

Derecho

La entrega vigilada por narcotráfico en el ordenamiento jurídico

Teresa MOLINA PÉREZ
Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo del Escorial

Resumen: La entrega vigilada es un medio de investigación legal, de carácter procesal, de ayuda mutua internacional, recogido en la Convención de Viena y en la Ley de Enjuiciamiento Procesal para luchar contra el crimen organizado.

Abstract: Delivery watched is a legal instrument of investigation in which is essential the international legal assistance to avoid international trafficking in narcotic drugs and criminal organization.

Palabras claves: Medio de investigación, Procesal, Cooperación internacional, crimen organizado, Convención de Viena de 1988 y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Keywords: instrument Investigation, International cooperation, Criminal organisations, Convention Vienna 1988, Crimen Law.

Sumario:

I. Introducción.

II. Regulación.

- 2.1. *La entrega vigilada en el Ordenamiento Jurídico Internacional: la Convención de Viena de 1988.*
- 2.2. *La entrega vigilada en el Ordenamiento Jurídico Español: el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

III. Requisitos.

3.1. *Requisitos objetivos.*

3.2. *Requisitos subjetivos.*

3.2.1. Jueces de Instrucción.

3.2.2. Los mandos policiales.

3.2.3. La autorización de la entrega vigilada otorgada por el Ministerio Fiscal y el Principio de Oportunidad Reglada.

3.3. *Requisitos de la actividad en la entrega vigilada.*

3.3.1. De tiempo.

3.3.2. De lugar.

3.3.3. De forma.

I. INTRODUCCIÓN

Ante la delincuencia organizada y su vinculación directa con el narcotráfico, el Ordenamiento Jurídico reacciona a través de dos mecanismos: en primer lugar, incorporando al Código Penal, para sancionar de una forma más severa, el supuesto de tráfico de drogas organizado, y, en segundo lugar, introduciendo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo medio de investigación, denominada entrega vigilada, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo al tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas.

Ambas incorporaciones, penal y procesal, son instrumentos legales necesarios para luchar contra el fenómeno del narcotráfico, porque es necesario no sólo el sancionar la pertenencia a una organización ilegal, sino también el posibilitar un mecanismo procesal de investigación para poder llevar a cabo tal sanción. Ese mecanismo de investigación procesal, que permite seguir la ruta de la droga para descubrir a la organización, se encuentra regulado en nuestra Ley Procesal, en donde se contiene el concepto de entrega vigilada y su ámbito de aplicación.

II. REGULACIÓN

2.1. *La entrega vigilada en el Ordenamiento Jurídico Internacional: La Convención de Viena de 1988*

El artículo 1.º de la Convención recoge la figura de la entrega vigilada, y la desarrolla en su artículo 11¹ con el fin de descubrir o identi-

1. *Vid., Conferencia de las Naciones Unidas para la aprobación de una Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988, celebrada en Viena (Austria) y publicada por Naciones Unidas (orig. inglés).

ficar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a drogas y con el fin de prestarse ayuda los Estados para esos mismos fines.

Se trata de un mecanismo de cooperación internacional, que tiene su 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 ².

La Convención deja a los Estados miembros su regulación interna conforme al Ordenamiento Jurídico de cada Estado.

La Convención recoge, por tanto, la entrega vigilada como medio de investigación en la lucha contra el narcotráfico. Veamos, pues, cuál es esta regulación.

El artículo 1.º de la Convención lo define como «la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias que figuran en el cuadro I y en el cuadro II ³, anexos a la presente Convención, o sustancias por

2. Art. 36 de la *Convención Única de Nueva York* de 1961, art. 4.º de la *Convención de Viena* de 1988 y art. 23 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

3. «Definiciones» de la *Convención de Viena de 1988*, Nueva York 1991, p. 3: «Por cuadro I y cuadro II se entiende la lista de sustancias que con esa enumeración se anexa a la presente Convención, enmendada oportunamente de conformidad con el art. 12.» «Por estado de tránsito se entiende el Estado a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias psicotrópicas y sustancias que figuran en los cuadros I y II, de carácter ilícito, y que no es el punto de procedencia ni el de destino definitivo de esas sustancias.»

El contenido del artículo 3.º, párrafo 1, de la Convención de Viena de 1988, es el siguiente: «Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno:

- a). 1) La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, 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.
- 2) El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con el objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada.
- 3) La posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica con el objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado 1).

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 lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 3.º de la presente Convención»⁴.

-
- 4) La fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el cuadro I y en el II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancia psicotrópicas o para dichos fines.
 - 5) La organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados 1), 2), 3) y 4).
 - b).1) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.
 - 2) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.
 - c). Con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su Ordenamiento Jurídico:
 - 1) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.
 - 2) La posesión de equipos o materiales o sustancias enumerados en los cuadros I y II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para tales fines.
 - 3) Instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
 - 4) La participación en la comisión de algunos de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.»

4. Antes de la introducción de la entrega vigilada en nuestro Ordenamiento Procesal, ya un sector doctrinal abogaba por esa regulación, pero siempre con el requisito esencial de que fuera la autoridad judicial la que la autorizase, como ya expuso DíEZ RIPOLLÉS, J. L., «La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente», en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, 1987,

Y el artículo 11 de la Convención preceptúa que:

«1) Si lo permiten los principios básicos 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.º y de entablar acciones legales contra ellas.

2. 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.

3. 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.»

La Convención de Viena, en realidad, lo que ha regulado ha sido una técnica que ya estaba aplicándose por los países que formaban parte del Tratado de Schengen⁵.

La práctica totalidad de los países europeos⁶ han asumido la aplicación de esta técnica al formar parte de sus respectivos derechos

pp. 398 y 399: «Si razones de eficacia lo aconsejasen y si se exigiera la autorización judicial para ello, no hay o no debería haber obstáculos legales insalvables para su introducción en nuestro ordenamiento.»

5. *El Tratado de Schengen*, de 14 de junio de 1985 (países signatarios, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Alemania y Francia), en el artículo 73 establece que:

«1) Conforme a la Constitución y al orden jurídico nacional de las partes contratantes, se comprometen las mismas a tomar medidas a fin de facilitar que se vigilen entregas en el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

2) Se tomará la decisión de recurrir a la vigilancia de entregas en cada caso especial, previa autorización dada por la parte contratante interesada.

3) Cada parte contratante sigue teniendo la conducta y el control sobre la operación en su territorio y está autorizado para intervenir.»

6. *Memoria de la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas*, 1992, p. 53. Entre ellos se encuentra Italia, en los arts. 84 bis y 84 ter. de la Ley de Estupefacientes de 22 de diciembre de 1975, en virtud de modificación introducida por la Ley de 26 de junio de 1990; y Francia, en los arts. 627-7 del Código de la Salud Pública y 67 bis del Código de Aduanas introducidos ambos por Ley 91/1264 de 19 de diciembre de 1991.

internos la Convención, aunque sólo algunos de ellos han desarrollado normativamente este modo de cooperación.

2.2. *La entrega vigilada en el Ordenamiento Jurídico Español: el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*

La L.O. 8/92, de 23 de diciembre, reguló por primera vez tal instrumento de investigación en nuestro Ordenamiento Jurídico mediante un nuevo artículo ⁷, que ha sido modificado por L.O. 5/1999, de 13 de enero, con el contenido siguiente:

- «1) El juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito provincial y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Esta medida deberá acordarse por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. 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.

También podrá ser autorizada la circulación o entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el artículo 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo...

7. La exposición de Motivos del Anteproyecto de L.O. de Modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, ya exponía que: «La Convención de Naciones Unidas... refleja la grave preocupación que en todas las naciones provoca el incremento del tráfico ilegal de tales sustancias y sus efectos directos en la criminalidad. Las medidas que en este texto se incorporan suponen, por ello, un incremento de la reacción penal frente a aquellas conductas delictivas...» Por otra parte, y al efecto de cumplimentar también la previsión contenida en el art. 73 del Convenio de Schengen, se incorpora un nuevo artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de regular el régimen de las entregas vigiladas de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias a que se refiere el párrafo anterior o sustancias por las que se hayan 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 de 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 o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines⁸.

3. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales».

Los jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubieren otorgado de conformidad con el apartado 1) de este artículo, y si existiera procedimiento judicial abierto, al juez de Instrucción competente⁹.

El párrafo segundo del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal define la institución procesal de la entrega vigilada en unos términos que se corresponden a los que se contienen en el artículo 1.º g), de la Convención de Viena de 1988. La exposición de motivos de la L.O. 8/1992 de 23 de diciembre de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que introducía por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico esta institución procesal, a la hora de justificar su incorporación, no hacía refe-

8. La regulación de la entrega vigilada fue criticada, desde sus comienzos, por la doctrina, así MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia 1996, p. 582.

9 Curiosamente, la Exposición de Motivos de la Ley 8/92 no se remitía al Convenio de las Naciones Unidas de 1988, sino solamente al art. 73 del Convenio de Schengen, *vid.*, FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992 de 23 de Diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto 1993, pp. 597 y ss.

rencia a ella, sino al Convenio de Schengen, concretamente a la definición contenida en el artículo 73 ¹⁰.

La remisión al tratado de Schengen planteó dos problemas fundamentales.

En primer lugar, nuestro país, al tiempo de redactar la entrega vigilada, todavía no se encontraba vinculado al Tratado de Schengen mediante la oportuna ratificación, pero sí lo estaba a la Convención de Viena.

Y, en segundo lugar, sí se incorporó esta institución a nuestro Ordenamiento Procesal por razones de política criminal, la Convención de Viena contenía una regulación más exhaustiva de la materia, y su ámbito de aplicación era mucho más amplio porque incluía los equipos, materiales o sustancias con los que se sintetizan, transforman o elaboran las drogas ¹¹. Pero los problemas que se plantearon se han subsanado con la actual regulación, donde en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, se justifica la nueva redacción en la «concordancia con la obligación impuesta a los Estados parte en el artículo 11 de la citada Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sustancias psicotrópicas.»

III. REQUISITOS

3.1. *Requisitos objetivos*

Su utilización se permite no sólo en relación al tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sino también a otras graves actividades delictivas. Pero la ampliación de este medio de investigación a todas las actividades delictivas que se incluyen en el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

10. La exposición de motivos de la Ley expresa que: «Por otra parte, y al efecto de cumplimentar también la previsión contenida en el artículo 73 del Convenio de Schengen, se incorpora un nuevo artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de regular el régimen de las entregas vigiladas de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.»

11. El Convenio de Schengen sólo se refiere a las entregas vigiladas de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, a este respecto, *vid.*, FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia», o.c., p. 598.

aunque obedece al amplio concepto de delincuencia organizada que se contiene en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, va a plantear problemas de interpretación en su aplicación práctica, ya que, como expone Zaragoza Aguado, «algunas de las conductas delictivas mencionadas no merecen el calificativo de graves, y uno de los parámetros fundamentales que determinan el uso de esta técnica de investigación es la importancia del delito (párrafo 1) del art. 263 bis)»¹², por lo que se podrían contravenir los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que como medida de excepción supone la aplicación de este medio de investigación.

También el precepto adolece de una cierta ambigüedad en la regulación de las sustancias que pueden ser objeto de la operación de la entrega vigilada, ya que no se especifica a qué se refiere el legislador con los términos otras sustancias prohibidas.

Se puede entender¹³ que sustancias prohibidas son todas aquellas que son nocivas para la salud, o que puedan causar estragos.

Tampoco se especifica cuáles son las sustancias que han de sustituir a las drogas, porque el legislador se ha limitado a corroborar la expresión «las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas». Como expresa la doctrina, el legislador, cuando el derogado artículo hacía esta mención, se estaba refiriendo a sustancias inocuas¹⁴. En esta línea interpretativa entendemos que a falta de concreción las sustancias por las que se debe sustituir las drogas deberán ser siempre sustancias inocuas, máxime cuando siempre existe el riesgo de que una entrega vigilada pueda fracasar.

Cabe también la posibilidad de realizar una entrega vigilada con agente infiltrado que pueda participar en la red criminal, que encuentra apoyo legal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

12. «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la delincuencia organizada. Especial referencia a las Leyes Orgánicas 19/94 y 5/99», en *Primeras jornadas internacionales de Derecho Procesal*, Málaga abril de 1999.

13. REY HUIDOBRO, L. F., «Las entregas vigiladas de drogas: el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 2 (1999) 199.

14. VEGAS TORRES, J., «Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas», en *Tribunales de justicia*, n.º 8-9 (1997) 862.

Hubiera sido deseable que el legislador hubiera sido más diáfano en la regulación del precepto procesal, al igual que se ha hecho en otros países de nuestro entorno como es Italia. En este país se han distinguido perfectamente todos los supuestos de la entrega vigilada en sentido estricto¹⁵ de aquellos otros en los que interviene un agente infiltrado, con lo que se evita una doble resolución fundada: la que autoriza la entrega vigilada y la que autoriza la actuación del agente infiltrado en la entrega vigilada, que dilata en el tiempo una actuación que puede ser urgente.

Y, por último, el legislador no ha dejado pasar una oportunidad magnífica en la lucha global contra la criminalidad organizada de estas sustancias prohibidas al incluir en la entrega vigilada la posibilidad de autorizarla cuando se trate de investigar el dinero procedente de la ilícita actividad, porque el comercio de éstas no se limita al «movimiento físico de sustancias estupefacientes, sino que se compone de una serie de fases sucesivas frente a las cuales el legislador nacional ha reaccionado introduciendo en el Código Penal nuevas categorías delictivas, ya que carecía de sentido que, en el marco de una política criminal de lucha contra el narcotráfico se olvidaran de los precursores y de los bienes que, procediendo de ellos, son objeto de blanqueo posterior»¹⁶.

3.2. *Requisitos subjetivos*

Conforme al precepto citado, la entrega vigilada puede ser autorizada por los jueces de Instrucción¹⁷, el Ministerio Fiscal¹⁸ y determinados mandos policiales, dependiendo la intervención de cada uno de ellos del estado de las investigaciones.

El problema fundamental que plantea la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el que se refiere a quién puede, dados los

15. *Vid.*, Ley italiana 162/1990, de 26 de junio (de modificación de la Ley de 1975 sobre Estupefacientes).

16. FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *Consideraciones de urgencia sobre la Ley...*, o.c., p. 599.

17. L.O. 5/1999, de reforma del art. 263 bis de la LECri.

18. En el supuesto de que no exista procedimiento judicial abierto, la Ley se está refiriendo claramente a la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, con lo que convierte dicho Organismo en un instrumento vigilante de esta técnica de investigación policial, recayendo sobre ella una mayor responsabilidad en cuanto a la utilización de dicha técnica.

requisitos que se contienen en el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, autorizar una entrega vigilada.

3.2.1. Jueces de Instrucción

En cuanto a los jueces de Instrucción, si hay diligencias judiciales abiertas, al ser él el órgano competente, no existe problema alguno.

El problema radica en determinar si la autorización se refiere a todos los jueces de Instrucción o a los jueces centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, porque la competencia se atribuye, en principio y de forma general, a todo Juez de Instrucción.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal exige como requisitos para poder autorizar una entrega vigilada de tráfico de drogas, que se trate de una infracción grave de narcotráfico, y que sea una actividad cometida por un grupo de individuos, una organización. Si se dan esos requisitos exigidos se permite que la remesa ilícita circule o bien por diversos territorios dentro del mismo Estado o por dos o más Estados.

Si la remesa circula por lugares diversos, dentro del Estado, y se pretende descubrir a una organización, ello nos conduce a afirmar que es al juez central de la Audiencia Nacional al que le corresponde la competencia para recibir la solicitud, conforme al artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y otorgarla o no.

Así pues, sólo el juez central de Instrucción tiene atribuida la competencia en el supuesto de que una entrega vigilada entrase en territorio español y se lo pida la autoridad extranjera para adherirse a la dilación de la incautación de la droga ante el supuesto de que la entrega vigilada tuviese su destino fuera del territorio, sea para una entrega en tránsito, sea para una entrega que se inicia desde aquí.

En el caso de una entrega vigilada que proceda del extranjero, las autoridades extranjeras deberán suministrar a este Órgano Judicial todos los elementos necesarios para que pueda decidir la dilación de la incautación de la droga.

Si la entrega vigilada comenzase desde España o transitase por el país hacia un destino fuera del territorio, la decisión de aplazar la incautación requiere:

1. Una autorización previa¹⁹ del país de destino, o del país o países por los que transita la entrega vigilada.
2. Un aseguramiento firme de que las mercancías ilegales no serán puestas en circulación en el país de destino y que los autores serán perseguidos.

Hay que entender, no obstante, que el legislar en esta materia es tarea ardua y complicada, y ésta es la razón por la que algunos países, como Suiza, rehúsan emitir normas procesales sobre la misma, admitiéndola como una más de las técnicas policiales para combatir el crimen organizado.

También esta institución procesal supone «una operación transfronteriza sobre personas sospechosas de tráfico de drogas, tolerándose su tránsito por uno u otro Estado, con el fin de intervenir en el Estado o en el lugar de un Estado que se considera el más apropiado para la mejor represión del hecho donde se consuma la operación de tráfico ilícito»²⁰, lo que implica para el Estado por el que pasa o circula la droga una renuncia de jurisdicción, ya que, a no «ser que se disponga otra cosa por vía de Tratado»²¹, la jurisdicción del lugar de la comisión del delito es de carácter preferente.

Si el delito se ha cometido en otro Estado o territorio, para el Estado en tránsito el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone una renuncia de jurisdicción, puesto que no se interviene y se deja circular la droga. Si el delito se comete en España, también supone una renuncia de jurisdicción, puesto que, a pesar de ser competente la Audiencia Nacional, no se interviene y se deja que la droga salga de nuestro territorio. Todo ello, por tanto, nos conduce a mantener que sólo a la Jurisdicción española (al juez central de Instrucción de la Audiencia Nacional) le corresponde decidir si se corta tal actividad ilícita o si se permite que la droga circule hasta su

19. La Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 1 de diciembre de 1992 (Sumario 7/91 del Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional), recoge la utilización de la entrega vigilada destacando «que supone un mecanismo de investigación previsto en el art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas de 1988».

20. *Vid.*, MIGUEL ZARAGOZA, J. de, «La Cooperación Judicial en los Pactos de Schengen», en *Suplemento al Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º (1676) 10 y 11.

21. *Vid.*, MIGUEL ZARAGOZA, J. de, *La cooperación Judicial...*, o.c., p. 11.

destino. No se puede, por ello, sustraer al control judicial una operación policial de tal envergadura y de tales características²².

La posibilidad de posponer la captura de los responsables de la organización o la incautación de la droga son facultades que sólo al Órgano Judicial incumben. Él es quien en una previa o simultánea apertura de diligencias habrá de residenciar, conforme a la proporcionalidad y subsidiariedad, la autorización o la negativa a la entrega vigilada. Esta afirmación para nada se opone al principio de oportunidad reglada que se otorga al Ministerio Fiscal en el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.2.2. Los mandos policiales

La Policía Judicial depende orgánicamente del Ministerio del Interior, pero funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal²³, y su función es investigar el delito, asegurar al delincuente y acopiar elementos probatorios para el proceso penal. Sin embargo, la regulación del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituye una excepción a ello al permitir, cuando no exista procedimiento judicial abierto, autorizar a determinados mandos de la Policía una entrega vigilada.

Esta posibilidad que la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite no contempla razones de urgencia, pero pese a ello determinados mandos de la Policía pueden autorizar una entrega vigilada, que supone la existencia la comisión de un delito de narcotráfico previo. Nos parece que la Policía Judicial, cuando no exista urgencia, no tiene competencias para determinar la proporcionalidad y la necesidad de la medida a efectos de una investigación, y, como consecuen-

22. *Vid.*, QUERALT JIMÉNEZ, J., «La reforma procesal y penal en materia de tráfico de drogas (notas a la L.O. 8/1992, de 23 de diciembre)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, de 8 de abril de 1993, p. 3, donde el autor mantiene esta tesis.

23. El art. 444.1 de la L.O.P.J. preceptúa que «se establecerán Unidades de Policía Judicial que dependerán funcionalmente de las Autoridades Judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden». A su vez, el art. 31,1 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece «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 estén conociendo del asunto objeto de la investigación» (ver arts. 7.º, 11 y 35 del texto reglamentario).

cia, el determinar cuándo se debe dejar o no seguir cometiendo el delito de tráfico de drogas. También se está atribuyendo la posibilidad de que sea la propia Policía la que determine la posibilidad de una renuncia de jurisdicción, que es lo que la entrega vigilada supone, cuando solamente esa renuncia es competencia del Órgano Jurisdiccional.

El amplio margen de atribuciones que la Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga a la Policía se enfrenta al cumplimiento del deber de confiscar y del derecho de detener. Si la droga entra en nuestro país, circula por ella, o pasa en tránsito habrá de comunicarlo, de forma inmediata, o al fiscal y éste al juez, o al juez directamente, que es quien autoriza definitivamente la entrega vigilada.

Y ello no obsta que, una vez conocido por el juez la noticia delictiva, permita que la Policía establezca ese mecanismo de vigilancia, investigue y llegue a conocer y detener, con posterioridad, a todos aquellos que integran la organización.

Se debería haber atribuido la competencia de las entregas vigiladas al juez jentral de Instrucción de la Audiencia Nacional y haber dejado las competencias que por Ley le son propias a la Policía Judicial²⁴.

Y aunque la entrega vigilada venga a «paliar el inconveniente rigor al que, con frecuencia, se encuentran sometidas las actividades encaminadas a la averiguación del delito y del delincuente por parte de las autoridades policiales y judiciales»²⁵, porque permite que la droga recorra los circuitos de la red criminal sin ser interceptada, una cosa es permitir que la droga siga circulando y otra cosa es permitir que sea la propia Policía la que determine cuándo, a los fines de la investigación, ha de permitirse esa circulación.

Si el legislador quiso primar, por razones de utilidad, el principio de oportunidad frente al principio de legalidad, lo hubiera conseguido otorgando al Juez la posibilidad de dilatar la incautación de la droga y la detención de los delincuentes hasta descubrir a los integrantes de la organización, que es el fin objeto de la entrega vigilada.

24. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte...*, o.c., p. 583. Para evitar estos problemas, en algunos países de Europa, como sucede en Bélgica, desde el año 1989, existe un magistrado nacional que es un procurador del Rey, con competencias nacionales que depende directamente de los cinco procuradores generales del país.

25. *Vid.*, FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *Consideraciones de urgencia...*, o.c., p. 598.

La ley no contempla el supuesto de que, autorizada la entrega vigilada, surjan imprevistos en los que exista la posibilidad de perder la droga o de no descubrir a los miembros de la organización. Ante estos supuestos, en los que disminuyen los márgenes de control y pese a existir la autorización judicial, la Policía Judicial ha de actuar conforme a lo establecido en las Leyes: detener a los delincuentes, aprehender las drogas y denunciar el hecho al juez. Ha de actuar conforme a lo establecido en las Leyes.

Hasta ahora se entiende que la circulación de la droga ha sido puesta en marcha por los narcotraficantes, pero cabe la posibilidad de que se permita a la Policía entregar cierta cantidad de droga para, posteriormente, seguirla, y de esta forma descubrir a una organización de traficantes.

Esta cuestión nos conduce a la problemática del agente infiltrado y del delito provocado.

Debemos partir del sentido teleológico de la norma: descubrir a los integrantes de la organización criminal permitiendo que la droga circule sin interferencia, pero siempre bajo control de la Policía.

Esta afirmación no implica que se permita entregar droga para luego seguir el circuito. Si un miembro de la Policía entrega droga, cometería un delito que él mismo provoca, estaríamos ante la figura del delito provocado, y no se puede acudir a la ilegalidad para luego luchar contra ella. La obtención de una prueba no se puede adquirir a cualquier precio, y menos a través de la comisión de un delito.

3.2.3. La autorización de la entrega vigilada otorgada por el Ministerio Fiscal y el principio de oportunidad reglada.

El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, párrafo primero, faculta al Ministerio Fiscal a autorizar la entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas, y el párrafo tercero, del mismo artículo, obliga a los funcionarios de la Policía Judicial, ante el supuesto de que ya hubiera adoptado una entrega vigilada, a dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal.

Cuando la ley se refiere al Ministerio Público de forma genérica entendemos que se está refiriendo a la Fiscalía Especial para la pre-

vención y represión del tráfico de drogas por las mismas razones que expusimos en relación al juez de Instrucción.

No cabe duda de que el fiscal de la Fiscalía Especial tiene atribuidas, para practicar *per se* u ordenar a la Policía Judicial todas aquellas diligencias de investigación necesarias al tener noticias de un hecho delictivo relativo al tráfico de drogas. Si del hecho investigado resulta que éste constituye una infracción penal, el Ministerio Fiscal está obligado a ejercer la acción penal. No obstante, la entrega vigilada permite que, conocida la existencia de un delito relativo al narcotráfico, bien porque haya dirigido el propio Ministerio Fiscal la investigación, bien porque previamente existía una investigación policial cuyos resultados se comunican al Ministerio Público (que es el que autoriza la entrega vigilada), el delito se siga cometiendo, que la droga circule bajo la vigilancia de la Policía Judicial con el fin de descubrir a los integrantes de la organización criminal.

Se nos plantea por ello la cuestión de si el Ministerio Fiscal puede omitir la persecución de presuntos hechos delictivos por no considerarlo oportuno. Dicho de otra forma: si puede, conocido el delito, dejar de ejercitar la acción penal.

En un sistema procesal como el nuestro el ejercicio de la acción penal se atribuye al Ministerio Fiscal en función del interés del Estado para la represión de los delitos públicos. Cabe, pues, plantear la cuestión de si la Autoridad encargada de la investigación y de la acusación puede omitir tal persecución en función de razones de oportunidad. El principio de legalidad se lo prohíbe, mientras que, por contra, el principio de oportunidad se lo permite; tal posibilidad no significa arbitrio, porque el fiscal está autorizado a no ejercer la acción penal en los supuestos en que la Ley se lo permita, y ante este supuesto nos encontramos con una conexión entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, estamos, por tanto, ante un supuesto de oportunidad reglada, que ha de estar expresamente normado en la Ley Procesal.

El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introduce el principio de oportunidad reglada, y permite que el Ministerio Fiscal se abstenga de ejercitar la acción penal ante los supuestos en ella contenidos. Nuestro sistema procesal permite el uso de la oportunidad reglada en materia de narcotráfico al admitirla como excepción al principio de la obligatoriedad de la acusación ante los

supuestos legalmente establecidos en la institución de la entrega vigilada²⁶.

El Ministerio Fiscal tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad²⁷, y si de la misión del Ministerio Público de defender la legalidad no se sigue más que la obligación del ejercicio de la acción penal, nada impide, por tanto, que por razones de oportunidad, y siempre con sometimiento a lo establecido en la Ley, se posponga en función del interés público el ejercicio de tal acción²⁸. El principio de oportunidad no es más que la facultad que asiste al que es titular de esa acción penal de disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio.

3.3. *Requisitos de actividad en la entrega vigilada*

La entrega vigilada, como acto de investigación, preliminar o procesal, está sometida al cumplimiento de determinados requisitos que se contienen en la norma procesal que la regula, que exponemos a continuación:

3.3.1. De tiempo

En cuanto al requisito temporal, no existe ninguna referencia en el precepto procesal: no especifica el momento en que debe adoptar-

26. *Vid.*, la Recomendación R. 887 (de 17 de septiembre de 1987) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre «La simplificación de la Justicia Penal», en la que se recomienda a los Estados miembros, en relación con la oportunidad del ejercicio de la acción penal, lo siguiente:

1. «El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal debiera ser adoptado o extenderse su aplicación, en los casos en que lo permitan el contexto histórico y la Constitución de los Estados miembros.
2. La facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecido por Ley.
3. La decisión de renunciar al ejercicio de la acción penal, en virtud de este principio, solamente debe adoptarse cuando la autoridad a la que compete ese ejercicio disponga de indicios suficientes de culpabilidad.
4. Este principio deberá ser aplicado partiendo de bases generales como el interés público...».

27. *Vid.*, OLIVA SANTOS, A. de la, «En torno a la crisis de la Administración de Justicia», en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid* 4 (1990) 17.

28. GRANADOS PÉREZ, C., «Principios del Proceso Penal: nuevas perspectivas», en *Jornadas sobre práctica de Derecho Procesal. Análisis actual y nuevas orientaciones*, Melilla 1994, pp. 14-18.

se, ni el tiempo que ha de durar. No obstante, de la lectura del mismo, por la finalidad que éste persigue, se deduce claramente que se autorizará en el momento en que se conoce que hay sustancias ilícitas que comienzan su itinerario o que ya están circulando, y se decide no detener a los responsables ni incautar la droga.

En cuanto a su duración, dependerá, en cada caso concreto, de los fines de la investigación y de las posibilidades de vigilancia; lo que implica que, ante la posibilidad de perder la droga, se decida poner fin a la entrega vigilada.

3.3.2. De lugar.

Dos son las circunstancias de la entrega vigilada que han de tenerse en cuenta en el requisito del lugar.

De un lado, que habrá de practicarse en cualquier lugar del territorio nacional, es indiferente que sea una entrega vigilada interna o externa, porque la droga será vigilada por la Policía Judicial siguiendo su itinerario. De otro, aunque no se especifique nada al respecto, se deberá autorizar en la sede o lugar de quien la extienda. Dependiendo de esta circunstancia, será en el Juzgado de Instrucción, en el de la Fiscalía Especial o en la sede del jefe de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de ámbito central o provincial, o en la de los mandos superiores.

3.3.3. De forma.

La forma de la diligencia viene determinada por el cumplimiento de los requisitos procesales que se contienen en el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La concurrencia de estos requisitos son los que permiten la excepción al principio general de detener e incautar, por lo que la procedencia de la entrega vigilada queda condicionada a ellos.

- 1.º La adopción de esta medida está condicionada al descubrimiento e identificación de aquellos que están inmersos en un delito de tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas, o para prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines.

- 2.º La entrega vigilada ha de ser necesaria. La necesidad está condicionada a los fines de esa investigación, de tal forma que sí existen otras posibilidades de investigación que puedan lograr el mismo fin.
- 3.º La importancia del delito.
- 4.º Las posibilidades de vigilancia.
- 5.º Es necesario que se autorice caso por caso.

Como opina parte de la doctrina, nos encontramos con una redacción poco afortunada, que puede dar lugar a situaciones de confusión, e incluso de inseguridad jurídica, porque «con el pretexto de autorizar una entrega vigilada, en realidad se esté cometiendo un delito»²⁹, pero lo que no admite confusión es que la necesidad, o subsidiaridad, exigen que se trate de un tipo de infracción para la que es imposible reunir las pruebas necesarias a través de otras técnicas clásicas de investigación.

Más dificultades de interpretación se plantean a la hora de determinar la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia, puesto que si bien existe, lógicamente, una investigación previa policial en relación al delito de tráfico de drogas que efectúan las organizaciones criminales, es muy difícil determinar el alcance de ese delito, su envergadura.

En cuanto a la vigilancia de la droga, parece que la ley exige que los servicios responsables de la investigación tengan seguridad de que el transporte llegue a su destino final³⁰. Sin embargo, esta exigencia ha de entenderse en el momento de otorgar la entrega vigilada, puesto que la propia dinámica del narcotráfico determina el que la vigilancia no pueda ser siempre efectiva. La vigilancia del transporte se refiere o bien a la sustancia o droga que se transporta desde un principio, o bien al transporte de otras sustancias por las que la remesa ha sido sustituida por la Policía en un momento determinado del trayecto. La sustitución de la sustancia es una mera posibilidad que otorga la ley, cuya finalidad es dar un mayor aseguramiento para el caso de que se pierda el control sobre ella.

Todos estos requisitos han de determinarse caso por caso para evitar que, con la intención de descubrir a los que integran la organización, se escapen narcotraficantes, antes fáciles de aprehender, y

29. REY HUIDOBRO, L. F., *La entrega vigilada de drogas: el artículo 263 bis...*, o.c., p. 201.

30. Par. 1 del art. 263 bis de la LECr.

para evitar que cantidades de droga, que se podían haber decomisado de forma inmediata, circulen libremente. La Ley exige (confirmando la regulación internacional en esta materia) que las posibilidades de vigilancia sean tales que excluyan la posibilidad de pérdida o desaparición de la droga, posibilidades de control a las que también se refieren los Tratados internacionales ³¹.

En cuanto a la forma que deba adoptar la entrega vigilada se exige que «esta medida deberá acordarse por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate» y que «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».

Los términos de la Ley vienen a corroborar la posición que mantenemos respecto a quiénes pueden autorizar una entrega vigilada. Si se obliga al juez que dicta la resolución fundada a dar traslado de la copia al Juzgado Decano, debe entenderse, por razones que ya expuse que en última instancia, es sólo el juez del Juzgado Central el que tiene competencias definitivas para autorizar la entrega vigilada, y que el Juzgado Decano será el de la Audiencia Nacional.

31. Requisitos que se contienen en «Las entregas vigiladas de drogas». *Memoria de la Fiscalía especial*.