

**DETENCIÓN Y APERTURA DE PAQUETES POSTALES.  
ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA APERTURA DE PAQUETES  
EN EL MARCO DE LAS ENTREGAS VIGILADAS\***

*Jaime Vegas Torres*

*SUMARIO: I. Régimen general y problemas de ilicitud de la detención y apertura de paquetes postales. A) Inclusión de los paquetes postales en el ámbito del secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución. Consideraciones críticas. B) Exclusión de la protección constitucional en caso de paquetes remitidos en régimen de "etiqueta verde". C) Régimen legal de la detención, apertura y examen del contenido de paquetes postales. a) Detención. b) Apertura y examen del contenido del paquete postal. c) Intervención del "interesado" en el acto de apertura y examen del contenido del paquete postal. II. La apertura de paquetes postales en el ámbito de la circulación y entrega vigilada de drogas y sustancias prohibidas. A) Finalidad de esta diligencia. B) La sustitución de la droga por sustancia inocua.*

**I. Régimen general y problemas de ilicitud de la detención y apertura de paquetes postales.**

**A) Inclusión de los paquetes postales en el ámbito del secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución. Consideraciones críticas.**

Tras algunas vacilaciones, la jurisprudencia ha sentado definitivamente el criterio de que los llamados paquetes postales deben considerarse comprendidos, como regla general, en la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones postales<sup>1</sup>.

---

\* Publicado en *Tribunales de Justicia*, núm. 8/9 de 1997, págs. 849-864.

<sup>1</sup> La S. de 20 de marzo de 1996 (R.A. 1986) expone esta doctrina con un esclarecedor estudio de los precedentes jurisprudenciales; cfr. también S. de 14 de noviembre de 1996 (R.A. 8204); S. de 5 de octubre de 1996 (R.A. 7144); S. de 23 de mayo de 1996 (R.A. 4556); S. de 1 de febrero de 1996 (R.A. 807); S. de 22 de diciembre de 1995 (R.A. 9444); S. de 3 de junio de 1995 (R.A. 4533); S. de 23 de marzo de 1995 (R.A. 2323); S. de 15 de marzo de 1995 (R.A. 1884) y S. de 1 de febrero de 1995 (R.A. 717). La inclusión de los paquetes postales en la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones ha sido, además, cuestión debatida en dos reuniones de todos los Magistrados de la Sala Segunda, que cristalizaron en los acuerdos de 4 de abril de 1995 y de 17 de enero de 1996. Ambos acuerdos, en lo que ahora interesa, especifican que "bajo la protección del derecho a la intimidad se encuentran no sólo las cartas -correspondencia epistolar- sino todo género de correspondencia postal, al poder ser portadores de mensajes personales de índole confidencial". La doctrina científica no ha defendido, sin embargo, un concepto tan amplio del secreto de la correspondencia: cfr. JIMENEZ CAMPO, "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, mayo-agosto 1987, págs. 46-48, con interesantes razonamientos en contra de la extensión de la garantía del secreto a todo envío postal, y MARTIN MORALES, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid,

Esta opción jurisprudencial concede a la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones una gran amplitud. Por un lado, incluye en el concepto constitucional de comunicaciones "postales" no sólo los envíos que se realizan a través del servicio público de correos, sino también los que se efectúan por medio de empresas de transporte privadas; por otra parte, no distingue entre los envíos cuyo objeto sea la transmisión de mensajes personales -por escrito o en otro soporte- y los envíos cuyo objeto sea simplemente la remisión de objetos o mercancías.

Cabe preguntarse si esta interpretación no concede a la garantía del secreto de las comunicaciones postales una extensión desmesurada. Es, cuando menos, discutible que el artículo 18.3 de la Constitución, al referirse a las "comunicaciones postales", admita una interpretación tan amplia. El adjetivo "postal" tiene, en nuestra lengua, un significado preciso: "concerniente al ramo de correos"; y "correos", a su vez, es la voz apropiada para designar el "servicio público que tiene por objeto el transporte de la correspondencia oficial y privada"<sup>2</sup>. Para despejar cualquier duda al respecto, las normas jurídicas que disciplinan el servicio de correos lo definen como "servicio público inherente a la soberanía del Estado, que lo rige y administra"<sup>3</sup> y cuidan celosamente de que el término "correos" no se use para designar actividades distintas de las propias de dicho servicio público<sup>4</sup>. De aquí se deduce que difícilmente cabe incluir en el concepto de "postales" las comunicaciones o envíos que se canalizan a través de empresas privadas ajenas al servicio público de correos.

Por otro lado, lo que la Constitución protege son las "comunicaciones" postales y no cualquier clase de envío postal. Y a este respecto, conviene reparar en que las normas que regulan el servicio de correos distinguen nítidamente el ámbito de las comunicaciones personales y el del transporte de mercancías u otros objetos. Y no sólo porque, como se verá más adelante, se regulan separadamente los envíos de "correspondencia" y los de "paquetes" postales, sino porque, además, se establece, como regla general, un monopolio, en favor del servicio público de correos, respecto de los llamados "servicios básicos

---

1995, págs. 53-54; esta última obra, pese a su fecha, no considera la reciente jurisprudencia de la Sala Segunda reseñada al principio de esta nota.

<sup>2</sup> Ambas voces y sus respectivos significados, en el D.R.A.E., 21ª ed., Madrid, 1992.

<sup>3</sup> Art. 1 de la Ordenanza Postal, aprobada por D. de 19 de mayo de 1960 y art. 1 del Reglamento de Correos de 14 de mayo de 1964.

<sup>4</sup> El art. 5 de la Ordenanza Postal de 19 de mayo de 1960 dispone que "la palabra CORREOS no podrá ser utilizada en relación con actividades y bienes que induzcan a confusión con dicho servicio público"; en idénticos términos se expresa el art. 99.3 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

postales", que incluyen "la admisión, clasificación, curso transporte y distribución de cartas y tarjetas postales en todas sus modalidades, así como los servicios de telegramas, télex y giro postal y telegráfico"<sup>5</sup>, es decir, precisamente -con la salvedad de los dos últimos- aquellos servicios cuyo objeto característico es la comunicación personal. Sólo se exceptúan de este monopolio los servicios de mensajería urbana y los servicios rápidos internacionales de recogida, transporte y entrega de cartas y tarjetas postales<sup>6</sup>.

Partiendo de estas disposiciones, se puede establecer una clara distinción entre "comunicaciones" postales -o, excepcionalmente, a través de empresas privadas- y el resto de los servicios que puede prestar el Correo o las empresas privadas de transporte. Las "comunicaciones" se ciñen a las cartas y tarjetas postales, y sólo pueden canalizarse lícitamente a través del servicio público de Correos o, excepcionalmente, y en sus respectivos ámbitos de actuación, a través de las empresas debidamente registradas de mensajería urbana o a través de las empresas administrativamente autorizadas para prestar el servicio de transporte internacional urgente de cartas y tarjetas postales. Fuera de esto no existe "comunicación", sino simple transporte, ya se realice a través del servicio de correos (paquetes postales) o de empresas privadas de transporte de mercancías. La distinción se refuerza, además, con la prohibición de incluir en los paquetes postales "correspondencia actual y personal", prohibición que aparece expresamente formulada en todas las regulaciones internas e internacionales de los servicios de correos.

El concepto de "comunicaciones postales" es, por tanto, un concepto preciso, avalado por una larga tradición, y no existe razón alguna para presumir que cuando fue utilizado por el constituyente en el artículo 18.3 de la Constitución se haya querido dar a dicho concepto un alcance más amplio.

Por otro lado, y en contra de lo que se dice en algunas sentencias, no existe dificultad práctica alguna para distinguir las "comunicaciones postales" de los envíos postales que no tienen ese carácter. Por lo que se refiere a los envíos que se realizan a través del servicio de Correos, la identificación de los

---

<sup>5</sup> Art. 99.3 de la Ley 31/1990 de 27 de diciembre, citada. El art. 10 de la Ordenanza Postal de 19 de mayo de 1960 dice, muy expresivamente, que "el Correo ejerce monopolio para el transporte de cartas y tarjetas postales" y que "como consecuencia, se establece la prohibición general, para personas y empresas extrañas a los servicios del Correo, de transportar cartas y tarjetas postales".

<sup>6</sup> Sobre mensajería urbana, cfr. art. 10.3.a) de la Ordenanza Postal de 19 de mayo de 1960 y Orden del Ministerio del Interior de 19 de abril de 1993, que establece un Registro Público para las empresas que se dediquen a dicha actividad; los servicios rápidos internacionales de recogida, transporte y entrega de cartas y tarjetas postales están regulados por Real Decreto 1145/1992, de 25 de septiembre.

paquetes es sumamente sencilla, atendiendo al franqueo y, muy especialmente, a las etiquetas especiales que identifican esos envíos como paquetes postales. En cuanto a los envíos a través de empresas privadas, bastará con comprobar que se trata de empresas registradas como empresas de mensajería urbana o de empresas autorizadas a prestar el servicio rápido de transporte internacional de cartas y tarjetas postales. Fuera de esos casos, se tratará de empresas ordinarias de transporte cuya actividad, por definición, no puede extenderse a la recogida, transporte y entrega de comunicaciones personales<sup>7</sup>.

En conclusión, podría decirse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha dejado llevar, quizá, de un excesivo entusiasmo garantista al definir el alcance del derecho al secreto de las comunicaciones postales. Ha llevado la garantía, probablemente, mucho más allá de lo que el precepto constitucional exige. Ciertamente, en materia de garantías constitucionales, es preferible siempre un error por exceso que un error por defecto. Pero también de los errores por exceso pueden derivarse no desdeñables perjuicios. En este sentido, producen grave desazón algunos pronunciamientos absolutorios en causas por delitos de tráfico de drogas que no tendrían por qué haberse producido si se hubiera interpretado de manera más razonable lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución<sup>8</sup>.

No obstante lo dicho, lo cierto es que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha decantado por una interpretación muy amplia acerca del alcance de la garantía del secreto de las comunicaciones postales y, en tanto en cuanto no cambie de orientación, conviene examinar cuáles son las consecuencias que deben extraerse de dicha interpretación. Pues bien, la primera y principal consecuencia de este planteamiento jurisprudencial sería que, al

---

<sup>7</sup> Me refiero a algunas declaraciones jurisprudenciales en el sentido de que “la distinción entre correspondencia y paquetes postales puede ser difícil en algunos casos, con disquisiciones y distinciones abocadas al descrédito, a la inseguridad o a la injusticia sobre la base de agravios comparativos nada edificantes en la esfera del Derecho” (cfr. S. de 23 de mayo de 1996 R.A. 4556). Si el Tribunal Supremo hubiera renunciado a utilizar, a todos los efectos, las distinciones recogidas en las reglamentaciones internacionales e internas en materia de envíos postales, tal planteamiento sería, si no muy razonable, sí al menos consecuente. Pero cuando se elabora, como se verá, una doctrina en la que resulta fundamental el dato de que los envíos postales lleven o no una etiqueta verde exigida, en ciertos casos, por dichas reglamentaciones, no se entiende por qué no se aceptan otras distinciones que también podrían hacerse fácilmente partiendo de otras etiquetas exigidas por las mismas normas para ciertos envíos.

<sup>8</sup> Por poner un ejemplo bastante llamativo, citaré el caso de la sentencia de 14 de noviembre de 1996 (R.A. 8204) en la que se aplicó la garantía del secreto a un paquete que pesaba 101 Kg., que había sido remitido desde Perú por vía aérea a través de una empresa privada de transporte (“Servicios y Transportes, S.A. Aeropuerto Jorge Chávez”), y que contenía, aparte de prendas de lana y artesanía en piel, más de cuatro kilos de cocaína. Entender que tal envío entra en el concepto de “comunicación postal” me parece, sinceramente, excesivo.

quedar comprendidos los paquetes en la garantía constitucional de secreto, su apertura con fines de investigación en el marco de actuaciones encaminadas a la averiguación de los delitos y descubrimiento de los delincuentes sólo puede realizarse mediante resolución judicial (art. 18.3 de la Constitución). De acuerdo con la doctrina general que la jurisprudencia viene aplicando a las resoluciones limitativas de derechos fundamentales, la resolución judicial acordando la detención, apertura y examen del contenido de un paquete postal estaría sujeta a las siguientes exigencias:

a) La resolución debe respetar el *principio de proporcionalidad*, lo que implica, en primer término, la necesidad de que existan indicios de delito de suficiente gravedad como para justificar la invasión de un derecho fundamental en orden a lograr su descubrimiento o comprobación (cfr. art. 579.3, que exige, como presupuesto de la observación de las comunicaciones, la existencia de "indicios de responsabilidad criminal"); la de que existan, asimismo, indicios de que mediante la adopción de la medida se pueden descubrir o comprobar hechos relevantes (*idoneidad* de la medida; cfr. art. 579.1 L.e.cr.); y, en fin, que no se puedan obtener los resultados en cuestión por otros medios menos gravosos (*necesidad* de la medida). De la necesaria existencia de indicios de un delito podría deducirse también la exigencia de que la medida se adpote en todo caso previa *apertura formal de una causa criminal* (sumario o diligencias previas).

b) La resolución debe ser *motivada* ("auto motivado" dice, redundantemente, el art. 583 L.e.cr.), aunque es conocida la flexibilidad de la jurisprudencia en este punto.

c) La resolución debe, en fin, identificar con precisión el paquete o los paquetes cuya detención, apertura y examen autoriza, mediante la referencia a las personas a cuyo nombre se hubieren expedido, o por otras circunstancias igualmente concretas (art. 583 L.e.cr.); la determinación puede incluir la referencia a un periodo de tiempo, conforme a lo dispuesto por el art. 579.3, que prevé la observación de las comunicaciones postales "por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos".

En consecuencia, salvo los casos excepcionales que se examinarán a continuación, si la resolución judicial no existe o si, existiendo, no respeta el principio de proporcionalidad, no es motivada o no precisa suficientemente el alcance de la medida, la detención, apertura y examen del contenido de un paquete postal comportaría violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y la consiguiente aplicación del art. 11.1 LOPJ privaría de eficacia a los resultados eventualmente incriminatorios de la diligencia<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre la exigencia de resolución judicial y la necesaria proporcionalidad puede verse S. de 12 de abril de 1996 (R.A. 2902). La S. de 15 de marzo de 1995 (R.A. 1884) también declaró aplicable el artículo 11.1 LOPJ a una diligencia de entrega vigilada por haberse abierto el

**B) Exclusión de la protección constitucional en caso de paquetes remitidos en régimen de "etiqueta verde".**

Con apoyo en lo dispuesto por el art. 31 del Reglamento del Servicio Público de Correos de 14 de mayo de 1964, el Tribunal Supremo ha considerado, sin embargo, que no quedan amparados por la garantía constitucional de secreto los paquetes "que fueren abiertos u ostentaren etiqueta verde y en general aquellos cuyo simple examen exterior permita deducir con exactitud la naturaleza de la mercancía que contienen"<sup>10</sup>. El fundamento de esta excepción se encontraría en la consideración que que, concurriendo tales circunstancias, puede considerarse que el remitente acepta que el contenido del paquete sea conocido por cualquiera (caso del paquete abierto o del paquete cuyo contenido puede apreciarse por el simple examen exterior) o que el paquete sea abierto por las autoridades para el control de su contenido (caso de la "etiqueta verde"), lo que implica inequívoca renuncia a hacer valer el derecho al secreto de las comunicaciones<sup>11</sup>.

La excepción respecto de los paquetes abiertos y respecto de aquellos cuyo contenido puede conocerse con precisión por el simple examen exterior se explica por sí sola y no requiere mayores comentarios. Más problemática resulta, sin embargo, la cuestión de la "etiqueta verde". Teme quien esto escribe que el Tribunal Supremo se ha adentrado en los pantanosos terrenos de la compleja regulación del servicio de Correos y que lo ha hecho de manera

---

paquete previamente sin autorización judicial. Otro caso parecido, en S. de 13 de marzo de 1995 (R.A. 1838).

<sup>10</sup> La S. de 5 de octubre de 1996 (R.A. 7144) afirma que "el reconocimiento de los envíos postales puede efectuarse de oficio, y sin formalidades especiales, sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde"; en el mismo sentido, S. de 14 de noviembre de 1996 (R.A. 8204); S. de 23 de mayo de 1996 (R.A. 4556); S. de 20 de marzo de 1996 (R.A. 1986); S. de 1 de febrero de 1996 (R.A. 807); S. de 10 de noviembre de 1995 (R.A. 8307); S. de 13 de julio de 1995 (R.A. 5550); S. de 6 de abril de 1995 (R.A. 2824); S. de 23 de marzo de 1995 (R.A. 2323). Los acuerdos de 4 de abril de 1995 y 17 de enero de 1996 expresan el parecer mayoritario de los Magistrados de la Sala Segunda en el sentido de que "el reconocimiento de los envíos postales puede ejecutarse de oficio y sin formalidades especiales sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde".

<sup>11</sup> La S. de 1 de febrero de 1996 (R.A. 807), en un caso de paquete remitido con etiqueta verde, afirma que "al aceptar el envío bajo Etiqueta Verde se aceptan todas sus condiciones y entre ellas la posibilidad de apertura para control del contenido; hay renuncia expresa al posible derecho del secreto del contenido del paquete"; en el mismo sentido, la S. de 23 de marzo de 1995 (R.A. 2323).

superficial, por lo que los resultados pueden no ser del todo satisfactorios<sup>12</sup>. Un examen menos superficial de la normativa vigente en materia de envíos postales revela que hacer depender la garantía del secreto de la circunstancia de que el paquete lleve o no la famosa "etiqueta verde" responde a un planteamiento excesivamente simplificador de la cuestión.

Conviene aclarar, ante todo, que la "etiqueta verde" es un distintivo que debe adherirse a ciertos envíos postales y cuya función es identificar dichos envíos como sujetos a control aduanero. Su uso, por tanto, se ciñe a envíos postales que han de traspasar fronteras estatales y no se extiende a los envíos que se realicen dentro del territorio del Estado. Según la reglamentación internacional e interna de los servicios postales, los envíos con "etiqueta verde" pueden ser abiertos por las autoridades aduaneras sin especiales formalidades y, en concreto, sin que sea necesaria la presencia del interesado<sup>13</sup>. Es esto precisamente lo que proporciona un sólido fundamento a la doctrina del Tribunal Supremo que excluye estos envíos de la garantía del secreto de las

---

<sup>12</sup> Existe una cierta contradicción en la actitud de la Sala Segunda del Tribunal Supremo respecto a las reglamentaciones interna e internacionales de los servicios de Correos; por un lado, parece que se desprecian dichas reglamentaciones en lo que se refiere a la distinción entre "correspondencia" y "paquetes" a efectos de delimitar el alcance de la garantía del secreto de las comunicaciones; pero, por otro lado, se concede gran importancia a dichos textos normativos en lo que atañe a la "etiqueta verde".

<sup>13</sup> El artículo 31 del vigente Reglamento de Correos, de 14 de mayo de 1964 se refiere a la intervención de los envíos postales por Aduanas y dispone que el reconocimiento de los envíos postales puede efectuarse "de oficio y sin formalidades especiales sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde". Por su parte, el Decreto de 17 de octubre de 1947, que aprueba el Texto refundido y modificado de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas (otro de los cuerpos normativos abundantemente citados por la jurisprudencia que nos ocupa) regula, en su artículo 123, regla 12, el "despacho de cartas en régimen de etiqueta verde", ordenando, entre otras cosas, lo siguiente: "a continuación se procederá por los funcionarios de Correos, en presencia del de Aduanas, a la apertura de las cartas, con objeto de que este funcionario efectúe el aforo en los talones de la serie C, núm 7 de su servicio, con arreglo a las disposiciones de dicho Ramo. Hecho esto, los funcionarios de Correos cerrarán de nuevo las cartas en presencia de aquel funcionario, teniendo en cuenta que, si son ordinarias se precintarán adhiriendo a todo lo largo del borde abierto una tira de papel engomado, estampando en ella el sello de fechas, dos veces en el anverso y otras dos en el reverso del mismo, de manera que la mitad quede sobre la tira y la otra mitad en el papel del sobre; si se tratara de certificados, se sujetará el papel engomado del modo indicado, pero con sellos de lacre; y cuando sean cartas con valores declarados, deberán precintarse por el sistema cruzado, consignando en la cubierta el peso de las cartas después de precintadas"; quizá el Tribunal Supremo podría intensificar aún más su estricta vigilancia del respeto a la garantía del secreto de las comunicaciones postales verificando no sólo que los envíos postales abiertos sin autorización judicial llevan la etiqueta verde sino también que, después de abiertos, hayan sido cerrados con todos los requisitos a que se refiere el precepto transcrito, sellos de lacre incluido, cuando procediere.

comunicaciones, ya que quien envía un paquete con etiqueta verde acepta que pueda ser abierto para control aduanero y, por tanto, renuncia a mantener el secreto respecto de su contenido.

El problema estriba en que la misma *ratio* puede aplicarse a paquetes que no se envían en régimen de "etiqueta verde" pero que, por otras razones, también pueden ser abiertos para control aduanero sin necesidad de formalidades especiales. Para explicar esto hay que prestar atención a los diferentes tipos de envíos que contemplan las reglamentaciones internacionales e interna del servicio de correos. Afortunadamente, creo que no será necesario, en lo que ahora interesa, entrar en muchos detalles; puede ser suficiente con dividir los envíos postales en dos grandes grupos, a saber, las cartas y otros envíos que siguen su mismo régimen, por un lado, y los paquetes postales, por otro. Esta distinción aparece claramente en nuestro Reglamento del Servicio de Correos, que regula separadamente, por un lado, el régimen aplicable a las cartas, tarjetas postales, impresos, muestras de comercio y medicamentos -envíos que se incluyen en la categoría de "correspondencia"- y, por otro, el régimen aplicable a lo que el propio Reglamento denomina "paquetes reducidos" y "paquetes postales"<sup>14</sup>. Y la misma distinción aparece también con claridad en los Convenios de la Unión Postal Universal y en los de la Unión Postal de las Américas y España, ya que, en este caso, se articulan Convenios diferentes para los envíos de correspondencia, por un lado, y para los paquetes postales, por otro, y estos Convenios son, a su vez, desarrollados por reglamentos diferentes<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> El artículo 10 del Reglamento distingue las siguientes "categorías" de envíos postales: "Las cartas y tarjetas postales constituyen la llamada correspondencia epistolar y forman una categoría de envíos postales. / Se consideran también como envíos de correspondencia los periódicos, impresos, muestras de comercio y medicamentos. / Los paquetes reducidos, paquetes postales y paquetes con películas cinematográficas son envíos que el Correo admite, transporta y entrega en forma análoga a la correspondencia en general". Parece clara, por tanto, la distinción entre "correspondencia" y "paquetes".

<sup>15</sup> El Convenio Postal Universal, aprobado en el XX Congreso de la Unión Postal Universal celebrado en Washington en diciembre de 1989 y muy citado por nuestra jurisprudencia, incluye unas pocas disposiciones generales aplicables a todos los envíos postales y que no afectan a la cuestión que nos ocupa, para centrarse después, de manera exclusiva en lo que el propio Convenio llama "envíos de correspondencia" que incluyen, únicamente, las cartas y tarjetas postales, por un lado, y los impresos, cecogramas y pequeños paquetes, por otro. Los paquetes postales constituyen el objeto de un convenio diferente, denominado "Acuerdo relativo a encomiendas (paquetes, bultos) postales". A su vez, cada uno de estos Convenios está desarrollado por un Reglamento distinto, a saber, el Reglamento de ejecución del Convenio Postal Universal que, insisto, sólo se refiere a los "envíos de correspondencia" y el Reglamento de ejecución del Acuerdo relativo a encomiendas postales, que se refiere a los paquetes postales. El mismo esquema se reproduce en las Actas del X Congreso de la Unión Postal de las Américas y España. La S. de 23 de marzo de 1995 (R.A. 2323) constituye una interesante excepción a la ligereza con la que el Tribunal Supremo invoca las reglamentaciones internacionales e internas del servicio de correos. En esta sentencia se razona adecuadamente

Ocurre, sin embargo, que esta distinción fundamental entre "correspondencia" y "paquetes" no guarda directa relación con lo que, en el lenguaje corriente se entiende por unas y otros. Es decir, que envíos postales que, en el lenguaje corriente, serían designados como "paquetes", pueden ser, de acuerdo con las reglamentaciones citadas, "correspondencia", y viceversa. Sólo así se explica, por ejemplo, que el Reglamento de 1964 indique que el peso máximo de las cartas es de dos kilogramos y que fije la dimensión máxima de una carta señalando que la suma de las respectivas longitudes de largo, ancho y alto, no superará los noventa centímetros (arts. 158 y 159). Y que, además, cuando el Reglamento regula el peso y dimensiones de los "paquetes reducidos", establezca idénticos límites (arts. 360 y sigs.). Esto significa que una caja de 20 cm. de altura, 30 cm. de ancho y 40 cm. de largo, puede ser enviada, según el Reglamento de Correos, como "carta" o como "paquete reducido", a voluntad del remitente.

Aclarado esto, se puede precisar ya que la famosa "etiqueta verde" es un distintivo que sólo se aplica a la "correspondencia" y a los "paquetes reducidos", en el sentido de las reglamentaciones tantas veces citadas, pero no a los "paquetes postales". Y aún conviene añadir que, mientras la correspondencia no siempre debe llevar la etiqueta verde, en el caso de los paquetes reducidos es obligatorio dicho distintivo<sup>16</sup>. Esto es así porque las normas internacionales (y también las internas) parten de la base de que los "paquetes" están sujetos en todo caso al control de las autoridades aduaneras, mientras que la "correspondencia" puede estarlo o no, en función de su contenido (por ejemplo, una "carta", en el sentido corriente del término, no lo estaría, pero sí podría estarlo una "carta" cuyo contenido sea, por raro que suene, una botella de licor). Por eso, en los envíos postales que se realizan en régimen de "carta" es necesario un distintivo que permita discriminar cuáles quedan sujetos al control de las autoridades aduaneras y cuáles no.

En este sentido, el Reglamento para la ejecución del Convenio Postal Universal -que, como ya se ha dicho, afecta sólo a los llamados "envíos de correspondencia"- precisa, en su artículo 117.1 que "los envíos sujetos a control aduanero llevarán una etiqueta verde engomada conforme al modelo C1 adjunto"; el Reglamento para la ejecución del Convenio de la Unión Postal de las Américas y España -que también se refiere exclusivamente a la

---

sobre las distinciones que estas reglamentaciones establecen entre "correspondencia" y "paquetes", mencionando la existencia de convenios diferentes para aquélla y para éstos; no obstante, reconoce que en la jurisprudencia "se ha ido asentando un criterio de interpretación extensiva de la garantía protectora de la correspondencia, incluyendo el paquete postal, que es la doctrina que actualmente prevalece en esta Sala y que se debe respetar."

<sup>16</sup> Cfr. art. 117.3 del Reglamento de ejecución del Convenio de la Unión Postal Universal y art. 369 del Reglamento del servicio de Correos.

"correspondencia" en el sentido indicado- en su artículo 104, establece, con referencia a los envíos sujetos a intervención aduanera, que "será obligatorio adherir en el anverso una etiqueta verde, preferentemente engomada, conforme al modelo C1 establecido en la legislación postal universal"; el Reglamento interno del Servicio de Correos, por su parte, cuando en su artículo 31 menciona la "etiqueta verde", también se refiere sólo a la "correspondencia"<sup>17</sup> y, en fin, el también citado Texto refundido y modificado de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas menciona la etiqueta verde en el artículo 123, dedicado a la "correspondencia general", pero esta "correspondencia general" no incluye los paquetes postales ya que el régimen específico de éstos está previsto en los artículos 124 y 125.

Resumiendo lo que se lleva dicho habría que distinguir, por tanto, las siguientes clases de envíos postales:

a) *Correspondencia*. Como regla general, no está sujeta a control aduanero. Los envíos de correspondencia que, por razón de su contenido, sí deban pasar el control de aduanas han de identificarse mediante la etiqueta verde.

b) *Paquetes reducidos*. Están sujetos siempre a control aduanero y deben llevar, por tanto, en todo caso, la etiqueta verde.

c) *Paquetes postales*. Están sujetos a control aduanero, pero no llevan etiqueta verde sino que se exige que vayan acompañados de declaración de aduanas. En realidad, la etiqueta verde no es otra cosa que un modelo simplificado o reducido de declaración de aduanas.

De lo dicho, creo que puede extraerse ya una importante conclusión, a saber, la de que los "paquetes postales", en el sentido que dan a este término las reglamentaciones del servicio postal, pese a que, por definición, nunca llevan "etiqueta verde", deben quedar también fuera de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones ya que estos envíos, también por definición, están sujetos siempre al control aduanero. La identificación de estos envíos, aunque no lleven etiqueta verde, resulta también sumamente sencilla: se trata de

---

<sup>17</sup> Aunque el artículo 31 se ubica en el Título I del Reglamento, dedicado a las "disposiciones generales", el Capítulo del que forma parte se abre con la rúbrica "Garantías de la *correspondencia*" y la Sección 2ª de dicho capítulo, en la que concretamente se inserta el precepto que nos ocupa, se refiere a la "libertad, secreto e inviolabilidad de la *correspondencia*"; y conviene advertir que el Reglamento no es nunca equívoco cuando utiliza el término *correspondencia*, que siempre alude a los envíos (cartas, tarjetas postales, periódicos, impresos, muestras de comercio y medicamentos) a los que el artículo 10 atribuye tal carácter, excluyendo por tanto, a los "paquetes reducidos" y a los "paquetes postales" que, según dicho artículo 10, no tienen el carácter de *correspondencia*.

comprobar si el envío se acompañó de la correspondiente declaración de aduanas<sup>18</sup>. Y la razón de excluir a los paquetes postales enviados con declaración de aduanas de la garantía del secreto de las comunicaciones es la misma que en el caso de los envíos con etiqueta verde: el remitente acepta que el paquete pueda ser abierto por las autoridades aduaneras para verificar que su contenido corresponde al declarado<sup>19</sup>.

### **C) Régimen legal de la detención, apertura y examen del contenido de paquetes postales.**

#### *a) Detención*

Comporta la interrupción del curso normal del envío desde el remitente hasta el destinatario. Puede producirse en cualquier momento, pero lo normal es que se ordene, bien en la oficina o establecimiento (de Correos o de cualquier empresa de transporte) en la que se deposita el envío por el remitente, bien en la oficina o dependencia en que se recibe el envío para ser recogido por el destinatario.

---

<sup>18</sup> El modelo de declaración de aduanas, al igual que el de la etiqueta verde, fue aprobado en el anexo al Reglamento para la ejecución del “Acuerdo relativo a encomiendas (paquetes, bultos) postales” de la Unión Postal Universal.

<sup>19</sup> La S. de 1 de febrero de 1996 (R.A. 807) se refiere a caso en el que la Audiencia había expresado en su sentencia que el paquete que fue abierto sin autorización judicial era un “paquete postal cuyo contenido y peso venían declarados en la plica del mismo”, y expresaba también que era un “paquete remitido con declaración de aduana en su exterior”. No obstante, el Tribunal Supremo recurrió al examen de los autos con arreglo a lo dispuesto en el art. 899 de la L.e.cr. para comprobar que se trataba de un paquete con etiqueta verde. La sentencia subraya que “el envío de la cocaína intervenida se verificó en el interior de una cinta de vídeo empaquetada como Diskettes y en sus comprobantes de entrega aparece en Verde la declaración de aduana” (negrilla y mayúscula en el original), por lo que concluye que la apertura y examen efectuados por los funcionarios de aduanas carece de ilicitud. La lectura de esta sentencia da la impresión (admito que puede ser equivocada) de que lo que se consideró decisivo no fue tanto que el envío se hiciera con declaración de aduanas, sino que la declaración de aduanas apareciera “**en Verde**”. La S. de 13 de julio de 1995 (R.A. 5550) se refiere a un paquete remitido por correo desde Colombia, cuyo peso era superior a 7 Kg.; según los Convenios de Washington, se trataba, sin duda, de una “encomienda (paquete o bulto) postal”, ya que el peso máximo de las “cartas” y “paquetes reducidos” es de 2 Kg.; por tanto, el envío no llevaba “etiqueta verde”, sino “declaración de aduana”, y así se expresa, efectivamente, en la sentencia; ahora bien, la sentencia, que desestimó la alegación de vulneración del secreto de las comunicaciones, invoca expresamente la doctrina de la excepción de “los paquetes provistos de etiqueta verde”, cuando realmente no existía en este caso tal etiqueta, sino una declaración de aduana.

Puede el Juez practicar personalmente la detención constituyéndose en la oficina o establecimiento correspondiente, pero lo normal será que delegue, siendo aplicable a esta diligencia lo dispuesto por el art. 563 y pudiendo delegar, además, en el Administrador de Correos y Telégrafos o Jefe de la oficina en la que el envío cuya detención se haya ordenado se encuentre (art. 580 L.e.cr.).

Una vez efectuada la detención, quien la haya realizado por mandato del juez remitirá inmediatamente a éste el paquete postal detenido (art. 581 L.e.cr.).

*b) Apertura y examen del contenido del paquete postal.*

La Ley regula con cierto detalle la práctica de la apertura y el examen del contenido del envío. Todo se hará a presencia judicial y se documentará en diligencia que será firmada por el juez, el Secretario y demás asistentes (arts. 586.I y 588 L.e.cr.).

El Juez debe abrir por sí mismo el paquete y examinar personalmente su contenido, apartando únicamente lo que pueda tener relevancia para la causa (art. 586.I L.e.cr.). El art. 586 sólo contempla el caso de correspondencia escrita; en el supuesto de paquetes postales, la determinación de la parte de su contenido relevante en relación con los hechos que sean objeto de la causa puede requerir la intervención de peritos (por ejemplo, para determinar si una determinada sustancia hallada en el envío es o no droga); no me parece que haya inconveniente en aplicar aquí analógicamente lo dispuesto por el art. 577.

También pensando exclusivamente en la correspondencia escrita, el párrafo segundo del art. 586 establece reglas especiales para la unión a los autos y conservación a disposición del Juez de los sobres y hojas retenidos. Tratándose de paquetes postales, se aplicarán estas reglas respecto de los documentos (en sentido estricto) que pudiera contener el paquete; pero para los objetos de diferente naturaleza incluidos en el envío deberán aplicarse las reglas generales del art. 338 y normas reglamentarias que lo desarrollan.

Todo lo que se encuentre en el paquete y que no tenga relevancia para la causa se devuelve al procesado o a quien le represente en el acto; en defecto de éstos, a un individuo de su familia mayor de edad; y, si tampoco esto último fuera posible, se conservaría en el Juzgado hasta que haya persona a quien entregarlo (art. 587).

*c) Intervención del "interesado" en el acto de apertura y examen del contenido del paquete postal.*

El art. 584 dispone que "para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado", añadiendo que "éste o la persona que designe podrá presenciar la operación". No obstante, según precisa el art. 585, si el procesado estuviere en rebeldía, o si citado para la apertura no quisiere presenciarla ni nombrar persona para que lo haga en su nombre, el Juez instructor procederá, sin embargo, a la apertura de dicha correspondencia".

La exégesis de estos preceptos plantea algunos problemas no meramente teóricos, sino de gran trascendencia práctica. Así, en primer término, la determinación de quién es ese "interesado" al que se refiere el art. 584 L.e.cr. y si ese "interesado" ha de coincidir o no con la persona cuya conducta presuntamente delictiva se investiga.

En términos generales, "interesados" en un envío postal son el remitente y el destinatario. Ahora bien, parece evidente que el art. 584 no impone la citación de ambos sujetos. Supuesto que la detención se puede producir, como se dijo más arriba, tanto en la oficina o establecimiento en que se deposita el envío por el remitente, como en la oficina o dependencia en que se recibe el envío para ser recogido por el destinatario, parece lógico que, en el primer supuesto, la citación se entienda con el remitente y, en el segundo, con el destinatario<sup>20</sup>.

En relación con la segunda cuestión que arriba se planteaba, un primer dato a tener en cuenta es que, pese a que el art. 584 (y también el último párrafo del art. 586) utiliza la expresión genérica "interesado" que podría considerarse referida al sujeto cuyas comunicaciones constituyen el objeto de la diligencia, tenga o no la condición de imputado (este es, sin duda, el sentido en que la misma expresión se utiliza en el art. 569 para referirse al titular del domicilio objeto de registro, que puede o no ser el imputado), lo cierto es que los arts. 585 y 587, para referirse al sujeto cuya citación se ordena por el art. 584, utilizan el término "procesado". De una consideración conjunta de estos preceptos, pues, resulta que el "interesado" a que se refiere el art. 584 L.e.cr. es precisamente el "procesado" (arts. 584 y 587). Y hay que aclarar, aunque la cuestión es discutida, que el término "procesado" no se utiliza aquí en sentido estricto, como persona contra la que, en un sumario, se ha dictado auto de procesamiento, sino en el sentido amplio de persona contra la que se dirige la investigación, incluso aunque no haya sido todavía formalmente notificado de esta circunstancia<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> En sentido estricto, quienes figuran como remitente o destinatario en el propio envío postal; es decir, la garantía del secreto no ampara -no debe amparar- a quienes se hacen llegar envíos postales utilizando el nombre y señas de otra persona real o ficticia; sobre esto contiene interesantes -y contundentes- reflexiones la S. de 23 de marzo de 1995 (R.A. 2323).

<sup>21</sup> Aunque ya AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1913, tomo IV, pág. 351, advertía que aunque el artículo 579 habla sólo de procesado debe entenderse que dicho precepto se refiere a todo presunto culpable, aun cuando todavía no hubiere sido decretado su procesamiento, lo cierto es que autores modernos han propugnado

Hay que tener en cuenta que la propia citación para la apertura de la correspondencia podría ser el acto de imputación al que se anudarían los efectos del art. 118 L.e.cr.

De aquí podría deducirse, por un lado, que la diligencia de detención y apertura de un paquete postal sólo sería viable en el marco de una investigación judicial dirigida contra el remitente, contra el destinatario, o contra ambos, pero no cuando se investigase la presunta conducta delictiva de un tercer sujeto. Y, por otra parte, podría sostenerse también que el "interesado" que ha de ser citado a la diligencia debe ser precisamente el sujeto cuya conducta sea objeto de investigación, con independencia de cuál sea el lugar en el que se produzca la detención del paquete (oficina del lugar de remisión u oficina de destino).

Pienso, no obstante, que ninguna de las dos conclusiones anteriores sería acertada. En primer lugar, porque entiendo que el art. 579.3, en el que se hace una contraposición entre "las comunicaciones (...) de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal" y "las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos" contraposición de la que, gramaticalmente, se deduce que las segundas son comunicaciones en las que no intervienen los sospechosos, autoriza la "observación" tanto de las comunicaciones -incluidas las postales- en que hayan tenido intervención los sujetos pasivos de la investigación, como de aquellas que, aun habiéndose producido entre sujetos no investigados, sean relevantes a los efectos del esclarecimiento de una conducta delictiva<sup>22</sup>. Y, en segundo término, porque me

---

una interpretación literal del precepto, con el propósito de restringir el ámbito de las diligencias de control de las comunicaciones. En esta línea restrictiva se sitúan LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989, págs. 194-197 y ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional* (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo), tomo III, pág. 193. A favor de lo que se sostiene en el texto, con interesantes explicaciones, ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, 1989, pág. 108, nota 121. Mantengo aquí la misma postura que en *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, págs. 390-391.

<sup>22</sup> Ya AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...*, cit., pág. 351 decía, con referencia al art. 579, que, "por la amplitud de sus términos podría considerarse autorizada, en opinión de casi todos los autores, la detención y examen de la correspondencia de un tercero, extraño por completo a la ejecución del delito y sin relación con él, siempre que existan motivos suficientes para estimar fundadamente que con ello puede contribuirse al descubrimiento de los extremos indicados". En la doctrina moderna, sin embargo, se ha defendido una interpretación excluyente de la posibilidad de intervenir las comunicaciones de terceros (cfr., por ejemplo, JIMENEZ CAMPO, "La garantía constitucional...", cit., pág. 71 y LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas...*, cit., págs. 187-188). A favor de la posibilidad de intervenir las comunicaciones de tercero, ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, cit., pág. 110 y, más recientemente, MARTIN MORALES, *El régimen constitucional...*, cit., págs. 62-64. Por mi parte, sigo aquí el criterio que ya mantuve en *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., págs. 395-396.

parece que la citación ordenada por el art. 584 L.e.cr. para posibilitar la intervención del "interesado" en la diligencia de apertura del paquete es una formalidad procesal relacionada con la garantía del secreto de las comunicaciones y que no tiene nada que ver con la garantía procesal de la contradicción, por lo que entiendo que lo que el precepto en cuestión impone es la citación del sujeto cuyo derecho al secreto de las comunicaciones se sacrifica, sea o no imputado.

Pero esto último requiere, a mi juicio, alguna explicación adicional. El significado de la citación del "interesado" debe determinarse, en mi opinión, atendiendo al contenido de la diligencia de apertura y examen de la correspondencia detenida. El juez examina reservadamente toda la correspondencia detenida (la abre "por sí mismo" y la lee "para sí") y separa lo que considera relevante de lo que no lo es. La correspondencia no relevante se devuelve de inmediato al procesado o a su representante (art. 587.I), pero no, evidentemente, por su condición de procesado (en caso de que lo sea), sino por ser el titular de esa correspondencia. Nótese que la "inmediatez" entre el examen del juez y la entrega al interesado excluye que la correspondencia en cuestión pueda ser examinada por cualquier otro sujeto que estuviera presente, incluidos el Secretario y el Fiscal; sólo el Juez ha tenido acceso a ella, de forma que el sacrificio del secreto de las comunicaciones ha quedado reducido al mínimo. Si no estuviera presente el procesado-interesado, la correspondencia no relevante para la causa se introduce en un pliego cerrado, para posteriormente entregarla a un pariente o conservarla así en el Juzgado hasta que haya persona a quien entregarla. Parece evidente también que lo que se pretende es garantizar que nadie más que el juez pueda examinar esa correspondencia "sobrante", pues en otro caso no tendría sentido la cautela de ordenar su introducción en pliego cerrado.

Esta ordenación de la apertura de los envíos postales nada tiene que ver con la contradicción procesal. Es más, a mi juicio, se trata de una ordenación que excluye la contradicción. Nótese que, aun partiendo de la identificación "interesado-procesado" que realizan los arts. 586 y 587, la contradicción procesal exigiría que se diera participación activa en la diligencia no sólo al imputado, sino también al Fiscal y a las demás partes personadas que estuvieran presentes en la diligencia. Y esa participación activa no sólo no se da, sino que se excluye expresamente en la medida en que se ordena que el Juez abra "por sí mismo" la correspondencia y la lea "para sí". Si se hubiera querido que la apertura y selección fuera efectuada en condiciones de contradicción procesal, es evidente que no se habrían dispuesto tales precauciones.

Lo anterior se ve aún con mayor claridad en la hipótesis -a mi entender, como ya he dicho, posible- de que el "interesado" (remitente o destinatario) y el imputado no sean la misma persona. En tal caso, la persona a citar según el art.

584 sería el "interesado" y, si hubiera que citar también al imputado sería en virtud de la disposición general del art. 302 L.e.cr. y no por imposición de ninguno de los preceptos relativos a la diligencia de apertura de la correspondencia postal. En esta hipótesis, suponiendo que el imputado fuera citado y acudiera efectivamente a la práctica de la diligencia, sería del todo improcedente que el juez le permitiera examinar la correspondencia intervenida y más improcedente aún que se le hiciera entrega de la que no fuera relevante para la causa. Otra cosa es que, después de efectuada la selección e incorporada a la causa la correspondencia que el juez haya considerado relevante, el imputado pueda tener acceso a dicha correspondencia en virtud de lo dispuesto por el art. 302 y salvo que el Juez hubiera acordado el secreto de las actuaciones para las partes personadas<sup>23</sup>.

En definitiva, la diligencia de apertura de la correspondencia regulada por los arts. 586 y 587 L.e.cr. es una diligencia de carácter instrumental cuyo objeto es incorporar a la causa documentos u objetos que puedan arrojar luz

---

<sup>23</sup> Un Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 7 de junio de 1995 (R.A. 4556) se refiere precisamente a un caso de falta de coincidencia entre quien aparecía como destinatario del paquete (un niño de dos años) y quien finalmente fue acusado y condenado. Para la apertura del paquete -acordada por el Juez-, fue citada la madre del menor, como representante legal del mismo. Sobre esta base, el auto contiene dos pronunciamientos de interés: por un lado, rechaza la alegación de que debió ser citada para la apertura la persona que finalmente fue inculpada (que no era quine figuraba como destinatario, como ya se ha dicho); por otro, rechaza que fuera necesaria la presencia de letrado en la apertura del paquete, ya que la persona que fue citada, en concepto de representante legal del destinatario, no estaba inculpada en la causa. Ambos pronunciamientos me parecen del todo correctos y creo que confirman que no existe vinculación entre el requisito de citación del interesado para la apertura de la correspondencia y la garantía de la contradicción o el derecho de defensa. Otra sentencia interesante, en relación con esta cuestión, es la de 26 de abril de 1995 (R.A. 4494). En este caso, hubo unas investigaciones previas, por medio de intervenciones telefónicas, que permitieron averiguar anticipadamente que se iba a enviar un paquete con droga al sujeto investigado y que finalmente fue condenado. Cuando, efectivamente, el paquete fue enviado (a nombre de una persona distinta), se acordó por el juez su apertura, sin citar al "verdadero" destinatario, aunque se sabía quién era éste a través de las previas intervenciones telefónicas. El Tribunal Supremo rechazó que se hubiese vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones porque el sujeto cuya conducta estaba siendo investigada "no era el destinatario del referido paquete". Es decir, se estaba investigando la conducta de una persona determinada (aunque no se le había comunicado la condición de imputado, para no frustrar la intervención telefónica) y se sabía que el paquete iba destinado a la misma; no obstante, no fue citado para la apertura del paquete, porque en el mismo aparecía otra persona como destinataria. Esto confirma, a mi modo de ver, que la persona cuya citación se exige para la apertura es la del destinatario y no la del inculpado, aunque éste sea conocido, como lo era en este caso. La eventual intervención del inculpado (o investigado) se regiría por las normas generales sobre contradicción en la fase de instrucción, que en este caso excluían esa intervención al estar declaradas secretas las actuaciones al efecto de no frustrar la intervención telefónica.

sobre los hechos delictivos objeto de la investigación. El problema es que para realizar esa incorporación es preciso abrir la correspondencia o los paquetes previamente detenidos y hacer una previa selección de lo que del contenido de dichos envíos sea relevante para la investigación. La Ley ha querido, para salvaguardar al máximo el secreto de las comunicaciones, que la selección la haga el Juez, de forma que sólo él pueda tomar conocimiento del contenido total de los envíos postales detenidos, como se desprende inequívocamente de las previsiones de que el Juez abra "por sí mismo" la correspondencia y la lea "para sí", o la de que la correspondencia no relevante se entregue de inmediato al interesado o a su representante y que, en caso de que se entregue a un familiar o que deba custodiarse en el Juzgado hasta que se encuentre persona a la que hacer la entrega, dicha correspondencia "sobrante" se entregue o se conserve en sobre cerrado. Se trata, en definitiva, de garantizar que la correspondencia no relevante para la causa sea conocida exclusivamente por el Juez y por nadie más, antes de que llegue a su destinatario. En este esquema, la actividad procesal de selección de la correspondencia relevante para la causa no sólo no es contradictoria, sino que no debe serlo ya que, si se diera intervención en ella a cualquier persona distinta del juez y del "interesado" la diligencia quedaría viciada por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Y esto sería aplicable incluso respecto del imputado que no tuviera la condición de remitente o destinatario de las cartas o paquetes detenidos, porque el secreto de la correspondencia es un derecho del que son titulares los sujetos que participan en ella y ese secreto debe ser preservado, en el marco de la diligencia que nos ocupa, también frente a los imputados que no hayan participado en la comunicación.

De lo dicho, y para concluir con este punto, creo que se pueden extraer un par de interesantes conclusiones. En primer lugar, que la citación prevista por el art. 584 ha de hacerse al remitente o destinatario del paquete postal detenido, tenga éste o no la condición de imputado en la causa. Si no se cita al "interesado", en el sentido indicado, aunque sí se cite al imputado, la diligencia quedaría viciada por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, con los efectos previstos por el art. 11.1 LOPJ<sup>24</sup>. Ahora bien, citado el

---

<sup>24</sup> La S. de 9 de mayo de 1995 (R.A. 3621), sin embargo, sitúa fuera de la órbita constitucional la infracción de lo dispuesto sobre citación del interesado para la apertura de la correspondencia: "La legalidad constitucional y la legalidad ordinaria se conjugan, con diversa perspectiva, alrededor del mismo acto procesal. El derecho fundamental del artículo 18.3 se verá afectado si el registro de la correspondencia tuviere lugar sin autorización judicial, mas no cuando sólo concorra alguna irregularidad, tal es el caso de que el paquete se abre sin la previa citación del interesado, supuesto en el cual los efectos del acto ineficaz llevarán consigo otros efectos y otras consecuencias. En un caso el acto es nulo e ilícito, mientras que en el otro es irregular, en ambos sin efectos probatorios, aunque en el primero las consecuencias sean más duras y exigentes por lo que respecta a la posterior convalidación de lo que se pretendía acreditar". Esta argumentación no me parece acertada: si la omisión de la citación del interesado no supone vulneración del art. 18.3 de la Constitución, el supuesto quedaría fuera

"interesado", la no citación del imputado podría constituir, todo lo más, una infracción del art. 302 de la L.e.cr. cuya relevancia, en este caso, sería muy discutible ya que la ausencia del imputado en una diligencia -la selección de la correspondencia de interés para la investigación- en la que prácticamente no puede tener ninguna intervención es muy dudoso que pueda considerarse vicio procesal causante de indefensión, siempre y cuando, claro está, se permita al imputado tomar conocimiento de la correspondencia separada como relevante para la causa, lo que puede hacerse en cualquier momento posterior a la práctica de la diligencia que nos ocupa.

Y, en segundo término, que conviene tomarse muy en serio las prevenciones legales encaminadas a garantizar que única y exclusivamente el Juez -lo que excluye, insisto, al Secretario, al Fiscal y a las partes, incluídos los procesados no "interesados"- tome conocimiento del contenido de las comunicaciones personales que puedan estar incluidas en las cartas o paquetes postales objeto de la diligencia. En este sentido, la infracción de la norma que ordena que el Juez abra "por sí mismo" la correspondencia o la de la que dispone que la lea "para sí" o la de las que establecen que, en caso de no poder entregarse de inmediato al interesado, la correspondencia sobrante se guarde en sobre cerrado -lo que, además, entiendo que también deberá efectuar personalmente el Juez- serían también determinantes de vulneración del secreto de las comunicaciones y de la ineficacia probatoria a que se refiere el art. 11.1 LOPJ.

---

del ámbito de aplicación del art. 11.1 de la LOPJ y no existiría base jurídica para privar de eficacia probatoria a la diligencia de apertura del paquete. La propia sentencia, por lo demás, se contradice, puesto que, antes de extenderse en los razonamientos transcritos, había ya declarado que "los motivos primero y tercero han de ser estimados" y el motivo tercero, según se lee en la sentencia, aducía "la infracción del artículo 11.1.2 orgánico (sic), en tanto no pueden producir efecto alguno las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales (en este caso, aunque no se mencione, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones postales del artículo 18.3 de la Constitución)." Si se estima este motivo, es claro que se aprecia que la prueba se ha obtenido con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y no tiene sentido, por tanto, la ulterior distinción que pretende ubicar la falta de citación en el terreno de las meras irregularidades sin relevancia constitucional. La S. de 13 de marzo de 1995 (R.A. 1838) relaciona inequívocamente la citación del interesado con la garantía constitucional de secreto de las comunicaciones: "aun mediando Auto del Juzgado la diligencia de apertura es nula por no haber sido citado el interesado para que pudiera presenciar la operación (artículo 584 de la LECrim), afectando ello a aspectos básicos de la comunicación privada, conculcando toda una previsión normativa, entroncada, en definitiva, con el artículo 18.3 de la CE." No obstante, la propia sentencia, un poco más adelante, relaciona la citación del interesado con la garantía procesal de la contradicción: "Aun contando con la autorización judicial para la apertura del paquete, ni el registro y examen fue practicado por el Juez, ni fue citado el destinatario para dicho acto, lo que conduce a estimar que la diligencia fue nula de acuerdo con los artículos 238.3º y 240.1º, de la LECrim [debe querer decir de la LOPJ], nulidad de pleno derecho en cuanto se ha prescindido de normas esenciales del procedimiento establecidas en la ley para la debida observancia de los principios de audiencia y defensa.

## **II. La apertura de paquetes postales en el ámbito de la circulación y entrega vigilada de drogas y sustancias prohibidas.**

### **A) Finalidad de esta diligencia.**

¿Qué debe hacer la Policía cuando sospecha fundadamente que un paquete postal ya remitido y aún no entregado al destinatario contiene drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas?

Los arts. 579.1 y 580 y siguientes dan una respuesta: solicítese al juez autorización para detener el envío (arts. 18.3 de la Constitución y 579.1 y 583 L.e.cr.); obtenida la autorización, se detiene el paquete y se remite de inmediato al juez (arts. 580 y 581 L.e.cr.); y, en fin, practíquese la apertura y examen del paquete tal y como previene el art. 586, con citación del interesado en los términos que resultan de los arts. 584 y 585 L.e.cr.

El resultado de la diligencia puede ser:

A) *Negativo*: el paquete no contiene drogas ni sustancias prohibidas. Debe devolverse de inmediato al interesado o a su representante, si estuvieran presentes; en otro caso, se entregará cerrado a un pariente mayor de edad, y su esto no fuera tampoco posible, se conservará cerrado en el juzgado hasta que haya persona a quien entregarlo (art. 587).

B) *Positivo*: el paquete contiene efectivamente drogas o sustancias prohibidas. Se da a dichas sustancias el destino legalmente previsto y continúa el proceso para la depuración de las correspondientes responsabilidades criminales.

Ahora bien, en este último caso, la aplicación del régimen expuesto, lleva aparejados algunos inconvenientes, sobre todo en orden a la identificación de los posibles responsables del delito y/o a la prueba de la participación en el delito de quienes aparezcan como destinatarios del envío.

En cuanto a lo primero, porque, supuesto que no sea posible identificar al remitente lo que será frecuente en la práctica, si resulta que el nombre y la dirección postal que aparezca en el envío son ficticios o insuficientes para permitir una identificación precisa del destinatario, la práctica de la diligencia, al interrumpir definitivamente el curso del envío, impedirá la identificación de los posibles responsables, lo que conducirá inexorablemente al archivo de las actuaciones.

En cuanto a lo segundo, porque aunque por los datos consignados en el paquete sea posible identificar a una persona determinada, el simple hecho de que ésta aparezca designada como destinatario en el paquete constituye un dato muy endeble que difícilmente podría ser considerado por sí solo como prueba de cargo. La práctica de la diligencia de detención y apertura del paquete, con citación del destinatario, impediría la producción de otros hechos que permitieran corroborar o descartar la participación en el delito de quien figura como destinatario y/o averiguar la participación de otros sujetos.

La circulación y entrega vigilada del paquete sospechoso prevista por el art. 263 bis de la L.e.cr. permite salvar estos inconvenientes. En efecto, mediante dicha medida, el curso del envío no se interrumpe, sino que se permite que éste llegue normalmente hasta el destinatario a quien se le puede detener en el momento mismo de retirarlo o en un momento posterior. Todo este proceso, sometido al correspondiente mecanismo de vigilancia permite, además de identificar de manera precisa y sin lugar a dudas al *verdadero* destinatario del paquete, responder o no a las señas indicadas en éste, conocer la conducta inmediatamente posterior a la recepción, que puede ser muy reveladora sobre el conocimiento del ilícito contenido del envío, así como identificar a otros posibles implicados que acompañen al receptor material del envío o con los que éste entre en contacto después<sup>25</sup>.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo viene sosteniendo, sin embargo, que la entrega vigilada "no es lógicamente necesaria en el caso de los paquetes postales" ya que "en éstos siempre figura, de algún modo, quién es el destinatario, aunque sea falso, por lo que basta con vigilar el curso postal del envío, con las debidas precauciones, para llegar al mismo". A mi modo de ver, estas declaraciones jurisprudenciales revelan una deficiente comprensión del significado de la diligencia que nos ocupa. Nadie discute que en los paquetes postales "siempre figura, de algún modo, quién es el destinatario"; lo que sucede, por un lado, es que la experiencia demuestra que ese solo dato es, con frecuencia, insuficiente para identificar al *verdadero* destinatario y que, por otro lado, la simple mención de una persona como destinatario de un envío conteniendo droga no puede ser considerada prueba incriminatoria suficiente para enervar, por sí sola, la presunción de inocencia respecto de un eventual delito contra la salud pública<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Un estudio sistemático de las entregas vigiladas puede verse en REY HUIDOBRO, "La entrega vigilada de drogas: el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 2, julio-diciembre 1995, págs. 185-206; en este trabajo, sin embargo, no se analizan los problemas especiales que derivan de la apertura de paquetes para sustituir la droga.

<sup>26</sup> Cfr. S. de 14 de noviembre de 1996 (R.A. 8204); S. de 23 de mayo de 1996 (R.A. 4556), que, curiosamente, se refiere a un caso en que la persona que finalmente fue detenida no era el que aparecía como destinatario del paquete (un tal Johan R., con domicilio en Mataró), sino un

La entrega vigilada no requiere, como condición *sine qua non*, la apertura previa del paquete y, por tanto, no impone de manera forzosa una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones cuando el paquete en cuestión haya de considerarse comprendido dentro del ámbito de la garantía constitucional. En realidad, lo que el art. 263 bis de la L.e.cr. hace es autorizar una cierta demora en la intervención estatal de la Policía, normalmente en orden a la prevención y represión de conductas delictivas; un comportamiento policial o judicial, o del Ministerio Fiscal que sería, en principio, ilícito, a saber, que teniendo sospechas fundadas de que se está cometiendo un delito, no se actuara *de inmediato* para impedirlo o poner fin a la conducta delictiva, deviene autorizado por un precepto legal expreso, que permite una cierta demora en la actuación estatal, que se limita al mantenimiento de una vigilancia sobre el desenvolvimiento de los hechos, pero sin impedir su desarrollo, hasta que se presente la ocasión más propicia para poner fin al curso de los hechos y, al mismo tiempo, lograr la mejor identificación de los partícipes y la más completa prueba de su responsabilidad criminal.

Esto explica precisamente la ubicación sistemática del precepto en el marco de la disciplina de la *denuncia* ya que, en cierto modo, la medida comporta una excepción al deber general de denunciar *inmediatamente* las conductas delictivas de las que se tenga noticia (cfr. arts. 259 y 262 L.e.cr.) y al deber de la autoridad que recibe la denuncia de proceder *inmediatamente* a la comprobación del hecho denunciado (art. 269). De estos preceptos se deduce un principio general que impone la inmediata actuación de la autoridad ante la noticia del delito, principio que se vería excepcionado, en el caso que nos ocupa, al permitir a la autoridad que se limite a establecer un mecanismo de vigilancia que no ponga fin, sin embargo, al curso de los acontecimientos que integran el *iter delictivo*<sup>27</sup>.

---

funcionario de Correos que, según el relato de hechos probados, salió de la Estafeta “portando el paquete de referencia, por lo que se procedió a seguirle al objeto de comprobar si contactaba o no con terceras personas a las que entregara el paquete, dirigiéndose aquél paseando tranquilamente a su domicilio, deteniéndose en un bar a efectuar una consumición, y siendo detenido cuando se disponía a entrar en su casa”; no creo que quepa mejor demostración de que es, cuando menos, excesivamente optimista la tesis de que en los envíos postales no tiene sentido la entrega vigilada porque siempre figura un destinatario; S. de 20 de marzo de 1996 (R.A. 1986); S. de 13 de marzo de 1995 (R.A. 1838) y S. de 8 de julio de 1994 (R.A. 5882).

<sup>27</sup> Cfr., en análogo sentido, FABIAN CAPARROS, “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pág. 598. Por cierto que las sentencias citadas en la nota anterior demuestran también una deficiente comprensión de lo que se acaba de decir, en la medida en que dan a entender que, sin necesidad de recurrir a lo dispuesto en el artículo 263 bis de la L.e.cr., podrían las autoridades no detener el curso de un envío postal sospechoso de contener droga.

Desde esta perspectiva, pues, la detención y apertura del paquete y la entrega vigilada constituyen dos opciones alternativas. La primera sería la medida que vendría impuesta si se hiciera valer el principio general de intervención inmediata para poner fin a la conducta delictiva de la que se tiene noticia; la segunda representa la excepción a dicho principio general y, como tal, su procedencia queda condicionada a la concurrencia de ciertos presupuestos: a) la finalidad que justifica la medida es la de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a drogas tóxicas u otras sustancias prohibidas o prestar auxilio a las autoridades extranjeras con esos mismos fines; b) se ha de tener en cuenta la *necesidad* de la medida en relación con dichas finalidades; c) también la *importancia* del delito y, en fin, d) las *posibilidades de vigilancia* (cfr. art. 263 bis, apartados 1 y 2).

Dado que, si no existe causa pendiente, la decisión de solicitar la detención y apertura judicial del envío o la de permitir el curso de éste mediante la correspondiente vigilancia la puede tomar la Policía (o el Fiscal), es claro que, en estos casos, la apreciación de la concurrencia de los anteriores presupuestos no corresponde al juez. No obstante, me parece que no hay razón para juzgar negativamente esta solución, puesto que, en definitiva, la opción por la primera vía, que sí comportaría injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, dejaría la decisión en manos del juez y la opción por la segunda, siempre que no se abra el paquete, lo único que supone es tomar ciertos riesgos en relación con el éxito de la operación (en el peor de los casos se podría perder el paquete con la droga y no conseguirse la detención de ningún delincuente), a cambio de una expectativa de mayor eficacia en la investigación, decisión que bien puede dejarse en manos de la Policía por ser ellos quienes mejor pueden juzgar acerca de los riesgos reales que la operación entraña y las posibilidades reales de reducir el riesgo mediante un determinado dispositivo de vigilancia.

Lo que me parece que está claro es que la elección de la entrega vigilada si no se abre el paquete, insisto no compromete de ninguna manera los derechos de los posibles responsables, ni los fundamentales, en general, ni los específicamente procesales. Y, por tanto, no creo que deba en ningún caso discutirse la validez y/o eficacia probatoria de los resultados obtenidos a raíz de una operación de entrega vigilada en función de si la operación se decidió o no en virtud de una correcta aplicación de los criterios señalados por el art. 263 bis L.e.cr.

## **B) La sustitución de la droga por sustancia inocua.**

Ha quedado dicho que la operación de entrega vigilada comporta ciertos riesgos. El más importante, a mi juicio, es el de que, si falla el sistema de vigilancia, puede incluso llegar a perderse el control sobre el paquete conteniendo la droga. Para salir al paso de este riesgo, la ley prevé la posibilidad de que las sustancias prohibidas que contenga el paquete sean sustituidas por otras inocuas (art. 263 bis, apartado 2). La sustitución no es un elemento esencial de la operación de entrega vigilada, sino una mera posibilidad que deberá utilizarse o no en función de una adecuada ponderación de los riesgos de pérdida de la droga si la operación fracasa.

Lo que sucede es que la sustitución de la droga que pueda venir en un paquete postal exige la apertura del paquete. Ningún problema existirá si éste, por haber sido enviado en régimen de "etiqueta verde" o en envoltorio abierto o por cualquier otra razón, no queda amparado por el secreto de las comunicaciones. En otro caso, la apertura sólo podrá hacerse previa resolución judicial (art. 18.3 de la Constitución)<sup>28</sup>. La cuestión que se plantea entonces es la de determinar si, aparte de la obvia exigencia de autorización judicial, sería trasladable a esta apertura, en bloque y sin más, todo el régimen de apertura de la correspondencia postal establecido por los arts. 579 y sigs. de la L.e.cr. La Sala Segunda del Tribunal Supremo parece entender que sí, haciendo especial hincapié en la exigencia de citación del interesado para que pueda estar presente en el acto<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Algunas declaraciones jurisprudenciales interpretan el artículo 263 bis de la L.e.cr. en el sentido de que dicho precepto "por permitir, hasta llega a considerar válida la apertura realizada por autorización, no del Juez o del Fiscal, sino del Jefe de una unidad Orgánica de Policía Judicial" (cfr. S. de 23 de mayo de 1996 R.A. 4557). Es evidente que, si el artículo 263 bis L.e.cr. hubiera pretendido esto, sería una norma abiertamente inconstitucional. Lo que sucede es que, pese a no ser, quizá, una disposición modélica en el terreno de la técnica legislativa, del precepto en cuestión no se deduce que pretenda establecer semejante disparate; de hecho, salvo la Sala Segunda, al parecer, nadie más ha pretendido interpretarlo en tal sentido -no, desde luego, la Policía-, como lo demuestra, paradigmáticamente, la sentencia de 23 de mayo de 1996 arriba citada, que se refiere a un caso en el que la Policía, antes de practicar la entrega vigilada, solicitó autorización de la Fiscalía especial antidroga (actuación, por lo demás, exquisita, ya que el artículo 263 bis no la impone) y, autorizada la operación por la Fiscalía, juzgándose necesaria la sustitución de la droga por sustancia inocua, se solicitó autorización judicial para la apertura del paquete, que se llevó a cabo en presencia del Magistrado-Juez autorizante.

<sup>29</sup> Cfr. S. de 23 de mayo de 1996 (R.A. 4556), que se refiere a un caso en que se efectuó la apertura para sustitución de la droga con autorización judicial y en presencia del Juez, pese a lo cual, el Tribunal Supremo declara que "ni siquiera era suficiente que, cual ahora aconteció, la apertura se realizara en presencia del Juez pero con la ausencia del interesado"; S. de 20 de marzo de 1996 (R.A. 1986), que aborda frontalmente la cuestión que nos ocupa concluyendo que "si quería abrirse el paquete tenían que haberse aplicado las únicas normas que en nuestras leyes regulan esta materia, y concretamente los arts. 584 y ss. de la LECrim que para la apertura y registro de la correspondencia exigen la presencia del interesado, salvo las excepciones allí mismo previstas". La S. de 1 de marzo de 1996 (R.A. 1892) no contradice esta doctrina, pero

Esta doctrina me parece excesiva, porque conduce a dejar sin contenido la razonable posibilidad de sustitución de la droga por sustancia inocua expresamente prevista por el art. 263 bis y, en consecuencia a reducir sustancialmente las posibilidades reales de aplicación de la técnica de entrega vigilada amparada por dicho precepto. Creo que se percibe fácilmente que la citación del "interesado" al que, por lo demás, no siempre podrá identificarse con la mera referencia a las señas del paquete es prácticamente incompatible con la lógica de la operación de entrega vigilada. La razón es análoga a la que impone que no sean previamente advertidos los comunicantes en el caso de intervención de comunicaciones telefónicas, reserva ésta que sí ha sido comprendida y amparada por numerosas resoluciones de nuestro más alto Tribunal<sup>30</sup>. Exigir la citación del interesado para abrir el paquete y sustituir la droga, conduce, por tanto, a privar de sentido a la operación de entrega vigilada. Y no vale decir frente a esto que cabe la entrega vigilada sin abrir el paquete y sustituir la droga, porque no siempre será razonable asumir los riesgos que la operación comporta si no puede realizarse la correspondiente sustitución y, estando prevista expresamente por la Ley la sustitución no es lógico que una discutible opción jurisprudencial vacíe absolutamente de sentido dicha previsión legal y obligue, bien a asumir más riesgos de los que, con estricta aplicación de la Ley se deberían asumir, bien a renunciar a una operación de entrega vigilada, por resultar excesivos los riesgos de su realización sin sustitución de la droga, cuando dicha operación, en estricta aplicación de las previsiones legales, podría haberse realizado.

Un adecuado enfoque de la cuestión debe partir de la base de que la apertura prevista por el art. 263 bis y la prevista por los arts. 579 y concordantes son actos encaminados a finalidades diferentes. Esta segunda está encaminada a incorporar directamente a la causa los objetos relacionados con la misma que se hallen en el paquete y, por tanto, en términos generales, la citación del interesado para el acto no tiene por qué frustrar la finalidad de la diligencia; aquélla, en cambio, no conduce a la inmediata incorporación a la causa del

---

cuando menos, establece una razonable excepción a su aplicación: no puede reclamar la ilicitud de la apertura del paquete el destinatario "real" del mismo cuando el paquete iba dirigido a un destinatario ficticio (compárese, no obstante, con el caso de la sentencia de 23 de mayo arriba citada, en el que el detenido con el paquete tampoco era la persona que figuraba como destinatario, lo que no impidió al Tribunal Supremo proclamar la necesidad de citar al interesado para su apertura). Otro caso en que se declaró nula la apertura de un paquete para sustituir la droga por falta de citación del interesado, en S. de 9 de mayo de 1995 (R.A. 3621).

<sup>30</sup> Pueden citarse, a simple título de ejemplo, las sentencias de 25 de junio de 1993 (R.A. 5243) y de 26 de abril de 1995 (R.A. 4494), en las que puede leerse, con referencia a la supuesta necesidad de comunicar la incoación del proceso a la persona cuyas comunicaciones telefónicas van a ser intervenidas

contenido del paquete, sin más, sino que se inserta en una operación más compleja que exige la sustitución de la droga, reconstrucción del paquete y reanudación del curso normal del envío para que sea recogido por su destinatario, operación que correría grave riesgo de verse frustrada si se hiciera la citación prevista por el art. 584.

La diferente finalidad de la apertura en uno y otro supuesto constituye base suficiente, a mi juicio, para excluir la aplicación en bloque de la disciplina de los arts. 579 y siguientes a las aperturas de paquetes postales con finalidad de sustitución de la droga en el marco de operaciones de entrega vigilada. Es cierto que el art. 263 bis sólo contempla la posibilidad de apertura y que lo hace de manera indirecta, en cuanto prevé expresamente la sustitución de la droga por sustancia inocua y para realizar tal operación será preciso abrir el paquete. Nada dice, por tanto, el art. 263 acerca de cómo ha de acordarse y, en su caso, practicarse la apertura del paquete para la sustitución de la droga. Ante el silencio del art. 263 bis sobre este punto es razonable acudir a los arts. 580 y siguientes como regulación supletoria pero, claro está, sólo a aquellos preceptos que no resulten incompatibles con la finalidad de la apertura prevista por el art. 263 bis. Desde esta perspectiva, me parece que el régimen jurídico de la apertura para sustitución de la droga en operaciones de entrega vigilada podría sintetizarse así:

1º.- Es precisa autorización judicial (arts. 18.3 de la Constitución y 579.1 y 583 L.e.cr.)<sup>31</sup>.

2º.- La detención del paquete se podría delegar en la Policía Judicial, pero no la apertura, que se realizaría en presencia del Juez y ajustándose, en lo posible, al procedimiento establecido por el art. 586.

No serían, en cambio, aplicables, ni las disposiciones acerca del destino inmediato de los objetos y documentos hallados en el paquete, relevantes o no para la causa, contenidas en los arts. 586 y 587, puesto que en este caso el paquete se tendría que reconstruir para ser puesto de nuevo en circulación, ni tampoco y muy especialmente, las disposiciones de los arts. 584 y 585 acerca de la citación del interesado, pues, como he dicho, tal citación resulta incompatible con la propia finalidad de la operación de entrega vigilada.

La entrega vigilada con sustitución de la droga se convierte, ciertamente, en una actuación que comporta injerencia en el derecho al secreto de las

---

<sup>31</sup> Nada habría que reprochar, por tanto, a la S. de 22 de diciembre de 1995 que anuló una condena basada en una entrega vigilada previa apertura del paquete sin autorización judicial; sorprende, además, que después de abierto el paquete no se sustituyó la droga, por lo que no se alcanza a entender la razón de la apertura.

comunicaciones. Pero el régimen jurídico expuesto es plenamente conforme con la exigencias constitucionales que se ciñen a la necesidad de resolución judicial y que no imponen, por tanto, la citación del interesado. Este último es un requisito legal ciertamente encaminado a reforzar la garantía del secreto, pero, al no venir impuesto por la Constitución, la Ley puede prescindir de él si resulta incompatible con la finalidad de una actuación procesal determinada. No obstante, debe reconocerse que la sustitución de la droga en operaciones de entrega vigilada comporta un sacrificio de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones de mayor intensidad que la ordinaria diligencia de detención y apertura de paquetes postales, al prescindirse en aquélla de la citación del interesado que es preceptiva para esta última.

Esta consideración no excluye de modo absoluto la legitimidad de las operaciones de entrega vigilada en las que, sin citación del interesado, se haya abierto el paquete para sustituir la droga, pero sí obliga a hacer especial hincapié en las exigencias de *proporcionalidad* que deben respetarse al adoptar la medida. De acuerdo con estas exigencias, las operaciones de entrega vigilada con apertura del paquete para sustituir la droga sólo serán constitucionalmente legítimas si:

1º.- La apertura se realizó con autorización judicial y en presencia del juez, debiendo éste abrir personalmente el paquete. La falta de resolución judicial convertiría la medida en lesiva del secreto de las comunicaciones, con las consecuencias que de ello derivan conforme al art. 11.1 LOPJ; y quizá, aunque esto pueda ser discutible, las mismas consecuencias debería llevar aparejada la ausencia del juez en el acto de la apertura.

2º.- La decisión judicial sólo será legítima en actuaciones encaminadas a descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de un delito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas (precursores). El art. 263 bis sólo autoriza el sacrificio del secreto de las comunicaciones que la sustitución de la droga comporta en las investigaciones por este tipo de delitos, luego una operación de entrega vigilada con apertura de paquete postal en actuaciones de averiguación de otros delitos sería lesiva del derecho fundamental.

3º.- El delito debe ser de cierta importancia (art. 263 bis), no estando justificado el sacrificio del secreto de las comunicaciones para delitos de escasa entidad. Quizá haya que tener en cuenta factores como la cantidad y calidad de la droga que presumiblemente contiene el paquete, o la existencia o no de una amplia red organizada, etc.

4º.- La operación de entrega vigilada debe aparecer como *idónea* para alcanzar la finalidad deseada. Aquí deberá valorar el juez las probabilidades de

éxito de la operación, en función de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta el sistema de vigilancia que se haya diseñado. No estaría justificado asumir el sacrificio del secreto de las comunicaciones que la apertura del paquete entraña si puede deducirse de las circunstancias del caso que la operación de entrega vigilada, tal y como está diseñada, no resultaría idónea para alcanzar la finalidad de identificación de los partícipes en el delito.

5°.- Y, en fin, la operación de entrega vigilada con sustitución de droga debe aparecer como *necesaria* a los fines de la investigación. Este presupuesto de la *necesidad* se puede proyectar tanto sobre la operación de entrega vigilada en sí misma, es decir, la necesidad de la operación para identificar a los delincuentes, como sobre la *necesidad* de la sustitución de la droga, en función de los riesgos que comporte renunciar a dicha sustitución. Así, serían ilegítimas las operaciones de entrega con sustitución de droga (y el correspondiente sacrificio del secreto de las comunicaciones) cuando la identificación de los delincuentes pudiera efectuarse por otros medios menos gravosos y también cuando, aun pudiendo considerarse *necesaria* la operación de entrega vigilada, no lo fuera la sustitución de la droga porque, a la vista de las circunstancias del caso y del dispositivo de vigilancia montado, pudiera presumirse que el riesgo de pérdida de la droga resulta insignificante.