

RESUMEN

Desestimando el recurso de casación interpuesto por dos de los acusados, la Sala acoge parcialmente los formulados por los otros dos imputados, todos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto el subtipo agravado de pertenencia a una organización, pues no todo delito cometido en concurso de personas, en el que cada uno de los concurrentes realiza, de acuerdo con una decisión común, parte de las acciones requeridas para la ejecución del hecho punible, constituye un supuesto de organización.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Sevilla, instruyó Sumario con el número 1 de 1999, contra José, Fermín, Bartolomé, Juan Enrique, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya Sección Séptima, con fecha 22 de julio de 2004, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

Hechos Probados:

Primero.- El día siete de abril de 1999 Miembros de la Guardia Civil intervinieron al acusado José, ya reseñado, un paquete postal con etiqueta verde, que decía contener un equipo de música, procedente de Caracas (Venezuela), en el momento en el que lo recibió en su domicilio, sito en el núm.000 de la CALLE000 de la localidad de La Algaba. Dicho paquete contenía en el interior del equipo de música un total de 4.998 gramos de cocaína con una pureza del 87'28%, valorada en 59.976.000 pesetas.

Segundo.- El día 16 de abril de 1999, en la Aduana de la Estafeta de Correos de la Estación de Ferrocarril de Chamartín de Madrid, miembros de la Guardia Civil pertenecientes al Grupo de Investigación Fiscal y Antidroga y Aeroportuario (GIFA, en adelante) detectaron por Rayos X que dos paquetes, que contenían sendos equipos de Música, tenía doble fondo en los que se apreciaba una sustancia de color diferente al resto de su contenido. Estos dos paquetes iban dirigidos a Juan Enrique, BARRIADA000 núm.001, piso núm.002núm.003 de la localidad de la Rinconada (Sevilla).

El citado Grupo de la Guardia Civil solicitó al Juzgado de Instrucción de Madrid autorización de recogida y de entrega controlada de dichos paquetes por miembros del Grupo, solicitud que fue denegada por el Juzgado de Instrucción núm. 13 de los de Madrid por auto de ese mismo día 16 de abril por entender el Sr. Juez que el Juzgado competente era el del lugar al que va dirigido el paquete, es decir los Juzgados de Sevilla. La Solicitud se reiteró a los Juzgados de Sevilla el día veintisiete de abril de ese año 1999, y el Juzgado de Instrucción núm. dos de esta Ciudad denegó la autorización, por entender que el Juzgado Competente era el de Madrid.

Los referidos paquetes el tres de mayo de 1999 fueron trasladados por carretera de Madrid a Cádiz en el camión matrícula M-...-R de la empresa Cesáreo Martín, conducido por José Luis, no constanding autorización judicial alguna para realizar dicho traslado.

Por auto de cuatro de mayo de 1999 el Juez del Juzgado de instrucción núm. 7 de Cádiz autoriza a miembros del Grupo GIFA (folio 252) la recogida de los mencionados paquetes depositados en el edificio de Correos de la Zona Franca de Cádiz para transportarlos a la Rinconada y entregarlos a su destinatario. Dichos paquetes iban destinados a Juan Enrique, vecino de la Rinconada, BARRIADA000 núm.001, núm.002, mismo domicilio que el de Juan Enrique. El día 8 de mayo de 1999 Juan Enrique solicitó que se le entregaran esos paquetes, pero no se realizó la entrega por no llevar en ese momento el D.N.I.; el día 10 de ese mes y año los recogió a pesar que el Funcionario de Correos le dijo que el destinatario era Carlos Jesús, que no Juan Enrique. La apertura de esos paquetes se realizó por el Sr. Juez de instrucción núm. dos de Sevilla, asistido del Secretario y en presencia de Juan Enrique asistido por el letrado Antonio Alba Mendaro (folio 274). Contenían cocaína con un peso de 5.517 gramos con una pureza media del 82,83%, valorada en 66.204.000 pesetas.

El 28 de abril de 1999 el acusado Alejandro en la Algaba rechaza recoger un paquete de similares características a los anteriores, a pesar de que fue avisado en dos ocasiones de su depósito en la oficina de Correos, aduciendo que no esperaba ningún paquete del extranjero y que el mismo podía contener un

explosivo.

El día cuatro de junio de ese año se solicita la intervención de los teléfonos de los acusados Juan Enrique núm.004, de Juan Pedro (Venta la Pringá) núm.005 y de Bartolomé núm.006. Mediante las escuchas de este último teléfono se obtiene un núm. de teléfono móvil núm.007, usado por Bartolomé, que se interviene por Auto de 15 de junio de 1999.

Aparte de la droga ocupada a José y Juan Enrique, en el transcurso de la investigación se han intervenido otros cinco kilogramos más de dicha sustancia.

Tercero.- Bartolomé a cambio de dinero convenció a José y Juan Enrique- Un millón de pesetas a cada uno- para que facilitaran sus respectivos domicilios para que les fuera enviada droga en los paquetes intervenidos desde Colombia, debiendo de inmediato, una vez recibida la droga, entregarla a las personas que les indicara el primero. Bartolomé mantenía contactos con una red de distribución de droga afincada en Colombia que le facilitaba la droga a cambio de dinero.

La incautación de la droga a José y Juan Enrique en el mes de abril de 1999 implicó que Bartolomé no tenía dinero para financiar nuevas operaciones de tráfico de cocaína. Por ello, contactó con el Fermín que dio a Bartolomé 4 millones de pesetas para financiar una operación de compra de cocaína, que no llegó a realizarse por la actuación policial.

Cuarto.- Inocencio fue condenado como autor de un delito contra la salud pública en sentencia firme el 22 de enero de 1997 y Bartolomé por el mismo delito en sentencia firme el 6 de febrero de 1995 a la pena de dos años y cuatro meses de prisión. Los demás acusados carecen de antecedentes penales.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

Fallo: Condenamos a José y a Juan Enrique como responsables penalmente de un delito contra la salud pública ya definido, en concepto de autores.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por José, Fermín, Bartolomé, Juan Enrique.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

Recurso de José

PRIMERO.- El primer motivo por infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 CE .y de las normas sobre entrega controlada de drogas contenidas en el art. 263 bis 1) LECrim., solicitando la aplicación del art. 11.1 LOPJ, que establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales, por considerar el recurrente que no es lícito el procedimiento de entrega controlada cuando estamos ante paquetes postales con un destinatario, pues al constar su dirección bastaría con un simple dispositivo de seguimiento del paquete hasta llegar al destinatario, es decir en relación a ellos no cabe la finalidad de identificar al destinatario, que persigue la entrega controlada, ya que en los mismos paquetes constan las señas identificativas y el domicilio del destinatario, y en todo caso, al integrar correspondencia los paquetes están sujetos al requisito de la autorización judicial para su interceptación y apertura y al que ésta se verifique en presencia del interesado, lo que impide legalmente el desarrollo de las técnicas de entrega y circulación vigilada.

El motivo debe ser desestimado.

Esta Sala ha dictado numerosas sentencias en las que se distinguía entre paquete y correspondencia a los efectos de atribuir exclusivamente a ésta última el derecho al secreto constitucionalmente proclamado, así como la aplicación de los arts. de la LECrim .que regulan la apertura de la correspondencia (entre otras SS. 10.3.99, 22.10.92, 27.1.94 y 23.2.94), sin embargo, a partir del acuerdo de la Junta General de 9.4.95, se ha seguido el criterio de que los paquetes postales han de ser considerados como correspondencia por la posibilidad de que puedan ser portadores de mensajes o efectos personales de carácter confidencial y, por lo tanto, se encuentran amparados por la garantía del derecho fundamental y por las normas procesales que regulan la apertura de la correspondencia -aún a pesar de lo que pueda desprenderse del art. 20 del Convenio sobre paquetes postales, aprobado el 14.12.89, durante el vigésimo Congreso de la Unión Postal Universal celebrado en Washington (ratificado por España el 1.6.92), cuando afirma la prohibición de "no incluir en los paquetes los documentos que tengan carácter

de correspondencia actual y personal- SSTS. 14.9.2001, 8.3.2000, 14.10.99, 25.1.1999, 13.10.98, 15.4.98, 14.4.97, 5.10.96, 1.12.95).

Ahora bien se excluyen de la salvaguardia de la intervención judicial cuando se trate de los paquetes expedidos bajo "etiqueta verde" (art. 117 Reglamento del Convenio de Washington .que permite la inspección aduanera), o cuando por su tamaño o peso evidencian la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido (SS. 5.2.97, 18.6.97, 7.1.99, 24.5.99, 1.12.2000, 14.9.2001).

En efecto el bien jurídico constitucionalmente protegido es del secreto de las comunicaciones, sin que puedan entenderse amparados por el precepto constitucional los paquetes en cuyo exterior se hace constar su contenido. Así se ha expresado reiterada doctrina de esta Sala como son exponentes las sentencias 404/2004 de 30.3 que declara que el transporte de mercancías no es comunicación postal, como puede deducirse a simple vista, dadas las características del envío, que por su configuración, dimensiones y peso se alejan del concepto de paquete postal, apto para transmitir comunicaciones; STS. 609/2004 de 24.5, que expresa que cuando en su envoltura se hace constar su contenido, ello implica, por parte del remitente, la aceptación de la posibilidad de que sea abierto para el control de lo que efectivamente el mismo contiene, coincidente con la declaración de aduana "C2/P3", lo que es equivalente a etiqueta verde, a que se refiere el Reglamento del Convenio sobre Paquetes Postales, de 14.12.90, en el que se permite su sometimiento al control aduanero; 1104/2005 de 23.9, en su caso en el que aparecía en un su impreso adherido, en un recuadro verde, que su contenido eran "hamacas".

En la misma línea se pronuncia la S. 103/2002 de 28.1, en la que se dice que en la circulación de paquetes en régimen de etiqueta verde, que se caracteriza por contener una expresa declaración del remitente acerca del contenido del paquete, lo que excluye la posibilidad de que contengan mensajes o escritos privados, el envío bajo tal régimen contiene una explícita autorización a los responsables de correos para que procedan a la apertura del paquete en orden a verificar la veracidad del contenido (SSTS. 18.6.97, 26.199, 24.5.99, 26.6.2000).

SEGUNDO.- En el caso sometido a nuestra revisión casacional en el paquete cuyo destinatario era el recurrente José, se constata que en la etiqueta del mismo había un recuadro verde en la que se decía que su contenido era un equipo de música. Ello hace inaplicable la jurisprudencia citada en el recurso, que en relación a los paquetes postales y con base al Pleno de la Sala de 17.196, entendió que no era factible proceder a la entrega vigilada regulada en el art. 263 bis LECrim .; sino que habría de cumplirse para su apertura la presencia del interesado o persona que éste designe, según ordena el art. 584 LECrim .al constar siempre en los paquetes quien es el destinatario, bastando vigilar el curso postal del envío con las debidas precauciones para llegar hasta dicho destinatario.

En efecto, nos encontramos, por una parte, con un paquete postal en régimen de "etiqueta verde" con declaración en el exterior de su contenido, y por lo tanto, no incluido dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad; y por otra queda fuera de toda duda que la apertura del paquete se realizó con cumplimiento, en todo caso, de todas las garantías que la jurisprudencia de esta Sala, acorde con lo que disponen los arts. 579 y ss. LECrim. para la apertura de correspondencia privada.

Así, obra en las actuaciones resolución del Instructor acordando la apertura del paquete y se realizó su apertura (folio 62), por el Juez Instructor, con intervención del Secretario Judicial y asistencia del hoy recurrente, y del letrado que le asistió, y del Ministerio Fiscal, haciéndole referencia como en el interior del equipo de música se observan cinco tabletas de amplio grosor de 20 cms. de largo con 12 cms. de ancho y 5 cms. de grosor de una sustancia que resultó ser cocaína.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por José, por infracción de precepto constitucional y de Ley, y por Juan Enrique, por infracción de precepto constitucional y de Ley, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, de fecha 22 de julio de 2004.