

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 339/2017, de 11 de mayo de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10025/2017

SUMARIO:

Derecho a la intimidad personal. Paquete postal. Diligencia de apertura del paquete. Entrega vigilada. Trafico de drogas. Autoría. El envío postal que, procedente de Venezuela, fue interceptado en Gran Bretaña y sometido a entrega vigilada hasta su destino en España no constituía el objeto de una comunicación postal o correspondencia a los efectos del art. 18.3 CE. Estamos en presencia no de correspondencia personal sino de envíos de paquetes que en su exterior ya señalan cual es su contenido, lo que permite a la autoridad aduanera revisar que efectivamente corresponda el producto declarado con el contenido del paquete. Debe recordarse a este respecto que efectivamente un envío postal tiene una naturaleza distinta de la correspondencia postal. El envío no está protegido en cuanto a su apertura por el control judicial. El paquete postal en el que se halló la droga no es, de conformidad con lo razonado, el instrumento o soporte de una comunicación postal protegida en el art. 18.3 CE, pues ni de sus características externas ni de sus signos externos se infiere su destino a la transmisión de mensajes. Su inspección o control cumple las dos exigencias que la Constitución impone a la afcción de este derecho fundamental: su previsión legal y su adecuación al principio de proporcionalidad. Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que 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. La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Será, pues, el supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 18.1 y 3.

Directiva comunitaria 97/67/CE (normas comunes para el desarrollo del marco interior de los servicios postales de la Comunidad), art. 2.

Ley 24/1998 (Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales), art. 15.2.

Reglamento 2913/92 (Código Aduanero Comunitario), art. 68.

Ley Orgánica 12/1995 (represión del contrabando), art. 16.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 368.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10025/2017 interpuesto por D. Andrés, D. Felicísimo y D. Melchor representados por los procuradores Sres. D. José Luis García Guardia, D. Javier Rumbero Sánchez y D^a. Lucía Mena Martínez y bajo la dirección letrada de D. Martín Pérez Tomas, D^a. Alexandra Nioleta Pop y D. Luis Martín Mas respectivamente contra sentencia de fecha 14 de julio de 2016 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra los recurrentes por delito contra la salud pública. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Fuenlabrada (Madrid) instruyó Sumario con el nº 1905/2015, contra Andrés, Melchor (alias Bola), Alejo y Felicísimo y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda) que con fecha 14 de julio de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

«PRIMERO.- Los cuatro acusados puestos de mutuo acuerdo y con el ánimo de obtener un beneficio ilícito se concertaron para recibir, procedente de Brasil, un alijo de cocaína, en el mes de mayo del año 2015. Para ello, el acusado Andrés contactó en un primer momento con el acusado Alejo, que en la fecha de los hechos padecía trastornos por su grave adicción a sustancias estupefacientes, Alejo accedió a colaborar con Melchor, alias Bola, a cambio de que éste y la organización que le respaldaba le pagarán un montante de 12.000 €, accediendo a ser el destinatario del envío de cocaína que debería llegar procedente de Brasil. En la operación intervenía también un conocido de Bola, llamado Andrés, quien tenía un hermano que vivía en Brasil, que sería la persona encargada de remitir la droga, escondida en un paquete postal.

Así, el encargado de remitir la droga efectivamente remitió a España desde Río de Janeiro dos bidones con la etiqueta en cuyo remitente figuraba "GW SILVA IMPORTAÇÃO COMERCIO LTDA", envío amparado en el conocimiento -aéreo número NUM001 que llegó a la aduana de Madrid con la identificación de su destinatario, el acusado Alejo.

El paquete llegó a Madrid el 25/05/2015, despertando las sospechas de los componentes de la Unidad de Análisis de Riesgo del Aeropuerto de Madrid- Barajas, porque tenían conocimiento de que habían sido utilizadas remesas de paquetes de características parecidas en otras ocasiones para tratar de introducir ilegalmente sustancia estupefaciente en nuestro país. Efectivamente se observó la mercancía a través de rayos X, presentando una densidad que pudiera corresponder a sustancias estupefacientes.

La Unidad de Análisis de Riesgo de la Administración de Aduanas procedió a la apertura del paquete en cuyo exterior constaba la naturaleza de la mercancía que se remitía.

En la etiqueta figuraba piezas de manualidades brasileñas,

Una vez realizada la apertura se comprobó que dentro de los dos bidones de color azul había ocho águilas de mármol-piedra que ocultaban en su interior unos paquetes de forma



rectangular que portaban polvo de color blanco que al aplicarles el narcotest dio positivo a la cocaína.

La droga encontrada en el interior de los pájaros que, tras el pertinente análisis, resultó ser cocaína con un peso neto en total de 4318,1 gramos y con un porcentaje de pureza de más del 80%, la cual alcanzaría en el mercado a cuya venta iban a destinarla los acusados un valor de CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS VEINTE EUROS CON TRES CÉNTIMOS (472,220,3 €)

A continuación, los miembros de dicha Unidad de Análisis de Riesgo solicitaron al Juzgado de Guardia de Madrid autorización para entrega vigilada del envío aéreo y retirada de la sustancia estupefaciente, así como también intervención telefónica del teléfono de la persona que figuraba como destinatario del envío, que no era otro que el acusado Alejo. Por auto de ese mismo día del Juzgado de Instrucción número 7 de Madrid se autorizó la circulación y entrega vigilada de la mercancía mencionada manifestándose expresamente en la parte dispositiva del auto (folio 173) que para la práctica de la entrega controlada de la mercancía se comisionaba a los funcionarios de Vigilancia Aduanera de la Administración Tributaria, librándose a tal efecto mandamiento judicial; se autorizaba también expresamente la retirada de la sustancia estupefaciente intervenida, y la observación por plazo de un mes de la intervención del teléfono NUM000 utilizado por el acusado Alejo; y se acordaba el secreto de las actuaciones.

Posteriores actuaciones dieron como resultado la comprobación de la intervención del acusado Alejo en la recepción del paquete, que tenía en un principio como destinatario Nacex Polígono Industrial de Santa María de Benquerencia, calle Sancho Panza número 22 Toledo, aunque posteriormente el mismo acusado se puso en contacto con la empresa de transportes pidiendo que la mercancía fuera depositada en Fuenlabrada en la calle Barcelona número 4, siguiendo las instrucciones de Bola,

SEGUNDO, -La mercancía enviada contenía 4.318,1 gramos de cocaína con un porcentaje de pureza de más del 80% desde Río de Janeiro (Brasil) hasta España para su distribución en nuestro país, que depositada en la caja de seguridad que Vigilancia Aduanera tiene en la T-4 de Barajas hasta que el transportista designado por el destinatario pasó a recoger la mercancía una vez despachados los tramites de aduanas. El transportista entregó efectivamente la mercancía a Alejo a la puerta del domicilio de la calle Barcelona número 4 de Fuenlabrada, que era precisamente la casa de otro de los acusados, la casa de Andrés.

Antes de recoger la mercancía, Bola dio por teléfono precisas y reiteradas instrucciones para que Alejo retirara los bidones de la calle y los introdujera en el portal, a lo que Alejo se negaba reiteradamente manifestando que ese no era su cometido porque su cometido se limitaba exclusivamente a ser el destinatario de la mercancía.

Después de varias discusiones, efectivamente Alejo acabó por introducir los bidones en el portal de la casa, bajando desde su domicilio Melchor, que estaba en el interior del domicilio junto con el otro acusado Felicísimo; entre los tres subieron los bidones al domicilio de Andrés, y Alejo se marchó.

Una vez en el piso procedieron a abrir los bidones y a extraer los ocho pájaros, comprobando que la droga no estaba en su lugar por lo que se sintieron completamente frustrados, llamando Bola acto seguido al acusado Alejo para exigir explicaciones sobre el hecho de que la droga no estuviera dentro de las águilas, a lo que éste contestó que no tenía ninguna idea de qué era lo que pudiera haber pasado.

A continuación los acusados que estaban en el domicilio de Andrés es decir Andrés y Felicísimo salieron del domicilio de Andrés, siendo en todo momento vigilados por funcionarios de la Guardia Civil, siendo observados cuando Felicísimo rompía un trozo de piedra de una de las águilas contra un bolardo de la acera y lo tiraba contra el suelo como queriendo asegurarse



www.civil-mercantil.com

de que allí dentro no había ninguna de las droga que debían haber recibido. En las inmediaciones del domicilio de Andrés fueron detenidos ambos, y posteriormente fue detenido Alejo y Bola».

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«CONDENAMOS a los acusados Andrés, Felicísimo y Melchor (Alias Bola), como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública del art. 368 y 369.5' del Código Penal antes definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 8 altos de prisión para cada uno, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de un millón ochocientos ochenta ocho mil ochocientos ochenta y un euro con dos céntimos (1.888.881,2 €; y al pago por cada uno de ellos de la cuarta parte de las costas del procedimiento.

Se procederá a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, y prohibición de entrada en España durante 9 altos, cuando el penado hubiera accedido a! tercer grado penitenciario o le fuera concedida la libertad condicional.

CONDENAMOS a Alejo, como autor responsable de un delito contra la salud pública del art. 368 y 369.5' del Código Penal , con la concurrencia de la atenuante muy cualificada prevista en el art. 21.2 en relación con el art. 20.2 del Código Penal, así como la de confesión tardía, prevista en el art. 21.7 en relación con el art. 21.4 del mismo texto legal, a la pena de 4 años y dos meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 450.000 €, con arresto sustitutorio de 30 días ; y al pago de una cuarta parte de las costas del procedimiento.

Se acuerda la libertad de este acusado.

Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta se les abonará todo el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa.

Se decreta el comiso de la droga intervenida en la presente causa, procediéndose a su destrucción.

Notifíquese la presente sentencia a las partes con expresión de su firmeza, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de CINCO DÍAS a contar desde la última notificación».

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Andrés.

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 849.1 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del principio de igualdad ante la Ley y el derecho a la tutela judicial efectiva de los arts. 14 y 24 CE. Motivo



www.civil-mercantil.com

tercero.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 849.2 LECrim y 5.4 LOPJ por error de hecho en la apreciación de la prueba. Motivo cuarto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Motivo quinto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por infracción del art. 18.3 CE.

Motivos aducidos en nombre de Felicísimo.

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 368 y 369.1.5 CP.

Motivos aducidos en nombre de Melchor.

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECrim y por infracción de precepto constitucional al infringir el art. 18.3 CE por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim en relación del art. 5.4 LOPJ por infracción art. 24.1 CE por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías, y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Motivo cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 y por 16.1 (tentativa), 29 (complicidad) y 66 CP.

Cuarto.

El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos impugnando todos sus motivos de los recursos; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 5 de mayo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Andrés.

Primero.

Los motivos primero y cuarto de este recurso pueden reagruparse siguiendo en este punto la sistemática propuesta por la Fiscalía en su impugnación: ambos versan sobre la presunción de inocencia, a la que se adiciona una invocación del principio in dubio.

Nos quedaremos con el primer alegato; el segundo -in dubio-no es viable en casación. Solo cabría hacerlo valer en su sentido normativo, es decir en cuanto obliga a absolver en caso de duda. Tal principio no ordena dudar en ciertas situaciones; sino optar por un



pronunciamiento absolutorio si el Tribunal alberga dudas. En el presente asunto el Tribunal no exterioriza duda alguna: condena porque ha llegado a la certeza de la intervención del recurrente en los hechos.

Plenamente suscribibles son las consideraciones generales y fundamentos normativos que sobre tal derecho fundamental -presunción de inocencia- se contienen como preámbulo de cada uno de esos motivos; pero no puede compartirse el intento de extraer de ellas la solución absolutoria que propugna el recurrente. Existe prueba de cargo suficiente, expuesta y valorada en la sentencia de instancia en términos que hacen inacogible este alegato.

Se dice que no hay prueba de que la droga fuese de su titularidad y se insiste en que fue ocupada en poder de otro acusado. Se alude además a incidencias que no parecen guardar relación con este asunto (se habla de un recurso de apelación y de una incautación de droga posterior a la detención -¿?-), así como de droga que impregnaba prendas de ropa: quizás sean simples erratas debidas a las TIC -superposición sobre otros escritos-. Prescindimos de ellas.

Desde la óptica de la presunción de inocencia se puede verificar en casación:

- a) la existencia de prueba incriminatoria,
- b) su suficiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio, en el sentido de que de ella pueda deducirse de forma racional y concluyente (con exclusión de hipótesis alternativas igualmente probables) la participación del acusado en hechos delictivos.
- c) su validez en la doble perspectiva de que haya sido practicada con todas las garantías y de que se haya obtenido sin violación de derechos fundamentales, y
- d) su motivación, lo que sirve para testar su suficiencia (es decir, la racionalidad del proceso deductivo seguido por el Juzgador y la refutabilidad de otras hipótesis incriminatorias aducidas o imaginables que fuesen igualmente plausibles).

En el extenso fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia queda plasmada la prueba de cargo sobre la que la Audiencia funda su convicción. Es más que holgada. La participación del recurrente se deduce de la directa incriminación realizada por otro acusado, Alejo, reforzada por las declaraciones de los agentes que participaron en las detenciones y las conversaciones telefónicas. De los relatos de aquéllos se deduce de forma incontestable la intervención protagonista del acusado en los hechos sin que se encuentre en el motivo una argumentación clara encaminada a desvirtuar esa motivación fáctica que vaya más allá de la genérica invocación de la presunción de inocencia.

La consiguiente desestimación de estos dos motivos arrastra también la del tercero que repite argumentos probatorios con un equivocado formato: at. 849.2º LECrim. No se designan documentos en rigor: tan solo se consignan unas referencias a actuaciones que no son documentos a estos efectos (atestado, declaraciones). Sencillamente se insiste en la insuficiencia probatoria, que es justamente el discurso que acaba de refutarse.

Segundo.

El segundo motivo hilvana algunas consideraciones generales sobre incongruencia omisiva, y tutela judicial efectiva bajo un enunciado un tanto desconcertante (principio de igualdad), y sin proyección alguna reconocible al supuesto examinado. Hay que dar la razón al Fiscal cuando arguye que no puede contestarse el motivo en la medida en que no contiene una argumentación inteligible o identificable: no se señalan qué puntos concretos de la sentencia incurren en esos supuestos vicios que se enuncian solo en abstracto. La falta de



fundamento que hubiese propiciado la inadmisión (art. 885.1 LECrim) se convierte ahora en causa de desestimación.

Tercero.

La falta de motivación del auto por el que se acuerda la apertura del paquete postal constituye el núcleo del quinto motivo. La lectura de ese Auto se erige en la mejor refutación del alegato. Obra a los folios 171 y ss: auto de 27 de mayo de 2015. La constatación de la presencia de droga en un envío procedente de Brasil es base suficiente para acordar su entrega vigilada y la intervención del teléfono del destinatario. Esta aseveración es una obviedad. Recrearse en ella o explicarla más ofendería la inteligencia del lector.

En cuanto a la plena sintonía de la intervención inicial en la aduana con la legalidad vigente hay que estar de acuerdo con la sentencia de instancia. Sobre ello volveremos al examinar el siguiente recurso. A ese lugar nos remitimos.

Recurso de Melchor.

Cuarto.

El recurrente invoca los arts. 849.2 y 852 LECrim para dar sustento a su primer alegato que, en síntesis, reclama la nulidad de la diligencia de apertura del paquete (los bidones). Mediante el art. 849.2 LECrim quiere acreditar (carta de porte aéreo) que no se contenía una autorización de apertura para inspección postal.

Eso es irrelevante para la argumentación de la sentencia que rechaza la petición de nulidad con razones que nada tiene que ver con la ausencia de esa autorización:

«A este respecto debe recordarse que, como consta en el folio cinco de las actuaciones, la propia Unidad de Análisis de Riesgo de la Administración de Aduanas tiene facultades para dicha apertura, al amparo del artículo 16 de la Ley Orgánica 12/95, de represión del contrabando, del artículo 68 del reglamento de la CEE 2913/92 del Consejo, de fecha 12 de octubre de 1992, y el contenido del reglamento aprobado en el XX Congreso de la Unión Postal Universal de Washington de 14 de diciembre 1989, que fue ratificado por España el 1 de junio de 1992. Como muy acertadamente ha expresado el Ministerio Fiscal en su excelente informe en el acto del juicio oral, estamos en presencia no de correspondencia personal sino de envíos de paquetes que en su exterior ya señalan cual es su contenido, lo que permite a la autoridad aduanera revisar que efectivamente corresponda el producto declarado con el contenido del paquete. Debe recordarse a este respecto que efectivamente un envío postal tiene una naturaleza distinta de la correspondencia postal. El envío no está protegido en cuanto a su apertura por el control judicial, conforme se manifiesta entre otras en STS 699/2004»

Hay que dar la razón a la Audiencia. La vieja jurisprudencia que invoca el recurrente, enmarcada toda en los años noventa, fue superada hace tiempo como recuerda el Fiscal en su documentado informe. Las SSTC 137/2002, de 3 de junio o 281/2006, de 9 de octubre son dos claros precedentes al lado de los cuales cabría citar muchos otros de esta Sala Segunda (el Fiscal recoge una buena muestra de ellos en su dictamen). La doctrina es reiterada. Unos bidones no están protegidos por el derecho al secreto de la correspondencia. Tampoco cuando su remitente no hace constar una autorización expresa para su apertura a efectos de inspección fiscal.



www.civil-mercantil.com

Baste ahora evocar unos pasajes de la STC 281/2006, de 9 de octubre: «... en el ATC 395/2003, de 11 de diciembre, FJ 3, consideramos carente de contenido constitucional la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones postales respecto de la apertura en Alemania de un paquete que consistía en un cilindro de madera en el que estaban enrollados de manera visible -con una envoltura transparente- varios metros de cable eléctrico en cuyo interior se encontraba la cocaína, con base en la razonabilidad de los argumentos aducidos por el Tribunal Supremo para desestimar la vulneración alegada como motivo de casación, siendo uno de ellos la inadecuación del soporte físico del envío postal para ser susceptible de protección por el derecho a la comunicación postal...

... la comunicación es un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas. Por tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones postales sólo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia.

Varias precisiones son aún necesarias a los efectos de la delimitación de la noción constitucional de correspondencia del art. 18.3 CE. De un lado, en la medida en que los mensajes pueden expresarse no solo mediante palabras, sino a través de otro conjunto de signos o señales que componen otra clase de lenguajes, y dado que los mensajes pueden plasmarse no solo en papel escrito, sino también en otros soportes que los incorporan -cintas de cassette o de vídeo, CD's o DVD's, etc.- la noción de correspondencia no puede quedar circunscrita a la correspondencia escrita, entendida ésta en su sentido tradicional. Por ello, se ha de estar a la delimitación que la regulación legal sobre el servicio postal universal establece, que al efecto atiende a ciertas características externas y físicas -tamaño- del objeto de envío -sobre, paquete-, en cuyo interior se introducen los soportes físicos de los mensajes -papeles, cintas, CD's ... Desde esta perspectiva, no gozan de la protección constitucional aquellos objetos -continentes- que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías (ATC 395/2003, de 11 de diciembre, FJ 3), de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional. Ni tampoco gozan de la protección constitucional del art. 18.3 CE aquellos objetos que, pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo.

Además, si lo que se protege es el secreto de la comunicación postal quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta. Así sucede cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia, pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido.

Si, como acabamos de recordar, el derecho fundamental protege el secreto de las comunicaciones frente a cualquier clase de interceptación en el proceso de comunicación, es indiferente el procedimiento a través del cual se acceda al conocimiento del proceso de la comunicación postal o del contenido de la correspondencia, por lo que se vulnera este derecho aún cuando a tal conocimiento no se acceda mediante la apertura del continente o de la propia carta, documento u objeto, de otro modo cerrado. La existencia de la comunicación, la identidad de los corresponsales, el momento en que se produce, los lugares de remisión y destino, son todos ellos datos que, una vez iniciado el proceso de comunicación, son secretos para cualquier persona ajena a la comunicación, de modo que su conocimiento por quien

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

presta el servicio postal puede ser utilizado a los solos efectos de la prestación del servicio (mutatis mutandi, STC 123/2002, de 20 de mayo, FFJJ 5, 6).

Esta afirmación, no obstante, ha de ser matizada y ponerse en conexión con las especialidades del objeto de protección cuando de las comunicaciones postales se trata. Pues, si lo que se protege es la comunicación humana en cuanto expresión de sentido, sólo serán lesivas del derecho a la comunicación postal aquellas formas de acceso al contenido del soporte material del mensaje que supongan formas de tomar conocimiento del mensaje, por lo que no serán lesivos de este derecho aquellos procedimientos que, siendo aptos para identificar que el contenido del sobre o del soporte sea un objeto ilícito, no lo son, sin embargo, para conocer el mensaje mismo -inspecciones mediante perros adiestrados, escáneres... Por consiguiente, el procedimiento más habitual de vulneración del derecho al secreto de la correspondencia será su apertura, aunque no pueda descartarse la vulneración del derecho mediante otros procedimientos técnicos que permitan acceder al contenido del mensaje sin proceder a la apertura de la correspondencia.

Finalmente, a los efectos de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones postales es indiferente quién presta el servicio postal, de modo que el derecho al secreto de las comunicaciones postales alcanza el proceso de comunicación tanto si se presta mediante servicios públicos como privados, dado que la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales ha procedido a su liberalización.

c) De esta delimitación derivan varias consecuencias. Es la primera que el envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos, incluidos los que tienen como función el transporte de enseres personales -maletas, maletines, neceseres, bolsas de viaje, baúles, etc.- por las compañías que realizan el servicio postal no queda amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones, pues su objeto no es la comunicación en el sentido constitucional del término. Es la segunda que el art. 18.3 CE no protege directamente el objeto físico, el continente o soporte del mensaje en sí, sino que éstos sólo se protegen de forma indirecta, esto es, tan sólo en la que medida en que son el instrumento a través del cual se efectúa la comunicación entre dos personas -destinatario y remitente. Por consiguiente, cualquier objeto -sobre, paquete, carta, cinta, etc.- que pueda servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección del derecho reconocido en el art. 18.3 CE si en las circunstancias del caso no constituyen tal instrumento de la comunicación, o el proceso de comunicación no ha sido iniciado (STC 137/2002, de 3 de junio, FJ 3); así, no constituyen objeto de este derecho cuando se portan por su propietario o terceros ajenos a los servicios postales, o viaja con ellos, o los mantienen a su disposición durante el viaje. Estos objetos, máxime si de sus características externas se infiere su destino al transporte de enseres personales o se hace constar en su exterior su condición de objeto personal o íntimo, quedarán, no obstante, protegidos por el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE); y, por consiguiente, de conformidad con nuestra jurisprudencia constitucional, la ley podrá autorizar a la autoridad administrativa para su apertura o para proceder a inspeccionar y controlar su contenido por cualquier procedimiento, siendo requisito de la constitucionalidad de tal control o inspección su sujeción a las máximas derivadas del principio de proporcionalidad, esto es, ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, idónea para alcanzarlo y que la concreta forma de control o inspección reporte en el caso menos sacrificios en el derecho individual que beneficios en los intereses generales.

d) La delimitación del ámbito de protección constitucional de las comunicaciones postales tiene en cuenta el diferente régimen jurídico de los envíos postales y de los envíos de correspondencia establecido tanto en la legislación internacional como interna. De un lado, en las normas internacionales de la Unión Postal Universal -Actas del Congreso de Beijing de 1999, cuya ratificación fue publicada en el BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005- se incluyen



dos reglamentaciones diferentes, el Reglamento relativo a los envíos de correspondencia y el Reglamento relativo a encomiendas postales -anexo al BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005. De otro, también reconoce dicha diferencia la normativa de la Unión Europea, cuya Directiva comunitaria 97/67/CE, relativa a las normas comunes para el desarrollo del marco interior de los servicios postales de la Comunidad, aprobada el 15 de diciembre de 1997, distingue entre el envío postal - art. 2.6- y el envío de correspondencia - art. 2.7. Finalmente, regulan de forma separada ambas clases de envíos la Ley 24/1998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales - art. 15.2.B, a) y b)- y el 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 la Ley 24/1998 -art. 13.2.

4. En aplicación de dicha razón de decidir al caso planteado en la demanda, hemos de advertir que, a pesar de lo alegado en la misma, así como a pesar de ser el punto de partida tanto de las resoluciones impugnadas como del Voto particular discrepante emitido en la Sentencia de casación, el envío postal que, procedente de Venezuela, fue interceptado en Gran Bretaña y sometido a entrega vigilada hasta su destino en España no constituía el objeto de una comunicación postal o correspondencia a los efectos del art. 18.3 CE.

El paquete postal en el que se halló la droga no es, de conformidad con lo razonado, el instrumento o soporte de una comunicación postal protegida en el art. 18.3 CE, pues ni de sus características externas ni de sus signos externos se infiere su destino a la transmisión de mensajes: una caja de cartón con un peso aproximado de mil quinientos gramos, en la que no consta que contuviera correspondencia, ni signo alguno que lo evidencie. Por consiguiente, ninguna vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones postales del art. 18.3 CE se ha producido porque las autoridades británicas accedieran a conocer el contenido del paquete y trasladaran dicha información a las autoridades españolas.

De otra parte, aunque no se alega expresamente, procede descartar también la eventual vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) pues, de un lado, no consta que en el paquete postal se hiciera mención de su condición de contener objetos personales o íntimos y de sus características externas no se infiere que la finalidad del continente sea ésta. Pero, además, en todo caso, aunque pudiera afirmarse su condición de objetos personales o íntimos, su inspección o control cumple las dos exigencias que la Constitución impone a la afeción de este derecho fundamental: su previsión legal y su adecuación al principio de proporcionalidad. De un lado, la normativa internacional -Actas del Congreso de la Unión Postal Universal de Beijing de 1999, en vigor para España desde su publicación en el BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005-, así como la legislación interna - la Ley 24/1998- autorizan 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 drogas. De otro lado, en cuanto al juicio de proporcionalidad, hemos de afirmar que las medidas de control e inspección de los paquetes postales persiguen un fin legítimo, cual es la prevención de la comisión de delitos, y son idóneas para alcanzarlo. Además, en la valoración de la proporcionalidad estricta del sacrificio individual que estas medidas comportan en relación con el beneficio en los intereses generales se ha ponderar, de un lado que, como ya hemos señalado, al contratar el servicio de envío el titular formula una aceptación tácita de las condiciones en que éste se presta; igualmente se ha ponderar la escasa entidad de los perjuicios provocados por la ingerencia en el derecho fundamental derivada de las distintas formas en que es posible acceder al conocimiento del contenido de los paquetes y del poco tiempo de interrupción del envío que su ejecución requiere. Por consiguiente, la inspección del paquete postal, el conocimiento del contenido del mismo, así como de los datos relativos a



www.civil-mercantil.com

destinatario y remitente, no vulneraría tampoco el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en caso de que el paquete postal en las circunstancias del caso contuviera un objeto de carácter personal o íntimo...».

No se ha afectado al art. 18.3 CE y el motivo decae.

Quinto.

Habiéndose acordado durante la investigación unas intervenciones telefónicas, no podía faltar un invitado casi obligado en estos asuntos: un motivo por vulneración del art. 18.3 CE.

El recurso expone los requisitos legales y jurisprudenciales de esa medida injerente; pero omite detallar qué aspectos concretos no han sido respetados.

El motivo tampoco es acogible.

El auto antes referenciado no solo está fundado externamente sino que además contaba con una base indiciaria sobrada: se había descubierto droga en un paquete dirigido a una persona. Se interviene el teléfono de ésta. No hace falta decir mucho más. Existían claros indicios de comisión de un delito y de la participación en él del afectado por la medida. Se atiende tal resolución a los exigibles parámetros legales y constitucionales. No se limita a una desidiosa e indolente remisión al oficio policial. Recoge y expone los elementos facilitados por la policía; incluye una motivación fáctica autónoma; contrasta la situación con los requisitos legales y constitucionales exigidos para legitimar una medida de esta naturaleza, que igualmente se preocupa de referir resumidamente; y acaba por entender justificada la medida.

No hay tampoco falta de control. Fueron muy escasos los días que se mantuvieron las escuchas pues enseguida se produjo el desenlace de la operación. Las conversaciones aparecen transcritas a los folios 987 y ss. A ellas se refirió en su declaración el coacusado.

Sexto.

En el tercer motivo se invoca la presunción de inocencia.

Las declaraciones del coimputado unidas a las realizadas por los guardias civiles constituyen prueba sobrada y concluyente. No se hacen necesarios ulteriores razonamientos pues tampoco es muy expresivo el desarrollo argumental del recurso, extremadamente difícil, por otra parte, a la vista del sólido cuadro probatorio existente.

El motivo se desestima.

Séptimo.

En el cuarto motivo, por infracción de ley (art. 849.1º LECrim), se alega que, en su caso, se trataría de un delito en grado de tentativa (i); que el recurrente sería mero cómplice (ii); y que la pena es desproporcionada (iii).

En cuanto al grado de ejecución de las SSTS 975/2016, de 23 de diciembre, 899/2012, de 2 de noviembre, 183/2013, de 13 de marzo, 335/2008, de 10 de junio; 598/2008, de 3 de octubre; 895/2008, de 16 de diciembre; 5/2009, de 8 de enero; 954/2009, de 30 de septiembre; 960/2009, de 16 de octubre; 1047/2009, de 4 de noviembre; 1155/2009, de 19 de noviembre; y 191/2010, de 9 de febrero, podemos extraer estas consideraciones generales, muchas veces reiteradas:

a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que



www.civil-mercantil.com

constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y, además, es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal.

b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si éste no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse.

c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerarse 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. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito.

d) El tráfico existe desde que una de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común.

e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Será, pues, el supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

Así pues, la tentativa exige no haber intervenido en la fase de concierto inicial previa al traslado de la droga. Este requisito no se cumplimenta en la conducta de este recurrente, lo que impide desplazar su acción a la fase de tentativa.

Octavo.

No es planteable tampoco hablar de complicidad. El recurrente es un claro coautor. En un delito que reserva espacios muy reducidos a esa forma secundaria de participación (SSTS 1073/2012, de 29 de noviembre o 184/2013, de 7 de febrero, entre muchas), el papel protagonista del acusado que se deriva del hecho probado impide degradar su forma de participación. El art. 368 CP penaliza dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto; contiene un concepto extensivo de autor. Como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas secundarias de participación por la propia Ley. En el caso del recurrente además es que ni siquiera se puede considerar que su papel fuese secundario o subalterno. Su voluntad, su decisión y sus gestiones fueron uno de los motores desencadenantes de la operación.



www.civil-mercantil.com

Noveno.

Por fin este recurrente da vueltas a la penalidad concretamente impuesta entendiendo que la duración ni está suficientemente justificada ni es proporcionada. La sentencia dedica su fundamento de derecho quinto a motivar la duración elegida. Se destaca el volumen de droga interceptado. A ello se puede añadir que este recurrente ocupa un nivel alto en la operación, un papel directivo. Es correcta la decisión de la Sala. Estamos ante una cantidad importante que además suponía la introducción en España de sustancia procedente de un país extranjero (lo que es otro tipo delictivo -contrabando- que se considera embebido pero que supone un plus de desvalor).

Dentro del marco posible se opta por una duración que es razonable. No es el máximo posible. La pena podía llegar hasta nueve años.

El motivo, plural en su contenido, no puede prosperar en ninguna de sus tres vertientes.

Recurso de Felicísimo.

Décimo.

Presunción de inocencia e in dubio son los ejes del primer motivo de este recurso.

Se hace conveniente advertir para salir al paso de algunas de las alegaciones preliminares que se vierten que en los recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales no hace falta destacar un singular interés casacional. El nuevo art. 889. 2º LECrim no está previsto para estos casos.

Las declaraciones de los guardias civiles intervinientes evidencian que este recurrente tenía que conocer necesariamente el contenido originario de los bidones y las figuras. No existe otra explicación a su reacción rompiendo una de las piedras de las figuras contra un bolardo para asegurarse de que no contenían nada. Que este acusado no fuese reconocido por Alejo solo indica que no había intervenido con anterioridad. Las manifestaciones exculpatorias de los coacusados tampoco consiguen destruir el potísimo valor acreditativo de ese gesto, que se une a su estancia en el lugar y a la hora en que se iba a recepcionar la sustancia.

Que otros inicialmente imputados hayan resultado absueltos o se haya sobreseído respecto de ellos el procedimiento significa simplemente que el bagaje probatorio que les inculpaba -distinto del existente contra este recurrente- no se consideró suficiente.

Ahora bien, en verdad no hay prueba objetiva de una intervención suya anterior al momento de incautación de la droga por la guardia civil, lo que significa que respecto de este recurrente puede hablarse de tentativa inidónea según resulta de la jurisprudencia que ha quedado expuesta. Ningún dato permite incluirle de forma fehaciente en el concierto criminal inicial. Es hipótesis posible no refutada que se incorporase a la operación cuando la sustancia ya estaba interceptada lo que supondría que participa en un delito ya abortado (tentativa inidónea). En este punto el motivo ha de acogerse.

El motivo segundo del recurso (art. 849.1º) es vicario de éste: solo podría abrirse paso si prospera el de presunción de inocencia y en los términos que se produce esa estimación. En este caso nos lleva a degradar la calificación al estadio de la tentativa.

El recurso es parcialmente estimable.



www.civil-mercantil.com

Undécimo.

La desestimación de los recursos debe llevar a la condena a cada recurrente al pago de sus respectivas costas (art. 901 LECrim), salvo las del recurso interpuesto por Felicísimo que, al ser parcialmente estimado, han de declararse de oficio.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.-Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por Felicísimo contra sentencia de fecha 14 de julio de 2016 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra los recurrentes por delito contra la salud pública; por estimación del primer y segundo motivos de su recurso y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

2.- Declarar de oficio las costas ocasionadas en el recurso de Felicísimo.

3.-Desestimar los recursos de casación interpuestos por Andrés y Melchor contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas.

4.- Imponer el pago de las respectivas costas a Andrés y Melchor. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 11 de mayo de 2017

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Fuenlabrada (Madrid), fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda), y que fue seguida por un delito contra la salud pública contra Andrés, Melchor, Alejo y Felicísimo se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia



www.civil-mercantil.com

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la sentencia de instancia, salvo, en cuanto a éstos, lo consignado en el primer párrafo sobre el acuerdo y concierto de los cuatro acusados. Ha de matizarse apostillando que Felicísimo conocía el contenido original de los paquetes, pero no se ha acreditado de forma concluyente que se incorporase a la operación antes de la incautación policial de la droga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

En relación a Felicísimo los hechos han de calificarse como delito contra la salud pública en grado de tentativa de los arts. 16 y 62 CP. Al tratarse de una tentativa inidónea y atendido el nivel de participación de este acusado, situado en un plano presumiblemente más secundario, se considera en este caso aconsejable una doble degradación lo que nos llevará a fijar la pena en DOS años de prisión junto con la multa correspondiente.

En el resto y en cuanto no se opongan a éste se da por reproducidos los fundamentos de la sentencia de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos condenar y condenamos a Felicísimo por un delito contra la salud pública a la pena de prisión de DOS años con la accesoria de privación del derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de DOSCIENTOS MIL € (200.000 euros) con 20 días (veinte) de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

La Sala de instancia deberá pronunciarse sobre la posible sustitución de la pena por la expulsión (art. 89 CP).

En lo demás y en cuanto no sea incompatible con éste se ratifican los pronunciamientos de la sentencia de instancia, y en particular la condena del resto de acusados en sus propios términos y lo relativo al comiso y costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la coleccion legislativa

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.