

LA ENTREGA VIGILADA COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA

MARTA DEL POZO PÉREZ*

RESUMEN

Este ensayo se ocupa de analizar la técnica de la *entrega vigilada* como medio extraordinario de investigación de la delincuencia organizada dentro del proceso penal. El artículo brevemente examina el fenómeno de la delincuencia organizada, mostrando la eficacia de dicho instrumento de investigación para combatirla.

Palabras clave: Delincuencia organizada, Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, instrumentos probatorios, entrega vigilada.

ABSTRACT

This essay analyzes *controlled delivery* as an extraordinary means of investigation of organized delinquency within penal processes. The article briefly examines the phenomena of organized delinquency, demonstrating the efficiency of *controlled delivery* in dealing with it.

Key words: Organized delinquency, proofs collecting instruments, Criminal Judgment Spanish Law, controlled delivery.

INTRODUCCIÓN

La técnica de investigación de la entrega vigilada como medio de averiguación, tanto de hechos delictivos como de los presuntos autores de los mismos, se utilizará como medio extraordinario de investigación en el proceso penal, con la finalidad de permitir, fundamentalmente, la persecución de las redes de delincuencia organizada. Esto puesto que los sistemas tradicionales y clásicos, que resultan propios del Estado liberal de derecho, devienen ineficaces por las peculiares características de estas tramas que crean un complejo sistema a su alrededor con la finalidad de permanecer en la clandestinidad, borrar sus huellas y conseguir mantener la impunidad de sus actividades.

* Doctora en Derecho; profesora ayudante en el Área de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca; profesora de Derecho Procesal Penal del Centro de Formación de la Policía de Ávila.

Es necesario, por tanto, describir, aunque sea brevemente, este fenómeno del crimen organizado, puesto que de la comprensión del problema que nos ocupa, podremos entender las nuevas soluciones, entre las que se encuentra la técnica de la entrega vigilada que, precisamente, constituye nuestro objeto de estudio.

Resulta evidente que la criminalidad organizada es un fenómeno sociológico creciente, que va evolucionando de forma paralela a la sociedad postindustrial (Delgado, 2001: 21), y preocupante para nuestra sociedad actual; sus riesgos son extraordinarios no solo para la propia seguridad individual de los ciudadanos sino para el conjunto del Estado de derecho. Este tipo de delincuencia es un fenómeno relativamente nuevo y que presenta importantes diferencias respecto a las ya conocidas formas tradicionales de llevar a cabo los ilícitos (Fabián, 1998: 35-36).

Es patente, además, que la desaparición de las fronteras interiores en el seno de la Unión Europea genera una libertad en la circulación de personas, capitales, bienes y servicios, pero al mismo tiempo produce un incremento de la delincuencia, que resulta cada vez más peligrosa, sofisticada y tecnológica; se generan auténticas redes organizadas que manejan grandes sumas de capital y que operan en diversos Estados.

Nuestro concepto¹ de delincuencia organizada se delimita a través de una serie de características a las cuales consideramos que responde la estructura organizada y jerarquizada de poder que se crea con la finalidad de cometer delitos, es decir la organización criminal²:

I. Disposición de extraordinaria cantidad tanto de medios personales como materiales. Es evidente que esta característica determina la facilidad para delinquir de dichas organizaciones, extraordinariamente superior a la que puede poseer una persona individual.

1 En Gómez de Liaño (2004: 69) se indica que “organización criminal o delincuencia organizada en sentido estricto, no es sinónimo de banda criminal o delincuencia asociativa en sentido amplio”. Determina una serie de diferencias entre unas y otras: en las bandas el delito viene determinado por el autor, en la organización criminal lo impone el cliente, se planifica y racionaliza el hecho delictivo al milímetro; en las bandas las personas que lo integran responden a un número reducido con un fundamental papel de las relaciones personales, en las organizaciones sucede lo contrario, es decir, se sustituyen e intercambian sus componentes; las bandas tienen una vida muy breve, en las organizaciones se perpetúan los dirigentes y la propia estructura sobre el propósito puntual delictivo; la organización criminal tiene una fuerte jerarquía, códigos de conducta y estabilidad organizativa, cuestión que no sucede en las bandas; y finalmente, las bandas poseen un ámbito geográfico local, sin embargo el crimen organizado suele actuar a nivel internacional. En este sentido puede verse, además Arlacchi, P. (1985: 87).

2 Kellens, G. (1989: 285), habla únicamente de cinco características; estas son: organización jerárquica, intimidación, leyes y sanciones internas, blanqueo del dinero criminal y compra de funcionarios.

Son entramados complejos con estructuras jerarquizadas y estratificadas³ que manejan enormes sumas de dinero, y que poseen la última tecnología que existe en el mercado, podríamos decir que son "delincuentes sofisticados". Se producirá una división del trabajo entre los distintos miembros de la organización, que poseen una altísima capacidad delictiva, lo que redundará en la facilidad para diluir la responsabilidad penal individual en el seno de la organización.

Asimismo, el entramado estructural está preparado para proteger a los dirigentes de la organización que son los que deciden y a los cuales resulta altamente complicado acceder. Estos "cerebros de la organización" distribuyen los roles en función de las aptitudes de cada uno de los individuos, que se encuentran sometidos a una férrea jerarquía, disciplina y control interno (Gómez de Liaño, 2004: 48). Los integrantes de la estructura ilícita están vinculados frecuentemente por complejas relaciones de lealtad y confianza, por ello, en multitud de ocasiones, dichas organizaciones se desarrollan entre miembros de la misma cultura, secta, comunidad étnica o regional e incluso de la misma familia (Arlacchi, 1985: 86); esto les lleva a actuar en secreto, lo que dificulta, aún más, las investigaciones de sus actividades ilícitas.

Con frecuencia, se produce además, lo que resulta altamente preocupante, el reclutamiento de jóvenes de ambientes marginales para participar en las actividades delictivas⁴, con la promesa de obtención de ganancias e incluso de la posibilidad de avanzar en el seno de la organización; piénsese en los jóvenes "correos de la droga".

2. Desaparición de las huellas y vestigios del delito⁵. Dada la anterior característica, es evidente que las organizaciones criminales poseen gran cantidad de medios a su disposición para tratar de que desaparezcan las huellas de los delitos que se hayan podido cometer; de esta manera, al destruir las posibles evidencias del ilícito generan una dificultad extraordinaria, tanto para llevar a cabo la investigación del delito, como para que después, si fuese necesario por la apertura del juicio oral, pueda realizarse la prueba.

Tradicionalmente, los presuntos autores de un hecho punible han tratado de ocultar sus huellas, con la finalidad de evitar ser descubiertos. Esto es aún más acusado en las redes de delincuencia organizada por la gravedad de sus ilícitos y el peligro que supone para la organización que pueda descubrirse alguna de sus múltiples actividades ilícitas.

-
- 3 Blanco Cordero, I. (1997: 216) indica que pueden considerarse como "auténticas empresas criminales".
 - 4 Arlacchi (1985: 87) habla de la existencia de un proceso de integración vertical entre dos fenómenos; por un lado, la criminalidad organizada y por otro, la delincuencia común y de menores.
 - 5 Anarte Borrallo, E. (1998: 102) indica que la delincuencia organizada tiene una extraordinaria capacidad para inocuar por muy diversas vías el control de la misma, siendo este un enorme escollo que dificulta la prueba.

Fassone (1997: 419) habla de que "las asociaciones criminales han elevado a ciencia este empeño".

La situación que acabamos de describir se une a que a una organización delincuencial no le preocupa, en manera alguna, utilizar cualquier método, por lesivo que sea, para tratar de eliminar los vestigios de sus ilícitos, tratando así de evitar ser descubiertos, investigados y, en su caso, posteriormente juzgados. Con ello, nos referimos a que en ocasiones una faceta más de la actividad delictiva es la llamada a ocultar o suprimir posibles fuentes de prueba que puedan en el juicio oral convertirse en medios de prueba. Habrá determinados individuos pertenecientes a la organización que tendrán encendida dicha tarea. Para llevar a cabo sus propósitos no dudan en amenazar, extorsionar, chantajear, secuestrar a familiares de posibles futuros testigos, producir graves lesiones e incluso, en el peor de los casos, matar a aquellos que resulten potencialmente peligrosos para la organización. De este modo buscarán evitar los esfuerzos del Estado y de los poderes públicos para aplicar la Ley.

Esta característica vendrá íntimamente unida a dos que analizaremos con posterioridad. Me refiero, por un lado, a la indiscriminada violencia con la que actúan, y por otro, a los intentos de convertir en corruptos a personas que ocupan puestos de responsabilidad en el sistema. En ambos casos, o bien, con la finalidad que nos ocupa, es decir, eliminar rastros, contribuyendo a la impunidad, o bien, buscando facilitar, lo máximo posible, la realización de las conductas delictivas que estaban programadas.

3. Empleo de la violencia. A través de la realización de conductas violentas de todo tipo, usando tanto la violencia respecto a las cosas como a las personas, cada banda de delincuentes organizados pretende mantener un cierto *status de poder* en el conjunto de la criminalidad de la que estamos hablando. Resulta indudable, que, como en cualquier ámbito de la vida, existe férrea competencia en el mercado, en este caso de bienes ilícitos. Piénsese en el tráfico de drogas, armas o personas. Por ello, hay que mantener una posición preponderante en el seno de dichas relaciones.

De dichas actividades se obtienen las ganancias⁶ que permiten mantener la organización y proteger a sus dirigentes, con lo cual, uno de sus objetivos será controlar la parcela delincuencial a la que dedique sus esfuerzos; para ello, no dudarán en utilizar la violencia, incluso en sus más altos grados y, una vez más, la necesidad de dicho control y mantenimiento de la posición dominante, en un determinado sector o lugar geográfico, delimitará el incremento de las infracciones penales.

Arlacchi, (1985: 86) lo define muy bien cuando indica que la sociedad no presta, a este tipo de organizaciones, ni agentes de policía, ni tribunales, ni códigos de comercio, que

⁶ Gómez De Liano (2004: 57) indica que "en las organizaciones criminales, el delito carece, por sí mismo, de importancia al constituir únicamente un instrumento para procurar un fin material de lucro".

tengan por finalidad el garantizar la seguridad de la propiedad y el respeto de las normas esenciales en materia económica. Con lo cual, lo que a cualquier empresario lícito y dedicado a actividades legales le garantiza el Estado, a través de las instituciones citadas anteriormente, debe, en este caso, conseguirlo la organización a través de medios ilícitos y violentos que protejan sus intereses. Estas redes no dejan de ser un negocio, ilegal, pero al fin y al cabo la delincuencia organizada, tal y como se estructura, podría definirse como una gran empresa que actúa en un ámbito ilícito de la economía, traficando, como parte de su actividad, con bienes *extra commercium*.

4. Influencia negativa sobre el sistema: corrupción. La peculiar criminalidad que estamos analizando dedica, con relativa frecuencia, parte de sus esfuerzos a tratar de eludir la acción de la legalidad y la justicia por medio de la corrupción de personas situadas en puestos de responsabilidad. Hablamos de políticos, jueces u operadores económicos, tanto en entidades públicas como privadas (Jiménez Villarejo, 1998: 62).

Jiménez Villarejo (1998: 97) recoge la definición de corrupción que acuerda el Grupo Multidisciplinario sobre la Corrupción⁷: "Comprende las comisiones ocultas y otras conductas de las personas investidas de funciones públicas o privadas que hayan infringido los deberes a que legalmente están obligados con el fin de obtener beneficios ilícitos de cualquier clase, para sí o para otro".

Es evidente que su enorme poder económico acabará por tentar a determinados individuos que pueden participar en la toma de algunas decisiones que, o bien, pueden entorpecer su actividad ilícita, o bien, pueden favorecerla.

Lo que realmente resulta preocupante por el evidente riesgo, es la decisiva influencia, debido al manejo de considerables recursos monetarios⁸, que pueden generar en la vida política, económica y social de un Estado, especialmente si es subdesarrollado o se encuentra en vías de desarrollo.

A esta situación, hay que añadir aún otra distorsión más que pueden producir las bandas organizadas en el sistema de un país. Nos referimos a los posibles problemas económicos, por la estimulación de la economía sumergida⁹, que pueden generarse en el mercado financiero de un Estado por la entrada de importantes inyecciones de

7 Creado por acuerdo del Consejo de Ministros del Consejo de Europa en junio de 1994, la citada definición se acordó en su primera sesión celebrada los días 24 y 25 de febrero de 1995.

8 Gómez De Liaño Fonseca-Herrero (2004: 58) indica que sus ganancias económicas, en ocasiones, son superiores al PIB de países como Colombia, Perú, Bolivia o Pakistán, además cita un dato aportado por Barbero Santos, M. en la presentación a la obra *Criminalidad organizada*, Gabinete del Rector de la Universidad de Castilla la Mancha, 1999, p. 6, que señala que los beneficios del crimen organizado en Europa se elevan a 500.000 millones de dólares, lo que resulta equivalente al PIB Español.

9 Delgado Martín, J. (2001:25), Díez Ripollés, J. L. (1994: 609) y Fabián Caparrós, E., (1998: 56).

capital que en su origen proceden de conductas ilícitas, pero que han sido sometidos a un blanqueo de capitales; es decir, se intentan revestir de apariencia legal sus beneficios ilícitos. De esta manera, lo más frecuente es que se produzca una mezcla de actividades legales e ilegales en la misma organización criminal.

5. Extensión a múltiples ámbitos de la actividad económica. De acuerdo con las características de una organización delincuencial como la que venimos analizando, gran nivel económico, multitud de individuos, estratificada y jerarquizada, esta tiene que tender a diversificar su actividad delictiva; resultaría absurdo entender que esta especie de "empresas de lo ilícito" se dedique únicamente a llevar acabo un único y concreto tipo ilícito; las actividades en las cuales resulta más frecuente que opere la delincuencia que nos ocupa podrían ser las siguientes: elaboración y tráfico de estupefacientes, el tráfico de personas con finalidades ilegales, por ejemplo la trata de blancas para convertirlas en prostitutas¹⁰ o la de inmigrantes para el suministro de mano de obra ilegal, el tráfico y la venta de niños, el comercio ilegal de todo tipo de armas: ametralladoras, fusiles, misiles, explosivos e incluso material radiactivo o apto para fabricar bombas, tráfico de especies animales protegidas, terrorismo, blanqueo de capitales, contribución a la corrupción, extorsión de enormes sumas de dinero a cambio de protección, esto es frecuente que se realice sobre comerciantes y pequeños empresarios, y, por último, comercio con el producto de la actividad criminal, por ejemplo venta de vehículos de lujo o de obras de arte e incluso la comercialización de artículos falsificados, así como delitos informáticos o de lesión en masa a la propiedad intelectual a través de la copia y distribución ilegal de programas informáticos, CD o DVD.

6. Internacionalización y transnacionalización¹¹. En la actualidad existen dos fenómenos que han contribuido a la expansión de las bandas organizadas, más allá de las fronteras de un Estado. Nos estamos refiriendo, por un lado, a la liberalización del comercio, lo que significa la eliminación de fronteras en el seno de la UE y la libre circulación de personas, bienes y servicios, y, por otro lado, al enorme desarrollo de las comunicaciones. Ambas situaciones permiten a la delincuencia organizada instalararse en varios Estados, lo que va a incrementar de manera extraordinaria las dificultades, ya de por sí existentes para perseguir y controlar las citadas redes delictivas. Este primer fenómeno sería, por tanto, la internacionalización o, lo que es lo mismo, que una única banda organizada lleva a cabo su actividad ilegal en el territorio de más de un Estado¹². Como ejemplo puede pensarse en las redes que roban vehículos de lujo en

10 En el Diario el Mundo del 30 de marzo de 2000, en su p. 42 se indica que más de un millón de niñas y mujeres fueron vendidas durante 1999, la ganancia para las redes de prostitución fue de cerca de un billón de pesetas, además se añade que es el negocio delictivo que mayor crecimiento, a nivel mundial, está experimentando.

11 Son dos fenómenos distintos, así lo indica Delgado Martín, J. (2001: 29).

12 Europol alerta de que el incremento de Estados miembros de la UE va a suponer "una oportunidad para los grupos de delincuencia organizada de buscar nuevos mercados criminales y, al mismo tiempo, les facilitará nuevos territorios donde organizar sus actividades".

España o Francia para después venderlos en países de Europa del Este, o viceversa; lo mismo sucede con las organizaciones de trata de blancas que es frecuente que "recluten" a chicas en países del Este con falsas promesas de trabajo, para trasladarlas a España, donde van a dedicarse a ejercer la prostitución, bajo amenazas, coacciones, extorsiones y maltratos.

Esta situación resulta lógica. Venimos avanzando que las organizaciones que nos ocupan son verdaderas empresas de lo ilegal, lo que hace lógico que deseen expandir su actividad a un mayor ámbito geográfico, teniendo en cuenta, además, que pueden intentar delinquir donde la presión policial es menor y puede resultar más fácilmente impune su conducta.

Sin embargo, es el otro fenómeno que venimos analizando el que más llama la atención. Me estoy refiriendo a la transnacionalización¹³ o, lo que es lo mismo, la cooperación entre diversas bandas organizadas (Fabián, 1998: 56; Choclán, 2001: 234), incluso de diferentes nacionalidades, para facilitar la ejecución de determinadas conductas delictivas. Normalmente se pondrán de acuerdo redes que no compiten entre sí por el mismo mercado ilícito, sino que llevan a cabo actividades heterogéneas (Gómez de Liaño, 2004: 54). Esta preocupante situación dificulta de manera extraordinaria la persecución de este terrible fenómeno delincuencial. Piénsese, por ejemplo, en una red dedicada mayoritariamente al blanqueo de capitales que puede prestar su colaboración a otra banda que trafique, por ejemplo, con droga, a los efectos de "lavar" el dinero producto de su actividad ilícita; o se me ocurre que una organización dedicada al tráfico de armas venda estas a otra para que lleve a cabo su actividad ilícita que puede consistir en tráfico de personas o sustancias estupefacientes.

Es evidente, por tanto, y tras la descripción que acabamos de realizar, que el derecho procesal penal ha de contar con nuevos medios que, en ocasiones, implicarán, incluso, una mayor limitación de las garantías y derechos fundamentales de los imputados, nuevas técnicas que resultarán eficaces en la lucha contra el crimen organizado¹⁴, pero que, sin embargo, deben contar con un estricto y férreo control jurisdiccional, teniendo en cuenta, además, que de afectar a un derecho fundamental, deben responder a los siguientes cuatro principios (en este sentido: Carta Informativa 1999/2 de la Asociación Internacional de Derecho Penal: 91):

1. Principio de legalidad, es decir, únicamente han de utilizarse aquellos mecanismos que tengan reconocimiento expreso por parte de una norma legal.

13 Se subraya que "la mayoría" de las policías de la UE han revelado la existencia de conexiones de sus mafias autóctonas "con grupos de delincuencia organizada españoles", sobre todo en lo referente al tráfico de cocaína y cannabis. Fuente: *Diario El País* de 6 de enero de 2004, que cita el *Informe anual sobre el Crimen organizado en la UE elaborado por Europol*.

14 Precisamente la Exposición de Motivos de la LO 5/1999 justifica el agente encubierto y la entrega vigilada y su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico "por la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra la criminalidad organizada."

2. Principio de subsidiariedad o lo que es lo mismo, dichas técnicas únicamente pueden y deben utilizarse en el supuesto de no contar con otro medio legal menos lesivo para alcanzar exactamente la misma finalidad.
3. Principio de proporcionalidad, es necesario, como para cualquier supuesto de limitación de derechos fundamentales respetarlo, teniendo en cuenta que los medios extraordinarios han de limitarse a los procesos por delitos considerablemente graves, no pueden utilizarse, evidentemente, para investigar los denominados "delitos bagatela"¹⁵. En este sentido y para el concreto caso de la entrega vigilada "en el caso de envíos de cantidades pequeñas de drogas por personas no implicadas en grupos organizados, la solicitud puede rechazarse en virtud del principio de proporcionalidad"¹⁶.
4. El principio de jurisdiccionalidad, como ya hemos indicado en líneas precedentes, se hace necesario observarlo especialmente, salvo, en su caso, excepciones tasadas y previstas, con fundamento en razones de urgencia; es decir, solo serán admisibles con la previa autorización judicial que además deberá ejercer un control estricto acerca del desarrollo de la misma.

El respeto a los principios descritos, así como la observancia de los límites y disposiciones legales que los regulan, mitigarán el riesgo importante que hay que asumir, dadas las peculiares características del crimen organizado y la extraordinaria lesividad que supone para la vigencia y el respeto de las necesarias garantías procesales de un Estado democrático de derecho. Hay que respetar las reglas del juego; en el proceso penal no vale todo, ni siquiera en la lucha contra redes internacionales de terrorismo o narcotráfico. Así se incluye en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica (5/1999 del 13 de enero) que introduce esta técnica de la entrega vigilada en nuestro ordenamiento jurídico, cuando indica, a nuestro juicio acertadamente, que: "por más abyectas que sean las formas de delincuencia que tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales".

Veremos que en este caso de la entrega vigilada¹⁷, el Estado es conocedor de un hecho delictivo retrasando la intervención inmediata de las autoridades para llevar a cabo la persecución del mismo; la finalidad buscada es, precisamente, indagar en la estructura y alcance de la organización criminal.

15 Vid. Gimeno Sendra, V. (2003: 252) que indica que la técnica de la entrega vigilada: "no se justifica [...], para combatir el 'menudeo' de droga, sino para descubrir organizaciones de narcotraficantes".

16 Manual de Europol de entregas vigiladas en la UE o *General Overview of Practice of Controlled delivery for the EU Member States and Accession countries*.

17 Art. 73 del Convenio de Schengen, art. 11 de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, art. 12 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal y art. 263 bis de la LECrim.

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA FIGURA

Son cada vez más frecuentes las remisiones de droga a territorio español desde otros países, con amparo en el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad que protege las cartas y paquetes postales en nuestro ordenamiento jurídico.

Con frecuencia, esta técnica es utilizada por organizaciones delincuenciales, siendo reconocido el envío por una persona que tiene una posición en el peldaño inferior de la estructura criminal, o bien, incluso, independiente de ella, a la que se contrata a los solos efectos de retirarlo. Lo interesante, en este caso, para el proceso penal no es detener al encargado de la recogida, sino observar cómo actúa tras esta y a qué lugar se dirige la remesa; de este modo, el Estado dejará circular el paquete hasta que averigüe la mayor cantidad de datos útiles relacionados con la estructura delictiva. Sin embargo, esta opción debe llevarse acabo protegiendo la remesa de cerca, a través de una vigilancia discreta para evitar que desaparezca.

La utilización de la técnica de la entrega vigilada debe funcionar creando un perfecto equilibrio entre la permisividad de circulación de la remesa, el riesgo de extravío de la sustancia, y el interés estatal. El interés está dirigido, por un lado, a aprehender la droga evitando su distribución entre los consumidores, y por otro, en el descubrimiento de los detalles de la estructura delictiva.

Las condiciones para poder llevarla a cabo son muy estrictas, teniendo en cuenta el significado de esta técnica de investigación y los resultados que pueden derivarse en caso de fallo de la vigilancia de las mercancías y de quienes las acompañan. En la práctica, debe prestarse una garantía de vigilancia permanente del transporte y de que se hará todo lo posible para seguir la pista de los responsables y hacer que comparezcan ante la justicia. El solicitante de la diligencia se comprometerá a incautarse de la sustancia objeto de la entrega vigilada y a arrestar a los implicados, en especial cuando exista el riesgo de que la misma pueda ser robada o tenga el peligro de una desaparición inminente en algún momento de la operación.

La entrega vigilada se define y regula¹⁸, a nuestro juicio de manera escasa e insuficiente, en el art. 263 bis de la LECrim, que indica lo siguiente:

Técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas, sustancias psicotrópicas, u otras sustancias prohibidas, o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de actividad delictiva de los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia

18 En los países de la UE existe regulación expresa en Francia, Alemania, Italia y Portugal y por aplicación de la Convención de Viena y Convenio Schengen se utiliza la citada técnica en Bélgica y Suiza.

obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias así como prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines.

Por tanto, el conocimiento de la existencia del delito es previo. La técnica se utiliza para conocer todos los datos posibles en relación al mismo. Una vez comprobada la ilicitud del contenido del envío se permite, con determinados requisitos, su circulación con el fin de obtener los mayores datos posibles de la red delincuencial, todo ello bajo un mecanismo de estricta vigilancia. De este modo, se produce un retraso en el deber vigente para todo ciudadano de denunciar de modo inmediato toda conducta delictiva de la que tenga noticia, así como en la obligación que toda autoridad tiene de proceder de manera inmediata a la comprobación y averiguación del hecho denunciado. Es decir, en este supuesto, a pesar de que el artículo que acabamos de citar equipara remesa ilícita a sospechosa de serlo, este extremo ha de estar acreditado; es un presupuesto necesario, el delito es conocido; no se pretende averiguar un delito, de cuya existencia no se tiene duda, sino la búsqueda de pruebas y datos, así como la averiguación de sus partícipes.

Es evidente que la entrega vigilada no es detención, observación, ni intervención de la correspondencia; ni tampoco una labor policial de seguimiento (Gómez de Liaño, 2004: 277-278 y 286-287). Es una diligencia de investigación diferente, alternativa y complementaria a ambas. Lo que la distingue de la primera de ellas es que, en nuestro caso, no se va a detener el curso del envío sospechoso, para proceder a su apertura y comprobar que en efecto portaba una sustancia o elemento ilícito, sino todo lo contrario, una vez constatada, a continuación veremos cómo, la ilegalidad del contenido de una remesa, se deja circular evitando una intervención inmediata. Hay que reiterar que el conocimiento previo de la ilegalidad de la remesa es un presupuesto necesario para la activación de esta técnica (Gimeno Sendra, 2000: 178). La distinción con la segunda es que en el supuesto del seguimiento policial se pretende constatar una inicial sospecha de un hecho delictivo que conllevará, en su caso, la detención de sus responsables. Por tanto, será necesario que la Policía compruebe de manera fehaciente que el contenido del envío¹⁹ es ilícito. La cuestión será ¿cómo hacerlo?

19 El conocimiento de que el envío se está produciendo y es ilícito podrá derivar de investigaciones previas que se estén llevando cabo, obteniendo los datos de un confidente, un agente encubierto, una diligencia de entrada y registro o de una intervención de las comunicaciones. Cosa distinta será que el servicio de correos o las empresas de transporte privado puedan entregar a las fuerzas y cuerpos de seguridad, listados de envíos sin autorización judicial. Es evidente que por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo en el caso *Malone*, el derecho al secreto de las comunicaciones incluye el conocimiento de la propia existencia de la carta o paquete postal, lo que implica una autorización judicial previa para obtener dichas listas. La captura de los llamados "datos externos" al contenido de la comunicación tiene la naturaleza de verdadera y propia interceptación. Por eso la inobservancia

Es evidente que se hace necesario distinguir si nos encontramos o no ante un envío sometido a la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones. Si nos encontramos con la garantía protectora del secreto de la correspondencia²⁰,

de las exigencias constitucionales y legales en la materia es determinante de la ilegitimidad de la información así obtenida. Por todas puede verse la STS 19 de febrero de 2007 al indicar lo siguiente: "Ambos derechos en presencia –el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad personal– tienen la categoría de fundamentales y, por ello, gozan de una protección reforzada frente a todo género de intromisiones, incluidas las que pudieran deberse a una iniciativa oficial. Esto hace que cualquier invasión de ese espacio, personalísimo y sobreprotectora, tenga que estar constitucional y legalmente justificada, sin sombra de duda. De lo que se sigue que el deber de justificar la constitucionalidad y la legalidad de cualquier intervención, como las consecuencias de una eventual falta de justificación, corren a cargo de quien la hubiera realizado. [...] Y el tenor del art. 18,3 CE hace patente que la garantía que él mismo establece con todo rigor, es de naturaleza formal y ampara esa clase de procesos en su totalidad, es decir, la propia existencia del acto comunicativo como tal, la identidad de los que participan en él y, por supuesto, el contenido del mismo. El Tribunal Constitucional, ya en su bien conocida sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, afirmó con rotundidad que "el concepto de 'secreto', que aparece en el art. 18,3 CE, no cubre solo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores"; recordando que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 2 de agosto de 1984, en el *caso Malone*, "reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación mismo". En este sentido se ha expresado el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 123/2002, de 20 de mayo, y en la mucho más reciente 281/2006, de 9 de octubre. Y esta misma sala en la de número 306/2002, de 25 de febrero."

20 Vid. STC 281/2006, de 9 de octubre: "La delimitación del objeto de protección del derecho reconocido en el art. 18,3 CE ha de partir de su propio tenor literal, del que derivan varias circunstancias. En primer lugar, que el citado artículo no alude al secreto postal sino al secreto de las comunicaciones postales y que identifica de forma individualizada las comunicaciones postales diferenciándolas de las telegráficas. Por consiguiente, no todo envío o intercambio de objetos o señales que pueda realizarse mediante los servicios postales es una comunicación postal, pues, de un lado, no se refiere al secreto postal y, de otro, también las comunicaciones telegráficas se mencionan expresamente en este precepto constitucional, siendo el servicio de telégrafos uno de los servicios prestados por los propios servicios postales. La noción constitucional de comunicación postal, es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante los servicios postales. De otra parte, ha de tenerse en cuenta que el término "comunicaciones" sirve para denotar el objeto de protección de este derecho constitucional sea cual sea el medio a través del cual la comunicación tiene lugar –postal, telegráfico, telefónico–; de modo que la noción constitucional de comunicación ha de incorporar los elementos o características comunes a toda clase de comunicación. En la medida en que los mensajes pueden expresarse no solo mediante palabras sino a través de signos o señales que componen otra clase de lenguajes, y dado que los mensajes pueden plasmarse no solo en papel escrito, sino también en otros soportes que los incorporan –cintas de casete o de video, cd,

dicha comprobación deberá llevarse acabo sin apertura de la misma, puesto que para esta, entre otros requisitos se exige la intervención judicial²¹. Serán los supuestos de:

Cartas y tarjetas postales. Con ello nos referimos, no solo a cartas sino también a cualquier tipo de correspondencia postal (en este sentido: Soto Nieto, F., 1996: 16).

Paquetes postales sin etiqueta verde. En este supuesto nos referimos al paquete postal cerrado que pueda contener mensajes o cuestiones de carácter íntimo o personal. Cualquier envío que pueda llevarse acabo tanto a través del Servicio Público de Correos y Telégrafos como por medio de entidades de transporte o mensajería de naturaleza privada²².

Por tanto, en estos casos habrá que acudir a narcotest²³, rayos x (SSTS de 2 de noviembre y 27 de diciembre de 1999), perros policías, etc. (ver la STS de 5 de febrero de

dvd, etc.-. La noción de correspondencia no puede quedar circunscrita a la correspondencia escrita. Se ha de dejar a la delimitación que la regulación legal sobre el servicio postal universal establece, que, al efecto, atiende a ciertas características externas y físicas –tamaño– del objeto de envío –sobres, paquetes–, en cuyo interior se introducen los soportes físicos de los mensajes –papeles, cintas, cd–”.

- 21 Vid. SSTS de 19 de noviembre de 1996 o la de 14 de octubre de 1999, que anula la apertura de cinco bultos, procedentes de Colombia por vía aérea, con un peso total de 247 kg por parte de la Guardia civil sin intervención judicial.
- 22 Muy crítico con la extensión de la garantía del derecho al secreto de las comunicaciones a los paquetes postales se muestra Vegas Torres (1997: 850 y 851). Indica que en dichos supuestos no existe “comunicación”, sino simple transporte.
- 23 Vid. STS 17 de mayo de 2003: “Mayor trascendencia tiene el argumento basado en el conocimiento de la sustancia transportada por parte de los servicios aduaneros alemanes. Esta Sala, recurriendo a las facultades que le confiere el art. 899 LECr ha podido comprobar que al folio 39 de las actuaciones aparece una “Declaración de servicio” (Dientliche Erklärung) en la que los funcionarios del servicio aduanero alemán explican las circunstancias del hallazgo y la comprobación realizada del contenido de las maletas. En dicha declaración se manifiesta que las maletas sospechadas fueron identificadas mediante perros rastreadores y que mediante perforación de una de ellas (la de marca “Eminent”), se obtuvo una muestra que fue sometida a un *test* Becton/Dykinson, cuyos resultados positivos respecto de la heroína constan al folio 40. De acuerdo con estas constancias, queda claro que al menos las otras dos maletas no fueron abiertas y nada impide valorar la prueba obtenida después de su apertura según las reglas del procedimiento español. Pero, además, no existe ninguna razón para pensar en la apertura de la maleta marca “Eminent”, aunque la cuestión sea, en verdad, solo secundaria. En efecto, si hubiera sido abierta solo cabría pensar en invalidar la prueba que de ella surge. Pero, la que surge de las otras dos, que no fueron abiertas, no se vería afectada. En todo caso, es claro que la obtención de una muestra del contenido de la maleta mediante una perforación, que debe haber sido insignificante, pues nadie la percibió, no vulnera ninguna de las garantías establecidas al respecto por el derecho español vigente, dado que es un procedimiento que no permite una manipulación del contenido de la maleta similar al que puede permitir su apertura.”

1997, sobre la utilización de un pequeño taladro), que permitan confirmar la ilicitud de lo contenido en el envío sin lesionar el citado derecho fundamental²⁴.

Si el envío no está sometido al secreto de las comunicaciones se podrá proceder a su apertura para constatar que porta una sustancia ilícita, sin necesidad de autorización judicial. Serán los supuestos de²⁵:

- a. Objetos abiertos.
- b. Objetos cuyo mero examen exterior permita deducir la naturaleza de lo que contienen, alejada de la comunicación²⁶.

24 STC 281/2006, de 9 de octubre: "En consecuencia, si lo que se protege es la comunicación humana en cuanto expresión de sentido, solo serán lesivas del derecho a la comunicación postal aquellas formas de acceso al contenido del soporte material que supongan formas de conocer el mensaje, mientras que no serán lesivos los procedimientos que, siendo aptos para identificar que el contenido del sobre o soporte sea un objeto ilícito, no lo son para conocer el mensaje mismo."

25 STC 281/2006, de 9 de octubre: "No gozan de la protección constitucional los objetos –continentes– que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancía, de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional. Ni tampoco gozan de la protección del art. 18.3 CE aquellos que pueden contener correspondencia pero la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos. Y puesto que lo que se protege es el secreto de la comunicación postal, quedan fuera las formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta. [...] El envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos, incluidos los que tienen como función el transporte de enseres personales–maletas, neceserios, bolsas de viaje, baúles, etc.– por las compañías que realizan el servicio postal no queda amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones –art. 18.3 CE–, pues su objeto no es la comunicación en el sentido constitucional del término".

Así lo indica en un Acuerdo del Pleno de la Sala II del TS de 4 de abril de 1995: "el reconocimiento de los envíos postales puede ejecutarse de oficio y sin formalidades especiales sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde y en general aquellos cuyo simple examen exterior permita deducir la naturaleza de la mercancía que contienen".

26 Por ejemplo: bidones con un peso de 10 kg que contenían cocaína (STS de 26 de marzo de 1997), caja de madera con 23.250 kg de cocaína (STS de 4 de abril de 1998), palet con drogas camufladas como si fuesen puzzles (STS de 25 de enero de 1999). En este sentido la STC 281/2006, de 9 de octubre indica lo siguiente: "el paquete postal procedente de Venezuela que fue interceptado en Gran Bretaña y sometido a entrega vigilada en España, no constituía el objeto de una comunicación postal o correspondencia a los efectos del art. 18.3 CE. Ni de sus características físicas ni de sus signos externos se infiere su destino a la transmisión de mensajes: se trata de una caja de cartón con 1500 g de cocaína, en la que no consta que contuviera correspondencia, ni signo alguno que lo evidencie. Ninguna vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones postales se ha producido porque las autoridades británicas accedieran a conocer su contenido y trasladaran la información a las autoridades

- c. Equipaje en marco de medios de transporte: maletas, bolsas de viaje, mochilas, neceseres. Pueden ser sometidos al control policial en sus funciones de prevención y averiguación de delitos en trenes, autobuses y aviones²⁷.
- d. Paquetes postales con etiqueta verde: en estos casos se ha aceptado de antemano la posibilidad de apertura para control del contenido, con lo cual se produce una renuncia expresa al posible derecho al secreto del contenido del paquete²⁸.

2. MODALIDADES DE ENTREGA VIGILADA

A nuestro juicio (Delgado Martín, 2000: 2-3) existen tres modalidades de entrega vigilada, al margen de la genérica que responde a la mera circulación y entrega vigilada en territorio nacional:

1. Modalidad positiva o activa.
2. Modalidad con sustitución de la sustancia o elemento ilícito.
3. Entrega vigilada internacional.

Veamos, brevemente, en qué consiste cada una de ellas:

2.1. MODALIDAD POSITIVA O ACTIVA²⁹

Es una categoría absolutamente prohibida en nuestro ordenamiento jurídico³⁰, puesto que consiste en controlar una sustancia o elemento ilícito no proveniente de una presunta organización delictiva, sino puesta en circulación por el propio Estado de derecho, *motu proprio*, a través de las fuerzas y cuerpos de seguridad; su ilicitud en nuestro ordenamiento jurídico puede fundamentarse, además de en los principios reguladores

españolas. También hay que descartar la eventual vulneración del derecho a la intimidad personal pues el paquete no hace mención de su condición de contener objetos personales o íntimos, y de sus características externas no se infiere que la finalidad del continente sea ésta; además, su inspección cumple las dos exigencias constitucionales impuestas: prevención legal y adecuación al principio de proporcionalidad.”

27 SSTS 17 de mayo de 2003, 7 de junio de 2002, 3 de octubre de 2002 y 12 de noviembre de 1998.

28 Vid. Soto Nieto, F. (1996); Vid. entre otras, SSTS 22 febrero de 2002, 19 de febrero de 2002, 24 de diciembre de 2001 y 1 de diciembre de 2000.

29 No ha de confundirse con la posibilidad de que un agente infiltrado maneje o transporte sustancias ilícitas o prohibidas que en ocasiones habrán sido proporcionadas por el propio Estado.

30 Vid. entre otros Delgado Martín, J. (2001: 142 y ss) y Gómez De Liaño (2004: 299 y ss).

de los fundamentos del Estado de derecho, en el propio contenido del art. 263 bis LECrim., regulador de esta medida.

En dicho precepto se indica con claridad que el objeto de control será lo conocido como remesa, que se refiere a la remisión o envío que de una cosa se lleva acabo de una parte a otra³¹, lo que excluye que el origen del mismo parte del propio encargado de hacer la entrega controlada, que no es otro que el propio Estado. Además, la redacción del artículo expresa todo lo contrario a una actitud pro activa de la policía en este caso, al indicar expresiones como “permitir”, “sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia”, lo que equivale a una posición pasiva de las fuerzas y cuerpos de seguridad (Delgado, 2001: 142; Rey Huidobro: 1999: 349). La actitud estatal debe limitarse a llevar acabo una omisión, a permitir que la sustancia circule bajo su estricta vigilancia, no a ponerla en circulación.

Lo expuesto debe reforzarse con la posibilidad de que, de admitirse, nos encontramos en supuestos de provocación al delito³², cuestión vedada de manera determinante, tanto por la legislación como por la jurisprudencia; además de las dificultades que se generarían relacionadas con el lugar de donde obtener la sustancia ilícita o prohibida que se pone en circulación, teniendo en cuenta que el citado artículo permite, en determinados supuestos que ya indicaremos, que la entrega se produzca a iniciativa de un mando policial sin control judicial, estaríamos creando con ello un grave riesgo de comisión de ilicitudes e irregularidades por parte de la Policía Judicial.

2.2. MODALIDAD CON SUSTITUCIÓN DE LA SUSTANCIA O ELEMENTO ILÍCITO

La realización de esta técnica de investigación puede suponer un alto riesgo de que desaparezca la sustancia prohibida que está siendo objeto de control; en este supuesto, la legislación prevé su sustitución por una de carácter inocuo; la LECrim. se refiere a remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, *las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas*³³. En este supuesto no estamos hablando de que el cambio de sustancia deba producirse siempre y en todo caso, en cualquier entrega vigilada: nada más alejado de la realidad; este factor no es un elemento estructural ni preceptivo (SSTS 24 de enero de 2002 y 27 de enero de 1998) de la técnica que nos ocupa sino una mera posibilidad (Vegas Torres, 1997: 862) que podrá utilizarse, con los requisitos que veremos a continuación, por razones de oportunidad, valorando el riesgo probable de desaparición o pérdida de la remesa que está siendo objeto de la diligencia.

31 Vid. www.rae.es

32 En este sentido Rey Huidobro, L., F. (1999: 361) estima que de admitirse estaríamos acogiendo en las disposiciones legales la figura del agente provocador.

33 La cursiva es mía.

Sin embargo, en esta modalidad podemos encontrarnos con una dificultad añadida: en el supuesto de que la remesa esté siendo trasladada a través de un medio protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones, hemos de tener en cuenta que para proceder a intercambiar las sustancias será necesario abrir la carta o paquete postal que las contienen, lo que únicamente puede hacerse respetando los requisitos regulados en la LECrim³⁴, puesto que así lo indica el propio art. 263 bis que solo exceptúa la utilización de las reglas generales en el supuesto de sustancias estupefacientes: "La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley"³⁵.

A nuestro juicio, este último inciso, *a sensu contrario*, permitirá, en teoría, la apertura de un envío postal en el que se conoce que se está transportando una sustancia o elemento ilícito fuera de las drogas y sustituirlo por otro inofensivo, siempre y cuando se respeten todos los requisitos recogidos en la ley para llevar a efecto la misma (autorización judicial para proceder a abrirlo y presencia judicial del destinatario y del secretario en la apertura), con lo cual no se excluye, en principio, la entrega controlada con sustitución de dinero o armas.

Cuando nos referimos a que en teoría esta categoría de entrega vigilada puede producirse sin las sustancias estupefacientes, deseamos indicar que en la práctica esta hipótesis resulta absurda, esto porque para poder llevar a cabo el cambio de sustancia se necesitará, de acuerdo al art. 584 de la LECrim., la presencia en la apertura del destinatario (LECrim, art. 585), con lo cual resultará ridículo llevar a cabo la sustitución³⁶, puesto que la diligencia en particular, y la investigación en general, se frustrarían al tener que convocarlo para que esté presente en la misma³⁷. Es evidente que, por su propia naturaleza y finalidad, la esencia de esta diligencia exige que permanezca oculta para el destinatario del envío y el resto de implicados en la trama. No puede eludirse la presencia del destinatario, salvo con la única excepción constituida por la renuncia o el ignorado paradero del mismo (SSTS de 10 de febrero de 1994 y 14 de octubre de 1999). El Tribunal Superior, como no podía ser de otro modo, indicó claramente que

34 No así si la remesa se transporta a través de envíos no sometidos al secreto de las comunicaciones.

35 Esta supresión es calificada de sorprendente en VVAA (1999: 316).

36 En este sentido Suiza Pérez, N., en VVAA (2006: 230) indica que "Dicho precepto prevé la citación del interesado al acto de apertura del paquete, lo que carece de sentido práctico para la operatividad de la entrega vigilada, ya que se frustraría la finalidad de su utilización".

37 En contra se manifiesta Gómez De Liaño (2004: 306 y ss.) quien indica que el requisito de la presencia del interesado queda excepcionado "en el concreto ámbito de las operaciones de circulación controlada". No podemos estar de acuerdo, la excepción es clara y taxativa, solo se prevé para el tráfico de estupefacientes, y en materia de limitación de derechos fundamentales no se puede aplicar la analogía ni la interpretación extensiva.

no puede ampararse la no comunicación al destinatario para que esté presente en la apertura, en la existencia del secreto del sumario³⁸, esto puesto que “el secreto sumarial no existe en los casos en que la LECrim. exige la intervención de las partes o de alguna de ellas, como ocurre en los casos de los arts. 584 y 585 de la LECrim., que para la apertura y registro de la correspondencia exigen la presencia del interesado”.(Acuerdo del Pleno de la Sala II de 16 de enero de 1996).

Por tanto, es evidente que en la práctica únicamente podrá llevarse a cabo esta modalidad de entrega vigilada con sustitución en los casos de drogas o sustancias estupefacientes, precisamente porque la LECrim., únicamente en este supuesto, excluye la presencia del interesado en la apertura³⁹, que es necesaria y previa al cambio de sustancia.

2.3. ENTREGA VIGILADA INTERNACIONAL⁴⁰

Se prevé cuando el art. 263 LECrim. indica: “[...] así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines [...]. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales”.

Es evidente que en este caso, la técnica se caracteriza por la implicación de diversos Estados en la realización de la misma. Resulta claro que en la práctica es la modalidad más frecuente (VVAA, 2006: 219). Basta recordar el carácter internacional, transnacional

38 En contra de esta posición se manifiesta Queralt Jiménez, J. J. (1999: 2).

39 En contra se manifiesta Gómez De Liaño (2004: 308), cuando indica que: “Ante el silencio del art. 263 sobre la forma de proceder a la apertura hay que acudir a los arts. 579 y ss. de la LECrim., pero únicamente en aquellos aspectos que no resulten incompatibles con la finalidad de la entrega vigilada”. De lo que concluye que hay que excluir la presencia del interesado en la apertura. Una vez más, no podemos estar de acuerdo, tanto por los argumentos anteriormente expuestos, como porque además la remisión del art 263 es clara y la excepción aparece formulada de manera determinante y taxativa; si el legislador hubiera deseado excluir este requisito para toda entrega controlada, sea del elemento que sea, lo habría hecho de modo expreso. Además, no se frustra la finalidad de la entrega vigilada por no poder hacerla con sustitución; ya hemos demostrado que esta no es un elemento esencial de la misma.

40 Artículo 12. Convenio de asistencia judicial en materia penal. “1. Los Estados miembros se comprometerán a permitir en sus territorios, a petición de otro Estado miembro, entregas vigiladas en el marco de investigaciones penales respecto de hechos delictivos que puedan dar lugar a extradición. 2. La decisión relativa a la realización de entregas vigiladas la tomarán en cada caso las autoridades competentes del Estado miembro requerido, en virtud de su Derecho interno. 3. Las entregas vigiladas se efectuarán de conformidad con los procedimientos vigentes en el Estado miembro requerido. La competencia de actuación, así como la dirección y el control de las operaciones recaerán en las autoridades competentes de dicho Estado miembro”.

y transfronterizo de la delincuencia organizada, tal y como hemos indicado al inicio al caracterizar dicho fenómeno. En este supuesto se aplicará el principio de territorialidad, es decir, la entrega vigilada se llevará acabo de acuerdo a la normativa del Estado requerido.

Para poder valorar la diligencia producida en un Estado de la UE, el órgano jurisdiccional español comprobará si se cumplió la legislación del Estado donde tiene lugar la entrega controlada⁴¹. Si esta se respeta puede utilizarse en España válidamente para fundamentar una condena. En el espacio judicial europeo, los tribunales españoles no pueden ser contrarios a la legalidad de las actuaciones en otro país, ni someter estas al tamiz de la normativa procesal española. El propio Tribunal Superior⁴² así lo indica:

El primer motivo, por el cauce de vulneración de derechos constitucionales denuncia la violación del secreto a las comunicaciones ya que las dos cartas fueron abiertas unilateralmente en el Aeropuerto de Heathrow sin la debida autorización judicial, nulidad que acarrearía la del resto de la prueba. Una vez más se plantea la tesis según la cual los actos procesales efectuados en el extranjero por funcionarios del

41 Vid. STS de 5 de mayo de 2003: "En tal sentido se pueden citar las sentencias de esta Sala 13/95 de 19 de enero en relación a Comisión Rogatoria cumplimentada por Alemania; sentencia núm. 974/96 de 9 de diciembre donde expresamente se proclama que "[...] en el ámbito del espacio judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre garantías de imparcialidad de unos u otros jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma [...]", en relación a Comisión Rogatoria ante las autoridades suecas; la STS núm. 340/2000 de 3 de marzo, que en sintonía con las anteriores, confirma la doctrina de que la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero, en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial citado, no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas; la STS núm. 1450/99 de 18 de noviembre en relación a Comisión Rogatoria cumplimentado por las autoridades francesas, y en fin, la sentencia núm. 947/2001 de 18 de mayo para la que "...no le corresponde a la autoridad judicial española verificar la cadena de legalidad por los funcionarios de los países indicados, y en concreto el cumplimiento por las autoridades policiales holandesas de la legalidad de aquel país ni menos sometidos al contraste de la legislación española....". En definitiva, podemos afirmar que existe al respecto un consolidado cuerpo jurisprudencial en relación a las consecuencias derivadas de la existencia de un espacio judicial europeo, en el marco de la Unión fruto de la comunión en unos mismos valores y garantías compartidos entre los países de la Unión, aunque su concreta positivación dependa de las tradiciones jurídicas de cada Estado, pero que en todo caso salvaguardan el contenido esencial de aquellos valores y garantías. En el mismo sentido TS S 1521/2002 de 25 de septiembre, 236/2003 de 17 de febrero y 19/2003 de 10 de enero. Desde esta doctrina, verificamos en este control casacional que a los folios 220 y ss. se encuentra la documentación correspondiente alas actuaciones efectuadas por los agentes de Aduana del Aeropuerto, su resultado y las declaraciones de los mismos efectuadas ante la autoridad judicial inglesa".

42 STS de 5 de mayo de 2003. En este mismo sentido vid. SSTS de 27 de mayo de 2003, 8 de noviembre de 2003, 1 de octubre de 2002, 8 de marzo de 2000 y 16 de junio de 1997.

país correspondiente, deben practicarse según las formalidades y garantías previstas en la legislación española, y una vez más debemos declarar el rechazo de tal pretensión porque los Tribunales españoles no pueden ser custodios de la legalidad de las actuaciones efectuadas en otro país de la Unión ni someter aquellas actuaciones al tamiz de la Ley procesal española. En el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial, según el art. 29 del Tratado de la Unión en la versión consolidada de Maastricht, no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal de 20 de abril de 1959 (BOE 17 de septiembre de 1982).

Esta premisa se ve reforzada, de manera extraordinaria, por la vigencia en la UE del principio de confianza y reconocimiento mutuo⁴³. Sin olvidar que los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados poseen unos principios generales comunes comprometidos con la protección de los derechos y libertades fundamentales y su garantía, cuestión que no resulta reñida con la potenciación de la lucha contra la criminalidad organizada creciente en el entorno europeo y la protección de la seguridad de los ciudadanos de la Unión.

De este reconocimiento y confianza mutua, propias de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia–propugnado en el Tratado de Ámsterdam– resulta lógico que unos Estados posean confianza en los otros en relación a que sus decisiones judiciales han sido dictadas con todas las garantías posibles y son fruto de un sistema democrático

El primer Consejo en el cual el principio de reconocimiento mutuo toma protagonismo de manera relevante en el ámbito penal es el Consejo Europeo de Cardiff del año 1998 (15 y 16 de junio); de sus conclusiones emana el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de fecha 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Sin embargo, es en la Cumbre de Tampere, del año 1999, donde se consolida de manera definitiva: en sus conclusiones⁴⁴, se sientan los fundamentos y

43 Para conocer el alcance de este principio en el ámbito de la UE en lo referente al proceso penal en su conjunto, puede consultarse Bujosa Vadell, L. (2003: 449-504).

44 "Conclusión 33: Un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales: por consiguiente, el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. El principio debe aplicarse tanto a las Sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales. Conclusión 35: En materia penal, el Consejo Europeo insta a los Estados miembros a

bases del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal. Para cumplir las previsiones de este Consejo, el 15 de enero de 2001 ve la luz el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal. De acuerdo al mismo, el citado principio se aplicará tanto a aquellas resoluciones judiciales firmes que deciden sobre el fondo, como a todas aquellas resoluciones que puedan producirse a lo largo del proceso, que ordenen la aprehensión de pruebas y productos del delito, así como la detención y puesta a disposición del presunto delincuente.

Desde Tampere, el crecimiento de la implantación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal ha sido realmente espectacular⁴⁵. Se aboga por que este crecimiento se una al aumento de los esfuerzos para armonizar las diversas legislaciones europeas en materia penal y procesal penal, con la finalidad de que el reconocimiento mutuo no vulnere los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos⁴⁶.

El principio de reconocimiento mutuo⁴⁷ posee el siguiente significado⁴⁸: una vez que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya dictado una resolución –que contiene una determinada decisión– en el ejercicio de sus competencias, de acuerdo a su propia legislación, si la misma tiene implicaciones internacionales en el seno de la UE, deberá ser aceptada de manera automática por todos los Estados miembros, debiendo producir, además, en los Estados de la UE los mismos efectos o muy similares a los que produciría en su Estado de origen.

que ratifiquen con celeridad los convenios de extradición de la UE de 1995 y 1996. Considera que el procedimiento formal de extradición debe suprimirse entre los Estados miembros en el caso de las personas condenadas por Sentencia firme que eluden a la justicia, y sustituirse por el mero traslado de dichas personas, de conformidad con el art. 6 del TUE. También deben considerarse procedimientos acelerados de extradición, respetando el principio de juicio justo. El Consejo Europeo invita a la Comisión a que formule propuestas en ese sentido, a la luz del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen. Conclusión 36: El principio de reconocimiento mutuo debe aplicarse también a los autos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad; las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro deberán ser admisibles ante los Tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta la normativa que se aplique en ellos". Fuente: www.europa.eu.int.

45 Gómez-Jara Díez, C. (2004: 5) citando a Schünemann, habla de que es un "turbo-principio".

46 Indica Gómez-Jara (2004: 4), que "Solo de esta manera puede superarse el primer ámbito de críticas referidas al favorecimiento del máximo punitivismo unido al menor garantismo". Delgado Martín, J., (2003: 294) habla de que el reconocimiento mutuo debe ser un principio complementario a la aproximación de las legislaciones.

47 Delgado Martín, J. (2003: 294) habla de "principio de reconocimiento automático" como equivalente al principio de reconocimiento mutuo

48 Fonseca Morillo, F. J., (2003: 72) indica que el significado de este principio reside en que la resolución de la autoridad judicial de un Estado miembro debe reconocerse automáticamente y aplicarse en todos los demás Estados miembros con el menor número de trámites posibles.

Siguiendo a Delgado Martín (2003: 294), dicho principio tiene su fundamento en dos elementos:

1. La idea de equivalencia. A pesar de que la resolución no sea exactamente igual que la que podría producirse en el Estado de ejecución, o que en ella no se trate la materia que recoge de manera igual o similar, el Estado que recibe la resolución judicial entenderá que los resultados de la decisión del Estado emisor son equivalentes a los de la decisión que podrían haber adoptado sus propios órganos jurisdiccionales.
2. Idea de la confianza. Cada Estado miembro debe confiar en el sistema judicial de los demás Estados. Esto se basa en que los diversos Estados miembros de la UE tienen un mismo fundamento común en sus legislaciones nacionales basado en los principios del Estado de derecho y de la democracia; todos ellos han ratificado el Consejo Europeo de Derechos Humanos del año 1950 y se ven vinculados en toda la materia relacionada con los derechos, libertades y garantías fundamentales procesales por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Para llevar acabo esta modalidad de entrega vigilada internacional, en la práctica, deben cumplirse las siguientes condiciones⁴⁹:

1. Garantía de vigilancia permanente del transporte y garantía de que se hará todo lo posible para seguir la pista de los responsables y hacer que comparezcan ante la justicia. La autoridad solicitante se comprometerá a incautarse de las drogas y a arrestar a los implicados, en especial cuando exista el riesgo de que las drogas puedan ser robadas en algún momento de la operación.
2. Información completa sobre el vehículo o los medios de transporte que se utilizarán para la operación (incluido el número de matrícula).
3. Información completa sobre las personas que es probable que conduzcan los vehículos, especialmente el nombre que se utilizará al atravesar la frontera.
4. Fecha probable de llegada a España y cruce probable de la frontera.
5. Información lo más completa posible sobre la investigación en curso en el país solicitante.
6. Si España es el destino final, es importante que se proporcione información sobre las personas involucradas y el destino final exacto.
7. Autorización previa de los países que atravesará el “transporte bajo vigilancia”.

49 De acuerdo al ya citado Manual de Europol.

8. Información precisa sobre los hechos adicionales que puedan surgir durante la operación.
9. Los agentes de policía del país solicitante pueden atravesar la frontera española. No obstante, debe quedar claro que prescindirán de intervenir en modo alguno y que cumplirán minuciosamente las instrucciones de los agentes de la policía española.

A los detalles indicados en el apartado anterior, que deben acompañar a una solicitud⁵⁰ de entrega vigilada, se añaden a los siguientes:

1. Razón de la operación.
2. Información factual que justifica la operación.
3. Tipo y cantidad de drogas/ otras mercancías.
4. Medios de transporte e itinerario previstos.
5. Punto previsto de entrada y de salida en el Estado en el que se presenta la solicitud.
6. Identidad de los sospechosos (nombre, fecha de nacimiento, domicilio, nacionalidad, descripción).
7. Indicar quién ha autorizado la operación.
8. Indicar el jefe de investigación encargado de la operación y los medios de contacto.
9. Datos de los agentes de policía, aduanas y otros servicios encargados de la ejecución de las leyes que apoyan la operación.
10. Datos de las técnicas especiales propuestas.

50 El Manual de Europol indica lo siguiente: "Las solicitudes de entrega vigilada por parte de la policía en relación con delitos que conlleven drogas y tráfico ilícito de drogas deben dirigirse a la Unidad Central de Drogas y Crimen Organizado. Cuando la entrega vigilada vaya a realizarse en zona aduanera, la autoridad solicitante deberá remitir la solicitud al Departamento de Aduanas e Impuestos del Servicio de Vigilancia Aduanera. En caso de emergencia, pueden utilizarse los canales de Interpol o puede enviarse un fax directamente a la Unidad Central de Drogas y Crimen Organizado". Además se indica que: "El tiempo necesario para obtener autorización para una operación de este tipo es de 24 horas los días laborables y de 48 horas los fines de semana y los días festivos".

3. REQUISITOS⁵¹ AUTORIZANTES

3.1 OBJETIVOS

3.1.1 Medio a través del cual se realiza la entrega

La LECrim. es tajante cuando indica que esta técnica de investigación se llevará cabo a través de la remesa, evita la utilización de términos como paquete, mercancía o envío. La entrega vigilada, por tanto, y utilizando el citado concepto, puede aplicarse a cosas que se remitan o envíen de una persona a otra, independientemente de cual sea su continente⁵² y a través de cualquier medio de transporte o comunicación⁵³.

3.1.2. Objeto material sobre el que puede recaer⁵⁴

En este caso examinando el tenor literal del artículo, encontramos, por un lado, un listado de sustancias, elementos u objetos sobre los cuales pueden recaer la diligencia

51 STS de 10 de enero de 2002: "Los requisitos autorizantes de la técnica de investigación de entrega vigilada descrita en el art. 263 bis LECrim. son los siguientes: a) el ámbito está constituido por un listado cerrado de delitos que incluye el tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes, así como los tipificados en los arts. 301, 332, 334, 371, 386, 568, 569 y 586 CP 1995; b) naturaleza excepcional de la medida que, aun admisible solo en los delitos citados, exige que se trate de un caso de alta criminalidad, delimitando el primer precepto citado, como coordenadas dentro de las que puede acordarse esta técnica, la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia; c) la autoridad competente está constituida por el juez, el MF o por el jefe de las unidades orgánicas de la Policía Judicial Central o Provincial, debiendo resaltar que la Ley no impone una reserva en favor del sistema judicial –juez o fiscal– en orden a la autorización de este medio; d) resolución fundada y, por tanto, examen individualizado caso por caso, según se indica en el núm. 3 del precepto regulador, y e) la finalidad, no explícitamente prevista en la Ley, pero que es la común a toda la investigación criminal –art. 299 LECrim.–, es decir, obtención de elementos de prueba contra personas involucradas en los delitos para los que se permite esta técnica de investigación".

52 Ya hemos indicado con anterioridad que este puede ser de lo más variopinto: paquetes postales, cartas, bidones, maletas, cajas, palets etc.

53 Aéreo, terrestre o marítimo, o bien, a través de empresas públicas o privadas de comunicación o transporte.

54 El art. 263 bis indica: "Drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas, equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el artículo 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el artículo 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 566, 568 y 569, también del Código Penal.

[...] Drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal".

de investigación que nos ocupa, además de una cláusula final, de cierre, que habla, sin especificar, *de sustancias, flora, fauna, equipos, materiales, bienes y ganancias cuyo tráfico se encuentre prohibido*⁵⁵; lo cual, unido al concepto general de remesa que acabamos de analizar, permite poder referirnos a una cláusula pro futuro, es decir, que en esta referencia pueden incluirse nuevas formas de criminalidad que trafiquen con los más diversos objetos intentando ampararse en el secreto de las comunicaciones, para intentar alcanzar la impunidad. Analicemos, brevemente, la enumeración de diversos objetos materiales que lleva a cabo el artículo.

Drogas. Nos referimos a cualquier droga tóxica, sustancia estupefaciente o psicotrópica. Para ver su alcance y contenido será necesario acudir a los listados incluidos y enumerados con detalle en los diversos convenios internacionales⁵⁶ suscritos por el Estado español.

Precursos y equipos y materiales relacionados con el tráfico de drogas. En este caso nos referimos al inciso del art. 263 bis que indica: "Equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el artículo 371 del Código Penal".

En este supuesto se contemplarán todos aquellos elementos que puedan resultar susceptibles de ser utilizados tanto en el cultivo, como la producción, como la fabricación de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Bienes procedentes de conductas constitutivas de delito. Evidentemente, en este supuesto nos referimos a los productos que generan las posibles conductas delictivas, incluido lo obtenido a través del delito de receptación. En este caso, siguiendo a Palomo del Arco (1996: 442), por tanto podemos hablar de: bienes y ganancias a los que se refiere el art. 301 del CP en todos y cada uno de los supuestos que se recogen en el mismo, es decir, convenientemente balnequeados; y, todos aquellos bienes y ganancias que procedan de las diversas actividades delictivas que se recogen en los arts. 301 a 304 y 368 a 373 del CP.

Elementos de flora y fauna amenazados. Podrán ser cualquier especie de animal o planta que se encuentre amenazado, tanto vivos como muertos, o bien, cualquier parte o producto que se pueda obtener a partir de alguno de ellos. En este caso, el artículo es claro, solo puede hacerse la entrega controlada en el supuesto de que exista materialmente una amenaza para la concreta especie, animal o vegetal, es decir, que se encuentre en peligro de extinción o esté especialmente protegida, con lo cual, en este supuesto y ante un presunto tráfico organizado de especies, para ver si la diligencia de investigación puede llevarse a cabo, se hace necesario consultar las correspondientes disposiciones administrativas nacionales e internacionales de todo rango en las cuales se encuentran catalogadas, y que clasifican a las especies como protegidas o en peligro de extinción.

Moneda falsa. En este supuesto se contempla tanto la moneda metálica como el papel moneda de curso legal, así como, las tarjetas de crédito o débito y los cheques de viaje. Aplica a moneda nacional, de la UE, o extranjera.

55 La cursiva es mía.

56 Convención de las Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988.

Armas y municiones. Cualquier tipo de arma, munición, explosivo, sustancia inflamable, incendiaria o asfixiante o sus componentes.

Otras sustancias prohibidas. Entendemos que con esta referencia general o cláusula abierta podemos englobar cualquier elemento o sustancia que sea efecto, producto o consecuencia de cualquier tipo de infracción penal. Por ejemplo, elementos relacionados con fraudes alimentarios, sustancias químicas, elementos nucleares o radiactivos, órganos y tejidos humanos, piezas de coches, componentes electrónicos o informáticos o cualquier tipo de falsificación, con lo cual, y en principio, todos los objetos anteriormente recogidos pueden ser objeto de una entrega vigilada, son susceptibles de ello. Sin embargo, es necesario recordar en este punto que para llevar a cabo esta diligencia hay que respetar la proporcionalidad y la subsidiariedad; es decir, valorar, en cada supuesto concreto, la gravedad y las implicaciones del concreto hecho delictivo, observar que no pueden averiguarse elementos concretos del hecho ni de sus partícipes por otro medio menos restrictivo, valorar que la utilización de esta técnica es adecuada a la finalidad que se pretende conseguir y, por último, es necesario recordar que debe asegurarse, en el caso concreto, que la remesa puede ser vigilada y que el riesgo de pérdida, robo o extravío es mínimo.

3.2 SUBJETIVOS: AUTORIDAD COMPETENTE⁵⁷

A nuestro juicio, se hace necesario delimitar con mayor claridad de lo que lo hace el artículo, los posibles supuestos de autorización, para lo cual vamos a valernos de las normas generales reguladoras de la fase de instrucción. Por tanto, vamos a distinguir entre:

3.2.1 Existencia de un proceso judicial abierto

3.2.1.1. Regla general: El juez de instrucción o central de instrucción⁵⁸

Es evidente que si el caso se encuentra ya judicializado, la decisión acerca de una concreta diligencia de investigación, como resulta la entrega vigilada que estamos analizando, debe realizarla el órgano jurisdiccional que esté llevando a cabo la fase de instrucción en el concreto procedimiento, puesto que es el competente para ello, será

57 El art. 263 bis indica: "El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas.

Las autoridades competentes en países de la UE para autorizar la entrega vigilada son: En Portugal: Juez, Ministerio Fiscal, y Policía solo si existe urgencia. En Italia: Juez y Policía Antidroga solo si hay urgencia y en Francia únicamente el Procurador de la República y el Juez".

58 La LECrim prevé que el juez que dicte la resolución dé traslado de copia de la misma al Juzgado decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones. Esta previsión no se lleva a cabo en los casos de autorización por parte de la Policía o el Ministerio Fiscal, cuestión que no deja de resultar curiosa y absurda. En este mismo sentido vid. Queralt Jiménez, J. J. (1999: 133).

generalmente un juez de instrucción o un juez central de instrucción; otra conclusión resultaría absurda.

La competencia del Juzgado Central de Instrucción resulta clara. Será para todos aquellos asuntos cuyo conocimiento atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en su artículo 65, al conocimiento objetivo de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; además, con la gran ventaja de que en este caso no tendremos problemas con la competencia territorial.

En el caso de que la competencia venga atribuida a un juez de instrucción, la posible dificultad surge al planearnos de qué territorio debe ser este. Estamos analizando una concreta diligencia de investigación que al permitir la libre circulación de una remesa, por su propia naturaleza, puede desenvolverse en el marco de diversos partidos judiciales; en este caso consideramos que cualquier juez de instrucción perteneciente a cualquier territorio por donde circule la remesa⁵⁹, al margen, por supuesto, del de los puntos de origen y destino, puede autorizar la práctica de esta diligencia ante la solicitud de la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal. Posteriormente, deberá dar cuenta al órgano jurisdiccional que tenga atribuida la competencia para instruir el asunto, que normalmente será aquel que haya realizado las primeras actuaciones o investigaciones relacionadas con el mismo.

3.2.1.2. Excepción por razones de urgencia: mandos policiales

En nuestra opinión, a pesar de que la LECrim. permite que dichos mandos policiales puedan autorizar la citada diligencia aun cuando exista un proceso judicial abierto, esta posibilidad debería aplicarse de manera restrictiva; es decir, únicamente cuando razones de urgencia y necesidad aconsejen la inmediatez de la diligencia y lleven a no poder comunicar dicha solicitud al órgano jurisdiccional competente, que se encuentra formando el sumario o llevando acabo las diligencias previas. Una vez que los jefes de cada Unidad Orgánica de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, o sus mandos superiores hayan autorizado la entrega vigilada, deben dar cuenta inmediata a la autoridad judicial competente.

Resulta evidente que en este supuesto es necesario argumentar ante el órgano jurisdiccional, los poderosos motivos que originaron la autorización de la diligencia sin intervención judicial. Las causas que motivan dicha decisión deberán desembocar en un riesgo importante de no aprehensión del elemento o sustancia ilícita, o bien, de no poder identificar o detener a los responsables del presunto hecho delictivo.

Naturalmente, el órgano jurisdiccional deberá valorar dichos motivos con posterioridad, junto al resto de los requisitos necesarios para poder adoptar esta diligencia,

59 Vid. SSTS de 22 de octubre de 1992 y AATS de 12 de diciembre de 2000, 30 de junio de 2000 y 6 de febrero de 1998.

tales como el respeto a los ya citados principios de subsidiariedad y proporcionalidad, pudiendo revocar o anular la diligencia si no se cumplen. Lo mismo sucederá en el supuesto en el que considere que las alegadas razones de urgencia y necesidad no justifican la decisión unilateral del mando policial, sino que podría haberse acudido al juez competente, sin peligro alguno para la investigación. Resulta evidente, como no podía ser de otro modo, que el órgano competente tendrá capacidad de decidir acerca de la oportunidad, legalidad y licitud de la diligencia acordada por el mando policial; no se le puede colocar en la posición de mero convidado de piedra que siempre y en todo caso deberá avalar la misma.

De todas maneras, a nuestro juicio, en la práctica, los mandos policiales podrían acudir ante la urgencia y necesidad a la intervención de un órgano jurisdiccional que precisamente tiene previsto en su objeto el poder llevar a cabo todas las actuaciones urgentes, necesarias o inaplazables, competencia, en este caso concreto, de los jueces de instrucción o centrales de instrucción; nos referimos, evidentemente, al órgano jurisdiccional que se encuentre en servicio de guardia (SSTS de 19 de febrero de 2002 y de 24 de febrero de 2002), que, reiteramos, precisamente se configura con dicha finalidad.

Además, y para finalizar esta cuestión, en los supuestos de competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción los pocos grupos de Policía Judicial que trabajan de manera habitual con ellos, suelen tener, en la gran mayoría de los casos, un fácil acceso en todo momento a dichos órganos jurisdiccionales lo que, sin duda, frecuentemente les permitirá acudir a los mismos para solicitar cualquier tipo de diligencia por mucha urgencia y necesidad que ello conlleve.

3.2.2 Inexistencia de un proceso judicial abierto

3.2.2.1. Ministerio Fiscal⁶⁰

Hay que reconocer, al funcionario del Ministerio Fiscal, competencia para autorizar la puesta en práctica de esta diligencia de investigación en el ámbito propio de su investigación preliminar o preprocesal para la que viene facultado legalmente; todo ello antes de la incoación del correspondiente proceso penal y al margen del mismo. Recordemos que dichas investigaciones deben cesar en el momento en el que el asunto pasa al conocimiento judicial, teniendo el fiscal la obligación de remitirle todo lo actuado.

Entendemos, como no puede ser de otro modo, que la entrega vigilada que puede llevar a cabo el Ministerio Fiscal no debe de ser lesiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y al de la intimidad personal; es decir, no podrá autoriz-

60 Vid. STS 10 de enero de 2002: "En el caso, la entrega vigilada fue acordada por el fiscal antidroga de forma motivada, en atención a un caso concreto de introducción clandestina en el país de cocaína en cuantía importante y con un operación que patentizaba la existencia de una organización. [...]

zar aquellas entregas que conlleven apertura de un envío o paquete postal sometido, tal y como ya hemos reiterado a lo largo de estas páginas, a la protección de dichos derechos constitucionales (Gómez de Liaño, 2004: 313-318).

3.2.2.2. Mandos policiales⁶¹

En este caso, la LECrim. se refiere a los jefes de cada Unidad Orgánica de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y a sus mandos superiores.

Como no podía ser de otro modo, los jefes de cada Unidad Orgánica de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal⁶², sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado y si existiese procedimiento judicial abierto, al juez de instrucción competente. Ya nos hemos referido con anterioridad a las facultades, que en este caso poseerán ambos, respecto a la decisión adoptada por la Policía Judicial.

Consideramos que esta posibilidad debería haberse limitado a razones de urgencia⁶³ que impidan recabar la previa autorización del juez o Ministerio Fiscal. Es necesario indicar que el propio Tribunal Superior (STS de 23 de mayo de 1996) declaró discutible el contenido del citado precepto procesal en este concreto punto, a la vista de las normas que configuran el derecho fundamental a la presunción de inocencia y las posibilidades de enervarlo con verdaderas diligencias de prueba de cargo y no con meras diligencias de investigación policiales.

Es evidente que una vez que se ha producido la autorización para llevar acabo la diligencia de investigación de la entrega controlada se hace necesario un posterior

Los hechos objeto de enjuiciamiento se contraen a la introducción en el país por barco de un alijo de 18 kg de cocaína. Uno de los integrantes de la organización contactó con un trabajador del puerto para que interviniere en la operación, lo que este fingió hacer, poniendo los hechos en conocimiento de la Policía y acordándose, por el fiscal antidroga, una entrega vigilada de la mercancía. Así, el trabajador del puerto subió a bordo el día y hora acordado, recibiendo de un tripulante un macuto con los paquetes de droga que, de acuerdo con el plan previsto, fueron sustituidos por otros que contenían cada uno un ladrillo, deteniéndose finalmente a todos los integrantes de la red. [...] Como lo evidencia la apertura por él (Fiscal) de la investigación en capital de su competencia 3 días antes del inicio de las diligencias previas abiertas en un Juzgado del lugar donde se cometió el delito".

61 Realizan valoraciones negativas de la amplitud de este inciso Delgado Martín, J. (2001: 159), Rey Huidobro, L. F. (1999: 166) y Rodríguez Fernández, R. (1999: 4). En VVAA (1999: 3) se indica: "El legislador, delega las funciones judiciales, en la autoridad policial".

62 A pesar de la disposición legal la STS de 27 de enero de 1998 considera que si no consta en las actuaciones que se dio cuenta la Fiscalía ello constituye un defecto formal que en nada afecta a la validez y eficacia de la diligencia así como a su virtualidad probatoria, sin embargo considera la realización del trámite como "deseable".

63 En este sentido vid. Delgado Martín, J. (2001: 159), Queralt Jiménez, J. J. (1999: 2) y Gómez De Liaño Fonseca-Herrero, M. (2004: 328).

control policial⁶⁴ de carácter permanente, durante toda la circulación o trayecto, que, evidentemente, deberá ser una vigilancia de carácter discreto, puesto que ha de darse apariencia de transporte libre y sin control.

Se tratará de que la remesa objeto de control no desaparezca o se extravíe; si sucediera esto habrá que analizar el supuesto concreto, caso por caso, para delimitar si el funcionario de policía encargado de la labor de control, vigilancia y seguimiento, posee algún tipo de responsabilidad (Seoanae Spiegelberg, J. L., 1996: 353) que podría ser, en su caso, penal o disciplinaria.

Resulta indiscutible que si la operación fracasa por el extravío de la sustancia objeto de la entrega, debido a la pérdida del control policial ejercido sobre ella, de tal modo que el elemento objeto de vigilancia accede al mercado, podrá tenerse en cuenta la actuación del funcionario, delimitando si su actuación originó, bien de manera negligente o imprudente, bien dolosa, el fracaso de la diligencia de investigación.

Es evidente que en la gran mayoría de los casos se generará una responsabilidad disciplinaria⁶⁵ del funcionario de policía actuante, en el supuesto de que la desaparición se deba fundamentalmente a la dejación de funciones o negligencia del actuante.

Todo lo expuesto resulta de aplicación, a menos que la desaparición del objeto, elemento o sustancia controlada sea llevada a cabo, o facilitada, por el propio funcionario encargado de su vigilancia y seguimiento, con la finalidad de utilizarla, en un momento posterior, para delinquir. En este supuesto, existe un componente doloso e intencional, encontrándose con la corrupción del funcionario, que evidentemente deberá desembocar en una responsabilidad penal del presunto autor de dicha conducta delictiva. En este sentido, es paradigmática la STS de 11 de enero de 1999, que condenó a distintos miembros de la Unidad Central de Investigación Fiscal y Antidroga (UCIFA) de la Guardia Civil. En el seno de una operación de estas características, miembros de dicha unidad se apropiaron de seis kilogramos de cocaína (de un total de 58 kilogramos) procediendo a entregar una parte como retribución a un confidente, utilizando otra para venderla y el resto siendo entregada a personas adictas a dicha sustancia. La condena fue por un delito continuado contra la salud pública.

Precisamente, para poder comprobar, una vez finalizada la diligencia, si ha existido pérdida o extravío total o parcial de la cantidad de sustancia o elemento que ha sido objeto de la entrega controlada, se exigirá, como veremos en el epígrafe siguiente, que en la resolución motivada autorizante de la operación se trate de delimitar, con la mayor exactitud posible, la cantidad de sustancia de que se trate. Este dato permitirá evitar la posible depuración de responsabilidad de los funcionarios actuantes ante

64 Al mismo se refiere Saita Pérez, N., en VVAA, (2006: 225).

65 En este sentido Delgado Martín, J. (2001: 159), Rey Huidobro, L. F. (1999: 166) y Gómez de Liaño (2004: 359).

acusaciones de los miembros de la banda, en su gran mayoría, maliciosas o fraudulentas, que pueden indicar que, o bien, las fuerzas o cuerpos de seguridad aumentaron la cantidad inicial, o bien, la disminuyeron (Vid. STS de 17 de febrero de 2003).

3.2.2.3. Formales: Características resolución⁶⁶

La resolución autorizante se adoptará, caso por caso, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad.

Vamos a centrarnos en las características del auto habilitante que habrá de dictar el órgano jurisdiccional instructor, que autoriza la práctica de la diligencia, teniendo en cuenta que las mismas pueden predicarse de las resoluciones, sin naturaleza de auto, del Ministerio Fiscal o los Mandos de la Policía Judicial, autorizando la entrega. Reiterando que, en este último caso, cuando exista un proceso judicial abierto y las razones de urgencia y necesidad lleven a la autorización policial, a salvo de lo ya indicado respecto al servicio de guardia, habrán de justificarse debidamente los motivos que originaron tal decisión, así como las consecuencias previsibles de no haberse llevado acabo.

Individualizada. Es indudable que cada resolución que se dicte en esta materia debe ser una autorización individual para cada operación de este tipo. Es necesario estudiar si se dan las circunstancias idóneas, analizando cada supuesto de manera individualizada. No sirven autorizaciones generales o indiscriminadas (Gimeno Sendar, 2000:179) para avalar entregas controladas relacionadas con determinada banda o asunto. La LECrim. es clara en este punto, al indicar: “El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso.”, con lo cual, la realización de este tipo de técnica de investigación sobre cada remesa debe ser objeto de una autorización.

Motivada. Es necesario valorar la importancia del delito, la necesidad de la medida a los fines de la investigación, la idoneidad de esta para alcanzar la finalidad buscada, que no es otra que averiguar datos relevantes respecto a una organización criminal, y la facilidad de llevar acabo la vigilancia de la remesa, que impida las posibilidades de extravío o pérdida o las reduzca a la mínima expresión posible⁶⁷.

Hay que valorar con detalle, y justificarlo en el cuerpo de la resolución, si se verifican todos y cada uno de los requisitos incluidos en la LECrim. que permiten llevar acabo la circulación o entrega vigilada.

66 El art. 263 bis indica: Esta medida deberá acordarse por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate.

67 En este sentido, la *Memoria de la FGE del año 1993* indica que una entrega controlada solo deberá adoptarse cuando las posibilidades de vigilancia sea tales, que queden prácticamente excluidos los riesgos de pérdida, extravío y desaparición del objeto.

La LECrim. indica que la adopción de la medida se llevará a efecto por "resolución fundada", además concluye que "para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia".

Es indudable que dicha exigencia refleja la doctrina asentada por la jurisprudencia constitucional (SSTC 14/2003 de 28 de enero, 29/2001 de 29 de enero, 49/1999 de 5 de abril) cuando exige fundamentación de las decisiones limitativas de derechos fundamentales, siendo esta un deber del órgano jurisdiccional (en este supuesto, también debe entenderse así para el Ministerio Fiscal o el mando policial que autoriza la entrega) y un derecho del sujeto pasivo de la medida.

En cada supuesto, habrá que valorar si la utilización de esta medida resulta idónea y es necesaria, es decir, si no existe otro modo de averiguar los mismos datos, e incluso si esos posibles medios son menos restrictivos de los derechos fundamentales. Además, habrá que verificar que con el uso de esta técnica va a conseguirse el objetivo propuesto que no es otro que averiguar datos relevantes acerca de las actividades de una organización ilícita y de la identidad de sus miembros. En definitiva, debe motivarse la existencia de los principios de necesidad, subsidiariedad e idoneidad, en cada caso concreto.

Una vez que se satisfacen las necesidades de los principios anteriores se hace necesario valorar si la diligencia cumple con el principio de proporcionalidad. En este sentido hay que tener en cuenta la importancia del delito y las posibilidades de llevar a cabo su vigilancia sin que la remesa desaparezca o se extravie.

En relación con la importancia del delito, tal y como dice el citado artículo, en el marco del cual va a adoptarse dicha medida, hay que reflexionar acerca de su gravedad. Observando el conjunto de hechos delictivos reflejados en la enumeración del artículo que nos ocupa, no todos pueden, con arreglo a la pena que tienen aparejada en el Código, calificarse de graves o muy graves. Sin embargo, en este caso, a nuestro juicio, la gravedad de la conducta va más allá de la mera valoración, por el juez, de la cuantía de la pena señalada en la tipificación del hecho delictivo, si bien es cierto que varios de los delitos tasados son de extraordinaria gravedad (falsificación de moneda o tráfico de drogas o armas), lo que por sí mismo determinará que se cumpla la condición que estamos analizando. El órgano autorizante, como he indicado, debe ir un paso más allá.

La valoración de la gravedad de la conducta debe realizarse de manera conjunta, no únicamente por la pena del delito presuntamente cometido, sino que la conducta resulta grave de por sí, aunque se refiera a tráfico con flora o fauna amenazada, por ejemplo, si tenemos en cuenta que va a ser llevada a cabo por una organización criminal, estratificada y jerarquizada. En esta situación, la que ha de tenerse en cuenta, hay que detenerse a realizar una valoración detallada de las posibles características de la red de delincuentes: verificar su ámbito geográfico de actuación, si es transnacional, si utiliza la corrupción o la extorsión para eludir la acción de la justicia, determinar si es

violenta, si además se blanquean capitales o, por ejemplo, si someten a un riguroso régimen de fidelidad a sus miembros. Además de la calidad y cantidad de sustancias que van a ser objeto de la entrega controlada (Vegas Torres, 1997: 864), es el conjunto de la valoración de todos estos factores, y otros que se le puedan ocurrir al órgano jurisdiccional, lo que va a determinar la gravedad de la conducta, no únicamente y de manera aislada el tipo delictivo y su castigo en el Código.

En relación con la valoración de las posibilidades de llevar a cabo la vigilancia⁶⁸ sin que se produzca extravío o desaparición de la sustancia, debemos indicar que, a nuestro juicio, esta situación no puede valorarse por el órgano instructor o el Ministerio Fiscal, ya que es una cuestión de práctica y técnica policial (Gómez de Liaño, 2004: 350), por lo cual, ambos, según sea el órgano autorizante, deberán acudir a los especialistas policiales para determinar si la remesa va a poder ser o no objeto de esa vigilancia discreta y continuada que permita, por un lado, la realización de la técnica y la consecución de la finalidad a la que se dirige y, por otro, la evitación de que la sustancia o elemento objeto de control desaparezca de la ruta prevista por los funcionarios de policía, llegando finalmente a su destino sin control alguno e introduciéndose lleno en el ámbito comercial de distribución de dichas sustancias o elementos.

Con determinación del objeto. Objeto, tipo y cantidad de sustancia. Así lo indica el art. 263 bis de la LECrim: "resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate." Esta exigencia legal, es evidente, no siempre resultará factible llevarla a cabo. Puede resultar muy complicado detallar las características, así como la cuantía de los elementos objeto de control, puesto que están ocultos.

Sin embargo, ya hemos expresado, en líneas precedentes, que sería deseable tratar de realizarlo con la mayor aproximación posible, tanto para poder facilitar el ejercicio de un adecuado control sobre el conjunto de la operación, como para evitar, por parte de los funcionarios policiales actuantes en la misma, la realización de conductas ilícitas y, por último, para impedir que en el proceso penal que se desarrolle en el futuro, los abogados defensores aleguen como parte de su argumentación, la manipulación o alteración, por parte de los funcionarios estatales, del contenido de la remesa, tanto en lo referente a su cantidad como a su calidad.

Determinación de los presuntos autores (Gómez de Liaño, 2004: 350). Entendemos que a pesar de la no exigencia expresa del precepto, debe producirse dicha identificación, en la medida en que, por supuesto, esta sea posible. No olvidemos que la diligencia se dirige principalmente a averiguar los partícipes en la organización criminal; sin embar-

68 Gómez De Liaño (2004: 350) indica que, como en Argentina, sería deseable que se determinasen en la resolución habilitante las medidas policiales a adoptar con la finalidad de vigilar las remesas.

go, consideramos que no puede producirse una autorización sin este requisito. A nuestro juicio, deberá incluirse en ella, al menos, los datos personales de aquellos que aparezcan en los envíos que van a ser objeto de control, como remitentes o destinatarios. Bien es cierto que en multitud de ocasiones serán nombres falsos, supuestos, se utilizarán identidades de fallecidos o aparecerán terceros de buena fe ajenos por completo a la organización criminal, pero de la apariencia externa valorada de manera racional puede concluirse, en principio, que participan en la trama criminal. Entendemos, por tanto, que deben consignarse dichos datos, pues son ellos, al menos en teoría, los titulares de los derechos fundamentales afectados (Gómez de Liaño, 2004: 342). Si se carece de datos personales porque los envíos se realizan entre apartados postales, han de consignarse estos. Todo ello contribuye, además, a la individualización de la resolución autorizante, así como a la delimitación de los indicios racionales de criminalidad de una persona contra la que se va a adoptar una medida de investigación limitativa o restrictiva de derechos fundamentales.

4. VALOR PROCESAL DE LA DILIGENCIA

Al margen de su utilización como diligencia o técnica de investigación durante la fase de instrucción del proceso penal, la circulación y entrega vigilada o controlada –realizada con todas las garantías, requisitos legales y constitucionales expuestos con anterioridad– tiene naturaleza de prueba preconstituida, puesto que es de imposible repetición en el juicio oral, con lo cual, en dichas condiciones, será apta para desvirtuar al presunción de inocencia.

En este caso se trata de la consecución de datos objetivos e incontestables, hallazgo de drogas, armas, etc., o constancia del cuerpo, efectos o instrumentos del delito, diligencias que no pueden practicarse de manera directa en el juicio oral, puesto que no se podrán reproducir durante sus sesiones en las mismas circunstancias y con los mismos requisitos que concurrieron durante la realización de la fase de investigación (SSTC 118/2003, de 16 de junio, 111/1999, de 14 de julio y 22/1988 de 18 de febrero).

Es evidente que si los datos se encuentran recogidos en un atestado policial, los agentes de policía deberán acudir al juicio oral para ratificarlo, prestando testimonio, con lo cual se someterán a los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad, exigibles de la fase probatoria de un juicio oral.

Para finalizar, es necesario indicar que si en la realización de la diligencia de entrega vigilada no se respetan los parámetros legales y constitucionales, que hemos abordado a lo largo de las líneas precedentes, esta no podrá ser valorada, ni será apta para desvirtuar la presunción de inocencia, puesto que nos encontraríamos ante la categoría general de la prueba ilegal. En este caso, podríamos tener, o bien, supuestos de prueba irregular por no respetar la concurrencia de los requisitos legalmente exigibles para su autorización y realización, que ya hemos apuntado aquí; o bien, casos de una prueba ilícita que es la obtenida con infracción de derechos fundamentales; ya hemos indicado

la relación directa de la diligencia con el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad. Por último, hay que indicar que resulta de plena aplicación la teoría de la prueba prohibida, que es la que deriva de la ilícita y que, por supuesto, tampoco podrá ser objeto de valoración.

BIBLIOGRAFÍA

Anarte Borrallo, E., 1998, *Criminalidad Organizada*, número monográfico *Revista Penal*, nº 2, CIUDAD, Praxis.

Arlacchi, P., 1985, "Tendencias de la criminalidad organizada y de los mercados ilegales en el mundo actual" en *Poder Judicial*, nº 16. CIUDAD, ED.

Asociación Internacional de Derecho Penal, 1999, Carta Informativa 1999/2.

Blanco Cordero, I, 1997, "Criminalidad organizada y mercados ilegales", Eguzlikore, nº 11. CIUDAD, ED.

Bujosa Vadell, L., 2003, *Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales penales: estado de la cuestión en la Unión Europea*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XIII, Número monográfico sobre "Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional".

Choclán Montalvo, J.A., 2001, "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación" en *La Criminalidad organizada. Aspectos procesales, sustantivos y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

Convenio de Schengen, de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Convenio de Asistencia Judicial en materia penal.

Consejo Europeo de Cardiff del año 1998 (15 y 16 de junio); Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de fecha 3 de diciembre de 1998.

Delgado Martín, J., 2000, "La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito" en *La Ley*, nº 5089.

Delgado Martín, J., 2001, *Criminalidad organizada*, Barcelona, J.M. Bosch.

Delgado Martín, J., 2003, "La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 13.

Diario el Mundo del 30 de marzo de 2000.

Diario El País de 6 de enero de 2004, que cita el Informe anual sobre el Crimen organizado en la UE elaborado por Europol.

Díez Ripollés, J. L., 1994, "El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas" en *Actualidad Penal*, nº 32.

Fabián Caparrós, E., 1998, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex.

Fassone, E., 1997, "La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada" en *Poder Judicial*, nº 48.

Fonseca Morillo, F. J., 2003, "La orden de detención y entrega europea" en *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, enero/abril 2003.

Gimeno Sendra, V., 2000, "Aspectos penales y procesales más relevantes en los delitos relativos a tráficos de drogas y estupefacientes" en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

Gimeno Sendra, V., 2003, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Colex.

Gómez De Liaño Fonseca-Herrero, M., 2004, Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación, Madrid, Colex.

Gómez-Jara Diez, C., 2004, "Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo" en *Diario La Ley*, nº 6069, 26 de julio de 2004.

Jiménez Villarejo, C., 1998, "Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal" en *Estudios de Derecho Judicial*, volumen sobre Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

Kellens, G., 1989, "L'évolution de la theorie du crime organisé", en VV: AA, *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología.

Manual de Europol de entregas vigiladas en la UE o *General Overview of Practice of Controlled delivery for the EU Member States and Accession countries*.

Palomo Del Arco, A., 1996, "Receptación y figuras afines" en *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

Queralt Jiménez, J. J., 1999, "Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero." en *La Ley*, 23 de noviembre de 1999.

Rey Huidobro, L., F., 1999, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Rodríguez Fernández, R., 1999, "Comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero: la entrega vigilada y el agente encubierto" en Revista *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 380.

Seoanae Spiegelberg, J. L., 1996, "Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas" en *Actualidad Penal*, Tomo 1.

Soto Nieto, F., 1996, "Apertura de paquetes postales. Entrega vigilada de drogas." en *La Ley* 7 de marzo de 1996.

Vegas Torres, 1997, "Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas" en Revista *Tribunales de Justicia*, nº 8-9.

VVAA, 1999, *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Madrid, Colex.

VVAA, 2006, *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, Madrid, Marcial Pons.

Acuerdo del Pleno de la Sala II del TS (Tribunal Supremo Español) de 4 de abril de 1995.

BOE (Boletín Oficial del Estado) 17 de Septiembre de 1982.

Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

Ley Orgánica 5/1999.

TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) de 2 de agosto de 1984, en el caso *Malone*.

Tribunal Constitucional en sus sentencias:

STC 281/2006, de 9 de octubre.

STC 306/2002, de 25 de febrero.

STC 123/2002, de 20 de mayo.

STC 281/2006, de 9 de octubre.

STC 306/2002, de 25 de febrero.

STC 281/2006, de 9 de octubre.

Tribunal Supremo Español en sus sentencias:

STS de 25 de enero de 1999.
STS de 19 de febrero de 2007.
STS 340/2000 de 3 de marzo.
STS 974/96 de 9 de diciembre.
STS 1450/99 de 18 de noviembre.
STS. 947/2001 de 18 de mayo.
STS 1521/2002 de 25 de septiembre.
STS 236/2003 de 17 de febrero.
STS 19/2003 de 10 de enero.
SSTC 14/2003, de 28 de enero, 29/2001, de 29 de enero y 49/1999 de 5 de abril.
SSTC 118/2003, de 16 de junio, 111/1999, de 14 de julio y 22/1988 de 18 de febrero.
STS de 5 de febrero de 1997.
STS de 26 de marzo de 1997.
STS de 4 de abril de 1998.
STS de 25 de enero de 1999.
SST del 17 de mayo de 2003.
STS del 7 de junio de 2002.
STS del 3 de octubre de 2002.
STS del 12 de noviembre de 1998.
SST del 22 de febrero de 2002.
STS del 19 de febrero de 2002.
STS del 24 de diciembre de 2001.
STS del 1 de diciembre de 2000.
SST del 24 de enero de 2002.
STS del 27 de enero de 1998.
SST de 10 de febrero de 1994.
STS del 4 de octubre de 1999.
STS de 5 de mayo de 2003.
SST de 27 de mayo de 2003.
STS del 8 de noviembre de 2003.
STS del 1 de octubre de 2002.
STS del 8 de marzo de 2000.
STS del 16 de junio de 1997.
STS de 10 de enero de 2002.
SST de 22 de octubre de 1992 y AATS de 12 de diciembre de 2000.
STS del 30 de junio de 2000.
STS del 6 de febrero de 1998.
SST de 19 de febrero de 2002.
STS del 24 de febrero de 2002.
STS de 23 de mayo de 1996.
STS de 27 de enero de 1998.

