

ESTUDIOS

ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES SOBRE TRÁFICO DE DROGAS (RESUMEN JURISPRUDENCIAL)

JOSÉ ANTONIO SAINZ RUIZ

Teniente Fiscal del Tribunal de Cuentas

SUMARIO.—I. Introducción.—II. Entrada y registro domiciliario: 1. Concepto de domicilio. 2. Modos de entrada. 3. El registro domiciliario. III. Intervenciones telefónicas: 1. Introducción. 2. Requisitos. 3. Control judicial. IV. Apertura de paquetes postales.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del capítulo III del título XVIII del Código Penal, bajo la rúbrica «De los delitos contra la salud pública», se pueden diferenciar claramente dos bloques normativos: 1) Conductas referentes a la elaboración ilegal de sustancias nocivas, medicamentos, alimentos o bebidas y sobre sacrificio de animales destinados al consumo humano (arts. 359 a 367); 2) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (arts. 368 a 378). Precisamente, será este último apartado objeto de comentario en estas líneas, ya que el tráfico de drogas va en aumento de año en año, tal y como lo avalan las estadísticas judiciales, suponiendo el mayor número de asuntos a tramitar en los Juzgados del orden penal, al igual que ocurre en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, donde se admiten más de un 50 por 100 de los recursos de casación sobre esta materia.

Ahora bien, el análisis que se va a efectuar no se planteará desde una perspectiva del Derecho sustantivo, ya que al respecto existe una legislación adecuada a normas y Convenios internacionales que ha sido exhaustivamente analizada e interpretada por las sentencias de la Sala Segunda, lo que ha provocado una jurisprudencia pacífica y uniforme. Tal vez, lo que más se eche en falta en la nueva redacción del Código Penal haya sido la inclusión de un concepto legal de droga, que permitiese no tener que acudir al concepto médico que establece la Organización Mundial de la Salud con los peligros que ello entraña. Dicho esto, pretendo centrar el tema en todos aquellos actos procesales que tienen por finalidad la investigación y descubrimiento de aquellos actos ilícitos relacionados con el tráfico de drogas. En estos supuestos,

la investigación criminal necesita limitar determinados derechos fundamentales de la persona mediante una tutela judicial, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley, de manera que la ausencia de ellos, significará su transformación en una prueba ilícita y por ello nula.

Hoy en día el triunfo de la defensa en el procedimiento se debe en muchas ocasiones al tratamiento procesal del tema y no al fondo del asunto, de manera que la Sala Segunda del TS ha ido perfilando y evolucionando respecto de todas aquellas garantías procesales necesarias para la obtención de pruebas lícitas.

En concreto vamos a tratar sobre el registro domiciliario, la intervención telefónica y la apertura de paquetes postales, medios todos ellos frecuentemente utilizados en la investigación del tráfico de drogas, por lo que centraremos el estudio en las últimas sentencias del Tribunal Supremo.

II. ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIO

La inviolabilidad del domicilio se consagra como derecho fundamental en el art. 18.2 de nuestra Constitución, ello como consecuencia del arraigo de ese principio en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 12), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17). Su regulación en la LECrim se incardina en el título VIII y en concreto en los arts. 545 a 578, siendo el artículo rector el 569, que ha sido el que más problemas interpretativos ha suscitado, aunque hoy en día se avanza hacia una doctrina unificada.

1. **Concepto de domicilio** (ver STC 17.2.84, en la que se analiza el concepto de domicilio en relación con los derechos fundamentales).

La jurisprudencia ha conceptualizado el domicilio desde un punto de vista constitucional, siendo indiferente la estabilidad de la residencia en un determinado lugar, ya que se refiere a los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de la persona, bien de forma duradera o transitoria, y con absoluto respeto a la dignidad y a la intimidad de ésta. La STS de 19 de enero de 1995 estudia el concepto de domicilio en relación con los derechos fundamentales a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. La STS de 30 de abril de 1996 además añade la nota del lugar, entendiéndolo por tal «el local, por precaria y humilde que sea su construcción, en donde la persona vive y se cobija para cumplir con sus obligaciones y con el ejercicio de sus derechos, siendo lo mismo que sea habitual, accidental o transitorio, sin llevar consigo necesariamente ni la propiedad ni la posesión arrendaticia».

Así la jurisprudencia no ha considerado como domicilio:

Los locales comerciales o de esparcimiento: STS de 7 de abril de 1995.

El trastero y plazas de garaje: STS de 4 de abril y de 30 de junio de 1995.

Las oficinas de una empresa: STS de 20 de diciembre de 1994.

Bares, cafeterías y «pubs»: STS de 15 de octubre de 1994 y 4 de abril de 1995.

Ascensores y elementos comunes de un edificio: STS de 30 de abril de 1996.

Las casas abandonadas: STS de 31 de enero de 1995.

Las cocheras y almacenes: STS de 27 de abril de 1995.

La celda de un preso: STS de 11 de octubre de 1994 y 24 de noviembre de 1995.

Los camiones que tienen un receptáculo para dormir: STS de 20 de septiembre de 1994.

Las literas de un tren: STS de 28 de diciembre de 1994 y ATS de 24 de enero de 1996.

Las naves ganaderas: STS de 15 de julio de 1994.

Por el contrario se considera domicilio:

Las habitaciones de hoteles y pensiones: STS de 4 de abril de 1995.

Las «roulottes» y las tiendas de campaña donde se desarrolla la vida privada de sus moradores: STS de 15 de noviembre de 1995 y 8 de julio de 1994.

Las chabolas: STS de 10 de junio de 1995.

Respecto de los vehículos de motor hoy en día existen dos tesis contradictorias. De una parte es clara la doctrina jurisprudencial, hasta el año 1993, que establece como regla general que el automóvil no se considera domicilio y por ello el registro que se efectúa no necesita autorización judicial. Pero la STC de 25 de octubre de 1993 establece un cambio de criterio en la doctrina anterior, exigiendo que los agentes de la autoridad sólo podrán proceder directamente al registro del vehículo por razones de urgencia o motivos de necesidad, de manera que al margen de esos supuestos, será necesario acudir al Juez de instrucción para que dicte el correspondiente auto de registro, debiendo acudir al acto los imputados y sus Letrados. Esta última doctrina ha sido aceptada por el TS en sentencias de 21 de abril de 1995 y 1 de abril de 1996, aunque las Sentencias de 24 de enero de 1995, 6 de febrero de 1996 y 30 de septiembre de 1996 vuelven a la doctrina tradicional, por lo tanto habrá que esperar para ver si en el futuro será preceptivo o no el mandamiento judicial para registrar un automóvil, debiendo de interpretarse los términos «urgencia o necesidad» de acuerdo con cada situación en concreto. Sobre registro en los bajos de un automóvil STS de 18 de octubre de 1996.

2. Modos de entrada.

La inviolabilidad del domicilio se desprende del art. 18.2 de la CE y de las excepciones que efectúa el precepto, se podrían clasificar los tipos de entrada en voluntaria, necesaria y legal.

A) *Entrada voluntaria*: Es aquella que se produce con el consentimiento del titular de la vivienda. Así, el TS mantiene una interpretación restrictiva sobre las circunstancias que concurren en la concesión del consentimiento, que debe de ser libre o presunto, y que tal como determina la STS de 9 de noviembre de 1994, se ha de entender por válido el prestado por una persona mayor de edad y capaz, de forma que sólo puede entenderse nulo si concurre alguna de las causas que lo invalidan, tales como

el error esencial, violencia o intimidación (STS de 18 de febrero de 1994), debiendo de ser prestado por aquél que ostenta la titularidad del derecho, esto es, el morador. «Consentir» —dice la STS de 1 de abril de 1996— es acceder de forma inequívoca, prestar la conformidad o tolerar un acto que afecta al interesado. El consentimiento presunto gira en torno al axioma de «quien calló cuando debía hablar, y lo advirtió, parece que consiente» (STS de 24 de enero y 3 de marzo de 1995). Esta diligencia —dice la STS de 28 de noviembre de 1994— no precisa de la presencia del Secretario, pues ni los Agentes actúan por orden o delegación del Juez ni tal diligencia tiene los efectos probatorios propios de las practicadas dentro del proceso, entrando a formar parte del atestado, debiendo probarse en consecuencia en el plenario a través de la declaración testifical de los policías actuantes. En el supuesto de que el titular del domicilio se encuentre detenido, deberá ser asesorado por Letrado antes de prestar su consentimiento para que se lleve a cabo el registro, pues de lo contrario entrarían en juego los efectos del art. 11.1 de la LOPJ por vulneración constitucional (STS de 8 de julio de 1994). La STS de 20 de noviembre de 1996 declara ilícita la entrada en domicilio cuando el titular se hallaba detenido, sin que al firmar la autorización hubiera sido asistido por Letrado alguno, practicándose por tanto la diligencia sin la presencia del acusado, ya que «la asistencia letrada al detenido es requisito indispensable e insubsanable para la práctica de aquellas diligencias que supongan o puedan suponer conculcación de los derechos fundamentales, teniendo sin duda tal carácter la inviolabilidad del domicilio que proclama la Constitución española». Es válido el consentimiento cuando se otorga a los funcionarios policiales de forma expresa y por escrito, se reconoce en el Juzgado y en el acto del juicio oral (STS de 18 de enero de 1995).

B) *Entrada necesaria*: Ver STC de 18 de noviembre de 1993, que declaró inconstitucional el art. 21.2 de la LO 1/1992, sobre Protección de Seguridad Ciudadana. Aunque no exista una definición legal del delito flagrante, a éste se refiere la Constitución en los arts. 18.2 y 71.2, así como diversos preceptos de la LECrim, ello al margen de la desaparición del concepto de flagrancia que realizó la LO 7/1988 y que recogía el art. 779 de la LECrim. Decía este artículo: se considera delito flagrante «el que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos». Continuaba diciendo que se entenderá «sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan» y finalizaba considerando delincuente *infraganti* aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él. Pues bien, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que ese concepto recogido en el artículo reseñado sigue siendo aplicable actualmente (STS de 2 de julio de 1993, 28 de enero de 1994 y 1 de abril de 1996). No existió flagrancia —dice la STS de 11 de julio de 1996— cuando funcionarios policiales tras percibir un fuerte olor a hachís que salía de un lugar destinado a reuniones, debido a que en su interior se estaba consumiendo esta sustancia, entraron en el mismo, lo registraron e intervinieron la sustancia estupefaciente a los ocupantes, por lo que la entrada fue ilícita, ya que no se pudo percibir la comisión de un delito puesto que el consumo compartido de drogas en lugar cerrado es penalmente atípico. A su vez el TS establece una serie de requisitos: a) *inmediatez temporal*: la acción delictiva se está desarrollando o

se acaba de ejecutar; b) inmediatez personal: el delincuente se encuentra en el lugar del hecho en situación de relación con el delito-objeto, instrumentos, o efectos que constituyan evidencia directa de su participación; c) una percepción directa y efectiva por parte de los agentes actuantes, que motive una urgente necesidad de intervención para evitar la consumación del delito, o la desaparición de los efectos y huellas del mismo (STS de 22 de julio de 1994 y 9 de febrero de 1995). Así la Sala Segunda del TS ha estimado la existencia de delito flagrante en los siguientes casos:

Cuando la droga que se interviene se tira a la calle desde el inmueble y es recogida por uno de los policías que se había quedado en actitud de vigilancia (STS de 4 de marzo de 1994).

Cuando el imputado al advertir la presencia de la Policía Nacional arroja al patio vecino un bote (STS de 4 de febrero de 1994).

El vulgar acto del «trapicheo», es decir, cuando los agentes intervinientes ven al detenido entregar a dos personas no identificadas unas papelinas a cambio de dinero (STS de 28 de enero de 1994).

Cuando el detenido manifiesta a la autoridad interviniente que la droga se encuentra en un automóvil en un garaje cerrado (STS de 22 de noviembre de 1994).

Cuando la policía, investigando un delito de receptación, llaman a la puerta de un domicilio y quien abre pregunta: «¿caballo o base?» mientras el policía ve en el interior unas papelinas en un monedero (STS de 3 de octubre de 1994).

Cuando la policía evidencia desde una ventana abierta la confección y venta de papelinas (STS de 5 de diciembre de 1994).

C) *Entrada legal*: Es aquella entrada ordenada por el Juez de instrucción competente mediante auto motivado en cumplimiento de la más estricta legalidad y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y necesidad. La STS de 26 de enero de 1996 dice que respecto a la proporcionalidad, ésta «no es otra cosa que el resultado de la ponderación de los intereses en juego; por un lado la necesidad de perseguir los delitos y averiguar sus autores y circunstancias, y por otro el respeto del correspondiente derecho fundamental, siendo el delito de tráfico de drogas de tal importancia en la sociedad en la que vivimos, que justifica sobradamente el que se autorice una medida de autorización limitadora de este derecho a la inviolabilidad del domicilio». También afirma que el requisito de la necesidad se revela como imprescindible en muchos casos para la averiguación de esta clase de delitos. Sobre errores materiales en la redacción del auto, STS de 11 de marzo y 23 de octubre de 1996.

D) *Situaciones excepcionales*: Nota común a estas acciones es que se puede efectuar la entrada y el registro sin necesidad del auto dictado por el Juez instructor en los siguientes supuestos: a) los casos que establece el art. 55 CE; b) el recogido en el art. 553 de la LECrim, en relación con los delitos de terrorismo y bandas armadas; c) los supuestos establecidos en la Ley de Seguridad Ciudadana, que recibieron su sanción legislativa en el art. 87.2 de la LOPJ; d) en los casos de solicitud de licencia de determinados edificios que establecen los arts. 548, 555 y 559 a 562 de la LECrim.

3. El registro domiciliario.

Una vez que se ha producido la entrada en el domicilio se ha de practicar la diligencia de registro como medio de aseguramiento de la prueba y en concreto desde la perspectiva de la prueba sumarial anticipada. El registro que regula el art. 569 de la LECrim ha dado lugar a copiosas resoluciones judiciales sobre su interpretación, siendo la idea fundamental la de dotar a esta diligencia de las mayores garantías de legalidad constitucional y ordinaria. A continuación analizaremos algunas cuestiones que se han suscitado en la práctica de los registros domiciliarios.

A) *Asistencia de Letrado.*

Es doctrina pacífica y constante la que manifiesta que la presencia del Letrado del titular del domicilio no es necesaria, por lo que su no comparecencia no viola precepto constitucional alguno ni determina la nulidad de la prueba. Así la STS de 15 de diciembre de 1995 establece «que el art. 17.3. de la CE garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la Ley establezca, y la redacción del art. 520 de la LECrim señala como preceptiva la presencia de Letrado del detenido o preso en las declaraciones que haya de prestar y para los reconocimientos de identidad de que sea objeto, pero estos preceptos no se pueden interpretar en el sentido de que la presencia y asistencia de Letrado haya de darse en todas las diligencias de instrucción». Otras sentencias: STS de 8 de junio de 1993, 7 de diciembre de 1994 y 22 de marzo de 1996.

B) *Asistencia del titular.*

El art. 569 de la LECrim exige la presencia del titular de la vivienda o su representante, y si aquél no fuera localizado, no quisiera estar presente o no nombre representante, se efectuará a presencia de un familiar mayor de edad. En su defecto se practicará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo. La interpretación que la jurisprudencia ha dado a este precepto ha sido unánime, al exigir la presencia del interesado (o personas delegadas) en el registro, como un requisito básico, de manera que su ausencia no puede ser sustituida por ningún otro formalismo. Ver STS de 7 de diciembre de 1994, 30 de mayo de 1995 y 20 de septiembre de 1996. El incumplimiento de este requisito del precepto mencionado —afirma la STS de 15 de diciembre de 1995— supone una lesión a la esencia de la diligencia porque repercute en sus propias entrañas, quebrando su legitimidad, lo que la convierte en nula de pleno derecho al faltar un requisito esencial a la legalidad ordinaria que afecta al derecho de defensa y conlleva la aplicación del art. 11.1 de la LOPJ. La falta de notificación al interesado no produce merma en las garantías procesales (STS de 9 de marzo de 1995 y 20 de mayo de 1996).

C) *Asistencia del Secretario.*

Con anterioridad a la reforma del art. 569 de la LECrim mediante la LO 10/1992, la jurisprudencia de manera unánime exigía la presencia del Secretario judicial en la diligencia de registro. Pero a partir de la entrada en vigor de la citada Ley, se autoriza la delegación del Secretario en un funcionario de la Policía judicial o en

otro funcionario público para que asista al registro, extienda y firme, dando fe el acta correspondiente. Ello supuso el origen de una jurisprudencia inestable que optaba por tres vías diferentes: a) la no asistencia del Secretario vulneraba un derecho fundamental de la persona, y el registro realizado sin el fedatario judicial debía de considerarse como una prueba ilícitamente obtenida; b) tal inasistencia generaba un acto nulo de pleno Derecho, sin perjuicio de que las pruebas se obtuviesen por otros medios legalmente establecidos; c) la práctica de la diligencia sin el Secretario era un acto irregular que podía ser corregido por otros medios. Tres años después, la Ley 22/1995 vuelve a modificar el precitado artículo exigiendo de nuevo la personación del Secretario en el registro. Por tanto ha de aplicarse la jurisprudencia anterior a 1992, que es la misma que recogen las Sentencias que se han dictado desde el mes de julio de 1995 y que en síntesis optan por la postura más equilibrada y completa, de manera que hoy en día se entiende que la no presencia del fedatario judicial convierte a la diligencia en un acto nulo de pleno derecho, sin perjuicio de que las pruebas puedan ser obtenidas por otros medios (STS de 13 de noviembre de 1995 y 11 de septiembre de 1996).

III. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS (VER AUTO TS DE 18 DE JUNIO DE 1992)

1. Introducción.

Entre los derechos y libertades que protege la Constitución se encuentra el derecho a la intimidad personal, siendo complemento de la misma el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (art. 18 CE). Este principio también se recoge en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 8 del Convenio Europeo y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La doctrina ha establecido que los tres supuestos constitucionales enumerados (postales, telegráficas o telefónicas), no forman un «*numerus clausus*», sino que por el contrario ha de estarse a los avances que realicen las tecnologías de la telecomunicación, por lo que se ha de entender que el precepto constitucional también ampara el «télex», «fax», «internet» o comunicaciones por vía satélite. Precisamente se trata de garantizar la intimidad de los usuarios de la telefonía y otros medios de comunicación, tal y como dice la STS de 18 de diciembre de 1995 al manifestar que «el despojo injustificado y sin garantías legales de la privacidad de las conversaciones telefónicas convierte al ciudadano en un ser frágil y desamparado, expuesto a la curiosidad pública y sometido a medidas lesivas para la integridad de sus derechos fundamentales..., por lo que la invasión de la intimidad ha de estar orientada exclusivamente a los fines específicos previstos por la Ley y que no son otros que la investigación de los delitos que por su gravedad inciden de modo sensible sobre la convivencia pública». Su regulación legal se centra en los números 2 y 3 del art. 579 de la LECrim, a los que se contraponen como excepción el número 4 de dicho precepto, así como el contemplado en el art. 18 de la LO 4/1981, sobre estados de excepción o sitio. Su protección civil se regula en la LO 1/1982, de Protección de Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, y la penal en los arts. 197, 198 y 536 del Código Penal, además de la vía establecida en la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Aunque no sea una prueba

que se encuentre totalmente perfeccionada, constituye un medio idóneo de investigación como prueba indirecta, siempre que las grabaciones sean llevadas a juicio oral, debidamente cotejado su contenido por la fe pública judicial y dándose a las partes el derecho de oír su reproducción. Han de ser —dice la STS de 1 de diciembre de 1992— cintas entregadas al Juzgado, realizadas previa autorización judicial y con transcripción literal.

2. Requisitos.

La escueta redacción del art. 579 de la LECrim ha motivado que haya sido la jurisprudencia la que a través de las resoluciones de la Sala Segunda, haya desarrollado los requisitos necesarios para la validez de la interceptación de las comunicaciones. De esta manera se ha construido una doctrina pacífica que gira en torno a unos requisitos que se derivan de la legalidad constitucional, y otros que se encuadran dentro de la legalidad ordinaria. Entre aquéllos —dice la STS de 9 de abril de 1997— se encuentran los siguientes: a) la proporcionalidad de la medida en cuanto sólo los delitos graves pueden dar lugar a una intervención telefónica (STC de 17 de enero de 1994); b) la motivación de la autorización, ya que es preciso encontrar una causa suficientemente explicada que haga comprender al titular del derecho limitado, las razones por las que ese sacrificio necesario se consume (STC de 14 de mayo de 1987); c) la especialidad de la materia a investigar, debiendo precisarse el tipo delictivo que se está investigando y que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación sino por adición; d) la previa existencia de indicios delictivos, no equivalentes a las meras sospechas o conjeturas; e) la necesidad de la medida, a la que sólo cabe acudir si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, pues si los datos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención (STC de 31 de enero de 1985).

Además de los requisitos enumerados sobre la legalidad constitucional, han de sumarse los que se refieren a la legalidad ordinaria y que provocan la exigencia de un mayor número de formalidades. Unos y otros se recogen módicamente en la STS de 12 de enero de 1995, al decir que deben de concurrir para la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas: a) la exclusividad jurisdiccional de las intervenciones en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas; b) la finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer existencia de delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo (STS de 12 de septiembre de 1994); c) la excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daño sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones (ATS de 18 de junio de 1992); d) la proporcionalidad de la medida que sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurren y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida (STS de 20 de mayo de 1994); e) la limitación temporal de la utilización de la medida interceptora de las comunicaciones telefónicas, fijando la LECrim períodos trimestrales prorrogables

para la observación de las comunicaciones individuales, pero sin poder prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal (STS de 9 de mayo de 1994); f) la especialidad del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (auto de 18 de junio de 1992 y STS de 20 de mayo de 1994); g) la medida, además, recaerá únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales (STS de 25 de junio de 1993); h) la existencia previa de procedimiento de investigación penal, aunque cabe sea la intervención de las telecomunicaciones las que pongan en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación y correspondiente anotación de ese procedimiento (STS de 25 de junio de 1993 y 24 de marzo de 1994); i) la existencia previa imprescindible de indicios de la comisión de delito, y no de meras sospechas y conjeturas, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia, así como llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilite la policía, con la pertinente ampliación de los mismos que el Juez estimase conveniente (STS de 18 de abril de 1994); j) la exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención, control que, como el afectado por ello desconocerá, por razones obvias, su adopción, ha de ser riguroso en grado sumo (STS de 18 de abril de 1994); k) que la resolución judicial acordando la intervención se halle suficientemente motivada, riguroso requisito para el sacrificio y derogación en casos concretos de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y cuya importancia exige del Juez una explicación razonable y razonada de acuerdo con la Ley y los principios constitucionales y en la cual encontrará lugar la explicitación de los indicios sobre cuya base la medida se adopte (STS de 18 de abril, 19 y 20 de mayo y 12 de septiembre de 1994 y auto de 18 de junio de 1992). Y además, añade la sentencia, que para que sean una prueba lícita las grabaciones es necesario que se produzca «la entrega al órgano jurisdiccional de los soportes originales donde consten las conversaciones detectadas, sin consentirse la previa manipulación y selección de su contenido por la policía, el conocimiento por el Juez de ese contenido, su conservación y el respeto del mismo contenido, así como la posibilidad de su audición con audiencia de las partes interesadas (STS de 25 de marzo de 1994).

A) *Sobre ausencia de motivación del auto.* Partiendo de la base de que bajo ningún concepto se admitirá la intervención telefónica por medio de providencia, no tienen valor probatorio las intervenciones acordadas en un auto impreso con una fórmula no individualizada..., sin que tampoco en la solicitud de la policía se hiciese constar el delito (STS de 12 de enero de 1995). Se admite en cambio la remisión al oficio policial como complemento de la motivación del auto (STS de 4 de marzo de 1993), bastando asumir, en la resolución, la solicitud policial por la que se pide la intervención telefónica, adecuadamente transcrita en la misma, para estimar debidamente ampliada las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria (STS de 31 de enero de 1997). También la prórroga deberá siempre revestir la forma de auto (STS de 2 de abril de 1996).

B) *Sobre la proporcionalidad y especialidad de la medida.* La STS de 1 de junio de 1995 dice que sólo los delitos graves pueden dar lugar a la intervención y únicamente durante el tiempo indispensable, debiendo existir una «proporcionalidad entre la res-

tricción del derecho y la gravedad del hecho a investigar» (STS de 11 de diciembre de 1995), significándose que los delitos de tráfico de drogas tienen una gravedad y trascendencia social que puede —a veces— minusvalorar el principio de proporcionalidad. «Proporcionalidad» no se debe de circunscribir a la pena del delito que se trate de averiguar, sino asimismo a la trascendencia social de la infracción (STS de 17 de diciembre de 1996), y este principio «no solamente se dirige al legislador —analiza la STS de 1 de diciembre de 1997—, sino también al interprete de la Ley, dado que se deriva del valor de justicia establecido en el art. 1 CE como valor superior del ordenamiento jurídico y obliga, por lo tanto, a todos los poderes públicos». Además se ha de producir la especialidad del hecho delictivo investigado, pues no se puede decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera genérica e indiscriminada actos delictivos (STS de 12 de enero de 1995). Se admite por el TS en aquellos actos de investigación de los delitos graves y menos graves, debiendo concurrir en estos últimos cierta trascendencia social.

C) *Sobre la existencia de indicios delictivos*. El auto del TS de 18 de junio de 1992 dice que los indicios racionales de criminalidad son indicaciones o señas que, apreciados judicialmente, permiten descubrir o atisbar, sin la seguridad de la plenitud probatoria, pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho objeto de investigación a través de la interceptación telefónica, siendo obligación del Juez exteriorizar cuál es el indicio o los indicios, porque, si no lo hace, de nada valdría la exigencia legal de su existencia, que ha de producirse antes de la decisión y no después. Desde el punto de vista procesal, la autorización se ha de conceder dentro de alguno de los procesos de investigación que recoge la LECrim. En el supuesto que se autorizase en «diligencias indeterminadas», el TS sostiene que con independencia de la conveniencia de corregir tal irregularidad procesal, desde el punto de vista legal y constitucional, el secreto de las comunicaciones únicamente puede alzarse por auto, de tal modo que la irregularidad que supone incoar diligencias indeterminadas, no puede determinar la nulidad de la intervención, pues en último término se trata de una causa judicial (STS de 26 de septiembre de 1995 y 28 de marzo de 1996).

3. Control judicial.

Precisamente, esa vulneración del respeto al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, debe de contar con unas garantías legales que determinen durante «el control telefónico» la mínima ingerencia en la vida privada de las personas usuarias de esa línea de teléfono y que en definitiva conforman los requisitos de legalidad ordinaria, de tal manera que no se agota la cobertura judicial en la redacción del auto que autoriza la intervención, ya que debe prolongarse y mantenerse durante todo el tiempo que dura la medida, debiendo de concurrir además las siguientes notas: a) resolución judicial autorizante en forma de auto; b) que se señale el tiempo por el que se autoriza la intervención; c) que se designen los funcionarios de la policía judicial a los que encomienda la practica de las escuchas; d) que se señale un plazo en el que se debe dar cuenta de la marcha de las investigaciones realizadas; e) que las cintas originales se entreguen en el Juzgado; f) que por el secretario judicial se realice la transcripción literal, para lo que deberá convocar a las partes personadas por si quieren asistir a la transcripción y hacer las observaciones oportunas; g) que las cintas originales se conserven a disposición de la Sala sentenciadora por

si se requiere su audición en las sesiones del juicio oral (STS de 12 de abril de 1997). El TS en su sentencia de 1 de marzo de 1996 pone como ejemplo modélico la intervención decretada por un Juez de instrucción al manifestar «que pocas veces ha visto esta Sala de casación una intervención telefónica tan escrupulosa en su acuerdo, seguimiento y valoración como en este caso y es justo reconocerlo así». Sobre el seguimiento de la medida, resulta totalmente aleatorio autorizar una prórroga sin conocer el contenido de las conversaciones grabadas durante el primer período y sin asegurarse de que es necesaria y adecuada la continuación por otro período de tiempo semejante (STS 18 de abril de 1997).

IV. APERTURA DE PAQUETES POSTALES

El avance jurisprudencial —en desarrollo del art. 18 de la CE— de esta diligencia de investigación viene condicionado por la STS de 25 de junio de 1993, que exigió para la apertura de los paquetes postales idénticos requisitos legales que los requeridos para la apertura de la correspondencia directa y personal, entendiendo así preceptivo el mandamiento judicial, de conformidad con lo preceptuado en los arts. 579 a 586 de la LECrim, precisamente porque «pueden ser portadores de mensajes personales de índole confidencial». Antes de dicha resolución el criterio jurisprudencial era distinto, ya que al considerarse el paquete postal como un mero envío de mercancía, su apertura no necesitaba de intervención legal alguna, practicándose de acuerdo con la legislación de aduanas y correos. Pues bien, desde la sentencia citada se produjeron resoluciones favorables a la misma, mientras otras continuaban aplicando el criterio original. Por ello, el día 4 de abril de 1995 se reunió el Pleno de la Sala Segunda del TS que por amplia mayoría aceptó las tesis expuestas en la precitada STS de 25 de junio de 1993 y que en síntesis expone, como unificación de doctrina, que los paquetes postales gozan de las mismas garantías que la correspondencia y, en consecuencia: a) la correspondencia postal se ha de entender referida a todos aquellos envíos que pueden hacerse a través del servicio postal de correos y, por extensión, a través de las entidades privadas que ofrezcan análogos servicios; b) esta medida queda bajo la tutela de la autoridad judicial, quien adoptará la decisión que corresponda en resolución motivada en correlación con los principios de necesidad y de proporcionalidad; c) deberá de remitirse el paquete postal intervenido de forma inmediata al Juez instructor de la causa, quien procederá a su apertura a presencia del interesado o de la persona a quien se designe, salvo que no hiciere uso de este derecho o estuviese en rebeldía; d) en cambio, no es necesario mandamiento judicial en el supuesto de envíos postales sobre objetos abiertos y aquellos paquetes que ostenten etiqueta verde o equivalente modelo C-1 (llevan impreso las palabras «abrirse de oficio»), cuya apertura está autorizada para que se practique por los servicios de control aduanero en cumplimiento del Convenio sobre paquetes postales de 14 de diciembre de 1989, renunciando así, tanto remitente como destinatario, al derecho del secreto sobre el contenido del envío postal. El argumento *a posteriori* de que el paquete no contenía nada íntimo carece de validez, pues la protección constitucional se hace para proteger envíos que, por su naturaleza, pueden contener noticias u objetos relativos a la intimidad de la persona, aunque luego nada haya de tal naturaleza en el interior del paquete (STS de 20 de marzo de 1996).

Posteriormente surgieron nuevas discrepancias sobre la presencia del destinatario en la apertura y las entregas vigiladas de droga realizadas al amparo del art. 263 bis de la LECrim, lo que provocó una nueva reunión del Pleno de la Sala de lo Penal que se celebró el día 17 de enero de 1996, en la que se adoptaron los siguientes acuerdos: a) el derecho fundamental se viola cuando se abre el paquete postal sin 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 arts. 584 y 55 de la LECrim; b) en el supuesto de utilización del art. 263 bis LECrim (entrega vigilada de drogas) —que significaría la sustitución de la droga por otra sustancia no tóxica sin que de ello tuviese conocimiento el interesado, y por tanto sin concurrir a la diligencia de apertura— no es aplicable a los casos de los paquetes postales, pues en estos siempre figura quien 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 como finalidad «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, es necesaria la autorización judicial y la presencia del interesado en la apertura del paquete también en los casos de utilización del art. 263 bis LECrim (STS de 8 de junio de 1994, 13 de marzo de 1995 y 20 de marzo de 1996), siendo esta última resolución la que motivó el Pleno de la Sala referido; en el mismo sentido (STS de 23 de mayo de 1996), ya que esa diligencia no es necesaria para descubrir a los traficantes.

Así, la falta de citación de la persona destinataria, cuando era posible al ser conocida, determina que la prueba objetiva de cargo se haya obtenido ilícitamente, y en consecuencia no puede ser valorada (STS de 7 de abril de 1997).

En cambio —dice la STS de 14 de abril de 1997— no es exigible la presencia del destinatario en la diligencia de apertura, en aplicación analógica del art. 585 LECrim, que dispensa de tal presencia en caso de rebeldía, cuando el destinatario ya no residía en el chalet al que iba remitido el paquete y se desconocían las señas de otro domicilio.

No supone «apertura del paquete» la pequeña incisión con un taladro que se efectúe en un paquete de madera «porque ni el interior ha quedado al descubierto, ni permite siquiera su conocimiento, porque la pequeña incisión tuvo lugar sobre el continente... y no sobre el específico contenido, habida cuenta que se realizó en el doble fondo o espacio de las tablas componentes de la caja de madera ... y es entre éstas donde se halló la cocaína» (STS de 5 de febrero de 1997).

Carece de fundamento y es lo cierto que en modo alguno —relata la STS de 24 de enero de 1996— «ni siquiera por analogía, puede aplicarse la tutela del art. 13.3 CE a una maleta o bolsa de viaje destinadas a transportar mercancía varia o efectos de uso personal en los departamentos de literas de un tren», constituyendo las bolsas registradas simples objetos de la investigación perteneciente a la fase policial, por lo que formarán parte del atestado con la fuerza probatoria de dichas diligencias.