

**PENAL**

**DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA.  
ENTREGA VIGILADA  
(CASO PRÁCTICO)**

**Núm.  
96/2006**

**ÁNGEL MUÑOZ MARÍN**  
*Fiscal*

### ***ENUNCIADO***

---

En la terminal del aeropuerto de Barajas, y procedente de Bogotá, en un vuelo de la compañía Iberia, es detectado un paquete con el número de conocimiento aéreo XXX, en el que aparecían como remitente Samuel y como destinatario Adolfo, constando como lugar de recepción el de un almacén que el mismo poseía en la localidad de Móstoles. Detectada la presencia de sustancia estupefaciente por los perros de la Guardia Civil, se solicitó del Juzgado de Guardia de Madrid un mandamiento judicial de entrega controlada del paquete. El magistrado del Juzgado de Guardia mediante el oportuno auto autorizó la entrega vigilada del paquete. Personado Adolfo en el aeropuerto procedió a la recogida del paquete, siendo en todo momento controlado por efectivos de la Guardia Civil que procedieron a su seguimiento, siendo finalmente detenido al descargar el mismo en un almacén que él mismo poseía en la localidad de Móstoles.

Se procedió a la apertura del paquete en el Juzgado de Móstoles, en presencia del acusado, del Juez de Instrucción y del Secretario Judicial, teniendo un peso de 50 kilos, encontrándose en él diversas figuras de artesanía, en cuyo interior se ocultaba sustancia estupefaciente que una vez analizada resultó ser cocaína con un peso de siete kilos y una pureza del 68 por 100.

### **CUESTIONES PLANTEADAS:**

Delito cometido y cuestiones procesales que se plantean.

### ***SOLUCIÓN***

---

No existen a primera vista excesivas dificultades para la resolución del supuesto planteado, pero sí es necesario realizar respecto al mismo alguna precisión. Por una parte se pueden suscitar cuestiones de derecho sustantivo, y en segundo lugar de derecho procesal.

Las cuestiones a abordar respecto a las normas de derecho sustantivo se limitan a la calificación jurídica del delito, así como al grado de ejecución del delito.

Respecto del delito cometido, baste señalar que el mismo se encuentra tipificado en el artículo 368 del Código Penal (CP), y más concretamente en su inciso primero que se refiere a las sustancias que causan grave daño a la salud, como lo es la cocaína, tal y como viene recogido en las listas I y IV de la Convención Única de 30 de marzo de 1961, ratificada por España mediante Instrumento de 3 de febrero de 1966, modificada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972.

Seguidamente llamar la atención sobre la cantidad de la droga intervenida a los efectos de las agravaciones recogidas en el artículo 369 del CP. La cantidad de droga intervenida es de siete kilos con una pureza del 68 por 100, lo que conllevaría que la sustancia real sería de 4,76 kilos, por lo que sería de aplicación la agravación contenida en el número seis del referido artículo (notoria importancia). Ahora bien, dada la cantidad de droga intervenida cercana a los cinco kilos cabría plantear la posibilidad de aplicar el tipo contenido en el artículo 370.3, para el caso de que las conductas contempladas en el artículo 368 fueran de extrema gravedad, apuntando el referido precepto que hay que considerar como conductas de extrema gravedad, entre otras, aquellas en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada de notoria importancia. En el caso que nos ocupa hay que rechazar de plano dicha posibilidad ya que la cantidad de 4 kilos hay que considerarla como de notoria importancia a los efectos contemplados en el número 6 del artículo 369, pero en modo alguno en el artículo 370, amén de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) (STS de 15 de septiembre de 2005) ha venido entendiendo que para la aplicación del artículo 370 del CP no bastaría con que nos halláramos ante una determinada cantidad de droga que excediere gravemente de las cuantías existentes para la notoria importancia, sino que la misma debería concurrir junto con otros elementos cuales son la utilización de grandes medios de transporte como serían los buques y aeronaves, o se hayan llevado a cabo simulando operaciones de comercio internacional entre empresas.

La segunda cuestión de derecho sustantivo que podemos plantear es la referida al *grado de ejecución del delito cometido*. Se podría argumentar que al haber estado durante todo el operativo Adolfo controlado por los efectivos de la Guardia Civil, realmente en ningún momento llegó a tener la plena disponibilidad de la droga y, por tanto, por aplicación de lo establecido en el artículo 16 del CP, habría que considerar como cometido el delito en grado de tentativa. Nuevamente la respuesta ha de ser negativa. Es pacífica la doctrina emanada por el TS en el sentido de que el delito contemplado en el artículo 368 del CP es un delito de los considerados de riesgo o de peligro abstracto y, por tanto, de consumación anticipada. Ello en base a que al ser el bien jurídico protegido la salud pública, la misma se encuentra ya amenazada desde el momento en que la droga inicia su circulación con vista a la entrada en el mercado. Observemos que si ya de por sí la simple elaboración de la misma, destinada al tráfico, supone un peligro para la salud pública, con más motivo lo será el hecho de constituirse como destinatario de la misma, y por tanto, como eslabón final de la cadena de elaboración y distribución. Nos encontramos en definitiva con un tipo delictivo de consumación anticipada en el que no es precisa para su consumación una posesión material de la droga, sino que basta con que dicha posesión sea potencial, y que dicha posesión facilite aun de forma indirecta la llegada de la misma al consumidor.

Es cierto que la jurisprudencia ha abierto una puerta a la posibilidad de conductas en grado de tentativa respecto al delito de tráfico de drogas, pero siempre delimitándolas a supuestos muy concretos. En tal sentido, la STS de 12 de mayo de 2001 entiende que, en los casos de envío de una sustancia de un lugar a otro, se considera que desde que una de las partes pone en marcha el mecanismo de transporte el delito queda consumado. Es decir, en aquellos casos en que la intervención del acusado se manifiesta en un momento posterior al inicio del movimiento de la sustancia estupefaciente, como pudieran ser los meros transportistas contratados por los organizadores, si éstos fueran detenidos antes de tener la disponibilidad sobre la sustancia, podría considerarse la conducta como realizada en grado de tentativa. En este caso, entendemos que Adolfo participa en la difusión de la droga desde el comienzo de la misma, y por tanto su responsabilidad comienza en este momento, teniendo una posesión mediata sobre la misma.

Una vez contestadas las cuestiones relativas al derecho sustantivo, pasaremos a abordar las referentes al derecho procesal, y que vienen a resumirse en los posibles problemas de competencia que pudieran plantearse entre los Juzgados que han intervenido durante las actuaciones descritas; y en segundo lugar, si del relato de hechos se pudiera derivar alguna infracción, bien de índole constitucional, o de legalidad ordinaria.

A tenor de lo descrito en el relato de hechos, dos son los Juzgados que intervienen en los mismos; por una parte el Juzgado de Guardia de Madrid, que es el que autoriza la entrega vigilada, y por otro lado el Juzgado de Móstoles que procede a la apertura del mismo. Por lo tanto, la cuestión a dilucidar es cuál de los dos Juzgados tiene la facultad de proceder a la instrucción de las actuaciones, y si el Juzgado de Móstoles estaba capacitado para proceder a la apertura del paquete, cuando había sido el Juzgado de Guardia de Madrid el que había autorizado la entrega controlada del mismo. El artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) en su apartado segundo señala como competente para la instrucción de las causas al Juez de Instrucción del partido en el que el delito se hubiere cometido; en definitiva, el punto de conexión determinante es el llamado *forum delicti commissi*. Este precepto, que es claro en cuanto a su contenido, puede presentar ciertas dificultades a la hora de aplicarlo a los delitos contra la salud pública, ya que, no olvidemos, el artículo 368 del CP castiga todas aquellas conductas que se manifiestan desde la elaboración de las drogas, hasta el momento en que aquéllas llegan al destinatario final, al consumidor. La doctrina del TS al respecto podemos concretarla en el sentido de que en los supuestos de transporte y viaje de sustancias estupefacientes, desde el momento en que inician su tránsito, están determinadas a llegar a poder de un determinado destinatario, que no va a ser otro que el poseedor mediato de las mismas. El problema realmente se plantea en delitos como el tráfico de drogas, de resultado cortado o consumación anticipada; ya que desde que la droga entra en territorio nacional se presume la disponibilidad potencial sobre la misma; en este caso sobre el paquete que contiene la cocaína. Entiendo que, en este caso, la competencia habría que deferirla al Juzgado de Móstoles, ya que es el lugar a donde iba destinada la droga, y en el paquete constaba como lugar de destino el almacén que Adolfo poseía en dicha localidad.

De cualquier forma, también podríamos acudir a lo establecido en el artículo 15 de la LECrim., que señala que en aquel caso en que no conste el lugar donde se ha cometido el delito será competente el Juzgado del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto las pruebas

materiales del delito. Es obvio que las pruebas han sido descubiertas en la localidad de Móstoles, lugar donde se procede a la apertura del paquete remitido.

De cualquier forma, también sería postulable la competencia de los Juzgados de Madrid, al ser un Juzgado de dicha demarcación el que procedió a la autorización de la entrega controlada ante la sospecha de que en el interior del paquete hubiera droga.

Finalmente, y en cuanto a la posible infracción de normas de carácter constitucional o procesal, entendemos que no se han producido. Conviene recordar que el Pleno del TS de fecha 17 de enero de 1996 acordó que en la apertura de paquetes postales era preciso que se cumplieran las prescripciones contenidas en el artículo 579 y siguientes de la LECrim. Por su parte, la STS de 4 de marzo de 1997 establece un catálogo de requisitos que se deben cumplir a la hora de registrar la correspondencia privada, y que pueden resumir en la existencia de un auto motivado que acuerde la detención y apertura de la correspondencia, el cual deberá atender a criterios obvios de proporcionalidad; la inmediata remisión al Juzgado Instructor de la causa; y la apertura por el Juez y a presencia del interesado, salvo en los supuestos descritos en el artículo 585 de la LECrim. Hay que señalar que el artículo 263 *bis* de la LECrim., a raíz de la reforma producida por Ley Orgánica 5/1999, no exigía en los supuestos de entrega vigilada la presencia del destinatario. Es obligado señalar que aun cuando nos hemos estado refiriendo a correspondencia postal, los paquetes postales tienen tal cualidad. Sin embargo, en el presente caso, no estamos en presencia de un paquete postal, ni de correspondencia personal, sino ante un transporte de mercancías, cuyas características en nada coinciden con el paquete postal. Pese a ello, una vez procedida a la detención de Adolfo, la apertura del paquete se realizó en su presencia y ante el Juez de instrucción, y a presencia del Secretario Judicial, con lo cual se respetaron escrupulosamente todas las garantías.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 14, 15, 263 bis y 579.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16, 368, 369.6 y 370.
- SSTS de 4 de marzo de 1997, 12 de mayo de 2001 y 15 de septiembre de 2005.