



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna.
Curso 2017/2018
Convocatoria de julio.

La diligencia de entrega vigilada en el proceso penal español.

The guarded delivery diligence in the Spanish criminal process

Realizado por el alumno FOLGADO GALLEGO, Sergio.

Tutorizado por el Profesor/a RODRIGUEZ PEREZ, Juana Pilar.

Departamento: Derecho Procesal.

Área de conocimiento: Derecho Procesal Penal.

ABSTRACT

This work deals with one of the investigative measures used in the development of investigations in the field of Criminal Procedure Law, specifically the use of controlled delivery contained in art. 263 bis LECr. Thus, this consists of the authorization, on the part of the judicial authority, of the circulation or controlled delivery of both narcotic substances and other illicit objects, in order to apprehend the greatest number of participants in the commission of the criminal act. The work begins with an introduction and a historical background that allows you to situate yourself a little better at the origin of the diligence. Subsequently, it is contextualized taking into account the object that has the diligence, as well as its small singularities such as the difference between controlled delivery and controlled delivery; the crime caused; or the specialty of this procedure when it is carried out substituting the material object of the investigation. An analysis is also carried out on the legal regulation of the same, taking into account the legislative framework in which it is regulated, the competent authorities for its development, and the requirements to carry it out. Likewise, emphasis is placed on the application of diligence in the international field and the law compared with other countries of the European Union. Finally, some jurisprudence is exposed to better understand the development of the work and a personal assessment of the same diligence of controlled delivery.

RESUMEN

Este trabajo trata sobre una de las diligencias de investigación utilizadas en el desarrollo de las investigaciones en materia de Derecho Procesal Penal, concretamente el recurso a la entrega vigilada recogido en el art. 263 bis LECrim. Así pues, esta consiste en la autorización, por parte de la autoridad judicial, de la circulación o entrega vigilada tanto de sustancias estupefacientes como de otros objetos ilícitos, con la finalidad de aprehender el mayor número de partícipes en la comisión del hecho delictivo. El trabajo comienza con una introducción y unos antecedentes históricos que permiten situarse un poco mejor en origen de la diligencia. Posteriormente, se pasa a contextualizarlo teniendo en cuenta el objeto que tiene la diligencia, así como sus pequeñas singularidades como puede ser la diferencia entre la entrega vigilada y la entrega controlada; el delito provocado; o la especialidad de esta diligencia cuando se lleva a cabo sustituyendo el material objeto de la investigación. También se lleva a cabo un análisis sobre la regulación jurídica de la misma, teniendo cuenta el marco legislativo en que se regula, las autoridades competentes para su desarrollo, y los requisitos para llevarla a cabo. Asimismo, se hace hincapié en la aplicación de la diligencia en el ámbito internacional y el derecho comparado con otros países de la Unión Europea. Finalmente, se expone algo de jurisprudencia para entender mejor el desarrollo del trabajo y una valoración a título personal de la misma diligencia de entrega vigilada.

INTRODUCCION.....

PRIMERA PARTE

1. ANTECEDENTES HISTORICOS INMEDIATOS A LA REGULACION LEGAL DE LA DILIGENCIA DE INVESTIGACION DE ENTREGA VIGILADA.....	
5	
2. OBJETO DE LA DILIGENCIA DE ENTREGA VIGILADA.....	
7	
2.1. Distinción entre entrega vigilada y entrega controlada.....	
10	
2.2. Entrega vigilada y delito provocado.....	
.....12	
2.3. Especial modalidad: entrega vigilada con sustitución del material.....	
12	

SEGUNDA PARTE

1. REGULACION JURIDICA DE LA DILIGENCIA DE ENTREGA VIGILADA.....	
13	
1.1. Marco legislativo.....	
13	
1.2. Competencia.....	
15	
1.2.1. Juez de Instrucción.....	
15	
1.2.2. Ministerio Fiscal.....	16
1.2.3. Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial.....	
17	
1.3. Requisitos para llevarla a cabo.....	
18	
1.3.1. Requisitos formales.....	
18	
1.3.2. Requisitos de actividad.....	21
2. ESPECIALIDADES DE LA DILIGENCIA DE ENTREGA VIGILADA EN LA ACTUALIDAD.....	21
2.1. Entrega vigilada a través de internet.....	
22	
2.2. Tecnovigilancia, balizas y GPS.....	
24	

TERCERA PARTE

1. APLICACION DE LA DILIGENCIA DE ENTREGA VIGILADA EN EL AMBITO	
---	--

INTERNACIONAL.....	27
1.1. Acuerdos internacionales multilaterales.....	27
1.2. Apertura de un paquete fuera de España.....	29
1.3. Jurisdicción competente para el enjuiciamiento de los delitos cometidos en varios Estados.....	30
1.4. Derecho comparado.....	32
2. APOYO JURISPRUDENCIAL A LA DILIGENCIA DE ENTREGA VIGILADA.....	34
CONCLUSION.....	36
BIBLIOGRAFIA.....	39

INTRODUCCION

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la diligencia vigilada como medida de investigación policial, competencia en muchas ocasiones del cuerpo de agentes del servicio de vigilancia aduanera, sea en la especialidad de investigación o en la brigada marítima, un organismo policial perteneciente a la Agencia Tributaria, que desde que tuvo lugar el Acuerdo de Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo, el 14 de noviembre de 2003, tiene atribuidas funciones propias de la Policía Judicial, dependiendo de los jueces de instrucción y del Ministerio Fiscal. Normalmente, es este cuerpo el que solicita la utilización de este mecanismo para desvirtuar la actuación de los grupos organizados, y es por ello por lo que quise investigar acerca del tema.

Desde hace años, cada vez son más frecuentes las noticias sobre la delincuencia organizada en materia de tráfico de drogas, tanto en España como a nivel internacional, estos grupos, cada día se estructuran mejor, personalmente, con una jerarquía bien organizada, materialmente e instrumentalmente, ya sea con medios tecnológicos sofisticados, capital financiero, elementos de transporte y almacenamiento, etc., provocando que los medios de investigación comúnmente utilizados sean insuficientes. Por ello, para combatir estos delitos, y que no queden impunes, la policía judicial encargada de la investigación de los mismos necesita de medios de investigación modernos que permitan, conforme a Derecho, el descubrimiento de tales hechos delictivos, su autoría, así como la obtención de medios probatorios contra las personas que conformen los grupos criminales organizados, respetando siempre los derechos fundamentales. Algunos de los medios más modernos utilizados en España son la diligencia de entrega vigilada, el agente

encubierto, el agente provocador, entre otros. Este trabajo se centrará en la diligencia de entrega vigilada¹.

Para abordar este tema, hay que señalar que la diligencia de entrega vigilada es llevada a cabo en el orden procesal penal por el Juez de Instrucción y el Ministerio Fiscal, así como por los jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, ya sean centrales o de ámbito provincial. Se regula en el art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), que fue introducido por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas (en adelante LO 8/1992 de 23 de diciembre). Esta modificación que se produce por la participación y posterior firma de España en la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (en adelante Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988). Posteriormente se modificó la LECrim, por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves (en adelante LO 5/1999, de 13 de enero)².

Cabe señalar que no solo se hace referencia a los delitos de sustancias estupefacientes, sino también, aunque no sea tan común, a las armas, animales, sustancias químicas, o cualquier elemento de procedencia o tráfico ilegal, que, enviándose de forma oculta, pueda llegar a su destino sin ser interceptado por las autoridades judiciales, así como sin averiguar los partícipes desde el punto de partida hasta su destino.

PRIMERA PARTE

1. ANTECEDENTES HISTORICOS INMEDIATOS A LA REGULACION LEGAL DE LA DILIGENCIA DE INVESTIGACION DE ENTREGA VIGILADA.

La diligencia de investigación de entrega vigilada tuvo su origen en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988, celebrada en Viena. La celebración de esta Convención tiene lugar como consecuencia de una propuesta que surge en una Conferencia Internacional realizada un año antes en Viena, relativa al uso indebido y el tráfico ilícito de drogas, desarrollada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en la que participaron 138 Estados, además de numerosas organizaciones intergubernamentales, así como alrededor de 200 organizaciones no gubernamentales. En esta Conferencia Internacional celebrada en 1987, se aprobó por

¹ Núñez Paz, M. A., y Guillén López, G., “*Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas*”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas, nº LXI, enero 2008.

² Molina Mansilla, M^a. C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, ed. Bosch S.A., Barcelona 2009, p. 7.

unanimidad un plan denominado Plan Amplio y Multidisciplinario de Actividades Futuras. En el Capítulo III de este Plan, se hizo alusión por primera vez a la diligencia de entrega vigilada, concretamente a su eficacia, en su art. 18, definiéndola como *“un método para seguir las huellas de la entrega de drogas ilícitas hasta su destino final”*³.

Un año más tarde, en la Convención de Viena de 1988, fue donde se consagró definitivamente el recurso de la diligencia de entrega vigilada, definiéndose a esta en el art. 1, referido a las definiciones de los contenidos a tratar durante la misma, en su letra g como *“la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o el Cuadro II anexos a la presente Convención o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención”*⁴.

Fue en el art. 11 de esta Convención, donde se contempla por primera vez esta diligencia, y se regula en tres apartados; en el primero de ellos, se menciona el respeto a los derechos fundamentales de los distintos ordenamientos jurídicos de cada Estado para poder llevarla a cabo, con el fin de descubrir a los autores de los delitos relacionados con la fabricación y el tráfico de estupefacientes, delitos recogidos en el art. 3 párrafo primero de la Convención de Viena de 1988⁵; en el segundo apartado se aclara que, la adopción de esta diligencia se deberá realizar caso por caso, y, además, ha de tenerse en cuenta las competencias de los países que estén ejecutando la diligencia en el caso concreto (por ejemplo, si una misma diligencia de vigilancia se está llevando a cabo entre distintos países, uno de origen, y otro de destino) ⁶; finalmente, el tercer y último apartado, habla de la interceptación de las sustancias antes de ejecutar la diligencia de entrega vigilada, es decir, que esta podrá ser sustituida por otra sustancia inocua con el fin de prevenir que, ante una posible pérdida de la droga sometida a vigilancia, la misma llegue a las calles⁷.

³ Magro Servet, V., Guía práctica profesional de investigación policial y medios de prueba en el proceso penal, ed. La Ley, Madrid 2011, p. 381.

⁴ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Viena 1988, p. 13.

⁵ *“Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas”*.

⁶ *“Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán. cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas.”*, (Art. 11.2 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena 1988).

⁷ *“Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias psicotrópicas que contengan.”*, (Art. 11.3 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena 1988).

La creación de esta diligencia provocó, en nuestro derecho interno, el vigente art. 263 bis de la LECrim⁸, cuatro años después de la celebración de la mencionada Convención de Viena de 1988, mediante la LO 8/1992, de 23 de diciembre, dejando sin efecto el hasta entonces utilizado art. 584 LECrim, el cual hacía referencia a la interceptación y apertura de algunos envíos que fuesen sospechosos de portar estupefacientes.

Posteriormente, el 25 de junio de 1991, España se adhirió al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990. En él, se compromete, al igual que el resto de los Estados miembros, a llevar a cabo las medidas que permitan el normal transcurso de esta diligencia de entrega vigilada en el marco del tráfico de estupefacientes en el plano europeo, es decir, cuando el envío y el recibimiento se haga entre Estados europeos partes del Convenio, mediante una autorización previa del otro Estado parte interviniente, y, además, debiendo conocer la dirección y el control de las actuaciones, según el art. 73 del citado Convenio⁹; este artículo permite que las partes contratantes, es decir, las autoridades policiales de un país que conocen que, desde este se está enviando droga, y las autoridades policiales del país que es avisado o que sabe que va a recibirla, tomen medidas que permitan la entrega vigilada con el fin de descubrir al mayor número de partícipes en los hechos delictivos, y siempre, realizando las actuaciones que les competen, para no perder el rastro de la mercancía ilícita. Así pues, podemos deducir que, para asegurar la efectividad de la diligencia de entrega vigilada, cada país partícipe de este Convenio de Schengen de 19 de junio de 1990 seguirá sus propias leyes nacionales, en cuanto al control de la vigilancia y su correspondiente apertura se refiere.

En relación con los preceptos previos a la introducción de esta diligencia en las leyes españolas, recogida ahora en el art. 263 bis LECrim, la medida más parecida que se utilizaba hasta entonces es el que recogía el art. 584 LECrim, según el cual "*para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado*", es decir, cuando se sospechaba que un paquete postal podía contener algún material ilícito, se debía citar a su destinatario para que este fuese abierto en su presencia, pues de lo contrario, al abrirlo y encontrar cualquier sustancia u objeto que pudiera incriminarle, esta apertura sería nula de pleno derecho.

Sin embargo, de seguir siendo esto así, la diligencia de entrega vigilada no tendría sentido, pues en muchas ocasiones, su finalidad es de abrir esa correspondencia sospechosa de contener algún material ilícito y sustituirlo por otro inocuo, sin interrumpir su cadena de transporte, aprehendiendo así a todos los involucrados, de lo contrario, estos podrían sustraerse a la acción

⁸ "Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que 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, 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, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia 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, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.", (Apartado 2, art. 263 bis LECrim).

⁹ Magro Servet, V., Guía práctica profesional de investigación policial (...), op. cit, p. 382.

de la justicia. Así pues, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, en su Sentencia de 18 de noviembre de 2002, dictaminó que se excluyera la aplicación del art. 584 LECrim para la interceptación y apertura de los paquetes, aplicando el Acuerdo de Schengen¹⁰.

2. OBJETO DE LA DILIGENCIA DE ENTREGA VIGILADA.

El objeto que tiene esta diligencia es la autorización judicial para que circulen las sustancias ilícitas o sospechosas de manera controlada, con el fin de identificar al mayor número de participantes en el tráfico de las mismas, así como obtener elementos probatorios que puedan ser luego aportados a la fase de instrucción del proceso penal seguido contra estas personas.

Entre los elementos susceptibles de ser objeto de entrega vigilada podemos destacar los estupefacientes o sustancias psicotrópicas, penados en los arts. 368 a 372 del Código Penal (en adelante CP)¹¹; los materiales utilizados para su fabricación, tipificado en el art. 371 CP¹²; la flora silvestre y fauna protegida, tipificados en los arts. 332y 334 CP respectivamente¹³; la falsificación de moneda tipificada en el art. 386 CP¹⁴; las armas y municiones, así como los explosivos, y los elementos incendiarios, según los arts. 566, 568 y 569 CP¹⁵; y, por supuesto, los bienes y ganancias procedentes de los mismos.

Hay que aclarar que cuando se habla de estupefacientes o sustancias psicotrópicas se hace referencia a todas las drogas de circulación prohibida, que causen o no un grave daño para la salud, mientras que por “sustancias prohibidas” se entienden aquellas cuya posesión o circulación impliquen un hecho penal ilícito, como pueden ser las armas, explosivos, etc.¹⁶.

En materia de tráfico de drogas, cabe señalar que, el momento en el que se interviene la sustancia y se detiene a los implicados en su venta y distribución, si se trata de escasas

¹⁰ La investigación que se lleva a cabo en el proceso penal en el que se dictó esta sentencia se acuerda la diligencia de apertura de un paquete en un envío sospechoso localizado en el aeropuerto español de Barajas, en Madrid, procedente de Alemania, en el cual se encontró en un doble fondo un paquete que contenía una determinada cantidad de cocaína.

¹¹ Delitos contra la salud pública en sus diferentes tipos: cultivo, elaboración, tráfico, cometidos en organización criminal, etc.

¹² “...equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas,...”.

¹³ “El que, ..., corte, tale, arranque, recolecte, adquiera, posea o destruya especies protegidas de flora silvestre, o trafique con ellas, sus partes, derivados de las mismas o con sus propágulos, salvo que la conducta afecte a una cantidad insignificante de ejemplares y no tenga consecuencias relevantes para el estado de conservación de la especie, será castigado...”.

“Será castigado, ... quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general: **a)** cace, pesque, adquiera, posea o destruya especies protegidas de fauna silvestre; **b)** trafique con ellas, sus partes o derivados de las mismas; o, **c)** realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración”.

¹⁴ “Será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda: **1.º** El que altere la moneda o fabrique moneda falsa. **2.º** El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada. **3.º** El que transporte, expendo o distribuya moneda falsa o alterada con conocimiento de su falsedad.”.

¹⁵ Delitos relacionados contra la fabricación, comercialización o establecimiento de depósitos de armas y municiones, sean reglamentarias o no, o de guerra. Así como la tenencia, fabricación o el depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes.

¹⁶ Gimeno Sendra, V., Manual de Derecho Procesal Penal, ed. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 250.

cantidades de droga no se hace efectiva por la autoridad policial su retirada del mercado, ya que esto supondría detener a los últimos eslabones de la cadena en la organización criminal, sino que atendiendo a los medios de los que disponen estos agentes, así como de las oportunidades que tienen, esperan para intervenir la máxima cantidad de droga y aprehender al mayor número implicados, sobre todo a los jefes de la organización criminal que gozan de una mayor impunidad, al no estar en contacto directo con la droga¹⁷. No se trata de tolerar el vulgarmente llamado "menudeo", sino que para poder completar con éxito una operación contra determinada organización criminal, la autoridad policial debe esperar a contar con la mayor cantidad de pruebas posibles para actuar contra todos ellos, en particular, contra los jefes de estas, quienes a primera vista no parecen estar implicados. Además, ya no se trata solo del hecho de aprehender al mayor número de partícipes, sino que, para poder adoptar esta medida, el delito debe ser grave, puesto que no se puede vulnerar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con delitos de escasa gravedad, por eso se hace referencia a delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Señala el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 7 de noviembre, 2007 ,que: *"la labor investigadora debe alcanzar a la identificación de todos los presuntos implicados en el delito, tratando a su vez de conocer cuántos datos o entresijos del mismo sean accesibles a efectos probatorios, para conocer en toda su dimensión la trama delictiva con objeto de delimitar el alcance del delito que se presume cometido y sus cualificaciones", (...), "no podría haberse descubierto la participación en el delito de otras personas, ni se hubiera conocido el origen y almacenamiento de la droga, cuya existencia por la cantidad y pureza permitió una calificación jurídica agravada.....ni se hubieran obtenido pruebas justificativas de tal agravación, ni evitado que la droga intervenida, en gran cantidad, accediera a terceros consumidores, ocasionándoles el correspondiente daño en la salud, que es precisamente lo que quiere evitar la ley penal con la sanción de esas conductas"*.

Sobre el tema mencionado en la sentencia, afirma Velasco Núñez que, "para un asunto de droga, extrapolable mutatis mutandi a cualquiera de codelinquencia y tránsito de objetos ilícitos que, si la actuación policial tuviera que exteriorizarse con la aparición de los primeros indicios de comisión del delito, precipitándola, en vez de esperar más adelante para completar el conocimiento de toda la acción y sus implicados"¹⁸.

Asimismo, el seguimiento de la entrega se hará, cualquiera que sea el soporte en el que se transporte la sustancia u objeto que se persiga, ya sea en sobres, paquetes, contenedores, etc. De esta manera, a veces resulta mucho más fácil para la autoridad policial, a la hora de perseguir el

¹⁷ Velasco Núñez, E., "Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías", en Revista de Jurisprudencia, ed. Lefebvre-El Derecho, nº 4, 24 de febrero de 2011, (obtenido en formato digital sin que constara el número de página en donde se encuentra el artículo en concreto).

¹⁸ Velasco Núñez, E., "Novedades técnicas de investigación penal (...)", op. cit. (formato digital sin página).

delito, solicitar un Auto de Balizamiento que permite implantar una baliza en el dispositivo en el que viaja la sustancia, antes que aprehenderla y volver a ponerla en circulación. Además, con esto, se aseguran conocer cuál es su recorrido, aunque la pierdan de vista.

Hay que mencionar también, los paquetes postales con régimen de etiqueta verde, que vienen con declaración de aduana C2/P3, que suponen una argumentación explícita de lo que se contiene dentro del paquete. Esta modalidad de declaración aduanera viene regulada, en el marco internacional por los arts. 117.1 del Reglamento del Convenio Postal Universal de Washington y 104 de la Unión Postal de las Américas y España, y en el marco nacional, por los arts. 31 del Reglamento de los Servicios de Correos de 14 de mayo de 1964 y 123 y 124 de las Ordenanzas Aduaneras. A través de este tipo de paquetería postal se acepta tácitamente una posible inspección por parte de Aduanas, y autorizando por tanto el remitente que se abra el paquete para examinar su contenido, sin que sea necesaria una autorización judicial previa, renunciando al derecho fundamental del art. 18. 3 de la Constitución Española (en adelante CE), *“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”*, sobre el derecho al secreto de las comunicaciones¹⁹.

La policía judicial también utiliza para controlar la entrega vigilada otra medida de investigación, que consiste en infiltrar a uno de sus agentes en el entorno de la organización criminal, de manera que les facilite información y él mismo transporte la sustancia ilícita hasta el punto de destino para evitar que esta se pierda.

Cabe señalar que, lo que se trata de conseguir en una lucha contra el crimen organizado, no es solamente lograr la detención de una persona implicada en un delito de tráfico de estupefacientes, armas o animales, sino de descubrir a la organización criminal que le apoya, o al menos, al mayor número posible de personas que la forman, pues como es sabido, en estas organizaciones algunas de ellas actúan aprovechándose de su alta posición jerárquica para ocultarse y no ser descubiertas. Es por ello importante que, antes de proceder a las detenciones se haya identificado a la persona destinataria del paquete.

Para que sea eficaz, la diligencia de la entrega vigilada puede ser llevada a cabo de dos maneras diferentes, bien en lo que se denomina vía de destino, cuando la diligencia se lleva a cabo hasta la interceptación del destinatario, o bien, en lo que es llamado vía de regreso, es decir, tratando de identificar a la persona que lo ha enviado (remitente), cuando no se ha podido identificar al destinatario o los datos de este son incorrectos²⁰. La diferencia entre una y otra es que, en la primera, la investigación se centra en atrapar en primer lugar a la persona que va a recibir el paquete, mientras que, en la segunda, la investigación se lleva a cabo contra el emisor de este.

¹⁹ Molina Mansilla, M^a. C., Mecanismos de investigación policial (...), op. cit, p. 21.

²⁰ *Idem*, p. 16.

2.1. Distinción entre entrega vigilada y entrega controlada.

A pesar de que ambos términos parezcan sinónimos, no lo son, puesto que, en el ámbito policial, estas diligencias de entrega se llevan a cabo por procedimientos diferentes.

Por un lado, se entiende por entrega vigilada, cuando en el transcurso de una investigación policial se permite que el paquete, contenedor o bulto en el que se transporta el material objeto de la investigación, circule libremente hasta llegar a su destino final, mientras las Fuerzas de Seguridad del Estado se encargan únicamente de esa vigilancia, encargándose del transporte quién lo haría en unas circunstancias normales, es decir, la persona encargada del servicio de paquetería o transporte. De ello hace mención el apartado 2 del art. 263 bis LECrim. Este tipo de vigilancia de la entrega de la mercancía, la policía lo denomina vigilancia pasiva, porque no son ellos quienes están controlando activamente el paquete. Así pues, en este tipo de entrega, siempre puede existir el riesgo de perder el seguimiento de la mercancía, a pesar del empeño de los agentes policiales.

Por otro lado, cuando se habla de entrega controlada, se entiende que es el propio cuerpo policial encargado de la investigación, el que mantiene la custodia de la mercancía durante su transporte. En este último caso, el paquete objeto de transporte puede incluso permanecer en dependencias policiales para su custodia, hasta que sea efectivamente entregado por ellos mismos, haciéndose pasar por las personas que deberían encargarse del transporte habitualmente, mientras que en el caso de la entrega vigilada el paquete no es interceptado ni llevado a dependencias policiales, simplemente se mantiene la vigilancia durante su transporte. Asimismo, para el caso de las entregas controladas, cuando el que hace entrega del paquete es el propio cuerpo policial que esté investigando el caso, es habitual que, el órgano judicial competente, haya dictado previamente un auto de entrada y registro del lugar en el que se vaya a efectuar el acto de entrega, con el fin de descubrir más pruebas o datos que les sirvan para la investigación²¹.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha distinguido los supuestos en varias sentencias:

Así pues, entiende por circulación o entrega vigilada aquella en la que la droga circula por el territorio español, sin interferencia obstativa de la autoridad y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en el hecho delictivo.

Y la entrega controlada, para el Tribunal Supremo, supone los casos en que la droga se encuentra bajo el poder directo, eficaz e inmediato de la Policía judicial, siendo ella misma la que se encarga personalmente de efectuar la entrega de la droga. En estos casos, se aseguran la imposibilidad de que se pierda el seguimiento de la droga y llegue a manos del destinatario.

²¹ *Idem*, p. 15

Según el criterio jurisprudencial expuesto, la circulación o entrega vigilada no impide el riesgo de perder el control de la droga.

2.2. Entrega vigilada y delito provocado.

Puesto que toda diligencia tiene unos límites, hay que saber hasta qué punto es legítima la entrega vigilada y en qué momento puede constituir un delito provocado. Si bien hay que tener en cuenta que, la falta de un debido control de esta diligencia por parte de la Autoridad competente puede derivar en que la práctica de la misma se constituya como una actividad de provocación de delito, lo cual supone una investigación ilícita, y, por consiguiente, la nulidad de los medios probatorios obtenidos en la misma. Si tras estos hechos, se obtuviera la autorización que debería haberse requerido al inicio de llevar a cabo la operación de entrega vigilada, esta no tendría carácter retroactivo, por lo que no habría lugar a la subsanación de los hechos.

Para evitar que esto ocurra, la Autoridad competente, Juez de Instrucción, Ministerio Fiscal, o jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, deberán asegurarse antes de aprobar la diligencia de entrega vigilada, que cumpla con todos los requisitos previstos en el art. 263 bis LECrim, así como tener constancia de la procedencia de la sustancia ilícita que esté siendo objeto de la investigación.

Así pues, se puede extraer del art. 263 bis 2 LECrim que, “*se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas...*”, entendiéndose que, el término “remesas” hace alusión a la remisión de determinada sustancia o elemento con un origen y un destino, sin que pueda ser puesta en circulación *ex novo* por el Estado²².

2.3. Especial modalidad: entrega vigilada con sustitución del material.

Ante los posibles riesgos de pérdida de control de una remesa ilícita objeto de una investigación durante el transcurso de una entrega vigilada, se ha desarrollado la posibilidad de que los agentes de la policía judicial intervengan el material antes de que se produzca el inicio del transporte o durante el mismo, y sustituir la sustancia por otra inocua. De esta manera, se reducen los espacios incontrolados en el marco de la investigación que pudieran suponer la desaparición del producto.

Es una posibilidad que contempla el propio art. 263 bis LECrim, pero no es un elemento esencial de la entrega vigilada²³, sino que se trata tan solo de una posibilidad de actuación que puede llevar a cabo la policía para asegurarse que ante una posible pérdida del objeto, no aumenten los riesgos delictivos.

²² Delgado Martín, J., La criminalidad organizada, ed. Bosch, Barcelona 2001, p. 141.

²³ *Idem*, p. 140.

Esta decisión de aprehender el paquete y sustituir el material por otro de similar naturaleza, pero inocuo, es adoptada por el Juez, aunque sea a posteriori, como se ha mencionado, la autoridad policial quien lo lleve a cabo en su presencia. Una vez realizada la sustitución, la nueva sustancia vuelve a la circulación para llegar a su destinatario y detenerlo, mientras que el material sustituido se trasladará a dependencias judiciales.

Queda claro por tanto que, esta modalidad incorpora necesariamente la apertura del paquete que contiene la sustancia, debiendo aplicarse los requisitos que exige la LECrim para la práctica de esta, teniendo en cuenta la posible vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones postales y telegráficas, en base al art 18. 3 CE²⁴.

SEGUNDA PARTE

1. REGULACION JURIDICA DE LA DILIGENCIA DE ENTREGA VIGILADA

1.1. Marco legislativo.

En el ordenamiento jurídico español, se hace referencia a la diligencia de la entrega vigilada, como ya se ha visto anteriormente, en el art. 263 bis LECrim, el cual se introdujo por primera vez mediante la LO 5/1999, de 13 de enero²⁵. Pero no solo en este artículo es donde se desarrolla la regulación de la diligencia de entrega vigilada, también en los arts. 282 y 282 bis de la misma, según los cuales, la Policía Judicial tiene el deber de averiguar los delitos públicos que se cometan en territorio español, utilizando para ello los medios necesarios, tales como la práctica de diligencias, recogida de instrumentos o pruebas, respetando siempre los parámetros de la legalidad y con el fin de ponerlos a disposición de los Jueces o Tribunales. Asimismo, los Jueces de Instrucción competentes o el Ministerio Fiscal, pueden autorizar a la Policía Judicial, siempre mediante resolución fundada y cuando la investigación verse sobre delincuencia organizada, a transportar los materiales del delito o sustituir los mismos por otros, con el fin de hacer las averiguaciones oportunas sobre las personas implicadas en él.

Hay que basarse en la misma Ley, y acudir al Libro II, Título VIII, Capítulo III “*De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica*”, para seguir viendo regulada esta diligencia de investigación, pues en gran medida, estas entregas que realizan las organizaciones criminales se llevan a cabo mediante correspondencia postal, y, por tanto, es necesario saber en qué parámetros puede manejarse la Policía Judicial a la hora de poder abrir e inspeccionar la misma, así, el art. 579.1 LECrim, establece que, “*el juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, ..., que el investigado remita o reciba,*

²⁴ Molina Mansilla, M^a. C., Mecanismos de investigación policial (...), op. cit, p. 23

²⁵ Recordad que modificó la LECrim en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa, ... 2º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal”. Para ello, deberá acordarse mediante auto motivado, tal como se expone en el art. 583 LECrim “El auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia ... determinará la correspondencia que haya de ser detenida o registrada ...”. En estos casos de envíos mediante correspondencia postal, no solo está autorizado para intervenirla la Policía Judicial, sino que el propio Administrador de Correos o jefe de la oficina en la que se encuentre la correspondencia postal, podrá efectuar la intervención, remitiéndola inmediatamente al Juez Instructor de la causa, con base en los arts. 580 y 581 de la LECrim.

El artículo que define en la LECrim la diligencia de entrega vigilada tuvo su origen en el art. 1.g) de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988²⁶. Sin embargo, la primera vez que se hace mención de la diligencia en España, fue en la LO 8/1992, de 23 de diciembre de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no se hacía alusión a la Convención de Viena, sino al Convenio de Schengen, en su art. 73²⁷.

A pesar de que España, en aquel momento no había ratificado el Convenio de Schengen, y, sin embargo, sí había ratificado la Convención de Viena, se tuvo que incorporar el art. 73 del Convenio de Schengen al Ordenamiento Procesal español por razones de política criminal. Esto planteaba un problema, y es que la definición que se hacía en la Convención de Viena era más completa que la realizada en el Convenio de Schengen, ya que hacía alusión no solo a la diligencia de la entrega vigilada, sino además a los materiales, sustancias de adulteración o elaboración, e instrumentos utilizados en el transcurso de la comisión del delito. Esto se solucionó con la entrada en vigor de la LO 5/1999, de 13 de enero, donde en la exposición de motivos se adhiere a lo expuesto en la Convención de Viena a través de <<concordancia con la obligación impuesta a los Estados parte en el art. 11 de la citada Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sustancias psicotrópicas>>²⁸.

Por otro lado, en Europa, la Convención de Viena, se llevó a cabo con vocación de

²⁶ “Por entrega vigilada se entiende la técnica consistente en dejar remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, ... o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos...”.

²⁷ “1. De conformidad con su Constitución y su ordenamiento jurídico nacional, las Partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

2. La decisión de recurrir a entregas vigiladas se adoptará en cada caso concreto basándose en una autorización previa de la Parte contratante de que se trate.

3. Cada Parte contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizado a intervenir.”.

²⁸ Molina Pérez, T, *La entrega vigilada por narcotráfico en el ordenamiento jurídico*, en Anuario Jurídico y Económico Escurialense, San Lorenzo del Escorial, 2007, p. 23.

cooperación internacional, cuya causa se origina como la *“justificación en el carácter supranacional de las organizaciones criminales y en su decidido asentamiento en todos los países del mundo, porque los delitos que cometen estas bandas están sometidos al principio de justicia universal, lo que les convierte en objeto de persecución más allá de las fronteras”*²⁹. No obstante, esto no supone una única regulación en esta materia para todos los Estados miembros de esta Convención, sino que, partiendo de esta regulación básica sobre la entrega vigilada, dichos Estados llevan a cabo su propia regulación interna, como es, en el caso de España, el art. 263 bis LECrim, que, a pesar de estar basado en los arts. 1 y 11 de la mencionada Convención, no los recoge literalmente, sino que el legislador ha hecho su propia interpretación para hacer este medio de investigación efectivo en España.

La Convención de Viena, ha venido a regular, lo ya regulado en el art. 73 del Acuerdo de Schengen, para los Estados miembros de este acuerdo en aquel momento.

1.2. Competencia.

Tienen competencia para autorizar la diligencia de la entrega vigilada el Juez de Instrucción que esté conociendo de las diligencias incoadas para el descubrimiento del delito, el Ministerio Fiscal, y los jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial Central o Provincial y sus mandos superiores. Así se refleja en el primer apartado del art. 263 bis LECrim.

Como se desprende de este artículo, la adopción de esta medida debe hacerse mediante resolución fundada, donde se especifique el objeto de entrega vigilada. Se deberá estudiar si es necesario autorizar la entrega vigilada, teniendo en cuenta la importancia del delito, puesto que resulta de impacto en la esfera del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones postales, telegráficas, y telemáticas del sujeto pasivo de la medida, así como las posibilidades de vigilancia durante el transcurso de la entrega vigilada, evitando poner en riesgo también a las autoridades policiales encargadas de llevar a cabo la diligencia, así como a terceras personas.

1.2.1. Juez de Instrucción.

El Juez de Instrucción para acordar la diligencia dicta una resolución judicial fundada. Esta autorización para adoptar la diligencia es obligatoria cuando exista un proceso judicial abierto por unos hechos delictivos como los que se enumeran en el art. 263 bis LECrim. Asimismo, en aquellos casos en los que todavía no existe un proceso judicial abierto, la Policía Judicial deberá poner los hechos indiciarios de delito en conocimiento del Juez de Instrucción, solicitándole a este la autorización para llevar a cabo una entrega

²⁹ *Idem.*, p. 18.

vigilada³⁰.

Cuando el Juez de Instrucción dicte la resolución autorizando que se lleve a cabo esta diligencia, tendrá que entregar una copia de ella al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual se encarga de custodiar un registro con este tipo de resoluciones³¹.

Para los casos en que los tipos delictivos sean aquellos derivados del art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)³², y por tanto competencia de la Audiencia Nacional, será competente para la autorización de la diligencia de entrega vigilada el Juzgado Central de Instrucción. Para el resto de los casos, en atención a lo dispuesto por el art. 14.2 LECrim³³, será competente el Juez de Instrucción del lugar donde se realiza la entrega vigilada. Sin embargo, puesto que la medida puede afectar a varios lugares, y, por tanto, a varios Jueces de Instrucción, en estos casos, la competencia recaerá en cualquiera de éstos dependiendo de la circunscripción territorial por la que circule la sustancia ilícita, y por supuesto tanto el del lugar por el que entra la misma, así como el del lugar de destino.

Tras la autorización de la diligencia, es posible que sean varios los Jueces de Instrucción que hayan practicado las actuaciones debidas relacionadas con los hechos. Será entonces, cuando deba determinarse cual de todos ellos tendrá la competencia para la instrucción de la causa³⁴. Es para estos casos, para lo que el Juez de Instrucción entrega copia de lo actuado al Juez Decano de su partido judicial, y este es el que determina a quien corresponde la competencia.

1.2.2. Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal, como se ha dicho anteriormente, debido a las tareas que tiene encomendadas, podrá practicar las diligencias de investigación que estime oportunas en el transcurso de la investigación de un hecho delictivo, con el fin de comprobar si se ha cometido el mismo, ya sea, en materia de tráfico de drogas por organizaciones criminales, o cualquier otro tipo delictivo. El art. 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal contempla que “... *para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán*

³⁰ Delgado Martín, J., La criminalidad organizada, op. cit., pp. 155 y 156.

³¹ “... *El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones.*” (Art. 263 bis 1 LECrim).

³² “*La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: 1.º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: ... d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias*”. (apartado 1ºd).

³³ “*Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes: 2. Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer; o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine*”.

³⁴ Delgado Martín, J., La criminalidad organizada, op. cit., p. 156

suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva". Esta competencia que se le atribuye al Ministerio Fiscal en su Estatuto Orgánico puede verse reiterada en la LECrim, concretamente en el art. 773.2 LECrim, según el cual, *"cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo ... practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo"*.

No obstante, hay que aclarar que esta competencia atribuida al Ministerio Fiscal, aplicándola a la diligencia de entrega vigilada, no afecta a ningún derecho fundamental respecto de las personas investigadas, como puede ser la lesión del secreto de las comunicaciones, puesto que lo que se le permite autorizar al Ministerio Fiscal en estos casos es el mero seguimiento del paquete hasta la llegada a su destinatario y posterior aprehensión de los implicados y no la apertura y sustitución del material. Para este último supuesto, dado que se produciría una restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sería imprescindible la autorización por parte del Juez Instructor³⁵

La práctica de estas diligencias de investigación podrá llevarlas a cabo, bien el Ministerio Fiscal *motu proprio*, en la investigación de un hecho denunciado ante él, o bien cuando después de una investigación policial, se averigüe la comisión del delito, y sea el mismo Ministerio Fiscal el que autorice bajo supervisión que se siga cometiendo, con el fin de aprehender más autores del mismo. Esta excepción de permitir que el delito se siga cometiendo, solo es posible para algunos casos, como por ejemplo en materia de narcotráfico, cuando a pesar de que el principio de legalidad le prohíba permitir esas actuaciones, rige el principio de oportunidad reglada, introducido en el art. 263 bis LECrim, es decir, se permite que el fiscal no ejerza la acción penal. El único límite ante el que se encuentra el Ministerio Fiscal es la carencia de un proceso judicial abierto³⁶.

1.2.3. Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial.

Corresponde también la autorización de esta diligencia a los jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial y sus mandos superiores, puesto que dependen del Ministerio del Interior, y a este le corresponde una serie de competencias en materia de crimen organizado, así como en tráfico de drogas y blanqueo de capitales, entre otras. Aunque, a nivel funcional dependen de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal, y así lo podemos ver reflejado en los arts. 444.1 LOPJ³⁷ y 31.1 de la Ley Orgánica de los

³⁵ Delgado Martín, J., La criminalidad organizada, op. cit., p. 139 y 140.

³⁶ *Idem*, p. 159.

³⁷ *"se establecerán Unidades de las Autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquellas les encomienden"*.

Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (en adelante LOCFS)³⁸, podrán, por razones de urgencia, y aunque no exista un procedimiento judicial abierto, autorizar la entrega vigilada.

En el caso de la autorización de la diligencia por los mandos policiales, esta puede llevarse a cabo aún en los casos en que exista un proceso judicial abierto. Se trata de una interpretación restrictiva, dado que la Policía Judicial únicamente podrá autorizar la entrega vigilada en aquellos casos en que de darse una demora en la actuación de la policía pueda impedir el éxito de la operación. En cualquier otro caso, están obligados a solicitar la autorización del Juez de Instrucción competente³⁹.

El seguimiento de la entrega vigilada corresponderá a la Policía Judicial que esté investigando la causa, pero la apertura del paquete se hará bajo la intermediación del Juez de Instrucción, así se puede deducir de lo expuesto en el art. 586 LECrim, *“la operación se practicará abriendo el Juez por sí mismo la correspondencia...”*. Por lo tanto, el control no es solo policial, también judicial⁴⁰.

1.3. Requisitos para llevar a cabo.

En cuanto a la autorización que permite llevar a cabo esta diligencia, es preciso que concurren una serie de requisitos para que su resultado sea válido y eficaz. Por un lado, los requisitos relativos a la forma que debe adoptar la autorización desde el punto de vista procesal, y por otro, requisitos de actividad, consistentes en definir el tiempo y el lugar en el que se va a desarrollar la diligencia de entrega vigilada.

1.3.1. Requisitos formales

Se trata de los requisitos procesales a los que se refiere el art. 263 bis LECrim, que permiten exceptuar el principio general de detener a los partícipes e incautar el material ilícito en el momento de la comisión del delito. Siguiendo a Molina Mansilla, estos requisitos formales son:

- Una resolución fundada por el Juez de Instrucción competente que esté conociendo de la investigación del delito, el Ministerio Fiscal, o los jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, ya sean de ámbito central o provincial, que autorice el inicio de actuación de esta medida, tal como reproduce el mencionado art. 263 bis 1 LECrim.

Dicha medida, estará condicionada al descubrimiento de un delito de tráfico de drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y sustancias prohibidas, así como a la

³⁸ *“en el cumplimiento de sus funciones, los funcionarios adscritos a Unidades de Policía Judicial dependen orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de los Jueces, Tribunales o Ministerio Fiscal que esté conociendo del asunto objeto de la investigación”*.

³⁹ Delgado Martín, J., La criminalidad organizada, op. cit., p. 157.

⁴⁰ Es aplicable a los paquetes postales el régimen de apertura de la correspondencia ordinaria exigiéndose los requisitos recogidos en los arts. 579 y ss. LECrim (exceptuando lo previsto en el art. 584 LECrim).

posible identificación de los implicados en el mismo.

- Un análisis individualizado del caso concreto que se esté investigando, es decir, que, para cada autorización de actuación de la diligencia de entrega vigilada, se deberá estudiar que esta es adecuada.

Se aprecia, tanto en el Convenio de Viena de 1988, art. 11.2, como en el Acuerdo de Schengen, art. 73.2, que, la entrega vigilada quedará sometida, en cada caso, a una autorización previa del Estado contratante afectado, es decir, aquél en el que la remesa de drogas va a ser introducida, o a través del cual van a circular para llegar a otro destino⁴¹.

- Conforme a los requisitos anteriores, acreditar la necesidad de esta aplicación de la diligencia a los fines que se estén investigando, teniendo en cuenta que, para poder aplicarse, el delito debe ser catalogado como “grave”, así como valorar las posibilidades de vigilancia durante el proceso de entrega, evitando posibles riesgos de pérdida del objeto o riesgo para los agentes o terceras personas.

El problema que se plantea aquí es que, solo se puede aplicar para delitos graves, y estos son, aquellos cuya pena sea calificada como grave, es decir, las penas privativas de libertad superiores a cinco años. Así lo menciona el ex jefe de la fiscalía antidroga Javier Zaragoza Aguado, “*uno de los parámetros fundamentales que determinan el uso de esta técnica de investigación es la importancia del delito*”, puesto que se podrían vulnerar algunos principios como el de subsidiariedad y proporcionalidad, que suponen una excepción para la aplicación de esta diligencia⁴². Es por esto por lo que, siempre que se habla sobre la diligencia de entrega vigilada en materia de tráfico de drogas, suele hacerse sobre organizaciones criminales, ya que los delitos cometidos en este ámbito llevan aparejada una pena superior. Además, que como ya se ha mencionado en ocasiones anteriores, uno de los principales fines de esta diligencia es aprehender al mayor número de participantes en la comisión del delito.

- Cuando las operaciones en las que se haga utilidad de la diligencia de entrega vigilada se lleven a cabo en el marco internacional, entre varios países, véase por ejemplo, un país tiene conocimiento de que una partida de droga sale de su país con otro como destino, o viceversa, habrá que atenerse a lo dispuesto en los tratados internacionales entre esos países implicados, tal como se puede comprender del propio art. 263 bis LECrim, en su apartado tercero, “*el recurso a la entrega vigilada, ..., en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales*”.

Respecto a este requisito, no se refiere solo a tener en cuenta lo referido en la

⁴¹ Rey Huidobro, L. F., El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, p. 353.

⁴² Molina Pérez, T., “*La entrega vigilada por narcotráfico (...)*”, op. cit., p. 24.

Convención de las Naciones Unidas de 1988 y al Convenio de Schengen de 1985 y 1990. Aquí se incluyen los Convenios bilaterales que pueda tener España con terceros países⁴³.

- Debe haberse iniciado ya un proceso de comunicación entre el remitente y el destinatario para poder empezar a hacer efectiva la diligencia. No es posible actuar antes de que el envío se haya realizado.
- Previo a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 5/1999, de 13 de enero, para la apertura de cualquier envío era obligatoria la presencia del destinatario, o la designación por este de una persona que presencie la misma, conforme al art. 584 LECrim. Actualmente, gracias a dicha reforma, esto ya no es necesario. Ciertamente es, que el cuarto apartado del art. 263 bis LECrim estipula que *“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”*. Sin embargo, a partir de dicha reforma, ya no resulta obligado la citación del interesado para presenciar la apertura. Se aplica a los paquetes postales el mismo régimen de apertura que para la correspondencia ordinaria, siendo los requisitos de ello los recogidos en los arts. 579 y ss. LECrim, a excepción del art. 584 LECrim, y así lo establece la Sala Segunda del Tribunal Supremo en alguna de sus Sentencias. Desde entonces, se remite el paquete inmediatamente al Juez Instructor de la causa, y se procede a la apertura del mismo bajo su intermediación, en base a lo dispuesto en el art. 263 bis 4 LECrim.

Hay que señalar que esta última medida está inspirada en el principio de necesidad, según el cual, se recurrirá al mecanismo de la diligencia de entrega vigilada únicamente cuando no haya o sean insuficientes otras diligencias que permitan obtener medios de pruebas, y por el principio de proporcionalidad, es decir, que la entrega vigilada se aplica siempre que el interés general de la sociedad sea superior al interés privado, dado que limitan el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones⁴⁴.

1.1.1. Requisitos de actividad.

Estos requisitos dotan a la diligencia de entrega vigilada de un tiempo y un lugar concreto en el que se va a desarrollar, por lo que resultan imprescindibles para llevar a cabo

⁴³ Convenio bilateral con Italia de 3 de junio de 1986; con Marruecos de 21 de enero de 1987; con el Reino Unido de 26 de junio de 1989; con Turquía de 9 de mayo de 1990; entre otros.

⁴⁴ Rey Huidobro, L. F., El delito de tráfico de drogas (...), op. cit., pp. 360 y 477.

la diligencia. Siguiendo a Molina Pérez, estos son:

- Requisitos de tiempo: no está definido explícitamente en ningún texto legal el tiempo determinado por el que se autoriza esta diligencia. Pero sí es sabido que, la autorización se determina para un caso concreto y por una sola vez. Aun así, teniendo en cuenta la finalidad para la que es creada, se autoriza su utilización desde el momento en que se tiene constancia de la existencia de sustancias ilícitas circulando o que van a hacerlo en cualquier momento, absteniéndose de incautarlas y de detener a los autores, con el fin de, posteriormente, aprehender al mayor número de partícipes evitando que las sustancias estupefacientes lleguen a comercializarse.
- Requisitos de lugar: este requisito puede traer más duda puesto que la circulación de la droga puede hacerse dentro de España o entre países. En este caso, y debido a la competencia que tiene la Policía Judicial, la diligencia puede practicarse en todo el territorio nacional. Aunque la sustancia objeto de vigilancia provenga de otro país, desde que las autoridades investigadoras del caso tengan conocimiento de la entrada del paquete en el país, será de su competencia el seguimiento de este.

La autorización necesaria mediante resolución, para que la medida se lleve a cabo, se hará desde el lugar del que se vaya a realizar el envío, ya sea este el Juzgado de Instrucción del lugar, la Fiscalía Especial, sita en la capital de la provincia, o la Sede del lugar donde se encuentre el jefe de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial, o la de sus mandos superiores.

1. ESPECIALIDADES EN LA ACTUALIDAD

Actualmente, las organizaciones criminales se han ido expandiendo, incrementando su actividad delictiva a mayor número de países. Y ello es, en gran parte, gracias a las nuevas tecnologías, las cuales permiten a las organizaciones mejores infraestructuras, capacidades de movimientos y conexión con otros países, así como materiales tecnológicos para el desarrollo de sus operaciones, como puede ser el acceso a internet. Esto provoca en ellos, una mayor impunidad a la hora de cometer los delitos, ya que gozan de mejores técnicas para su encubrimiento.

Así pues, de igual manera que a medida que pasa el tiempo, las bandas organizadas se adecúan a los nuevos tiempos y mejoran sus técnicas para no ser descubiertos, los agentes policiales deben mejorar sus estrategias de investigación, actualizando las que ya tienen; de esta manera, a día de hoy, la entrega vigilada no consiste en un simple seguimiento del paquete o mercancía objeto de la investigación, su finalidad sigue siendo el aprehender al mayor número de personas involucradas en la comisión de los delitos, pero la diligencia ha ido tecnificándose

en diferentes modos a la hora de llevarla a cabo. Gracias a estas tecnologías, existen nuevos métodos de investigación.

Con la última reforma de la LECrim, realizada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, se introduce una novedosa legislación específica aplicable a estos delitos, los cuales se analizan a continuación y que vienen regulados en el Libro II, Título VIII, Capítulo IV, sobre *“disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos”*.

1.1. Entrega vigilada a través de internet.

Se trata de una especialidad de la diligencia de entrega vigilada. Muchos de los delitos vistos hasta ahora, se llevan a cabo a través de este método tecnológico, como, por ejemplo, delitos cibernéticos, extorsiones, el conocido actualmente como ciberterrorismo utilizado por grupos organizados como el ISIS para captar “fieles”, o la pornografía infantil. Se utilizan herramientas tecnológicas como softwares o “virus espías”, que rastrear los rincones de internet buscando material delictivo como, por ejemplo, movimientos y transferencias de dinero, telecomunicaciones habidas entre las personas relacionadas con el delito que hayan podido realizar en el pasado, reservas de viajes o estancias, o entradas y salidas en aeropuertos, etc., que sirvan de aportación de pruebas a la investigación contra los sospechosos investigados.

El problema en estos casos surge, en que, a diferencia de lo que ocurre en el seguimiento de los delitos cometidos en la vida convencional, donde los paquetes o contenedores físicos son de más fácil seguimiento, en el campo informático, existe la dificultad de que los agentes policiales no pueden asegurar el control de la circulación, entre las organizaciones criminales, que realicen por la red, pues no es lo mismo seguir la circulación de un kilo de droga que se desplace entre dos ciudades, que un fichero de contenido pedófilo que circule por internet, sobre todo, por la rapidez con la que circulan estos debido a los avances tecnológicos. Para solucionar esto, es para lo que se ha creado esta diligencia, pudiendo adaptar el art. 263 bis LECrim a este novedoso campo informático del que se aprovechan las bandas organizadas, utilizando las mismas garantías que las que se exponen en su primer apartado. Aunque de igual manera, esta diligencia informática ya tenga su propia regulación con el nuevo art. 588 bis LECrim, se sigue relacionando con el art. 263 bis LECrim, por su parentesco a la hora de llevarse a cabo la misma, ya que antes de la reforma de la LECrim, realizada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, se venía aplicando este.

Con la diligencia de entrega vigilada a través de internet, lo que se persigue, como se puede deducir del nombre, no son envíos físicos, sino archivos, ficheros, correos electrónicos, en definitiva, material informático susceptible de incurrir en actividades delictivas. Esto es, lo que los agentes de la Policía Judicial permiten que se transfiera o circule, con la finalidad de aprehender al mayor número de partícipes, y retirar de la red la cantidad máxima posible de archivos en circulación. Se trata de aprovecharse de los avances tecnológicos que utilizan los delincuentes, para llevarlos al campo de la lucha contra el crimen⁴⁵.

De igual manera que ocurre en las investigaciones físicas convencionales, los agentes pueden llevar a cabo esa diligencia “con sustitución del material”, interceptar ese material informático y sustituirlo por otro de su interés, ante la posibilidad de perderle el rastro en la red, y que el delito se consuma. Ocurre, por ejemplo, en el caso de la pornografía infantil o el ciberterrorismo, donde se puede sustituir las fotografías o videos por otros que no sean dañinos, o por esos archivos o softwares que una vez abiertos, delaten al infractor.

Haciendo una similitud entre la entrega vigilada convencional y la llevada a cabo por internet, hay que remitirse a la reforma mencionada de la LECrim. Se expone en el art. 588 bis a.1 LECrim que, para llevar a cabo esta diligencia se requerirá “*autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida*”. Y añade también en el apartado 2 que, ese principio de especialidad mencionado en el primero requiere que dicha medida de investigación esté relacionada directamente con la investigación que se esté llevando a cabo sobre un delito concreto, puesto que “*no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva*”. Es lo mismo que viene a decirse en el apartado 3 del art. 263 bis LECrim.

También resulta similar lo que refleja el art. 263 bis 1 LECrim, sobre competencia para la autorización de la medida de investigación, con lo que dice el art. 588 bis b 1 de la misma, según el cual “*el juez podrá acordar las medidas reguladas en este capítulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial*”. Y ese acuerdo del juez de instrucción, se hará efectivo igualmente mediante auto motivado, según el art. 588 bis c 1 LECrim⁴⁶.

1.2. Tecnovigilancia, Balizas y GPS.

En la actualidad, se han incorporado una serie de novedades técnicas que hace algunos años se utilizaban en el espionaje, y que ahora, se utilizan por la policía en la lucha contra el

⁴⁵ Velasco Nuñez, E., “*Novedades técnicas de investigación penal (...)*”, op cit. (formato digital sin página)

⁴⁶ “*El juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud.*”.

crimen organizado, entre otros delitos, por ejemplo, para seguir las actividades delictivas de los narcotraficantes.

La regulación legal de estas novedades tecnológicas, se recogen con la reforma de la LECrim por la LO 13/2015, de 5 de octubre. Concretamente en el art. 588 quinquies de la misma, bajo el Capítulo VII “*Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización*”, perteneciente al Libro II, Título VIII. Al igual que ocurre en la similitud entre el art. 588 bis, en relación con el art. 263 bis, ocurre lo mismo entre este último y el art. 588 quinquies. Este, en su apartado b, expone que para la utilización de estos dispositivos de seguimiento y localización “*cuando concurran acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, el juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización*”. Asimismo, guarda relación el epígrafe cuarto de este mismo apartado, con el supuesto de las entregas vigiladas convencionales, para el caso de que por razones de urgencia la Policía Judicial, podrá proceder a su colocación, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial competente a la mayor brevedad posible⁴⁷.

Una de estas novedades es la llamada tecnovigilancia, consistente en el sometimiento a control de las actividades que esté realizando cierta persona investigada, o de un objeto, como el que puede ser la mercancía que esté siendo objeto de una entrega vigilada, a través de unos dispositivos técnicos, que permitan un efectivo seguimiento, disminuyendo las posibilidades de pérdida de control, así como comprobar la realización de unos hechos delictivos o el descubrimiento de pruebas, como por ejemplo, averiguar el lugar donde se esté escondiendo cierto material delictivo.

Esta técnica, viene a sustituir de alguna manera, a las vigilancias comunes que realizan los agentes de la policía en el seno de sus operaciones de investigación. En el campo de la diligencia de entrega vigilada, como ya es sabido, los agentes deben hacer un seguimiento físico de la mercancía, ya sea bien directamente, transportándola ellos con el fin de detener a quienes la fueren a recibir, o indirectamente, permitiendo su normal circulación hasta el punto de destino, y una vez ahí, actuar, lo cual implica una gran infraestructura a la hora de montar los operativos. Pues bien, gracias a la tecnovigilancia, los agentes pueden permitirse no arriesgarse tanto evitando tener que involucrarse tan de cerca físicamente; y esto es, porque, con las máquinas utilizadas para esta técnica, se registran una serie de imágenes y sonidos que llegan a las centrales de vigilancia, donde son analizadas con mayor precisión y

⁴⁷ “*Cuando concurran razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación, la Policía Judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso.*”, (Art. 588 quinquies b 4 LECrim).

menor riesgo, quedando luego grabadas para ser posteriormente utilizadas como pruebas en los procedimientos penales.

De esta manera, además, en esos procedimientos, se puede añadir a la declaración del agente encargado de estar llevando a cabo la diligencia de la entrega vigilada, los archivos extraídos de la tecnovigilancia. Consiste entonces, de añadir al proceso, aparte de esa prueba testifical, una prueba documental, ofreciendo mayores garantías.

Este novedoso método de investigación produce dos consecuencias que podrían cuestionar su utilización: por un lado, una negativa, la que puede afectar a terceras personas ajenas al proceso vulnerando su derecho a la intimidad, lo cual puede solucionarse estableciendo que sucede con los hallazgos casuales. Y por otro, una consecuencia positiva, ya no en este caso sobre las personas, sino sobre las situaciones grabadas, que una vez captadas y puestas a disposición judicial pueden ser reproducidas una y otra vez por el Juez, proporcionándole una mayor convicción sobre los hechos investigados a la hora de valorarlos. Sin embargo, hay que tener cuidado con esta última, en cuanto al destino que se le dará luego a la prueba, una vez ya utilizada, evitando que pueda vulnerar otros bienes protegidos o derechos fundamentales como los recogidos en los arts. 18.1, 3 y 4 CE, relativos a la intimidad, la privacidad informática, y el secreto de las telecomunicaciones respectivamente.

Por otro lado, existen otros métodos tecnológicos de investigación, aplicables en el uso de la diligencia de entrega vigilada. Se trata de las balizas y los sistemas de GPS. Las primeras son “*dispositivos electrónicos sofisticados que a través de técnicas de emisión-recepción de señales de localización, sitúan objetos (vehículos, embarcaciones, etc.) en una ubicación geográfica muy aproximada*”⁴⁸, permitiendo de esta manera, el control de estos y, en su caso, de las personas que lo están utilizando. Similar es el caso de los sistemas de GPS, estos consisten en dispositivos de emisión de señales que determinan una cierta localización geográfica a través de los satélites GPS que orbitan sobre el planeta, “*permitiendo la localización y seguimiento en tiempo real de los objetivos, y facilita su control en circunstancias adversas como alta velocidad, trayectos largos, trayectos nocturnos, etc*”⁴⁹.

Una peculiaridad de esta técnica consiste, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁰, en que al tratarse de unos métodos que sólo provocan la

⁴⁸ Velasco Nuñez, E., “*Novedades técnicas de investigación penal (...)*”, op. cit. (formato digital sin página).

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ STS, de 22 de junio de 2007 sobre una posible afectación del derecho a la intimidad, debido a la colocación por parte de la policía judicial de una baliza en una embarcación que se dedicaba al tráfico de drogas, con el fin de poder llevar a cabo su seguimiento en alta mar. En esta, el TS manifiesta que “*no se precisó ninguna injerencia en ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos*”, puesto que “*se trata, de una diligencia de investigación, legítima desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiriera en un derecho fundamental que requeriría la intervención judicial*”.

geolocalización de determinados objetos (aunque a posteriori provoquen la ubicación de cierta persona), no provocan la vulneración de los derechos del investigado, ya que no son tan intrusivas como pueden serlo las vigilancias o seguimientos convencionales⁵¹.

No obstante, aclara el Tribunal Supremo en otra de sus sentencias, esta dictada el 19 de diciembre de 2008⁵², que, estos dispositivos de localización no vulnerarán el derecho a la intimidad siempre y cuando, esa geolocalización la determine tan solo de manera aproximada, y no con exactitud, así como que su utilización se haya llevado a cabo en el desarrollo de una investigación policial mediante la correspondiente autorización judicial, habiendo tenido en cuenta su necesidad, utilidad y proporcionalidad. Así pues, para determinar si la utilización de esta diligencia de investigación vulnera o no el derecho a la intimidad de los investigados, habrá que atenerse al nivel de exactitud con el que el sistema utilizado determinó la localización de estos⁵³.

Por último, cabe señalar que, estos dispositivos de vigilancia anteriormente expuestos, tampoco vulnerarán el derecho a la inviolabilidad del domicilio recogido en el art. 18.2 CE⁵⁴, siempre y cuando los mismos hayan sido colocados en lugares de acceso público⁵⁵.

TERCERA PARTE

1. APLICACION DE LA DILIGENCIA DE ENTREGA VIGILADA EN EL AMBITO INTERNACIONAL.

La diligencia de entrega vigilada no solo se aplica en el territorio español, sino que, como se ha mencionado anteriormente, el material objeto de la investigación puede partir de un tercer Estado con destino España y viceversa, o simplemente realice una escala, viéndose implicados varios Estados. Se trata de una modalidad delictiva cada vez más frecuente en el ámbito de la criminalidad organizada y el tráfico de drogas, que se ha visto facilitada por el desarrollo de las comunicaciones, así como por el libre comercio entre los países de la Unión Europea. Esto ha provocado que se vean confrontados los poderes punitivos de los Estados implicados en la lucha contra la delincuencia organizada.

⁵¹ Velasco Nuñez, E., “*Novedades técnicas de investigación penal (...)*”, op. cit. (formato digital sin página).

⁵² Se trata de un delito contra la salud pública por tenencia ilícita y tráfico de drogas contra los acusados E. y M., descubiertos mediante la diligencia de escucha telefónicas. El acusado E. interpone recurso de casación, exponiendo en uno de los motivos, vulneración de su derecho a la intimidad al permitir ser ubicado mediante el sistema de intervención telefónica (SITEL), el cual no se tuvo en cuenta por la AP de Madrid en primera instancia porque este sistema no determina esa ubicación con exactitud, por lo que no se vulnera ese derecho del art. 18.3 CE, circunstancia que hubiera sido estimada en el caso de determinarse la misma con exactitud. Asimismo, el TS en el fallo de la sentencia, lo desestima por los mismos motivos.

⁵³ Velasco Nuñez, E., “*Novedades técnicas de investigación penal (...)*”, op. cit. (formato digital sin página).

⁵⁴ “*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*”.

⁵⁵ Velasco Nuñez, E., “*Novedades técnicas de investigación penal (...)*”, op. cit. (formato digital sin página).

Cuando se dé el caso de que la detección de la droga se produzca en un tercer Estado donde esté realizando escala, y el destino sea España, la autoridad policial de ese país notificará a las autoridades policiales españolas de la situación, para que estas inicien la diligencia de entrega vigilada. De la misma manera, si la detección se produce en España, cuando el paquete esté realizando una escala con un tercer Estado como destino, el proceso será análogo⁵⁶.

En el ámbito internacional, como se deduce del propio art. 263 bis LECrim, en el último inciso del párrafo primero, “se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales”.

En estos casos donde la diligencia se hace internacional, la finalidad de esta puede tener una doble vertiente. Por un lado, partiendo de una investigación que esté llevando la policía judicial española, podrá tratarse de descubrir y detener al máximo número de personas en la comisión de un delito contra la salud pública. Por otro, cuando la investigación la realice la autoridad policial de otro Estado, la finalidad llevada a cabo por la policía judicial española en esta diligencia será la de prestarle auxilio, para que ellos consigan los mismos fines⁵⁷.

1.1. Acuerdos internacionales multilaterales.

Diferentes países, tanto dentro del ámbito de la Unión Europea como fuera de ella, en aras de la lucha contra la delincuencia organizada, han firmado diferentes Convenios, para cooperar y ayudarse entre ellos.

Así pues, entre los más importantes podemos destacar, la ya mencionada Convención de las Naciones Unidas, celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988. Esta Convención, dedicada a la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que tuvo su entrada en vigor en España el 11 de noviembre de 1990, provocó que empezaran a reformarse los Códigos Penales de los diferentes países que participaron en ella, “con el fin de adaptar la regulación de los delitos relativos al tráfico de drogas a las pautas marcadas por el texto internacional”⁵⁸.

En esta Convención, se incorporan normas y medidas destinadas a reforzar la cooperación internacional contra el tráfico de droga, como la diligencia de entrega vigilada, recogida en el art. 11 de la misma, así como su transporte por cualquier medio.

En el art. 3, sobre los delitos y sus sanciones, se definen las actividades que conforman las infracciones delictivas, como el tráfico, la fabricación, el transporte y la distribución de las sustancias y materiales dedicados para cometer el delito⁵⁹.

⁵⁶ Molina Mansilla, M^a. C., Mecanismos de investigación policial (...), op. cit., p. 14

⁵⁷ Delgado Martín, J., La criminalidad organizada, op. cit., p. 144.

⁵⁸ De Mendizábal Allende, R., El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial), ed. La Ley, Madrid, 2000, p. 12.

⁵⁹ “**1.** Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: **a) i)** La producción, la fabricación, ..., la distribución, la venta, la entrega, ..., el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971. ... **b) 1)** La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o

Otro de los Convenios importantes que hay que mencionar es el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de noviembre de 1990. Este acuerdo, que se origina el 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados que conforman la Unión Económica del Benelux, el Gobierno de la República Federal de Alemania y el de la República Francesa, tuvo por objeto la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. Posteriormente, en 1990, se celebró el mencionado Convenio -al que España se adhirió el 25 de junio de 1991- con el fin de unificar los criterios de cooperación policial en materia de vigilancia y persecución transfronteriza, estableciendo además de estas medidas policiales, otras como la de asistencia judicial en materia penal y extradición, entre la que destaca la medida de circulación y entrega vigilada, recogida en su art. 73⁶⁰.

Siguiendo con estos Acuerdos Internacionales, hay que citar por su relevancia, el Convenio del Consejo de Europa, sobre Blanqueo de Capitales, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito, celebrado en Estrasburgo en 1990. Este Convenio, que seguía las directrices marcadas por la Convención de Viena, fue el más importante celebrado en materia de Blanqueo de Capitales. En él, se dictaron normas procesales y medidas de cooperación internacional más técnicas que las expuestas en el Convenio de Viena, sobre la citada materia. Asimismo, se añadió también, un capítulo sobre infracciones que podían dar lugar al blanqueo, ya no solo relacionado con el narcotráfico como lo hacía la Convención de 1988⁶¹.

1.2. Apertura de un paquete fuera de España.

Alguno de los problemas que puede plantear la diligencia de entrega vigilada en el ámbito internacional es la legislación que se deberá aplicar cuando la apertura del paquete tenga lugar fuera de España, así como la concreta jurisdicción competente para el enjuiciamiento del delito.

En numerosas ocasiones, España suele ser utilizada como país de tránsito de la droga procedente de América Latina o África del Norte, por ejemplo, Colombia o Marruecos, entre otros, hacia otros países europeos. En estos casos, se suele hacer alusión al principio de territorialidad de las leyes procesales, según el cual, la apertura de un paquete en el extranjero se someterá a la legislación del Estado en que el paquete fue abierto. Esto quiere decir que, las autoridades aduaneras de un país que detecten un envío sospechoso que tenga España como destino, no estarán obligados a ejercer su actividad con arreglo a lo dispuesto en la legislación española, sino a la de su país. Todo ello es comparable con lo expuesto en

algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo... ”. Son algunos de los epígrafes del art. 3 de la Convención de Viena de 1988, donde se enumeran los numerosos delitos que se castigan relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes.

⁶⁰ Vid., p. 14.

⁶¹ De Mendizábal Allende, R., El tráfico de drogas ante (...), op. cit., p. 15.

el art. 73.3 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, según el cual “*cada parte contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizada a intervenir*”⁶². Mediante lo expuesto, se puede deducir que, cuando en España se detecta un envío con material ilícito hacia otro Estado, las autoridades policiales del primero deberán dar aviso a las autoridades competentes de ese otro Estado hacia el que se dirige la droga e iniciar la diligencia de entrega vigilada.

Otra situación que puede ocurrir es que España sea el Estado de destino de la mercancía, y sea otro Estado el que se utilice como escala. La STS 881/1997, de 16 de junio, se pronuncia sobre un caso en el que un paquete que contenía droga enviado desde Curaçao (territorio autónomo de los Países Bajos) con destino España, fue descubierto cuando hacía escala en Alemania por el Grupo de Vigilancia Aduanera de dicho país; en este caso la Fiscalía germana garantizó el cumplimiento de legalidad conforme a su legislación, lo que propició que se diera cuenta a las autoridades policiales de España para iniciar la práctica de la diligencia de entrega vigilada. El TS consideró eficaz la práctica llevada a cabo por las autoridades germanas, dictaminando como “no tachable de ilegal por los jueces españoles, ya que la competencia de éstos, dada la territorialidad de las normas procesales, no puede extenderse a declarar nulas diligencias llevadas a cabo en otros países por sus organismos judiciales de acuerdo a sus correspondientes legislaciones”⁶³.

Diferente fue el caso ocurrido un año después, en la STS 566/1998, de 13 de enero, en este caso la sentencia se pronuncia sobre un paquete con droga enviado desde Colombia con destino Barcelona, que fue detectado por las autoridades aduaneras de Reino Unido; “*a través de Europol se solicita a las autoridades españolas la práctica de entrega controlada (mediante fax dirigido al Comisionario Jefe de la Unidad Central de Estupefacientes)*”⁶⁴. El problema que se suscitó en esta Sentencia fue que hubo que absolver a los acusados puesto que se negó la eficacia probatoria en la apertura del paquete realizada por las autoridades británicas al desconocerse el nombre del funcionario que la practicó, lo que significaba que no podía saberse si en la apertura concurrían los elementos que garantizasen la credibilidad de la diligencia equivalentes a las que se exigen en España⁶⁵.

Según esto, a la hora de dictar sentencia, el tribunal español que valore la prueba deberá tener presente tres cuestiones: la competencia de la Autoridad del Estado que ha autorizado y

⁶² Delgado Martín, J., La criminalidad organizada, op. cit., p. 144.

⁶³ *Idem*, p. 145.

⁶⁴ Delgado Martín, J., La criminalidad organizada, op. cit., p. 145.

⁶⁵ Según la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1998, “este cúmulo de circunstancias demuestra que el Tribunal *a quo* no pudo comprobar la seriedad de la prueba obtenida de la forma relatada y, por lo tanto, careció de elementos que le permitieran descartar cualquier manipulación intencionada del paquete en el Reino Unido. La ley española al establecer una serie de cautelas para la apertura de paquetes postales en España sienta también un criterio general para la valoración de las pruebas que provengan de tales diligencias. En este sentido es evidente que la valoración de estas pruebas obtenidas fuera de España sólo está autorizada cuando en la causa consten elementos que garanticen la seriedad y credibilidad de la diligencia equivalentes a las que rigen en nuestro país”.

controlado la apertura del paquete; el debido cumplimiento de la legislación de dicho Estado que regule su apertura; y, por último, si en dicha legislación concurren elementos que garanticen la credibilidad y eficacia de la diligencia equivalentes a las que se exigen en España⁶⁶.

1.3. Jurisdicción competente para el enjuiciamiento de los delitos cometidos en varios Estados.

Respecto al apartado anterior, una vez abierto el paquete y llevada a cabo la diligencia de entrega vigilada, habrá que verificar qué Tribunal es competente para el enjuiciamiento de los delitos cometidos.

Para determinar esta competencia habrá que atenerse al lugar donde ocurrió la infracción penal, o bien, cuando se trate de delitos de mera actividad, el lugar donde se produjo alguna de las acciones que integren la operación delictiva. De esta manera, serán competentes para enjuiciar las acciones delictivas los Tribunales del Estado en el que se haya producido la detención de los responsables delictivos una vez haya finalizado con éxito la diligencia de entrega vigilada. Así pues, dicho Estado, queda legitimado de entre los demás Estados intervinientes en el proceso, para ejercer la acción penal contra los delincuentes aplicando su Derecho Penal interno⁶⁷.

Cuando el detenido es puesto a disposición judicial en un Estado y posteriormente juzgado, no podrá ser extraditado a otro Estado, ni vuelto a ser juzgado por los Tribunales de estos por los mismos hechos, en virtud del principio *ne bis in idem*, el cual está reconocido por todos los Estados de Derecho. Aquí se plantea un problema; y es que, este principio es fácilmente controlable a nivel interno, cuando las resoluciones son dictadas por Autoridades judiciales del mismo Estado; sin embargo, debido a la extensión de la jurisdicción de un Estado sobre los delitos cometidos parcialmente fuera de su territorio, el riesgo de la doble sanción por unos mismos hechos es mayor, infringiendo el principio mencionado. De esta manera, dichas actuaciones pueden suponer una dejación de la soberanía, ya que ese Estado está renunciando al ejercicio de su poder punitivo a través de su jurisdicción, sobre todo cuando el Estado donde se ha producido la apertura del paquete sea un país de mero tránsito hasta el país de destino⁶⁸.

Aun así, *“existen riesgos de infracción del principio ne bis in idem en aquellos supuestos en los cuales no existe un convenio internacional que lo reconozca; y, aún cuando exista, concurrirán graves problemas en los supuestos de delincuencia organizada, especialmente en relación con la determinación de qué constituye un idem a propósito del*

⁶⁶ Molina Mansilla, M^a. C., Mecanismos de investigación policial (...), op. cit, p. 17.

⁶⁷ Delgado Martín, J., La criminalidad organizada, op. cit., p. 146.

⁶⁸ Molina Mansilla, M^a. C., Mecanismos de investigación policial (...), op. cit, p. 17.

crimen organizado y qué relevancia tienen en este contexto los acuerdos con criminales y los arreglos extrajudiciales, frecuentes en Derecho estadounidense”⁶⁹.

Por otro lado, se puede renunciar también al ejercicio del poder punitivo en aquellos casos en los que el Estado cede su jurisdicción aplicando los convenios internacionales que resulten vinculantes. Esto pasa en los supuestos de transmisión del procedimiento penal, cuando un Estado renuncia a la persecución penal de un delincuente para que sean los Tribunales de otro Estado los que instruyan, juzguen y ejecuten el procedimiento penal.

En el Derecho interno español, el art. 65. 3º LOPJ hace referencia a los supuestos de transmisión de un procedimiento penal. Según este, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá “*de las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de tratados internacionales en los que España sea parte*”. Respecto a este tema, cabe señalar que España ha suscrito el Convenio Europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972⁷⁰.

1.4. Derecho comparado.

Como se ha podido comprobar en el apartado anterior, la diligencia de entrega vigilada vista hasta ahora no es solo una medida que se utiliza en España, sino que, gracias al acuerdo de Schengen, la utilizan más Estados, habiendo adaptado su derecho interno a las directrices marcadas por dicho acuerdo, con el fin de luchar contra la criminalidad organizada.

Así, por ejemplo, el 9 de octubre de 1990, Italia⁷¹ publica mediante un decreto denominado “*Decreto del Presidente della Repubblica n° 309, Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relati stati di tossicodipendenza*”, integrado en la legislación de emergencia, un artículo dedicado por completo a la diligencia de entrega vigilada. Se trata del art. 98, el cual dispone, en el primer apartado que, la autoridad judicial podrá retrasar la ejecución preventiva de arresto cuando sea necesario para adquirir mayor número de elementos probatorios o aprehender responsables de los crímenes⁷².

En el segundo epígrafe del mismo artículo, se expone que, la policía judicial, así como las autoridades aduaneras, podrán retrasar los actos de su competencia, dando aviso a la autoridad judicial competente⁷³. Esto se produce en aquellas situaciones en las que la

⁶⁹ Delgado Martín, J., *La criminalidad organizada*, op. cit., p. 146.

⁷⁰ *Idem*, p. 148.

⁷¹ De Mendizábal Allende, R., *El tráfico de drogas ante (...)*, op. cit., p. 695.

⁷² “**1.** La autoridad judicial puede, con decreto fundamentado, retrasar la emisión o disponer que sea retrasada la ejecución preventiva de captura (CPP 285), arresto (CPP 380), o secuestro (CPP, 253, 316 y 321) cuando sea necesario adquirir relevantes elementos probatorios o bien por la individualización o la aprehensión de los responsables de los crímenes, arts. 73 y 74”

⁷³ “**2.** Por los mismos motivos los funcionarios de la policía judicial encargados de la Unidad Especial Antidroga, así como las autoridades aduaneras, pueden omitir o retrasar los actos de respectiva competencia dándose inmediato

diligencia de entrega vigilada no es posible que se produzca por diversas circunstancias, como, por ejemplo, que la mercancía objeto de seguimiento no haya salido de su punto de origen el día previsto, o que haya habido algún error en la investigación que provoque la anulación de la medida.

Asimismo, en el tercer apartado del artículo, se hace alusión a las órdenes que recibirá la policía judicial de la autoridad judicial competente sobre el desmantelamiento de las actividades criminales, así como la policía judicial comunicará a la autoridad judicial las medidas adoptadas como consecuencia de esas órdenes⁷⁴. Por tanto, queda comprobado que las competencias judiciales y policiales en Italia funcionan de manera similar que en España, pues la autoridad judicial mediante órdenes (en el caso de España autos motivados), permite que la policía lleve a cabo medidas o diligencias policiales en aras de acabar con la delincuencia organizada, las cuales deberán ser comunicadas en cada caso a la propia autoridad judicial.

Finalmente, en el último apartado, se habla de los casos de urgencia, en los que las actividades que debieran ser llevadas a cabo en los tres apartados anteriores, podrán ser requeridas oralmente, siempre que la medida preventiva sea emitida antes de las veinticuatro horas siguientes⁷⁵.

Por otro lado, en el caso de Francia⁷⁶, define en el art. 67 bis del *Code des Douanes* (Decreto nº 48/1985 de 8 de diciembre), que *“A fin de constatar las infracciones aduaneras de importación, exportación o detención de sustancias o plantas, clasificadas como estupefacientes, de identificar a los autores y cómplices de estas infracciones, así como a los que han participado en ellas como interesados, en el sentido del art. 399 y efectuar las intervenciones previstas en el presente Código, los agentes de aduanas habilitados por el Ministerio encargado de las Aduanas, en las condiciones fijadas por decreto, pueden, después de haber informado al Procurador de la Republica y bajo su control, proceder a la vigilancia del “encaminamiento” de estas sustancias o plantas”*. Como se puede deducir de este artículo, a pesar de que no defina literalmente la diligencia de entrega vigilada, está exponiendo la misma función, pues habla de que los agentes de la autoridad (en este caso los agentes de aduanas), podrán bajo la autorización de una autoridad competente (el Ministerio de Aduanas), llevar a cabo el seguimiento de estas sustancias, con el mismo fin, aprehender

aviso, incluso telefónico, a la autoridad judicial, que puede disponer de otra forma y al Servicio Central Antidroga para la necesaria coordinación incluso en el ámbito internacional. La autoridad transmite el informe fundamental a la autoridad judicial antes de las cuarenta y ocho horas”.

⁷⁴ “3. La autoridad judicial distribuye a la policía judicial las ordenes las órdenes necesarias para el control del desmantelamiento de la actividad criminal, comunicando las medidas oportunas adoptadas a la autoridad judicial competente, el lugar en el cual la operación debe concluir; o bien el lugar a través del cual se prevé sea efectuado el transito salida del territorio del Estado o bien aquella entrada en el territorio del Estado, de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas o de aquellas que se reflejan en el art. 70.”

⁷⁵ “4. En los casos de urgencia, las disposiciones finales a 1, 2, 3 pueden ser requeridas o impartidas incluso oralmente, pero la relativa medida preventiva debe ser emitida antes de las sucesivas veinticuatro horas”

⁷⁶ De Mendizábal Allende, R., El tráfico de drogas ante (...), op. cit., p. 696.

al mayor número de partícipes en la comisión del delito.

Asimismo, en el segundo párrafo del artículo, habla de que esos agentes no serán penalmente responsables, cuando para los mismos fines transporten dichas sustancias, o pongan a su disposición personas relacionadas con lo expuesto en el párrafo anterior, así como los medios utilizados para el transporte. Y, de la misma manera, se expone que, la autorización solo será dada para actos concretos⁷⁷. Este apartado, guarda cierta similitud con lo que ocurre en España, cuando se habla de “entrega controlada”, cuando son los propios agentes los que llevan a cabo personalmente la entrega controlada con el fin de evitar las posibles pérdidas de seguimiento.

Otro Estado con el que se puede equiparar la diligencia de entrega vigilada respecto de España es Portugal. El art. 6 del Decreto Ley 15/1993 de 22 de enero, recoge en su apartado primero que, *“Podrán ser autorizadas, caso por caso, por el Ministerio Público las actuaciones de la Policía Judicial sobre los portadores de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en tránsito por Portugal, con la finalidad de proporcionar, en colaboración con el país o países destinatarios u otros eventuales países de tránsito, la identificación e incriminación del mayor número de partícipes en operaciones de tráfico y distribución, sin perjuicio del ejercicio de la acción penal por los hechos respecto de los que la legislación portuguesa es aplicable”*. Se puede apreciar en este caso que, en comparación con la legislación española, este resulta ser el artículo que guarda mayor similitud a la hora de hablar sobre la diligencia de entrega vigilada, con la peculiaridad de que en Portugal no es el Juez de Instrucción el que autoriza la medida, sino que de ello se encarga el Ministerio Público. Exceptuando dicha peculiaridad, se puede apreciar que persigue los mismos fines: la colaboración entre países para acabar con la delincuencia organizada y la aprehensión del mayor número de delincuentes.

Resulta similar también en el mencionado artículo, en este caso en el apartado 4, respecto de la legislación española, la posibilidad de llevar a cabo la diligencia mediante la sustitución de las sustancias estupefacientes por otras inocuas por razones de seguridad, debiendo ser esta medida autorizada por resolución fundada.

Finalmente, cabe señalar también que, a diferencia de España y los países mencionados anteriormente, la diligencia de entrega vigilada en los países anglosajones en los que se practica esta medida, es competencia de las autoridades policiales y de aduanas la autorización para llevarla a cabo, y no de las autoridades judiciales⁷⁸.

⁷⁷ *“No son penalmente responsables aquellos que, para los mismos fines, con la autorización de Procurador de la República y bajo su control, adquieran, detenten, transporten o envíen estas sustancias o plantas, o pongan a su disposición a personas, deteniéndolas o denuncien las infracciones aduaneras mencionadas, relacionadas con el párrafo anterior, así como los medios utilizados de transporte, depósito o comunicación. La autorización no puede ser dada, más que para actos concretos no determinando la comisión de infracciones referidas en el primer párrafo”*.

⁷⁸ De Mendizábal Allende, R., El tráfico de drogas ante (...), op. cit., p. 697.

2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, previo a la introducción en el ordenamiento jurídico español de la diligencia de entrega vigilada, ya había confirmado la legalidad de esta práctica en base a la aplicación de la Convención de Viena de 1988. Así puede comprobarse, en la STS de 16 de septiembre de 1994, que manifiesta que, “existió un traslado controlado desde Galicia a Madrid, pero tal entrega controlada está respaldada: a) Por la autorización previa del Ministerio Fiscal a la Unidad de Policía judicial de la Audiencia Nacional y b) Por la legalización de tal tipo de actos en el art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, ratificada por España el 30 de julio de 1990, con lo que por mandato constitucional es incorporada al ordenamiento jurídico; dicho artículo contempla ese traslado vigilado por la Policía para facilitar el descubrimiento del delito y evitar la impunidad”.

De la misma manera, en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta como precedente del art. 263 bis LECrim el art. 11 de la Convención de Viena de 1988, así como también el art. 73 del Convenio de Schengen, ya que, según estos artículos, las partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes.

En otras sentencias del Tribunal Supremo, en materia de sustitución de la droga en el ámbito de la entrega vigilada, como la STS de 1 de febrero de 1995 o la de 14 de noviembre de 1996, entre otras, expone que “el artículo de la Ley Española... llega a permitir la sustitución de droga e incluso la apertura del paquete por sólo la autorización del Jefe de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial”. Esto ya se pudo apreciar en una sentencia anterior, la STS de 12 de septiembre de 1994, se trata de un recurso basado en la vulneración del art. 11 de la Convención de Viena de 1988, al haberse sustituido la droga procedente de Colombia por papeles en lugar de por una sustancia inocua de similares características a la sustituida. El Tribunal desestimó el recurso al considerar irrelevantes los argumentos expuestos por la parte condenada.

Por otro lado, en relación la diligencia de entrega vigilada a través de paquetes postales, acordó la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en un Pleno celebrado el 17 de enero de 1996 que: el art. 263 bis LECrim no se puede aplicar a los casos de paquetería postal, siempre y cuando esté definido el destinatario, siendo suficiente seguir el curso postal del paquete para detener al mismo; que no existirá secreto sumarial en aquellos casos en los que sea imprescindible la intervención de las partes para la apertura y registro de la correspondencia; y que se considerará a los paquetes postales como comunicación postal del art. 18.3 CE, así como correspondencia privada de los arts. 579 y ss. LECrim. De esta forma, la única excepción por la que se permitía la apertura de paquetes postales era en aquellos casos en los que el paquete se enviara con etiqueta verde posibilitando el control aduanero.

Sin embargo, esta doctrina fue modificada tras la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, donde se añadió un cuarto apartado al art. 263 bis LECrim según el cual *“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 llevará a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el art. 584 de la presente Ley”*. Desde entonces, no es necesaria la presencia del interesado o la persona designada por este para la apertura de un paquete⁷⁹.

Finalmente, cabe señalar respecto de la competencia territorial de los jueces en España cuando la diligencia de entrega vigilada se lleva a cabo entre dos comunidades autónomas diferentes, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1988⁸⁰ dictó que *“el delito de tráfico de drogas se comete en cualquier lugar donde se verifica alguna de las acciones integrantes de la operación de narcotráfico, por lo que si en cualquiera de dichos lugares es hallada y controlada policialmente la droga, el Juez del lugar donde se verifica la intervención será el competente para tramitar las diligencias instructoras”*.

CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar a lo largo del trabajo realizado, la diligencia de investigación de entrega vigilada es un mecanismo utilizado por los agentes de la Policía Judicial en aras de acabar con la delincuencia organizada. Si bien puede ser autorizada tanto por el Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal o los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial en casos de urgencia, serán los propios agentes de la Policía Judicial quienes la lleven a cabo, pues ellos mismos se encargan de proceder al seguimiento de los paquetes sospechosos, ya sea de manera indirecta (a través del personal de mensajería) o directa (cuando son los propios agentes los que se encargan del transporte para evitar posibles pérdidas de seguimiento).

Esta medida, que tuvo su origen en España gracias al Convenio de Viena de 1988 y al Convenio de Schengen de 1990, se introdujo por primera vez en nuestra legislación por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, y desde entonces, no ha dejado de evolucionar adaptándose a las necesidades que exige la sociedad. Y así lo ha sabido contemplar nuestra legislación interna, pues cuando en un principio era una medida que ni siquiera estaba reflejada en un artículo concreto de la LECrim (pues en un principio, para aplicar la diligencia se adaptaba el art. 584 LECrim), posteriormente el legislador introdujo el art. 263 bis LECrim, estableciendo una regulación concreta para la diligencia de entrega vigilada. Asimismo, posteriormente con la

⁷⁹ Rey Huidobro, L. F., El delito de tráfico de drogas (...), op. cit., p. 363.

⁸⁰ La sentencia trata sobre un caso en el que es incautado un paquete con 127 pastillas de éxtasis en las dependencias de la empresa de paquetería MRW en Madrid. La Policía comunica el hallazgo al Juzgado de Instrucción nº 39 de Madrid, incoando este diligencias previas y autorizando la diligencia de entrega vigilada del paquete en Arrecife.

El hecho de que se haya detenido al delincuente en Arrecife no determina que se traslade la competencia territorial al Juez de Instrucción de Arrecife, aunque este instruyera las diligencias para formalizar la apertura del paquete y oír al detenido y practicar todas las actuaciones de prevención que fueren pertinentes.

reforma introducida por la LO 13/2015, de 5 de octubre, se adaptó la medida de investigación a las nuevas tecnologías, permitiendo acercarse un poco más a la Policía Judicial a los delincuentes, gracias al art. 588 y ss. LECrim, añadiendo a la diligencia de entrega vigilada una serie de novedosos instrumentos tecnológicos como son los sistemas de tecnovigilancia, las balizas y los GPS.

Desde mi punto de vista, a medida que he ido avanzando en el análisis de la diligencia de entrega vigilada, he podido apreciar que esta medida es utilizada sobre todo para combatir los delitos de narcotráfico. Es cierto que también se utiliza para evitar el tráfico de armas, de explosivos, de animales, etc., pero el principal objetivo de los jueces, el Ministerio Fiscal y los agentes de la Policía Judicial es acabar con las bandas organizadas dedicadas a los delitos contra la salud pública, y así queda reflejado en las sentencias citadas. Esto también puede ocurrir porque actualmente los delitos de tráfico de drogas son más comunes que los de tráfico de armas, y, además, porque resulta menos comprensible, bajo mi punto de vista, que se permita llevar a cabo la diligencia de entrega vigilada en una investigación contra el tráfico de animales exóticos, cuando el objeto de la diligencia son seres vivos.

Por otro lado, en cuanto a la competencia para llevar a cabo esta medida de investigación, me gustaría hacer mención especial a la propia del Ministerio Fiscal. Como es sabido, el Ministerio Fiscal no puede dictar diligencias de investigación que sean restrictivas de derechos fundamentales, como podría ser en el caso de la diligencia de entrega vigilada el derecho al secreto de las comunicaciones. Sin embargo, como ya se ha expuesto, siempre y cuando la medida sea exclusivamente el seguimiento del paquete y en ningún momento se proceda a su apertura antes de la detención del sospechoso o se emita auto por el Juez de Instrucción, esta solicitud por parte del Ministerio Fiscal será completamente lícita amparándose en los arts. 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 263 bis 1 LECrim.

Asimismo, dado que acabamos de nombrar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que puede a primera vista parecer verse afectado o limitado por la diligencia de entrega vigilada, cabe señalar que el mero seguimiento del paquete no produce lesión alguna a ese derecho, y que, en todo caso, esta lesión podría producirse cuando el paquete objeto de seguimiento fuera abierto. Para que esto no ocurra, el procedimiento de apertura del paquete debe seguir unas garantías procesales como lo es el auto motivado del Juez de Instrucción que esté conociendo del asunto, el cual será imprescindible que esté presente en el momento de la apertura para garantizar la legalidad del proceso.

También me gustaría hacer mención especial a las novedades técnicas aplicadas en la utilización de la diligencia de entrega vigilada, siendo una de las más destacables la diligencia de entrega vigilada a través de internet, que cada día es más utilizada por los agentes de la Policía Judicial. En este caso, ya no solo se utiliza la medida para casos de narcotráfico como se

venía haciendo hasta hace poco tiempo atrás. Con las entregas vigiladas a través de internet se ha podido ampliar el uso de la misma para delitos de ciberterrorismo o pornografía infantil, delitos muy graves que gracias a la aplicación del art. 263 bis y 588 y ss. LECrim pueden perseguirse eficazmente.

Cabe destacar por otro lado que, la diligencia de entrega vigilada no es una medida de investigación que solo la utilicen los agentes de la Policía Judicial dentro de nuestro territorio nacional, sino que, en colaboración con los agentes de otros países que también utilizan esta medida, cuando las bandas organizadas tratan de llevar a cabo sus delitos entre varios países, resulta más fácil la detención y puesta a disposición judicial de los partícipes. En estos casos, la legislación aplicable a los delincuentes variará en función del lugar en el que se haya abierto el paquete objeto del seguimiento.

Finalmente, la diligencia de entrega vigilada es un mecanismo de investigación muy eficaz cuando lo que se quiere es detener al mayor número de implicados en un delito, permitiendo dejar circular una remesa ilícita de droga (siempre de manera controlada y sin perderla de vista), o en el caso de internet de material cibernético ilícito. Creo que gracias al Convenio de Viena de 1988 se ha logrado disminuir en parte, la delincuencia organizada, que en tanto dinero beneficia a estas personas y tanto daño grave a la salud produce entre los ciudadanos.

BIBLIOGRAFIA:

De Mendizábal Allende, R., El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial), ed. LA LEY, Madrid 2000.

Delgado Martín, J., La criminalidad organizada, ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2001.

Gimeno Sendra, V., Manual de Derecho Procesal Penal, ed. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid 2015.

Magro Servet, V., Guía práctica profesional de investigación policial y medios de prueba en el proceso penal, ed. La Ley, Madrid 2011.

Molina Mansilla, M^a. C., Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto, ed. Bosch S.A., Barcelona 2009.

Molina Pérez, T., “*La entrega vigilada por narcotráfico en el ordenamiento jurídico*”, Anuario Jurídico y Económico Escorialense, San Lorenzo del Escorial 2007.

Núñez Paz, M. A., y Guillén López, G., “*Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas*”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas, nº LXI, enero 2008.

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

Velasco Núñez, E., “*Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías*”, en Revista de Jurisprudencia, ed. Lefebvre-El Derecho, nº 4, 24 de febrero de 2011. (obtenido en formato digital sin que constara el número de página en donde se encuentra el artículo en concreto).