vulnerar lo menos posible las garantías y los derechos fundamentales, tal y como argumenta Pérez Luño, “*para cumplir sus funciones los derechos fundamentales están dotados de una especial fuerza expansiva, o sea, de una capacidad de proyectarse, a través de los consiguientes métodos o técnicas, a la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico, así, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido, de forma expresa, que los derechos fundamentales son el parámetro de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento*”⁸.

El mero hecho de investigar por parte del órgano competente puede directa o indirectamente provocar alguna violación de los derechos y garantías fundamentales del investigado, los derechos fundamentales mantienen una fuerza expansiva, que se muestra a través de variadas técnicas y métodos. Parece que

5 Vid. GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, Ed. Colex, 2007, p.43.

6 Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L., “*Estado de Derecho y Policía Judicial Democrática: notas sobre el alcance y límites a la investigación policial en el proceso penal, en consideración especial de los actos de mayor relevancia*”, en *El proceso penal en el Estado de Derecho*, (diez estudios doctrinales) Lima, 1999. p.94.

7 Vid. BINDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución reformada*, tomo 2, Buenos Aires, 2000.

8 Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 318.

ninguna de las libertades individuales se visten con un valor absoluto⁹ frente a la llamada justicia penal, si se relaciona con el principio de proporcionalidad, para una interpretación correcta, “*en cuanto exige la ponderación de los intereses en conflicto, es, en cualquier país y con frecuencia, conscientemente o no, tomando en consideración en la regulación de las medidas limitativas de derechos y en el momento de su aplicación judicial, así sucede incluso en el ámbito del Derecho comunitario europeo*”¹⁰ y siguiendo con la misma línea de discurso el cumplimiento del principio de proporcionalidad, que prima la búsqueda de la justicia en el caso concreto sobre la automática aplicación de la ley, podría suponer un riesgo, si no es adecuadamente entendido, para la seguridad jurídica y la igualdad.

Las medidas de intervención en la esfera de los derechos fundamentales, ya sea en una fase preliminar como dentro del proceso, deben estar orientadas a proporcionar una sentencia condenatoria, respecto del hecho delictivo y su autoría, formando una convicción del órgano competente para decidir en la causa; es por esta razón que los fines de eficiencia y protección de los derechos fundamentales, son una obligatoriedad para llevar a cabo el proceso, uniendo los requisitos de eficiencia y legalidad, manteniendo las garantías individuales.

En la lucha contra la criminalidad organizada los derechos y las garantías fundamentales no son siempre absolutos, sin embargo hemos de destacar que los principios del proceso penal esta imbricados con los fundamentales, Ferrajoli, escribe que “*se entiende por derechos fundamentales, en oposición a los derechos patrimoniales, como la propiedad y el crédito, que son derechos singulares que adquiere cada individuo con exclusión de los demás, aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto a personas, ciudadanos o capaces de obrar: ya se trate de derechos negativos, como los derechos de libertad, a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o de derechos positivos, como los derechos sociales, a los que corresponden de prestación por parte de los poderes públicos*”¹¹. Las organizaciones delictivas se han ido transformando de forma cualitativa, este fenómeno viene acompañado de un grave escenario de violencia y corrupción, que se expande de manera brutal con una intensidad y peligrosidad sin precedentes¹².

9 Manteniendo la línea de que no existen derechos fundamentales estrictamente ilimitables, Vid. RODRIGUEZ GARCÍA, N., “*Medios de prueba restrictivos de derechos fundamentales. Las intervenciones telefónicas*”, en *Conflicto social y sistema penal* (diez estudios sobre la actual reforma), Ed. Colex, Madrid, 1996, p.41.

10 Vid. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.G., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*. Ed. Colex, 1990, p.21.

11 Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2004.p. 61.

12 Vid. IGLESIAS RÍO, M.A., *Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global*”, en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Ed. Elcano, 2001 . p. 1.145.

Los fundamentos, según Correa de Carvalho, para limitar el ejercicio de esos derechos son tres: su titularidad múltiple, su dimensión finita que colisiona con el ámbito de otros derechos también fundamentales, y finalmente porque la norma positiva crea situaciones de restricción¹³, la STC. de 29 de enero de 1982, en este sentido de restricción de derechos fundamentales dispone “*En efecto, no existen derecho ilimitados, todo derecho tiene sus límites en relación con los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuando ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos*” en la misma línea la STC., de 21 de diciembre de 1988 determina que “*como ya ha declarado en anteriores ocasiones este Tribunal, es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos pero no lo es menos, que tampoco pueden atribuirse dicho carácter a los límites que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las normas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social”. Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos*”¹⁴.

13 Vid. CORREA DE CARVALHO, J. T., *Trafico de drogas. Prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, p. 79. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el mismo sentido cuando afirma: “*no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras, el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos*”, “*Un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás, y aunque esta delimitación de esferas pueda ser de difícil concreción en cada caso, tal dificultad no se presenta en el que es objeto de consideración*”. STC. 2/1989, de 29 de enero, Recurso de Amparo 41/1981, Ponente Sr. Gómez-Ferrer Morant, B.O.E. num.49, de 26 de febrero de 1982.

14 STC. 254/1988, de 21 de diciembre de 1988, Recurso de Amparo 322/1985, Ponente Sra. Begué Cantón. B.O.E. num.19, de 23 de enero de 1989.

2. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 584 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, EN LA APERTURA DE UN PAQUETE SOSPECHOSO.

El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, modificado por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, que, entre otros, excluye la aplicación del artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“Para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado. Este, o la persona que designe, podrá presenciar la operación”*; en la detección y apertura de envíos susceptibles de contener sustancias prohibidas. Sin embargo, el artículo 585 de mismo cuerpo legal, matiza que si el procesado estuviere en rebeldía o si citado para la apertura no quisiera presenciarla ni nombrar persona para que lo haga en su nombre, el juez instructor procederá, sin embargo, a la apertura de dicha correspondencia. La interpretación de estos preceptos plantea problemas no meramente teóricos, sino de trascendencia práctica, Así en primer término, la determinación del *“interesado”* al que se refiere el artículo 584 y si ese *“interesado”* ha de coincidir o no con la persona cuya conducta presuntamente delictiva se investiga. Habitualmente, *“interesados”* en un envío postal son el remitente y el destinatario. Ahora bien, parece obvio que el artículo 584 no impone la citación de ambos sujetos. Supuesto que la detención se puede producir, tanto en la oficina o establecimiento en que se deposita el envío por el remitente, como en la oficina o dependencia en que se recibe el envío para ser recogido por el destinatario, parece lógico que, en el primer supuesto, la citación se entienda con el remitente y, en el segundo, con el destinatario.

El Convenio de Schengen, de 19 de junio de 1990, al que España se adhirió el 21 de junio de 1991, B.O.E. num, de 5 de abril de 1994, establece en el artículo 73, que las partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas adoptándose en cada caso concreto con base en una autorización previa de la otra parte, disponiendo que *“cada parte contratante conocerá la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizada a intervenir”*. Las partes contratantes deben tomar las medidas necesarias para el seguimiento de las entregas vigiladas y así obtener los datos oportunos a fin de descubrir los autores del tráfico de estupefacientes o precursores; manteniendo, en todo momento, el control y la dirección de las actuaciones en sus respectivos territorios; en abundancia, el Convenio Europeo de Asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo en 20 de abril de 1959, se define, en el sentido que la legislación del país en el que se obtienen y practican las pruebas es la que rige en cuanto al modo de practicarlas u obtenerlas conforme a su legalidad. Es por ello, que no podemos ni debemos entrar en disquisiciones sobre las garantías procesales o la imparcialidad de los jueces o de las diferentes autoridades que lleven a cabo el procedimiento en el territorio de otro Estado de los firmantes. Las citadas intervenciones se deben llevar a cabo en consonancia con

la legislación interna de cada Estado, sin que se puedan aplicar los requisitos procesales y las garantías de otros países, para violentar la legalidad de las mismas, en el territorio por donde circule la mercancía que está siendo controlada.

La Sentencia del Tribunal Supremo 7646/2002¹⁵ en casación, mantiene que en los hechos probados de la Sentencia 117/01, de la Audiencia Provincial de Madrid, desarrollando el antecedente primero en el tenor siguiente: *“Se declara probado que con fecha 6 de noviembre de 1996, el servicio de vigilancia aduanera recibe un Fax procedente de Frankfurt donde se comunica que en el aeropuerto de dicha ciudad se ha localizado un paquete procedente de Quito (Ecuador) que ocultaba tras ser examinado sin que conste autorización para ello, aproximadamente 800 gramos de cocaína en unos dobles fondos, siendo destinatario del mismo, Ricardo. Solicitado el transporte y entrega controlada del citado paquete que llegó el 11 de noviembre de 1996 al Aeropuerto de Barajas vigilado por el comandante del avión que lo transportó y el mismo fue reclamado por el procesado Ricardo, mayor de edad, sin antecedentes penales en el Servicio de Correos de la localidad de Collado Villalba, que le fue entregado el 14 de noviembre de 1996 siendo detenido a continuación. El citado paquete fue abierto a presencia de Ricardo y del Juez correspondiente hallándose en su interior en un plástico negro diversas bolsas de plástico que contenían 437,9 grs. de cocaína y una pureza del 62% que iba a ser destinada a su distribución entre terceros”*. Por lo que *“La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente a Ricardo y Silvio del delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia que les atribuía el Ministerio fiscal”*.

La sentencia se fundamenta en la declaración de la ilicitud de la apertura de un paquete procedente de un Estado Schengen, Alemania, y más exactamente de la ciudad de Frankfurt, dando conocimiento las autoridades aduaneras alemanas a la policía española de la existencia de cocaína en unos dobles fondos en una cuantía aproximada de unos 800 gramos, siendo la misma custodiada, entendemos en la cabina y por el piloto de la compañía propietaria del avión, lo que a su vez nos suscita otra serie de problemas que se abordan en esta tesis; y recibido en el aeropuerto de Madrid-Barajas, por la policía española portadora de la preceptiva autorización de la entrega controlada, de conformidad con el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y siendo abierto en presencia judicial y con la del destinatario, hallándose la mencionada sustancia. El hecho en el que se apoya la Sentencia, no es otro, que la falta de autorización para la inspección por los funcionarios alemanes del paquete, la citada no se manifiesta en el sentido de apertura, que no constaba en el atestado, sino que la Audiencia va más allá y plantea la posibilidad que el paquete debería haber sido escaneado en Alemania, planteando disquisiciones de cómo debía haber actuado la policía alemana, persistiendo las

15 STS. 7.646/2002, Sala de lo Penal, sección 1, Recurso 1999/2001.

dudas sobre la apertura del mismo sin autorización alguna de las autoridades correspondientes por lo que a tenor de lo acontecido en Frankfurt, desaparecen las garantías exigidas por la Ley española. La Convención de Viena, de 20 de diciembre de 1988, que es la norma más importante que consagra en su texto la técnica de la entrega vigilada, y en el artículo 1, exhorta a las partes a adoptar las medidas necesarias para utilizar de manera adecuada, en el plano internacional dicha técnica de conformidad con los acuerdos mutuamente convenidos, como consecuencia el Derecho español da cuerpo al artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En función de lo antedicho, no son las garantías de la Ley española las que sirven de parámetro al control de las aperturas, examen y vigilancias de los paquetes sospechosos de contener estupefacientes en Estados del espacio Schengen, sino sus propias legislaciones nacionales, que proclaman la territorialidad de sus normas penales, de policía y seguridad pública, así como las procesales, que en el ordenamiento español está determinada en el artículo 8 del Código Civil, que es del siguiente tenor: “las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

En definitiva, no consta que el paquete fuese abierto en Alemania, sino simplemente fue examinado, tampoco el paquete viajaba bajo el amparo de la etiqueta verde, lo que hubiera estado señalado en el exterior, conforme a la legalidad de dicho Estado, pero no es el caso. Por todo la Sentencia es absolutoria, al valorar la vulneración de derechos fundamentales, pero los mismos entendemos, no se han visto dañados atendiendo a todo lo anteriormente expuesto y el Tribunal Supremo resuelve estimando el recurso promovido por el Ministerio Fiscal por vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva, ordenando a la Sala de la Audiencia Provincial a dictar otra resolución judicial en la que se valore, la recepción del paquete como prueba legalmente obtenida. En la misma línea de considerar los paquetes postales como documentos es reseñable la Sentencia De la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16^a, de 4 de febrero de 2002, en el recurso 34/2001, procedente del Juzgado de instrucción num. 30 de Madrid, Sentencia 7/2002. En el recurso la defensa plantea la nulidad de la sentencia porque las autoridades estadounidenses han procedido a la apertura del paquete y por la autorización de la entrega controlada por parte de sus homónimas españolas. Para estudiar el pormenor debemos tener cuenta el artículo 18.3 de la Constitución, que garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. Contemplándose en los artículos 579 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la facultad del Juez de acordar la detención de la correspondencia privada, postal o telegráfica, y su apertura y examen, si hubiera indicios de obtener por esos medios el descubrimiento o comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

Por su parte el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma, el 4 de noviembre

de 1950, ratificado por España el 26 de junio de 1979¹⁶, en su artículo 8, afirma el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia, sin que por parte de la autoridad pública pueda haber injerencia en tal derecho salvo que esté prevista por la ley por constituir una medida necesaria para la prevención del delito o la protección de la salud y de los derechos y libertades de los demás.

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Y también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York, 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977¹⁷, en su artículo 17, garantiza contra injerencias arbitrarias o ilegales en vida privada y familiar, domicilio y correspondencia.

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Para completar el marco de la normativa que entendemos de interés para el caso, tras los de garantías individuales, conviene recordar los de lucha contra la amenaza del narcotráfico, actual lacra y alarma social, y como relevante la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena 20 de diciembre de 1988, ratificado el 30 de julio de 1990), que prevé “*la entrega vigilada*” como técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas circulen, entren, etc., bajo conocimiento y supervisión de la autoridad “con el fin de identificar a las personas involucradas

16 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y de 20 de enero de 1966, respectivamente, B.O.E. núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23.564-23.570.

17 Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966, B.O.E. núm. 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9.337-9.343.

en estos delitos”, artículos 1¹⁸ y 11.3¹⁹ y capacitación de personal aduanero para

-
- 18 Convención de Viena de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Viena 20 de diciembre de 1988. Instrumento de ratificación de 30 de julio de 1990. Artículo 1 “Definiciones. Salvo indicación expresa en contrario o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes definiciones se aplicarán en todo el texto de la presente Convención; a) Por «Junta» se entiende la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes establecida por la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. b) Por «planta de cannabis» se entiende toda planta del género «*Cannabis*». c) Por «arbusto de coca» se entiende la planta de cualesquiera especies del género «*Erythroxylon*». d) Por «transportista comercial» se entiende una persona o una Entidad pública, privada o de otro tipo dedicada al transporte de personas, bienes o correo a título oneroso. e) Por «Comisión» se entiende la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. f) Por «decomiso» se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente. g) Por «entrega vigilada» se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el cuadro I o el cuadro II anexos a la presente Convención o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención. h) Por «Convención de 1961» se entiende la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. i) Por «Convención de 1961 en su forma enmendada» se entiende la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. j) Por «Convenio de 1971» se entiende el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. k) Por «Consejo» se entiende el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. l) Por «embargo preventivo» o «incautación» se entiende la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un Tribunal o por una autoridad competente. m) Por «tráfico ilícito» se entiende los delitos enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 3 de la presente Convención. n) Por «estupefacientes» se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la lista I o la lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. o) Por «adormidera» se entiende la planta de la especie *Papaver somniferum* L. p) Por «producto» se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. q) Por «bienes» se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. r) Por «sustancia sicotrópica» se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. s) Por «Secretario general» se entiende el Secretario general de las Naciones Unidas. t) Por «Cuadro I» y «Cuadro II» se entiende la lista de sustancias que con esa numeración se anexa a la presente Convención, enmendada oportunamente de conformidad con el artículo 12. u) Por «Estado de tránsito» se entiende el estado a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el cuadro I y en el cuadro II, de carácter ilícito, y que no es el punto de procedencia ni el de destino definitivo de esas sustancias”.
- 19 Artículo 11.3. “Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Parte interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan”.

la detección de movimientos de tales sustancias artículo 9.2²⁰, cooperación de transportistas y autoridades para control aduanero a fin de impedir el acceso de aquéllas a los medios de transportes, artículo 15²¹ y mantenimiento de sistemas para descubrir los envíos sospechosos de contener estupefacientes y registrar tripulaciones, pasajeros y equipajes en aeropuertos, etc. Artículo 18.2.²²

- 20 Artículo 9.2. “Cada una de las Partes, en la medida necesaria, iniciará, desarrollará o perfeccionará programas específicos de capacitación destinados a su personal de detección y represión o de otra índole, incluido el personal aduanero, encargado de suprimir los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. En particular, estos programas se referirán a: a) Los métodos utilizados en la detección y supresión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3; b) Las rutas y técnicas utilizadas por personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, en particular en los Estados de tránsito, y medidas adecuadas para contrarrestar su utilización; c) La vigilancia de la importación y exportación de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el cuadro I y el cuadro II; d) La detección y vigilancia del movimiento del producto y los bienes derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, y de los estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el cuadro I y el cuadro II, y de los instrumentos que se utilicen o se pretenda utilizar en la comisión de dichos delitos; e) Los métodos utilizados para la transferencia, la ocultación o el encubrimiento de dicho producto, y de dichos bienes e instrumentos; f) El acopio de pruebas; g) Las técnicas de fiscalización en zonas y puertos francos; h) Las técnicas modernas de detección y represión”.
- 21 Artículo 15. Bajo el título de Transportistas comerciales “1. Las Partes adoptarán medidas adecuadas a fin de garantizar que los medios de transporte utilizados por los transportistas comerciales no lo sean para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo del artículo 3; entre esas medidas podrá figurar la concertación de arreglos especiales con los transportistas comerciales. 2. Cada una de las Partes exigirá a los transportistas comerciales que tomen precauciones razonables a fin de impedir que sus medios de transporte sean utilizados para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Entre esas precauciones podrán figurar las siguientes: a) Cuando el establecimiento principal del transportista comercial se encuentre en el territorio de dicha Parte: i) La capacitación del personal para descubrir personas o remesas sospechosas; ii) El estímulo de la integridad moral del personal. b) Cuando el transportista comercial desarrolle actividades en el territorio de dicha Parte; i) La presentación por adelantado, cuando sea posible, de los manifiestos de carga; ii) La utilización en los contenedores de sellos inviolables y verificables individualmente; iii) La denuncia a las autoridades competentes, en la primera ocasión, de cualquier circunstancia sospechosa que pueda estar relacionada con la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. 3. Cada una de las Partes procurará garantizar que los transportistas comerciales y las autoridades competentes de los lugares de entrada y salida, y demás zonas de control aduanero, coopere a fin de impedir el acceso no autorizado a los medios de transporte y a la carga, así como en la aplicación de las medidas de seguridad adecuadas”.
- 22 Artículo 18. 2. “Las Partes procurarán: a) Vigilar el movimiento de bienes y personas en las zonas y puertos francos, a cuyo fin facultarán a las autoridades competentes a inspeccionar las cargas y las naves a su llegada y partida, incluidas las embarcaciones de recreo y los barcos pesqueros, así como las aeronaves y los vehículos y, cuando proceda, a registrar a los miembros de la tripulación y los pasajeros, así como los equipajes respectivos; b) Establecer y mantener un sistema para descubrir los envíos sospechosos de contener estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en los Cuadros I y II que entren en dichas zonas o salgan de ellas; c) Establecer y mantener sistemas de vigilancia en las zonas del puerto y de los muelles, en los aeropuertos y en los puntos de control fronterizo de las zonas y puertos francos”.

En aplicación de cuyo convenio se promulgó la Ley Orgánica 8/92, de 23 de Diciembre, que añadió el artículo 263 bis, regulando las entregas controladas, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La regulación que salvaguarda el secreto de las comunicaciones y correspondencia, no es de aplicación cuando se trata de los denominados paquetes internacionales sometidos a una legislación específica que prohíbe expresamente que los mismos “contengan correspondencia personal”, por cuya circunstancia estando sometidos a control aduanero para la exacción de los aranceles correspondientes al tránsito de mercancías, tienen un régimen propio de apertura y aforo de acuerdo con el artículo 117, párrafo primero, de la Convención de Washington de 1989²³ y artículo 124.5 de las ordenanzas de Aduanas.

En el XX Congreso de la Unión Postal Internacional se aprobó, entre otros, el Convenio sobre paquetes postales (*“encomienda en la terminología hispanoamericana”*) de 14 de diciembre de 1989 y su Reglamento, firmados por España que ratificó, previa aprobación de Las Cortes, el 1 de junio de 1992. Con lo que forma parte del ordenamiento legal español conforme al artículo 96 de la Constitución²⁴. El artículo 20 del Acuerdo prohíbe incluir en los paquetes de toda clase *“los documentos que tengan carácter de correspondencia actual y personal”*. Luego si no se puede incluir en los *“paquetes”* la *“correspondencia”*, para dicho Convenio Postal aquellos no son correspondencia. Por supuesto que tampoco se permite incluir en tales paquetes postales los estupefacientes psicotrópicos, artículo 20.a y el Convenio advierte de la exoneración de toda responsabilidad de la Administración Postal por la confiscación o destrucción de los envíos que incumplan esas prohibiciones y tampoco la asumirán por las decisiones de los servicios de Aduanas *“al efectuar la verificación de los envíos sujetos a control aduanero”*.

Las Autoridades Aduaneras²⁵ pueden examinar el contenido de esos paquetes para verificar si la declaración de contenido que hace el remitente, en

23 Constitución de la Unión Postal Universal, modificada por los Protocolos Adicionales de Tokio 1969, de Lausana 1974, de Hamburgo 1984, de Washington 1989, de Seúl 1994, de Beijing 1999 y de Bucarest 2004. B.O.E. núm 52, de 2 de marzo de 2009, pp. 20.820-20.993.

24 Título III, De las Cortes Generales, Capítulo tercero, Artículo 96: *“1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94”*. Constituye el apartado primero, el centro nuclear de las relaciones entre el Derecho Internacional convencional y el Derecho interno.

25 *“Acuerdo segundo; El servicio de Vigilancia Aduanera no constituye Policía Judicial en el sentido estricto, pero sí en el sentido genérico del artículo 283.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sigue vigente conforme establece la disposición adicional primera de Ley orgánica 12/1995, de 12 de diciembre sobre la Represión del Contrabando, en el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de Policía Judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de Instrucción y del Ministerio Fiscal. Tercero: Las actuaciones realizadas por*

este caso pantalones, camisetas, blusa, buzo y portavasos, se corresponde con la realidad a los efectos del pago de los correspondientes aranceles aduaneros. Pues piénsese en el absurdo que representa que en el tránsito de mercancías con declaración de aduana se tuvieran que solicitar diariamente mandamientos judiciales para proceder a la apertura de los paquetes y cajas, como es el caso, que las contienen como trámite previo al preceptivo despacho aduanero. De ahí que tal legislación específica faculte a los responsables de la Aduana, para la apertura de los mismos con objeto de comprobar la declaración de contenido que hace el remitente. Todo ello de conformidad a lo previsto en el Texto Refundido de las Ordenanzas Generales de las Rentas de Aduana²⁶, aprobado por Decreto, de 17 de octubre de 1947, en relación con lo establecido en el Real Decreto 1653, de 14 de mayo de 1964²⁷, concordante a su vez con lo dispuesto en el artículo 31 del Protocolo final del Reglamento General de la Unión Postal Universal de Tokio de 1969 y en el Convenio Internacional de Telecomunicaciones, de 25 de octubre de 1973, ratificado por Instrumento, de 20 de marzo de 1976.

Criterio que ha sido objeto de reconocimiento en la jurisprudencia sobre la cuestión que ahora analizamos, una vez que hemos precisado, el marco legal y jurisprudencial del caso que estudiamos, no se desprende de lo visto en sentencia no queda debidamente acreditado que el paquete fuese abierto por las autoridades aduaneras americanas, en concreto las de Miami. Y ello porque el conocimiento del contenido que impregnaba de las mantas y los posavasos, puede derivar del paso por un scanner el referido paquete y punzarle sin necesidad de abrirlo. No obstante lo expresado, admitiendo que el paquete fue objeto de apertura en Miami, ello no vicia de nulidad tal prueba, porque no se trata de correspondencia enviada a través de los Servicios de Correos y Postales, sino de un paquete remitido a través de una empresa de transporte y paquetería, sometido a declaración aduanera de contenido en su exterior. Facultando a las autoridades aduaneras a su apertura para proceder a su control. Y tan es así que en las condiciones o cláusulas de tal declaración de envío aparece con el rótulo “*Derecho de inspección*” lo siguiente: “*Su mercancía podría, a nuestra opción*

el servicio de Vigilancia Aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas”. Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Años 2000-2012. (14 de noviembre de 2003).

- 26 Orden de 7 de julio de 1960 por la que en uso de la facultad conferida por la disposición adicional cuarta de la Ley Arancelaria número 1/60, de fecha 1 de mayo, se modifican los artículos 137, 138, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 147 y 148 del vigente texto refundido de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas, aprobado por Decreto de 17 de octubre de 1947. B.O.E. núm. 167, de 13 de julio de 1960, pp. 9.709 -9.715.
- 27 Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Correos, adaptado a las normas básicas contenidas en la vigente Ordenanza Postal, B.O.E. núm. 138, de 9 de junio de 1964, pp. 7.485-7.540, derogado por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, B.O.E. núm. 313, de 31 de diciembre de 1999, pp. 46.433-46.450.

o a requerimiento de las autoridades gubernativas, ser abierta, examinada e inspeccionada por nosotros o por tales autoridades en cualquier momento”.

En orden al proceso de entrega controlada, aparece acreditado que las Autoridades americanas, a través de sus oficiales de enlace en Madrid, participaron en el descubrimiento e interceptación del paquete al Grupo de Relaciones Internacionales de la Unidad Central de Estupeficientes, y, ésta a su vez lo comunicó a la Brigada Provincial de Policía Judicial, que fue la que asumió la investigación de los hechos. Solicitando, de manera motivada y documentada, la entrega controlada del excelentísimo señor Fiscal del Tribunal Superior de Justicia. Concediendo dicha Autoridad la entrega controlada, asumiendo desde ese momento la dirección de la investigación y dando instrucciones de la forma en que debería efectuarse. Desarrollándose a continuación por los investigadores policiales las actuaciones tendentes a la entrega controlada del paquete y a la identificación del destinatario real del mismo, a cuya detención se procede cuando es autorizada por la indicada Autoridad fiscal.

Adecuación procedimental y respeto absoluto de las garantías que continúa tras la detención, procediéndose por la Autoridad judicial a la apertura del paquete, ante el detenido, su letrado y agentes actuantes, dando fe de todo ello el secretario judicial. No hay, pues, a nuestro criterio, nulidad alguna, ni vulneración de derechos fundamentales. Llamando la atención que invoque la violación del secreto de la correspondencia y comunicaciones quien, por otro lado, alega que no era el destinatario del paquete, tal y como se demuestra en los hechos probados. Debiendo recordarse que los derechos subjetivos incluso los públicos se proclaman en las normas, incluida la Constitución, en abstracto, pero la reclamación racional de su vulneración concreta requiere que el reclamante sea titular legítimo del derecho. Tal como sientan la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 1995.

En el juicio oral el operativo policial relata cómo llegaron al conocimiento del paquete y la mecánica que siguieron para obtener la entrega vigilada, una vez obtenida la autorización contactan con una empresa de transporte, preguntando por el titular del envío, hasta que después de varios intentos la entregan al destinatario y proceden a su detención: “Asimismo la interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupeficientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevará a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley, que exige que para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado, y éste o la persona que designe podrá presenciar la apertura”²⁸.

28 STS. 764/2014, de 25 de febrero, Recurso 10.541/2013, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre.

3. LA APERTURA DEL PAQUETE POSTAL EN EL TRÁFICO INTERNO DELANTE DEL INTERESADO TENIENDO EN CUENTA EL ARTÍCULO 263 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

El artículo 263 bis en su punto cuarto dice: *“La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico”*, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley, que determina que: *“Para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado. Este, o la persona que designe, podrá presenciar la operación”*, a lo que el Tribunal Supremo: *“(…) Por lo que no es necesaria la presencia del destinatario del envío, siendo la autorización judicial suficiente en la regulación actual. La situación anterior a la reforma exigía la presencia del interesado en la apertura, el Tribunal Supremo se mantenía en esta postura en los Acuerdos de cuatro de abril de 1995 y de 17 de enero de 1996. La Sentencia 9.546/2001, en el Recurso 724/2000, plantea estos problemas en sus fundamentos de derecho, cuando la Guardia Civil de Melilla, ante la sospecha de que un paquete postal de remitente desconocido pero sí con destinatario, es entregado al Juez de Instrucción de la localidad, que dicta auto de apertura y registro del paquete, lo que se lleva a cabo en presencia del Magistrado, del Secretario y de un número de la Guardia Civil, dando como resultado el hallazgo de una determinada cantidad de droga, se procedió a cambiar el contenido y se ordenaba la entrega controlada al destinatario, cuando este fue a recogerlo fue detenido”*.

Ante estos antecedentes el Tribunal Supremo dice que: *“Inicialmente y durante cierto periodo de tiempo, la jurisprudencia del T.S. no fue pacífica (más bien contradictoria) en orden a considerar los paquetes postales con la naturaleza de correspondencia a los efectos del indicado artículo 584 y de su protección constitucional, hasta que estas dudas interpretativas fueron resueltas por el Pleno de la Sala, de 4 de abril de 1.995 en el sentido de la equiparación de los paquetes postales con las cartas y resto de la correspondencia, con la excepción de aquéllos que se remitieran abiertos o con etiqueta verde.*

No obstante esa equiparación, surgió el problema de si en los supuestos de tráfico de drogas era aplicable a los paquetes postales lo dispuesto en el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la entrega controlada, llegándose a la conclusión, en el Pleno celebrado el día 17 de enero de 1.996, que no era aplicable ese precepto y, por tanto, no era válido proceder a tal entrega vigilada, sino que habría de cumplirse para su apertura la presencia del interesado o persona que éste designe, según ordena el artículo 584 de esa Ley, y ello, entre otras razones, porque siempre ha de constar quién es el destinatario, bastando vigilar el curso postal del envío con las debidas precauciones para llegar hasta dicho destinatario”. A partir de entonces la jurisprudencia ha sido constante y pacífica en el sentido dicho (Sentencias, entre

otras muchas, de 20 de marzo de 1.996, 23 de mayo del mismo año y 4 de julio de 1.998)”.

Aplicando tal doctrina al caso concreto que nos ocupa, resulta evidente que la apertura del paquete postal, que no contenía etiqueta verde, se hizo sin guardar las debidas garantías y faltando en su ejecución a lo dispuesto en las normas vigentes a que hemos hecho mención, lo que conlleva la nulidad de la diligencia practicada y las pruebas inculpatorias que provocaron la condena del acusado, que ahora deberá ser absuelto al estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del imputado. En el Acuerdo del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 1996, se apuntan las premisas por las que se rige el alto Tribunal, el derecho fundamental que se viola cuando se abre el paquete postal sin el sometimiento a las normas procesales directamente ligadas a tal derecho, como lo es la no presencia del interesado en el acto de la apertura judicial del paquete postal, de conformidad con el procedimiento recogido en los artículos 584 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En supuesto de utilización del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que significaría la sustitución de la droga por otra sustancia no tóxica, sin que de ello tuviese conocimiento el interesado y, por tanto, son concurrir a la diligencia de apertura; no es aplicable a los casos de los paquetes postales, pues en estos siempre figura quién es el destinatario (aunque sea falso) y basta vigilar el curso postal del envío con las debidas precauciones para llegar al mismo, y debido a que la “*entrega vigilada*” tiene por objeto descubrir o identificar a las personas involucradas, lo que no es necesario en los paquetes, pues siempre hay un destinatario más o menos identificado. En consecuencia, siempre es necesaria la autorización judicial y la presencia del interesado en la apertura del paquete, también en los casos del artículo 263 bis. (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1996) que motivó el Acuerdo del Pleno de Sala, entre otros, que señala la no necesidad de esta diligencia para descubrir a las personas implicadas.

En otro orden, es preceptivo que el abogado asista a las declaraciones del detenido y a los reconocimientos de que sea objeto. Por tanto es nula la práctica de una rueda de reconocimiento sin la presencia de letrado, a quien ni siquiera se la había citado a tal actuación judicial. Por el contrario la apertura de un paquete en sede judicial no requiere la presencia de letrado, al no ser diligencia de declaración ni de identificación. Igualmente ocurre en la diligencia de cacheo, SSTs. 352/2006; 168/2001; 535/2000, pues aun tratándose de un detenido, el cacheo es una actuación inmediata sobre éste que no exige la asistencia letrada por las siguientes razones: a) por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia; b) porque la asistencia de Letrado no supone un “*plus*” de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento

técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia, sobre el que existe abundante jurisprudencia²⁹. Los viajeros que portan equipaje y en el curso de su viaje traspasa fronteras, aceptan de antemano, como condición impuesta para la realización de su desplazamiento la posibilidad de que sus maletas sean revisadas en las correspondientes aduanas. No se produce vulneración de ningún derecho, en cuanto se cuenta con el consentimiento del titular, cuando se procede a tal revisión o registro. La elección de equipajes puede realizarse por criterios meramente aleatorios pero nada impide que los agentes responsables, policiales o aduaneros decidan proceder a la revisión de un equipaje concreto en función de los indicios que pudieran derivarse de la conducta sus viajeros.

Y en cuanto a la técnica de incisión o punzamiento del paquete la STS., 909/2010, de 6 de octubre, en un caso de paquete postal cuya protección es superior, declaró que: *“Al menos dos Sentencias de esta Sala Casacional (la 1.085/2000, de 26 de junio, y la 793/2009, de 6 de julio) han tratado desde esta perspectiva constitucional el “punzamiento” por las autoridades administrativas postales, en combinación con la policía judicial, con objeto de encontrar evidencias del transporte de un envío con sustancias estupefacientes en su interior, bien mediante técnicas iniciales de rayos X³⁰ o mediante perros*

29 STS. 764/2014, de 25 de febrero, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre.

30 STS. 793/2009, de 6 de julio, Ponente Sr. Sánchez Melgar: *“En el citado paquete no había cocaína al haber sido sustituida previamente, con autorización judicial tras su correspondiente apertura con igual autorización, por folios, al haberse detectado en Madrid, por parte del servicio de vigilancia aduanera y tras efectuar una punción en el paquete como resultado de la detección por rayos X lo que parecía ser cocaína. Autorizada judicialmente la entrega y circulación controlada del paquete por la autoridad judicial competente de Madrid, una vez abierto en presencia judicial en Las Palmas de Gran Canaria se halló en su interior 102 gramos netos de cocaína con una pureza del 77,93% sustancia que el acusado destinaría a distribuir entre terceras personas con total desprecio para con la salud ajena, y que alcanza un valor de 3000 euros.(...) Como se mantiene en nuestra Sentencia 1902/2002, de 18 de noviembre, recordando la doctrina de las Sentencias de 19 de enero de 2001 y 14 de septiembre de 2001, la Conferencia Internacional sobre el “Uso indebido y el Tráfico ilícito de drogas” fue convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas y se celebró en Viena en 1987 con la participación de 138 Estados y una amplia gama de organizaciones intergubernamentales y de casi 200 organizaciones no gubernamentales. La Conferencia, también por iniciativa de la Asamblea, aprobó por unanimidad un “Plan Amplio y multidisciplinario de Actividades Futuras”. El Capítulo III se llamaba “supresión del tráfico ilícito” y en su art. 18 se subraya la eficacia de la “entrega vigilada” como método para seguir las huellas de la entrega de drogas ilícitas hasta su destino final. La Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, “corpus iuris” de la comunidad internacional en materia de narcotráfico, consagra definitivamente la técnica de la entrega vigilada, que define en el artículo 1, exhortando a las partes a que adoptaran las medidas necesarias para utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, dicha técnica de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, modificado a su vez por la LO 5/1999, de 13 de enero, que entre otras innovaciones excluye la aplicación del art. 584 de la LECrim en la interceptación y apertura de envíos puntuales sospechosos de contener estupefacientes. Pues, bien, los hechos probados narran que el acusado era el destinatario de un paquete procedente de Panamá, que contenía cocaína, en cantidad de 102*

*entrenados a tal fin*³¹. *El punzamiento es consecuencia de lo dispuesto en el Reglamento de la Unión Postal de Washington, de 14 de septiembre de 1989, ratificado por España el día 1 de junio de 1992, y la legalidad de la medida de investigación, que en nada afecta al derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, es declarada por ambas resoluciones de este Tribunal Supremo*³². *La diferencia entre existente entre apertura u la mera práctica de la punción, que impide identificar la segunda con la primera. Así en la Sentencia de 5 de febrero de 1997, se niega que la introducción de una aguja en un sobre cerrado suponga su apertura porque no el interior ha quedado al descubierto, ni permite siquiera su conocimiento, porque la pequeña incisión tuvo lugar sobre el continente o receptáculo, esta interpretación encuentra asimismo su apoyo en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo artículo 586 dice que el Juez*

gramos y riqueza en principio activo del 77.93 por 100. Fue detectado primeramente por las autoridades aduaneras del aeropuerto de Madrid-Barajas, y se realizó una entrega controlada, de conformidad con las previsiones del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Insiste el recurrente en que tal derecho fundamental ha sido violado, mediante la *maniobra* de apertura del paquete, sin autorización judicial. En efecto, aunque pudiera deducirse este extremo del contenido del oficio de la Agencia Tributaria (Dependencia Regional de Aduanas de Canarias), de fecha 26 de septiembre de 2007, en donde se afirma tal apertura por la Administración Aduanera del Aeropuerto de Madrid, es lo cierto que si tenemos en cuenta lo expuesto por ésta misma Administración, en oficio de 24 de septiembre del propio año, lo único que se relata es un examen por rayos X, presentando densidad a tal observación “*que pudiera corresponder a sustancias estupefacientes*”, por lo que se procede a realizar un simple punzamiento de dicho envío postal, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Unión Postal de Washington, de 14 de septiembre de 1989, ratificado por España el día 1 de junio de 1992, resultando un polvo, que aplicado al reactivo narco-test, da positivo a cocaína, por lo que se solicita la entrega vigilada del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que se autoriza mediante Auto de fecha 24 de septiembre de 2007, dictado por el Juzgado de Instrucción número 9 de Madrid. Ya en Las Palmas de Gran Canarias, el Juzgado de Instrucción número 6, mediante resolución judicial de 26-9-2007, autoriza la apertura del paquete, a presencia judicial, lo cual ocurre (ver diligencia judicial de la propia fecha), ante el juez y el secretario judicial, sustituyéndose la cocaína hallada, previo el análisis y el pesaje de la misma, por una serie de materiales (en concreto, folios de papel), cerrándose a continuación dicho paquete. El resultado analítico queda reflejado al folio 129, por el Laboratorio de la Delegación del Gobierno de Canarias. En consecuencia, no existió apertura del paquete previa a la autorización judicial, sino única y exclusivamente un examen radiológico y un simple punzamiento, y en consecuencia, el motivo no puede prosperar”.

31 STS. 656/2010, de 6 de julio, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca: “*Los agentes de la Guardia Civil, en el cumplimiento de las funciones que les corresponden como Policía Judicial, realizan un control sobre determinados envíos postales cuya apariencia externa sugiere la posibilidad de que contengan estupefacientes. Sobre los que presenten tal aspecto sospechoso llevan a cabo actuaciones de investigación, respetuosas con el derecho al secreto de las comunicaciones, como la utilización de los equipos cinológicos adiestrados para la detección de drogas o estupefacientes. Solo cuando, como ocurrió en el caso, tal detección resulta positiva, se acude al Juez, con esos datos, para solicitar la apertura del paquete bajo la autorización judicial, como exige la Constitución. En el caso, esa fue la forma de proceder, de manera que el paquete postal solo fue abierto una vez que lo autorizó el Juez, por lo que se excluye la lesión o restricción injustificada del derecho al secreto*”.

32 *Ibidem*.

*abre por sí mismo la correspondencia, lo que supone la extracción para poder ver su contenido*³³.

4. PERSONAS AUTORIZADAS Y PRESUPUESTOS

En cuanto a las personas que pueden autorizar las entregas vigiladas y cuáles son sus presupuestos, el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos muestra los parámetros y los presupuestos para la viabilidad³⁴,

33 SAPM. 1841/2006, de 16 de febrero, Recurso 66/2005, Ponente, Sra. Perdiges López.

34 *“1. El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Esta medida deberá acordarse por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones”.* Artículo. 548 Ley Orgánica del Poder Judicial: *“1. Se establecerán unidades de Policía Judicial que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden. 2. Por ley se fijará la organización de estas unidades y los medios de selección y régimen jurídico de sus miembros”.* artículo 19.3 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: *“La Fiscalía Antidroga ejercerá las siguientes funciones: a) Intervenir directamente en todos los procedimientos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o blanqueo de capitales relacionado con dicho tráfico, que sean competencia de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales de Instrucción conforme a los artículos 65 y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. b) Investigar, en los términos del artículo Cinco de este Estatuto, los hechos que presenten indicios de ser constitutivos de alguno de los delitos mencionados en el apartado anterior. c) Coordinar las actuaciones de las distintas Fiscalías en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y el blanqueo de capitales relacionado con dicho tráfico. Las Fiscalías de los Tribunales Militares colaborarán con la Fiscalía Antidroga en relación con los hechos cometidos en centros, establecimientos y unidades militares. d) Colaborar con la autoridad judicial en el control del tratamiento de los drogodependientes a quienes se haya aplicado la remisión condicional, recibiendo los datos precisos de los centros acreditados que participen en dicho tratamiento”*, y artículo 30: *“1. El Ministerio del Interior organizará con funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que cuenten con la adecuada formación especializada Unidades de Policía Judicial, atendiendo a criterios territoriales y de especialización delictual, a las que corresponderá esta función con carácter permanente y especial. 2. Las referidas Unidades orgánicas de Policía Judicial podrán adscribirse, en todo o en parte, por el Ministerio del Interior, oído el Consejo General del Poder Judicial, a determinados Juzgados y Tribunales. De igual manera podrán adscribirse al Ministerio Fiscal, oído el Fiscal general del Estado”, Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado de conformidad con el apartado 1 de este artículo y, si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente, artículos. 6 a 9: “Artículo 6 La Policía Judicial con la composición y estructuración que en esta norma se determinan, desarrollará, bajo la dependencia funcional directa de los Jueces*

los podemos encontrar entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2002, en el recurso 1721/1999.

Los hechos, en síntesis, son los siguientes y el objetivo “*la introducción a través del barco “DIRECCION000”, atracado en el puerto de Valencia, procedente de Cartagena de Indias, de 17 paquetes conteniendo 18 kilos y 569 gramos de cocaína -neto 12 kilos y 156 gramos-, para entregar a Sara y a Juan Luis, este último llegó al aeropuerto de Barajas y tras ser recogido por Sara, se dirigieron a Valencia, conduciendo el vehículo, el también recurrente Esteban, hospedándose los tres en el Hostal “La Pepica”, en espera de la arribada del barco. Llegado este, hubo una reunión entre los dos primeros con un trabajador del puerto de Alicante - Iván - a quien había contactado previamente Sara para que interviniera en esta operación, lo que éste fingió hacer, poniendo en conocimiento los hechos de la Policía. En dicha reunión se acordó que Iván subiera a bordo, el día y hora acordada, 4’30 h. del día 16 de Enero, donde recibiría del tripulante Plácido un macuto, lo que así hizo. Tras ello, de acuerdo con el plan previsto por la policía y con autorización del Fiscal Antidroga de Alicante, se procedió a sustituir los diecisiete paquetes, y sustituirlos por otros once que contenían cada uno un ladrillo, envuelto en papel de periódico del diario “*Información*” de Alicante del día 12 de Enero de 1998, volviéndolos a precintar con cinta marrón. Tras el cambio, Iván se dirigió al lugar previamente acordado con los otros procesados donde le esperaba Esteban en un vehículo, depositando dentro el macuto y marchándose seguidamente Esteban del lugar en el vehículo en busca de Sara, quien por teléfono le dijo que fuese a la espalda del hotel donde inicialmente habían quedado, lo que así hizo. Allí Sara cogió dos paquetes, ocultando el resto y subió al hotel. En dicha habitación estaba José Manuel que intentaba adquirir parte de la droga, y al abrir ambos paquetes, se encontraron con dos ladrillos envueltos en forma de paquete. Al ser detenida la procesada, se le ocupó en el bolso un envoltorio del diario “*Información*” de la fecha antes citada, procedente de uno de los dos paquetes, así como resguardos de haber enviado Sara 2000 dólares a Juan Luis, a la localidad de Cartagena de Indias. En el registro de la habitación de José Manuel se encontraron dos ladrillos y el resto del envoltorio de periódico que los cubría”.*

y Tribunales y del Ministerio Fiscal, funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, con arreglo a lo dispuesto en la Ley. Artículo 7 Constituyen la Policía Judicial en sentido estricto las Unidades Orgánicas previstas en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad integradas por miembros del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil. Artículo 8 Dichas Unidades actuarán conforme a lo dispuesto en el artículo 5.o de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y con sujeción a los principios y normas contenidos en el capítulo siguiente de este Real Decreto. Artículo 9 Las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial se estructurarán con arreglo a criterios de distribución territorial sobre una base provincial. También podrán constituirse secciones de las mismas en aquellas poblaciones cuyo índice de criminalidad así lo aconseje. Asimismo, se constituirán Unidades con ámbito de actuación que exceda el provincial, por razones de especialización delictual o de técnicas de investigación” del Real Decreto 769/1987, de 19 junio 1987, de Policía Judicial STS. 6.214/2010, Recurso 10.419/2010, de 3 de noviembre de 2010, Ponente Sr. Monterde Ferrer, entre otras.

En el presente caso, el Ministerio Fiscal es quien autoriza la entrega vigilada de forma motivada, en atención al caso concreto de introducción clandestina de cocaína en cuantía importante y a través de un operativo que mostraba la existencia de una organización criminal; con anterioridad a la reforma operada con el artículo 263 bis, se restringían las posibilidades de las concesiones de esta técnica a los jueces centrales de instrucción de la Audiencia Nacional y/o el Fiscal Especial para la Prevención y Represión del tráfico ilegal de drogas con competencia territorial de ámbito nacional, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, Centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores, pero en la actualidad se extiende, también a cualquier juez de instrucción competente territorialmente. También, antes de la Ley Orgánica 5/1999, solo podía proceder a la apertura de los envíos postales sin necesidad de autorización judicial cuando se tratase de paquetes sometidos al control aduanero que llevasen etiqueta verde engomada con el modelo C-1 o similar.

Otro motivo para instar la casación es el plantear por parte de la recurrente, el hecho de la hipotética incompetencia territorial del Fiscal Antidroga de Alicante, pero esta no tiene en cuenta que su actuación fue previa al proceso penal, como lo evidencia la apertura de la investigación y ello unido a la naturaleza pre procesal de la investigación acordada iniciada en el ejercicio de sus funciones, a la naturaleza de cuerpo único regido por los principios de unidad de actuación, como se observa de la lectura del artículo 2 del Estatuto Orgánico, y que la encuesta judicial fue dirigida e instruida por el Juzgado competente quien recibió la investigación abierta por el Ministerio Fiscal. En otras ocasiones, lo que motiva el recurso se basa en una hipotética falta de motivación imputable a la autoridad española que interviene en el trámite de recogida de paquetes en España y en las actuaciones posteriores que dan lugar a la entrega del mismo a la persona que figuraría como destinatario, la Fiscalía española debe observar lo prescrito en el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo que no lo impide la utilización de un modelo o plantilla preconstituida, ya que su uso no vulnera la protección a la intimidad que se pudiera argumentar, recogida en el artículo 18.3 de la Constitución, no debemos olvidar que lo verdaderamente sustancial a los efectos de una posible nulidad de la prueba, sería que se hubiera omitido la intervención judicial para la apertura del paquete en nuestro Estado, pero, si existe el auto judicial que lo acuerda y autoriza la apertura del mismo, y a cuyo acto acude la persona interesada y su letrado, cumpliendo así todas previsiones constitucionales y legales para la validez de la prueba manteniendo íntegramente todo su potencial incriminatorio.

La queja proviene, también, de la percepción de autos con motivación “lacónica”, *“e incluso cuando se extiende el auto sobre impresos estereotipados, mínimamente adecuados a las circunstancias del caso particular, siempre que permitan reconocer unos mínimos razonadores que den satisfacción a la exigencia constitucional (AT. 145/99 o SSTC. 239/99 y 8/2000), y recogiendo esta misma doctrina constitucional, esta Sala Tribunal Supremo ha venido a sostener que esta exigencia motivadora no es incompatible con una economía*

de razonamientos ni con una motivación concisa, escueta y sucinta, porque la suficiencia del razonamiento no conlleva necesariamente una determinada extensión, ni determinado vigor lógico o una determinada elegancia retórica (STS. de 4 de marzo de 1999)”³⁵. Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adopción de la medida, debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular, y puede hacerlo refiriéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita la medida. No se trata, a nuestro parecer, una práctica recomendable, a pesar de la frecuencia con la que se recurre a ella, pero no determina por sí misma la nulidad de lo actuado.

5. LA FUNCIÓN DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA APERTURA DE PAQUETES SUSCEPTIBLES DE CONTENER SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES

En otro orden nos podríamos plantear si es necesaria para la apertura del paquete la presencia del secretario judicial pensando que, en muchos casos, este procedimiento se realiza previo a la vía judicial, a este tenor la Sentencia del Tribunal Supremo, que estamos analizando se manifiesta en los siguientes términos:

“sobre la apertura de los paquetes, confunde lamentablemente el estándar de garantías exigibles en los registros de papeles y correspondencia y en la apertura de paquetes postales con la entrega vigilada, que consiste en la sustitución de las sustancias estupefacientes por otras inocuas, haciéndolas seguir su destino con la finalidad de descubrir a las personas implicadas. En el presente caso no había proceso judicial abierto previo a la entrega vigilada, por lo que el conocimiento judicial fue a posteriori, y ello explica que ante la petición policial de presencia del Secretario Judicial, en la operación de sustitución de los paquetes, se denegase fundamentando tal negativa en tratarse de una investigación aperturada y acordada hasta ese momento por el Fiscal Antidroga”.

Por lo que a la luz de la Sentencia que estudiamos no es necesaria la presencia del Secretario Judicial, ya que son actuaciones pre-procesales, que carecen del conocimiento judicial y acordado de manera motivada por el Fiscal Antidroga en expresión de sus funciones.

En la Sentencia del Tribunal Supremo num. 8.071/2002, de 3 de diciembre de 2002³⁶, se plantea al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento

35 Sentencia del Tribunal Supremo, 6.389/2013, de 16 de diciembre de 2013, Ponente, Sr. Berdugo Gómez de la Torre.

36 STS. 8.071/2002, de 3 de diciembre de 2002, Recurso 2.304/2001, Ponente Sr. Andrés Ibáñez, la importancia de esta, está basada en el precedente sobre la apertura paquete postal autorizada por el juez pero solo realizada ante el secretario, donde se determina que es irregular pero no produce indefensión.

Criminal, un denuncia por infracción de ley, consistente en la apertura de un paquete ante la Secretaria del juzgado y sin la intervención del mismo, la Sala en su Pleno no jurisdiccional de 4 de abril de 2005, acuerda en relación a los envíos postales, que “la detención y registro de la correspondencia queda bajo la salvaguardia de la autoridad judicial, por lo que la diligencia de apertura de correspondencia desprovista de las garantías que la legitiman deviene nula” y el artículo 586 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “La operación se practicará abriendo el Juez por sí mismo³⁷ la correspondencia y después de leerla para sí apartará la que haga referencia a los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria. Los sobres y hojas de esta correspondencia, después de haber tomado el mismo Juez las notas necesarias para la práctica de otras diligencias de investigación a que la correspondencia diere motivo, se rubricarán por el Secretario judicial y se sellarán con el sello del Juzgado, encerrándolo todo después en otro sobre, al que se pondrá el rótulo necesario, conservándose durante el sumario, también bajo responsabilidad del Secretario judicial”. A tenor del citado acuerdo y lo dispuesto en este precepto cualquier apertura sin mantener estos requisitos podrían crear indefensión, ello corroborado porque según el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que “los actos judiciales serán nulos de pleno derechos (...) 3º cuando se prescindiera total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley (...) siempre que efectivamente se haya producido indefensión”. El Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 109/2002, de 6 de mayo³⁸, entiende que se produce indefensión constitucionalmente relevante cuando “*con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar o justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, produciendo un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (...). Por tal razón sólo cabe otorgar relevancia constitucional a aquella que resulta efectiva, de tal forma que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos la eliminación o disminución material de los derechos que corresponden a las partes en el proceso*”. Pues, bien, así las cosas, y siendo cierto que el Juez de Instrucción, al no personalizar la apertura del paquete, como era su obligación, se apartó de las pautas legales a las que debería haberse ajustado esa diligencia. Ahora, la diligencia se practicó en presencia del interesado y bajo la fe del Secretario Judicial, por tanto, es cierto, que no debe existir ninguna duda acerca del contenido del envío.

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 70/2002, de 3 de abril³⁹, determina en el sentido de ratificar: “*la legitimidad de la actuación policial,*

37 El subrayado es nuestro.

38 B.O.E. núm. 134, de 5 de junio de 2002. Ponente Sr. Gay Montalvo.

39 Recurso de Amparo núm. 3787/200, Ponente Sr. Garrido Falla. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (recurso penal), al secreto de las comunicaciones y a la

conforme a los requisitos que hemos establecido y que concurren en el presente caso. En primer lugar, se trata de una diligencia practicada en el curso de la investigación de un delito y en concreto en el momento de la detención, y orientada a la averiguación del mismo y a la recogida de instrumentos, efectos y pruebas del mismo. Por tanto, concurre un fin constitucionalmente legítimo. En segundo lugar, existe habilitación legal para la actuación de la policía, como ya hemos señalado. En tercer lugar, si bien la actuación no se realiza previa autorización judicial, podemos afirmar que estamos en uno de los supuestos excepcionados de la regla general, pues existen y pueden constatarse razones para entender que la actuación de la Guardia Civil era necesaria. Los funcionarios policiales se encontraban investigando un delito de tráfico de drogas, con implicaciones internacionales y en el marco de lo que parecía una red de criminalidad organizada, lo que resulta relevante no tanto por la gravedad del hecho -que la tiene- sino sobre todo por la modalidad delictiva y la enorme dificultad de su persecución penal”. La investigación había dado como resultado la detención de varios sujetos, en el curso de una entrega controlada de drogas, pero podía suponerse que había otros implicados o datos relevantes que pudieran extraerse de un primer examen de los objetos intervenidos al recurrente, lo que razonablemente hace necesaria la intervención policial inmediata, pues una eventual espera por el tiempo necesario para obtener la autorización judicial hubiera hecho probablemente inútil la intervención. Por tanto, la necesidad de intervención inmediata en el caso concreto está acreditada. A lo que ha de añadirse, por último, que la actuación policial respeta el principio de proporcionalidad, pues se trata de una medida idónea para la investigación del delito (de la agenda y de los documentos se podían extraer -como así fue- pruebas incriminatorias y nuevos datos para la investigación), imprescindible en el caso concreto (no existían otras menos gravosas) y ejecutada de modo tal que el sacrificio del derecho fundamental no resulta desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes.

De todo lo cual, cabe concluir que, siendo la actuación policial constitucionalmente legítima, el sacrificio del derecho a la intimidad del recurrente está justificado por la presencia de intereses superiores constitucionalmente relevantes, no pudiendo apreciarse vulneración alguna del derecho fundamental. La valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse ex ante, y es susceptible de control judicial ex post, al igual que el respeto del principio de proporcionalidad. La constatación ex post de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales

intimidad personal, a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías, a la asistencia letrada y a la prueba: el recurso de casación español permite revisar adecuadamente los fallos penales; intervención de una carta en poder de un detenido por la policía, sin autorización judicial; declaraciones de coimputados que son prueba de cargo válida; asistencia letrada a detenidos, momento de la imputación y preguntas impertinentes. B.O.E. num. 99, de 25 de abril de 2002.

en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales⁴⁰.

En el caso que presentamos a continuación lo que se asienta es la Doctrina general sobre la diligencia de apertura de paquete postal⁴¹ a través de los siguientes hechos:

“El día 26 de marzo de 2006, en las instalaciones de la empresa de Secur, S.A. en la localidad de Getafe, Madrid, al pasar dicho paquete por el scanner, el vigilante de seguridad detectó que aquél contenía una bolsa que no se correspondía con lo declarado por el remitente, por lo que procedió a la apertura del paquete, no así de la referida bolsa, la cual fue entregada junto con el paquete y el resto de su contenido a funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de la Comisaría de Getafe”. La defensa en su escrito de apelación se manifiesta al siguiente tenor al solicitar la nulidad del procedimiento: *“(…) nulidad al amparo de los artículos. 5.4, 11.1, 238.3 y 240.1⁴², de la Ley Orgánica del Poder Judicial. y artículo 849.1⁴³, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la actuación ilícita llevada a cabo por el vigilante de la empresa Prosegur, Carlos José, procediendo a la apertura e inspección de un paquete en las oficinas de la empresa Secur de Getafe, sin ostentar la cualidad de policía judicial, vulnerándose las normas reguladoras del procedimiento, actuación que contamina y vicia de nulidad “ab initio” la referida prueba, así como de todas aquellas obtenidas a partir de ésta, el motivo segundo por infracción de Ley, al amparo*

40 STC. 70/2002, de 3 de abril, Recurso de Amparo 3.787/2001, Ponente Sr. Garrido Falla, B.O.E. núm. 99, suplemento de 5 de abril, pp. 9 -19, 281/2006, de 9 de octubre, Recurso de Amparo 1.829/2003, Ponente M^a Emilia Casas Baamonde, B.O.E. núm. 274, suplemento, pp. 15-23, por supuesta vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y un proceso con garantías; paquete postal que contenía droga interceptado en el extranjero son autorización judicial, no preceptiva porque no se trata de una comunicación postal: garantías sobre documentación de asistencia judicial y sobre entregas vigiladas son legales.

41 STS. 53/2011, de 10 de febrero, se plantea delito contra la salud pública, apertura de paquete postal, y la problemática relativa al respeto a la cadena de custodia respecto a la sustancia incautada.

42 Artículo 5. *“4. En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional”, artículo 11. “1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, artículo 238. “3. Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”, artículo 240 “1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales”.*

43 Ley de Enjuiciamiento Criminal, Artículo 849: *“Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 1.º Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de ley penal”.*

del artículo 849.1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al violarse en la apertura del paquete en las oficinas de Seur en Getafe los dictados de las Actas del Convenio de la Unión Postal Universal de Beijing, la Ley 24/98, de Servicio Postal Universal y de la Liberalización de los Servicios Postales, así como el Real Decreto 1829/99, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, que autorizan exclusivamente a las autoridades administrativas y aduaneras para proceder a la inspección de los paquetes postales a los efectos de determinar que no contienen sustancias u objetos cuyo envío, traslado o comercio está prohibido como, por ejemplo las sustancias estupefacientes, dado que Seur como operador postal no garantizó el secreto e inviolabilidad de la comunicación postal, de conformidad con el artículo 18.3 de la Constitución Española; el paquete remitido por su peso y dimensiones se encontraba dentro del ámbito del servicio postal universal (hasta diez kilogramos de peso); la apertura del paquete por parte del vigilante de seguridad constituyó un acto de violación injustificado del envío postal, por cuanto éste no ostentaba la condición de policía judicial ni tenía tampoco facultad alguna para intervenir y/o inspeccionar un envío postal por no tener tampoco la condición de funcionario de la Secretaria General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento (Servicio de Inspección Postal) ni de los servicios aduaneros; es por ello, que el vigilante de seguridad y el operador Seur vulneraron gravemente el protocolo legalmente establecido en el artículo 18 del Real Decreto. 1829/99⁴⁴, de 3 de diciembre, para la comprobación del contenido de los envíos cuando el operador postal tenga la fundada sospecha de que alguno de los envíos ya admitidos contiene algún tipo de objeto cuya circulación por la red postal está prohibida”. La respuesta de la Sala es la que a continuación exponemos que matiza la diferencia entre la prueba ilícita y la

44 Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales. B.O.E. núm. 313, de 31 de Diciembre de 1999. pp. **46.433-46.450**. Artículo 18 Comprobación del contenido de los envíos: “1. Cuando se sospeche racionalmente que un envío presentado en la oficina de admisión del operador postal contiene algún objeto cuya circulación por la red postal esté prohibida o que no se ajuste al contenido declarado en el sobre o cubierta, cuando esto sea preceptivo, se invitará al remitente a que lo abra, y si éste no lo hiciere se denegará su admisión. Análogo procedimiento se seguirá, en cuanto sea posible, con los objetos depositados en los buzones.2. Cuando los operadores postales tengan fundada sospecha de que alguno de los envíos ya admitidos no pueda circular por la red postal o esté sometido a requisitos que no se hayan cumplido, procederá como se indica en el apartado anterior, si no hubiera salido todavía de origen, remitiéndolo, en otro caso, con separación de los demás, a la oficina de destino. Desde esta oficina se notificará al destinatario dicha circunstancia, a fin de proceder como se indica en el apartado anterior y, si se negase a su apertura, no se entregará y se dará traslado del hecho a la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento para que resuelva sobre el trato que deba darse al envío”.

irregular: “la interpretación que del artículo. 11.1⁴⁵ de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han hecho tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala, permitir sostener en nuestro ordenamiento un concepto de prueba ilícita referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales, de manera que por definición, se concibe otra suerte de ilicitud probatoria simplemente ordinaria, que se ha dado en llamar prueba irregular, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba (art. 24.2 CE), (STS. 6/2010 de 27 de enero)”.

Las diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular, en orden a la eficacia probatoria en el proceso penal, no son sin embargo apreciables en un primer grado, ya que tanto una como otra carecen de virtualidad al respecto, dependiendo en el segundo caso de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades y sobre todo, de la indefensión practicada (artículo 238.1⁴⁶ de la Ley Orgánica del Poder Judicial). La disparidad entre la prueba ilícita y la prueba irregular, por tanto, habrá de advertirse en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con ellas, ya que para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone asimismo la ineficacia como lógica consecuencia de una fuente de contaminación -la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (“*the tainted fruit*”) o, genéricamente, doctrina de los “*frutos del árbol envenenado*” (The fruit of the poisonous tree doctrine), mientras que para las derivadas de las simplemente irregulares no se produce tal radical consecuencia, por mor de lo dispuesto en el artículo 242⁴⁷ de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y nada obsta a que la convicción se obtenga por otros acreditamientos en la materia. Esta diferencia se resuelve en la práctica, por tanto, en la posibilidad de recuperación del material probatorio evidenciado por la prueba irregular, mediante su conversión en algún otro tipo de prueba subsidiaria, generalmente la testifical o la confesión, a modo de subsanación, posibilidad que es impensable en el caso de la prueba ilícita. En este sentido la STS. 999/2004⁴⁸, de 19 de septiembre, señala que por el contrario, si las infracciones cometidas tuvieren un mero carácter procesal, la consecuencia alcanzará tan sólo al valor probatorio de los productos de la interceptación de las comunicaciones, pero manteniendo aún su valor como instrumento de investigación

45 “1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

46 “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1 Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. 2 Cuando se realicen bajo violencia o intimidación. 3 Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. 4 Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva. 5 Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial. 6 En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan”.

47 “Las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo”.

48 Recurso 1334/2003, Ponente Sr. Maza Martín.

y fuente de otras pruebas de ella derivadas. No trascienden de la condición de meras infracciones procesales, con el alcance y efectos ya señalados, otras irregularidades que no afecten al derecho constitucional al secreto de las comunicaciones y que tan sólo privan de la suficiente fiabilidad probatoria a la información obtenida, por no gozar de la necesaria certeza y de las garantías propias del proceso o por sustraerse a las posibilidades de un pleno ejercicio del derecho de defensa al no ser sometida a la necesaria contradicción, más al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, lo conocido, en este caso gracias a la apertura del paquete por el vigilante privado, puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido. Y desde luego lo conocido puede ser objeto de posterior investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al juicio oral.

El profesor Ruíz Antón, matizó la diferencia entre el delito provocado y la provocación de la prueba: “(...) *al delito provocado se puede dar respuesta desde el propio Derecho Penal, en tanto que la provocación de la prueba se adentra en el ámbito de la licitud de los medios de prueba y el respeto a las garantías constitucionales, en el delito provocado el objeto de enjuiciamiento es el propio derecho suscitado por los servicios policiales. Por el contrario, en los casos de “prueba provocada” (cfr. STS, de 21 de marzo de 1992, donde se utiliza la expresión) el objeto de valoración penal por el juez, según la Jurisprudencia, sería un delito previo, no teniendo la provocación policial del último episodio más trascendencia que servir de prueba con respecto a las anteriores actividades delictivas. Nos encontraríamos ante una prueba pre constituida y referida a hechos criminales previos*”⁴⁹.

En el caso que se analiza, detectado por el scanner que el paquete, remitido con declaración de contenido, contenía una bolsa que por su tamaño no se correspondía con lo declarado, la apertura del paquete no revestía infracción del derecho fundamental recogido en el artículo 18.3⁵⁰ de la Constitución Española, ciertamente la apertura del paquete, se efectuó materialmente por un vigilante de seguridad quien no ostenta la condición de policía judicial, artículo 283⁵¹.

49 Vid. RUIZ ANTÓN, L.F., “*La provocación de la prueba y el delito provocado, las garantías del Estado de Derecho*”, en Anuario de la Facultad de Derecho, nº 1, 1993, p.223.

50 “*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”.

51 “*Constituirán la Policía Judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio Fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes.1º Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales.2º Los empleados o subalternos de la policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación.3º Los Alcaldes, Tenientes de Alcalde y Alcaldes de barrio.4º Los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores.5º Los Serenos, Celadores y cualesquiera otros Agentes municipales de policía urbana o rural.6º Los Guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración.7º Los funcionarios del Cuerpo especial de Prisiones.8º Los Agentes judiciales y los subalternos de los Tribuna-*

Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni de funcionario administrativo o de aduanas o perteneciente al Servicio Postal, pero su actuación se limitó al paquete no a la bolsa que contenía la sustancia sospechosa, la cual fue entregada junto con el paquete y resto de su contenido a funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a la Comisaría de Getafe, por lo que, en todo caso, se trataría de una prueba irregular pero cuyo contenido pudo ser introducido en el plenario por las pruebas que se detallan en el apartado a) del Fundamento Jurídico Tercero, fundamentalmente los testimonios del Director de Seguridad, Delegado de Seguridad y Vigilante de Seguridad y de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía n.º NUM003 y NUM004, quienes acudieron a las dependencias de Seur en Getafe y recogieron la bolsa que les fue entregada cerrada y sellada”.

En los hechos que se plantean, a través de esta Sentencia, entendemos que la ausencia de la comisión judicial y del secretario, no invalida la diligencia ni genera su nulidad, pero, sin embargo, la priva del valor de prueba anticipada con plenos efectos en la vista oral pues la ausencia de la fe pública le priva de autenticidad y valor probatorio, debiendo suplirse tal defecto con la declaración de los intervinientes en dicho acto, no impidiendo en nada que mediante otros medios de prueba complementarios con los que se pueda evidenciar el contenido del paquete.

6. EL OBJETO DE LAS ENTREGAS VIGILADAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA.

En relación al planteamiento de qué puede ser el objeto de la entrega vigilada, decir que actualmente el ámbito de proyección de las entregas vigiladas va más allá del narcotráfico, abarcando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sin determinar, es una cláusula abierta, considerándose los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna, falsificación de moneda, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos. También podrá ser autorizada la entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el artículo 371 del Código Penal⁵²; de los bienes

les y Juzgados.º El personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, encargado de la investigación técnica de los accidentes”.

52 Código Penal, artículo 371: “*el que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y cualesquiera otros productos adicionales al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de los géneros o efectos. 2. Se le impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociacio-*

y ganancias a los que hace referencia el artículo 301 de dicho Código⁵³, y por último los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, sobre especies y subespecies de flora protegida y sus propágulos, artículo 334 en relación a las especies amenazadas del reino animal, artículo 386 moneda falsa, y artículos 566, 568 y 569 para el tráfico de armas, municiones, sustancias explosivas, inflamables, incendiarias, asfixiantes, o los precursores⁵⁴ que las conforman.

nes. En tales casos los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años y las demás medidas previstas en el artículo 369.2”.

- 53 Código Penal, artículo 301: “*el que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años (...)*”.

- 54 EFE, La Policía Nacional ha intervenido ocho kilos de la droga sintética “shabú”, altamente adictiva, lo que supone una de las mayores cantidades incautadas hasta ahora en España, en una operación en la que han sido detenidas cuarenta y dos personas en Madrid, Barcelona y Murcia, donde vivía el cabecilla de toda la red en España, y que fue detenido en la ciudad condal mientras esperaba la entrada de un cargamento. Los arrestados – de los que veintidós han ingresado en prisión– son originarios de Filipinas, Mali, Togo, Senegal y España y presuntamente conformaban dos grupos que producían la droga en Nigeria, desde donde la llevaban en avión a Mali o Togo para después trasladarla a Bruselas y a continuación a Barcelona, desde donde se distribuía por España. Para no levantar sospechas utilizaban una empresa pantalla de compraventa de vehículos con la que justificaban los viajes y blanqueaban los beneficios. Los destinatarios finales de esta droga, conocida en Asia como “*la droga de los pobres*” y que es un potente psicotrópico cuyos efectos son entre diez y quince veces más potentes que la cocaína y duran entre cinco y diez veces más, eran ciudadanos filipinos que la consumen fumada en pipa. El cabecilla de toda la red en España era presuntamente un ciudadano de Mali, Emeri Fimf, alias “*Jose*”, de 30 años, con importantes contactos en su país de origen. Vivía en Murcia y supuestamente coordinaba la entrada en España del “*shabú*”, y finalmente fue arrestado en Barcelona cuando esperaba un envío. Los responsables de la operación informaron ayer de que la misma se llevó a cabo en dos fases. La primera comenzó en julio de 2013, cuando se detectó la venta al por menor de “*shabú*” en un bar de Madrid regentado por personas de origen filipino, que finalmente llevó a la detención de doce ciudadanos originarios de este país, siete de los cuales ingresaron en prisión, y la incautación de casi cinco kilos de metanfetamina en estado puro. Estos arrestados conformaban un entramado de venta al menudeo, según los mandos policiales. “*la droga que llega de África*”, en el *Diario Rombe*, periódico digital de Guinea Ecuatorial, 14 de marzo de 2014.

7. UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA DE LA ENTREGA VIGILADA, Y EL DELITO CONSUMADO DE TRÁFICO DE DROGAS

A todos los efectos se trata de un delito consumado, así lo reconoce la Sentencia 6.778/2008, de 27 de noviembre de 2008, Recurso 10629/2008, al señalar que “tratándose de un envío de droga por correo u otro sistema de transporte, es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida⁵⁵, en el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo 2.108/11993, de 27 de septiembre, 383/1994, de 23 de febrero, 947/1994, de 5 de mayo, 1.226/1994, de 9 de septiembre, 357/1996, de 23 de abril, 931/1998, de 8 de julio y 1.000/1999, de 21 de junio y en reiteración la Sentencia del Tribunal Supremo 1.594/1999, de 11 de noviembre, que dice que en los envíos de drogas el delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuando que, en virtud de tal acuerdo, la droga queda a merced de la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiera materializado una detentación física del producto.

En la Sentencia 1.567/1994, de 12 de septiembre se pone de relieve que, al existir un pacto entre remitente y receptor es atribuible a este la posesión mediata de la droga, sin que la interceptación del estupefaciente suponga óbice alguno para estimar que el destinatario del mismo ha realizado de forma completa el acto del tráfico, al haber proporcionado un domicilio de entrega y un destinatario para el envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito, siendo en otras sentencias que al poner en funcionamiento el mecanismo del transporte de drogas, que el receptor ha convenido previamente es suficiente para tratar el ilícito como consumado. Otro caso sería que la acción del acusado originase un traslado de la mercancía sin conseguir el desplazamiento posesorio, por haber sido interceptada antes de su entrega al destinatario.

El Tribunal Supremo descarta que se pueda favorecer al acusado por no haber recibido directamente la droga y entiende que se le debe condenar por delito consumado, ya que “Esta Sala no puede aceptar la idea de que en los

55 STS. 183/2013, de 12 de marzo 2013, Recurso 445/2012. Ponente Conde-Pumpido Touron. Delitos de tráfico de droga. Tratamiento jurisprudencial en los supuestos de envío de la droga por correo y su control antes de la recogida. Consolidación del criterio adoptado por el pleno de 25 de abril de 2012. “Supuestos de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada): si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detentación física de la sustancia prohibida”.

supuestos de entrega y circulación vigilada, la intervención de los agentes de la policía degrade la acción favorecedora del consumo ilegal de drogas tóxicas al grado de tentativa. La singular configuración del delito previsto en el artículo 368 del Código Penal⁵⁶. Determina que, de ordinario, los actos de favorecimiento habrán quedado ya consumados en el momento en el que se acuerda la autorización de circulación y entrega controlada. Tampoco puede sostenerse que, desde que se inicia el seguimiento vigilado de la droga, resulta ya imposible la ofensa al bien jurídico, debiendo tener esta circunstancia una traducción jurídica a la hora de calificar la conducta de aquellos partícipes que resultan detenidos con posterioridad al control de las sustancias tóxicas por los agentes”.

La diligencia de investigación que nos ocupa, no neutraliza el riesgo de ofensa al bien jurídico protegido, el control de la droga y las medidas utilizadas no garantiza en modo alguno, que por cualquier circunstancia la medida resulte ineficaz, y la mercancía controlada vuelva de nuevo al mercado ilícito. En el propio texto del artículo 263 bis, se admite que remesas ilícitas o sospechosas de contener drogas circulen por territorio español sin interferencias por parte de las autoridades más que el del seguimiento, es posible, que en alguna ocasión se realice la técnica de la entrega vigilada sin tener certeza de que las sustancias contenidas sean efectivamente tóxicas, es por ello que cabría matizar diferencias entre la entrega que no sustituye la mercancía con la que se cambia por sustancias inocuas, son por tanto dos modalidades y quizá se podría suscitar una tentativa inidónea o el delito imposible. Es de opinión general y no rebatida por la doctrina y Jurisprudencia que determina que al ser el tráfico de drogas un delito de peligro abstracto y de resultado cortado, el delito se considera consumado desde la existencia de un pacto entre los implicados para que el envío ya desde ese momento queda a disposición de los destinatarios sin necesidad de tenerla físicamente. El tráfico se produce desde que las partes implicadas ponen en marcha el mecanismo del transporte de los estupefacientes.

Es un ilícito penal en el que la marca punitiva respecto a la lesión del bien jurídico protegido se adelanta con la inclusión de acciones que muestra un amplio espectro de comportamientos; ese ataque se produce por la mera posesión mediata de la droga, siendo indiferente a los efectos de la consumación jurídica, la detención física de la droga y esto es, pues, porque de no calificar de la manera referenciada, quedarían fuera de la acción penal, los traficantes que manejan las redes de producción, distribución o cualquier otra actividad relacionada con el tráfico, nunca entra en contacto físicamente con la droga o el material objeto de la entrega vigilada. La naturaleza del bien jurídico protegido ha llevado a considerar que el peligro abstracto y general existe, desde

56 Código Penal, artículo 368. “los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos. (...)”.

el momento en que las sustancias nocivas acceden al circuito de distribución, aun cuando no se haya producido la entrega a los consumidores. Por ello existe una cierta dificultad para construir las modalidades imperfectas de ejecución e incluso diversos grados de participación, pero no es imposible apreciar estos últimos cuando el hecho probado facilita las bases fácticas para ello⁵⁷. En todo caso, se reconoce un espacio propio para la tentativa y las formas de participación criminal en los delitos de tráfico de drogas y así lo viene estimando el Tribunal Supremo, aunque lo hace en relativamente pocas ocasiones⁵⁸.

La doctrina de la Sala Segunda conjuga en ocasiones, no sólo la dificultad de apreciación de formas imperfectas en la ejecución de este tipo de delitos, sino también la problemática de construir la figura de la complicidad en los delitos contra la salud pública, dado lo holgado de la descripción de la figura delictiva en la que se ha adoptado un concepto extensivo de autor, admitiéndola solamente en aquellos casos en que se detectó una colaboración mínima en las actividades desempeñadas por el verdadero traficante; mínima colaboración que se ha entendido excepcionalmente como tal en el caso de mero acompañamiento de los compradores indicándoles el domicilio de los vendedores (supuesto contemplado en la Sentencia, de 9 de julio de 1987; si bien, cabe destacar que la Sentencia, de 4 de febrero de 1999 ha considerado impune el acto de auxilio a los compradores de quien se limitó a acompañarles a casa de la vendedora, sin estar acreditado que actuara en connivencia o en interés de esta última, y en definitiva por considerarlo un acto en pro de una actividad atípica de autoconsumo, debido a que el acompañante, a cambio, iba a añadirse a los consumidores que querían comprar la heroína), y, por lo que aquí interesa, en el caso de ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña parte de droga que otro poseía (ver, por todas, las sentencias de 30 de mayo de 1991, 11 de noviembre de 1994, 4 de abril y 30 de mayo de 1997, 6 de marzo y 15 de octubre de 1998); Se limita pues la complicidad a la tenencia efímera y ocasional de una pequeña cantidad de droga de un tercero. Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para

57 Vid. DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., en comentario a la STS. de 27 de enero de 1995: “*Cuestiones sustantivas en torno al artículo 344 del Código Penal*”, en *Consejo General del Poder Judicial*, Plan Provincial de Formación de Cádiz, año 1996, p. 464.

58 Como curiosidad se señala que la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo 5/1968, de 17 de julio indicaba que “*especial cuidado deben poner los Fiscales en la calificación de los delitos contra la salud pública, que se refieran a esta materia que estamos tratando, cuidando de evitar calificaciones de tentativa y otras formas incompletas de comisión del delito en los casos en que el tipo penal permita la calificación del delito consumado*”, vid. CALDERÓN SUSÍN, E., “*La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido*”, en *Cuadernos y Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Delitos Contra la salud Pública y contrabando 5/2000*, pp. 11-47.

el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del iter criminis. Con relación a los delitos contra la salud pública, la jurisprudencia de esta Sala es ciertamente restrictiva en el acotamiento jurídico de esta participación accesoría, dados los verbos nucleares del tipo definido en el artículo 368 del Código Penal, de modo que únicamente acudiendo al resorte del “favorecimiento del favorecedor” se han considerado algunas participaciones comisivas como comprensivas de complicidad delictiva, cuando la aportación criminal ha sido ciertamente escasa o mínimamente relevante (STS. de 22 de mayo de 2003)⁵⁹. Distinta es la conducta de aquellas otras personas que, sin haber intervenido en ese concierto previo, aceptan –por encargo de los destinatarios de la droga– llevar a efecto su recogida en el lugar de destino, sin lograr su disponibilidad efectiva; supuestos en los que cabe admitir la simple tentativa de delito, ya que, en los casos de “entrega controlada”, el agente ha dado principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con los destinatarios de la droga, practicando por su parte una serie de actos que “objetivamente” deberían producir el resultado perseguido –la recepción de la droga–, que, sin embargo, no se alcanza por causas ajenas a su voluntad, por virtud de la intervención policial preventiva. Por consiguiente, en estos supuestos, cabe hablar, como decimos, de simple tentativa.

“STS. de 11 de junio de 2003, Ponente. Sr. Román Puerta; En similares términos la de 20 de marzo de 2003, Ponente. Sr. Colmenero, “*El motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal, pues entiende que en los casos de entregas vigiladas en que la detención se produce de forma inmediata a realizarse la entrega, debe apreciarse el delito en grado de tentativa, pues la tenencia es puramente fugaz y nominal, sin disponibilidad efectiva*” y, donde, tras analizar los requisitos para admitir la tentativa en los casos de envío de drogas desde el extranjero y, antes expuestos, de falta de intervención en la operación, no ser destinatario de la mercancía, ni llegar a tener disponibilidad sobre la mis-

⁵⁹ Vid. JIMÉNEZ MARÍN, A., “*Formas imperfectas en los delitos de drogas*”, en *Boletín la Ley Penal*, año II, num.12, 2028-29, Ministerio de Justicia, p.19.

ma, concluye que *“este criterio debe hacerse extensivo, como señala la STS. 319/2001, de 5 de marzo, a los supuestos de entrega controlada, en que la detención se produce de modo inmediato a realizarse la entrega, pues en tal caso la tenencia es puramente fugaz y nominal, sin disponibilidad efectiva, ya que el control policial previo imposibilita que el receptor disponga de la más mínima posibilidad de llegar a hacerse cargo de la cocaína para entregarla a su destinatario. Doctrina que debe considerarse ya como consolidada”*. También la de 29 de enero de 2001, Ponente. Sr. Delgado García que *“Sin embargo, de modo excepcional, y con relación a la modalidad comisiva de posesión para el tráfico, se ha aplicado la figura de la tentativa cuando, adquirida la droga para revenderla, se inicia el camino de la adquisición y éste no queda ultimado porque lo impide alguna circunstancia ajena al voluntario desistimiento. Así ocurre cuando se va a entregar la sustancia y esta es aprehendida en el mismo momento de la entrega o en instantes anteriores, cuando los compradores están ya dispuestos a recibirla, o incluso cuando, una vez recibida, la policía que lo vigila permite esa recepción y que se lleve la droga a otro sitio con la debida vigilancia, desconocida por el autor, a fin de hacer posible la identificación de alguna otra persona implicada en la operación. En estos últimos casos entendemos que no ha existido adquisición de la posesión con libre disponibilidad de la mercancía ante la vigilancia de los agentes de la autoridad que pudieron haber intervenido antes y no lo hicieron para ultimar sus investigaciones”*.

8. GARANTÍAS EXIGIDAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA CORRECCIÓN PROCESAL Y LA VALIDEZ DE LA APERTURA DE CORRESPONDENCIA O PAQUETE POSTAL

Primero, la necesidad de un auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia equivalente en sus pretensiones al mandamiento de entrada y registro domiciliario. Segundo, la inmediata remisión de la correspondencia al Juez Instructor de la causa. Tercero, apertura por el Juez y en presencia del interesado o de la persona que designe, salvo que no hiciere uso de ese derecho o estuviese en rebeldía, en cuyos supuestos la diligencia judicial se llevaría a cabo a pesar de tales ausencias, igualmente ha de ir precedida de una auténtica necesidad, atendiendo también a que la presencia del interesado ya no es un requisito necesario desde la reforma del artículo 263 bis. 4, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la Ley 5/1999, de 13 de enero⁶⁰ de modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, donde dice: *“la interceptación y apertura de envíos*

⁶⁰ Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. B.O.E. núm. 12, de 14 de Enero de 1999, pp.1737-1739.

postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevará a cabo respetando, en todo momento, las garantías judiciales establecidas en el Ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la LECrim”, es decir, la presencia del interesado. Cuarto, que se tengan suficientes indicios de que utilizando este sistema se pueda descubrir o comprobar hechos importantes para la causa. Quinto, el secreto de la correspondencia tiene su eco, en el reglamento del servicio de Correos, aprobado por el Real Decreto de 14 de mayo de 1964, por el que se garantiza la libertad, el secreto y la inviolabilidad de las entidades privadas que ofrezcan análogos servicios, siendo así que también por medio de los paquetes postales pueden enviarse objetos, más voluminoso que una simple carta, de carácter igualmente íntimo y personales, con necesidad de protección constitucional. Sexto, la proporcionalidad entre la medida y la gravedad de la infracción.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2002, en el recurso 3.306/2000 dice que la correspondencia postal a la que alude la Constitución y la Ley Procesal se refiere a *“todos aquellos envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal de correos y por extensión de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios. El secreto está salvaguardado y encomendado a la tutela judicial que puede, en determinados casos, detener y abrir la correspondencia. En todo caso, la resolución deberá acordarse por auto motivado, según establece el artículo 583 LECrim⁶¹, y la operación deberá realizarse abriendo el juez por sí mismo la correspondencia”*.

“La jurisprudencia de esta Sala, de la que es una muestra la Sentencia, de 13 de marzo de 1995, viene diciendo que: en el intento de sentar unas normas suficientemente orientadoras sobre la cuestión suscitada, habremos de partir, como faros orientadores, de principios recogidos en nuestra Carta Magna e igualmente aceptados en Convenios de rango internacional”. En el Artículo 18.3 de la Constitución se garantiza el secreto de las comunicaciones postales, salvo resolución judicial. Toda persona tiene derecho al respeto de su correspondencia, según reza el artículo 8.1⁶², de la Convención de Roma, de salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, de 4

61 *“El auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia o la entrega de copias de telegramas transmitidos determinará la correspondencia que haya de ser detenida o registrada, o los telegramas cuyas copias hayan de ser entregadas, por medio de la designación de las personas a cuyo nombre se hubieren expedido, o por otras circunstancias igualmente concretas”*.

62 Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*. B.O.E. núm. 243, de 10 de Octubre de 1979, vigencia desde el 1 de Noviembre de 1998, pp. 23.564–23.570.

de noviembre de 1950. Igualmente en el artículo 17 del Pacto de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966⁶³, se consigna que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su correspondencia.

La aplicación de la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012⁶⁴, relativa al derecho de información en los procesos penales, incluye el derecho al acceso al expediente que se proyecta sobre la totalidad de las pruebas materiales si bien, no afecta a las fuentes u origen de la investigación policial estricta. El artículo mencionado cuerpo legal, dice: “1. Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad. 2) los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa, 3) sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, el acceso a los materiales mencionados en el apartado 2 se concederá con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal. Si llegan a poder de las autoridades competentes más pruebas materiales, se concederá acceso a las mismas con la debida antelación para que puedan ser estudiadas (...)”.

Las dos finalidades que presenta el artículo son a los efectos de una posible impugnación de la privación de libertad⁶⁵ y la salvaguardia de la equidad del proceso y la preparación de la defensa, que se concreta en el derecho a acceder a la totalidad de las pruebas materiales, tales como, grabaciones de video, audio, fotografías, en posesión de las autoridades competentes o que en el transcurso de la investigación pudieran obtener, tanto a favor como en contra de los intereses de dichas personas. En este sentido que destacamos,

63 Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

64 DOUE num. 142, de 1 de junio de 2012, artículo 11. “Incorporación al Derecho nacional. 1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 2 de junio de 2014 (...)”.

65 Artículo 7.1 de la Directiva 2012/13/UE, “Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad”.

la STS. 4.961/2014, de 20 de noviembre⁶⁶, en relación a la *Delimitación de la extensión del “expediente”*, consecuentemente, el derecho de acceso invocado no resulta predicable en las circunstancias expuestas por el recurrente; pero al margen de la existencia de esa facultad, resulta obvio que el derecho de acceso a los materiales del expediente, que no a las bases de datos utilizadas por los investigadores y analistas policiales, en los términos que desarrolla la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales debe ser observado y así lo ha sido en este proceso. En la referida Directiva, el derecho al acceso a los materiales del expediente, diferencia dos finalidades, la impugnación de la privación de libertad (artículo 7.1), que no es objeto del presente recurso; y la salvaguardia de la equidad del proceso y preparación de la defensa, que concreta en el derecho a acceder a la totalidad de las pruebas materiales, como, por ejemplo, fotografías, grabaciones de sonido o de vídeo, en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dichas personas (artículo 7.2) con la debida antelación para un ejercicio efectivo de los derechos de la defensa (artículo 7.3). Por tanto, se proyecta sobre la totalidad de las pruebas materiales, pero no incluye las fuentes u origen de la investigación estrictamente policial.

Ya la Real Orden, de 4 de octubre de 1861, extendiendo lo dispuesto en las de 6 de julio de 1850 y 31 del propio mes de 1851, dispensaba a los comisarios e inspectores de policía de revelar en juicio el nombre de sus confidentes, y lo mismo se vino previniendo en disposiciones posteriores que reglamentaron los servicios de policía y vigilancia; también la jurisprudencia de esta Sala (SSTS. de 7 de octubre de 1889, 13 de noviembre de 1890, 9 de abril de 1968, 22 de marzo de 1986 ó 635/2008, de 3 de octubre) afirmó la impertinencia de las preguntas dirigidas a estos fines “*salvo determinadas circunstancias*”; y el acuerdo sobre principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, publicada por Orden, de 30 de septiembre de 1981, con carácter provisional hasta que se dictare la norma legal de rango adecuado, se adoptó la Resolución 690 del Consejo de Europa relativa a la Declaración sobre la Policía, estableciendo que los miembros de dichos Cuerpos no están obligados a revelar la identidad o circunstancias de aquellas personas que colaboran con ellos “*salvo cuando su actuación hubiera dado lugar a la comisión de hechos punibles*”. Congruentemente, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dedica un capítulo, a modo de código deontológico, a los que titula “*Principios básicos de actuación*”, que sigue las pautas marcadas en la citada resolución del Consejo de Europa, y en el “*Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*” de la Asamblea de las Naciones Unidas, imponiendo a los miembros de los cuerpos policiales un “*absoluto*” respeto a la Constitución -que por mor del principio de igualdad no consiente parcelas de inmunidad-, donde asimismo les sigue eximiendo de

66 Recurso 10.106/2014, Ponente Sr. D. Palomo del Arco.

revelar las fuentes de información “salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la ley les imponga actuar de otra manera” (artículo 5.1 y 5).

Así, en la fase preliminar de las 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 TEDH 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 (Asuntos *Kostovski*, de 20 de Noviembre de 1989 -44-, ó *Windisch*, de 27 de Septiembre de 1990 -30). Dicho de otro modo, la fase previa a la investigación que no se vierte sobre el proceso y que por ende, carece de virtualidad como fuente de prueba, no integra el “expediente” preciso para el efectivo ejercicio de defensa. Tampoco desde la perspectiva del artículo 6.3 CEDH.⁶⁷; y así en la propia jurisprudencia que cita el recurrente, no ya en *Zaivecs* contra Letonia de 31 de julio de 2007, donde el TEDH niega en proceso por falta (contravención) de desacato, que exista indefensión en entregar un dossier de siete folios dos días antes de la vista, que entienda suficiente para preparar la defensa (& 45); sino ya en *Öcalam* contra Turquía de 12 de marzo de 2003, donde se identifica el expediente (vd. & 160) con los elementos de prueba y la documentación referida a los mismos, más concretamente, a los presentados por la acusación. De igual modo en *Kamasinski* contra Austria, de 19 de diciembre de 1989, en el & 87, se indica como finalidad del acceso al dossier el poder controlar las pruebas de cargo. Lo que efectivamente incluye la oportunidad de familiarizarse con el expediente a los efectos de la preparación de su defensa con el resultado de las investigaciones realizadas durante el proceso (caso *Foucher* contra Francia, de 18 de marzo de 1997 o *Leas* contra Estonia, de 6 de marzo de 2012).

El principio de disponibilidad al que obedece la iniciativa sueca implementada en nuestro ordenamiento por la Ley 31/2010, atiende al intercambio de información e inteligencia sobre la delincuencia y actividades delictivas como base de la cooperación policial en la UE para alcanzar el objetivo general de aumentar la seguridad de sus ciudadanos; dotar de eficacia a la lucha contra la delincuencia transnacional al contar cada vez con mayor información

67 Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950, B.O.E. núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23.564-23.570; artículo 6.3: “(...), 3. *Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:* a) *A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.* b) *A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.* c) *A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.* d) *A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.* e) *A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.*

y acceder a ella en menor tiempo; para lo que es necesario que el intercambio e inteligencia sobre los delitos graves o los actos de terrorismo se plantee de forma transversal, y no compartimentada en función de las distintas formas de delincuencia o del reparto de competencias entre las autoridades policiales, aduaneras o judiciales de cada Estado miembro. De modo que el ámbito nacional, reste superado por un ámbito de libertad y seguridad europeo. Y de igual modo que la consulta, solicitud o intercambio de información, entre diversas Comisarías o entre diversas Comandancias o entre diversos Cuerpos de Seguridad, en una concreta investigación delictiva, no precisa de su traslación al procedimiento judicial, en principio tampoco resulta necesario, cuando esa información proviene de una autoridad policial de otro Estado Miembro de la Unión Europea, al contar con la previsión convencional (artículo 46 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen o el artículo 7 del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000) y también con previsión legal interna que adopta en nuestro ordenamiento la Decisión marco 2006/960/JAI, a través de la Ley 30/2011, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea⁶⁸.

CONCLUSIONES

Vista la posición del Tribunal Supremo habría que concluir señalando la excepcionalidad y la clase de funcionario para autorizar o supervisar la entrega que dependerá de la naturaleza del ordenamiento jurídico. En los Estados de tradición romanista, la responsabilidad recae sobre funcionarios del poder judicial, sin embargo en aquellos de tradición anglosajona, son los funcionarios de policía los que aplican la medida sin necesidad de autorización; lo importante no es determinar a qué funcionarios se les otorga la facultad, sino que en ese ordenamiento jurídico queden claramente establecidos los funcionarios autorizados. Las dudas que se pudieran suscitar perjudican la efectividad de la operación y presentar problemas en cuanto al uso de la prueba y ello, porque podríamos estar ante el “*delito provocado*” cuya consecuencia es la nulidad absoluta de la prueba obtenida.

Los principios sobre los que bascula la doctrina del Tribunal Supremo son los siguientes: la excepcionalidad, ya dicha, puesto que esta técnica especial se aplica de manera excepcional en caso de ausencia o insuficiencia de medios de prueba; en segundo lugar la jurisdiccionalidad, ya que deben ser debidamente autorizadas por la Autoridad Jurisdiccional competente; la pertinencia para su

⁶⁸ Sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea, B.O.E. núm. 182, de 28 de julio de 2010, pp. 65.772- 65.779.

ejecución tomando en cuenta la relación coste-beneficio y la complejidad de la investigación; la proporcionalidad que se aplicará siempre y cuando el interés público o general de la sociedad sea superior al interés privado; la reserva, propia de esta actuación manteniéndose de manera confidencial, velando por la seguridad e integridad de las personas encargadas de llevarla a cabo, tanto el Ministerio Fiscal como los operadores policiales que deben ser los idóneos y especializados en esta técnica, manteniendo en todo momento la legalidad en la aplicación de esta diligencia de investigación, respetando la Constitución, las convenciones internacionales, las leyes y cualesquiera otras reglas vigentes.

