

LA COBERTURA LEGAL A UN PROCEDIMIENTO EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: LA «ENTREGA VIGILADA».

MARÍA TERESA ALCOLADO CHICO.

Profesora de Derecho internacional privado en el Colegio Universitario «Cardenal Cisneros» y Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF), oficialmente adscritos a la Universidad Complutense de Madrid. Abogado de su Ilustre Colegio. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (S. C.).

RESUMEN

El objetivo del presente artículo pone de relieve el marco jurídico, un aspecto apenas tenido en cuenta por la doctrina, del procedimiento de las entregas vigiladas, como tal, y su incardinación en el ordenamiento y jurisprudencia españoles.

De un lado, hace referencia a la aplicación de los convenios internacionales que se han ido creando ante la necesidad de resolver los problemas que se plantean en este ámbito, y que tienen difícil encaje en las legislaciones internas de los estados cuando tienen que interactuar con las normas de otros países; de otro, el intento de unificar criterios y aunar esfuerzos en la lucha contra las distintas organizaciones criminales, así como llevar a cabo un procedimiento de actuación, lo más coherente posible, a la vez que documentado, fundamentalmente para favorecer el trabajo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los diferentes países. Aspectos a los que responde el título del presente trabajo cuyo objeto no ha sido tratado hasta ahora como un aspecto autónomo del Derecho procesal penal interno e internacional. A lo largo del mismo se intenta presentar las partes más significativas de las entregas vigiladas en España, con referencia a las normas internacionales que vinculan a nuestro país, las normas internas y la posición del Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

En los albores del siglo XXI, asistimos al espectáculo del surgimiento de diferentes organizaciones criminales tanto de índole nacional como internacional, con gran capacidad de movimiento, que se integran con facilidad en el entorno social y económico mundial, con contactos y conexiones en instituciones tanto a nivel local como regional o internacional, que les facilitan tanto la comisión

de delitos como su encubrimiento y la actividad del blanqueo de capitales a través de diversas entidades financieras. El delito, hoy, ha traspasado fronteras, los delincuentes cada vez más a menudo, traspasan los límites regionales y nacionales; los acontecimientos se producen de forma encadenada; el comercio internacional facilita sobremanera la transferencia de bienes y el movimiento de personas a través de las fronteras, mientras los traficantes aprovechan estas rutas para sus actividades delictivas, por ello, muchos de estos grupos optan por trabajar bajo el velo de empresas de transportes, importando y exportando mercancías, creando firmas legales como forma de encubrir el origen de los beneficios obtenidos del ejercicio de las actividades ilícitas de manera que los activos puedan circular libremente tras una apariencia legal.

Las grandes mafias se han repartido por zonas geográficas el planeta, desarrollando estrategias de mercado, con fórmulas de ayuda y cooperación mutuas, compartiendo a su vez estructuras operativas con otras organizaciones, dependiendo de los intereses o de las dificultades que les puedan plantear los servicios de vigilancia de los diferentes cuerpos operativos de funcionarios o agentes estatales y el terrorismo transnacional es igualmente una de las actividades más lucrativas ya que posee innumerables facetas y ramificaciones, lo que supone para los estados una constante amenaza para la seguridad pública, así como para sus instituciones.

En la intención de luchar y poner freno al desmesurado crecimiento de las organizaciones delictivas, una gran mayoría de los Estados integrantes de Naciones Unidas, han dado pasos cualitativos y cuantitativos, en relación a la «cooperación internacional» en la lucha contra el crimen mundializado que produce y comercializa drogas de diseño y de cualquier otro producto tóxico; así mismo en el campo de la informática se crean virus que obligan a cerrar los sistemas estratégicos de diferentes organizaciones, transportes ilegales de productos químicos, mafias que utilizan los sistemas bancarios para el blanqueo de activos, pudiendo decirse que los ejemplos son incontables. El crimen organizado, sin duda alguna, se aprovecha de la globalización y de su significado.

A la vista de esto lo que estas páginas pretenden es simplemente destacar una técnica de investigación que supone, por todo lo antes expuesto, la existencia de una necesaria cooperación internacional, por cuanto la entrega puede implicar por lo menos, la intervención de dos Estados, de ahí la necesidad, que los ordenamientos de los países por los que circula la droga u otras mercancías ilícitas, o son origen de las mismas o destino final como consumidores, deban contemplar la posibilidad de aplicar esta técnica, para que la remesa del país saliente pueda ser controlada en el de destino y viceversa, junto con la detención

de los partícipes en el ilícito; y destruir en la medida de lo posible la estructura y el sistema operativo de la red u organización en causa; aunque no haya unanimidad en la forma de denominar la institución entre estados sí la haya en cuanto a determinar su calificación, así mismo, debiendo tener presente, asimismo, que la entrega vigilada, muchas veces, se ve complementada con otras técnicas de investigación tales como el agente encubierto, intervenciones telefónicas, entre otras; y todo ello, para garantizar la eficacia de la investigación; resulta conveniente la utilización de todas las herramientas disponibles dentro del marco que la legislación permite.

2. DELIMITACIÓN DE LA EXPRESIÓN «ENTREGAS VIGILADAS»: HACIA UNA CONFIGURACIÓN CONCEPTUAL

La entrega vigilada se plantea en el marco de diferentes investigaciones pero donde se define y es más utilizada como tal técnica, sin descartar su uso en la persecución de los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas, es en el seguimiento de las sustancias nocivas que causan grave daño a la salud, ahí es donde los Estados hacen especial hincapié y contemplan la cooperación internacional como la forma de limitar la fuerza operativa y las ramificaciones de la delincuencia organizada, pero con todo, pese a la interacción entre Estados, este planteamiento común de aunar esfuerzos en la lucha contra las organizaciones delictivas, conforma innumerables vicisitudes que en estas páginas intentaremos ir al menos apuntando a la luz de las reglas y decisiones judiciales, así como de reflexiones obtenidas a través de la práctica de los Estados.

Uno de los problemas que se podrían plantear con el concurso de nuestro Derecho interno y los ordenamientos jurídicos extranjeros, en cuanto al concepto de sustancias prohibidas, se concreta en qué es lo que podemos entender de estos dos vocablos y qué entiende al leerlas un juez, ministerio Fiscal o letrado de otro Estado; para algunos autores a lo que se hace referencia es a los «precursores químicos», pero también se podrían entender incluidas otras sustancias de tráfico prohibido como las sustancias nocivas para la salud referidas en el artículo 359 del Código Penal,¹ siendo tildadas de ser susceptibles de causar estragos, y constituyendo a su vez, este último un concepto subjetivo difícil de determinar, es decir, que es necesaria e imprescindible su previa calificación que, naturalmente, puede variar de un Estado a otro.

¹ Según el cual: «El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, los despache o suministre, o comercie con ellos...».

En cuanto a la referencia que la norma hace a los beneficios, estos no son otros que los producidos por las ganancias del delito de tráfico de drogas y por cualquiera otro referidos como graves, tales como el tráfico de armas, y de acuerdo con el Convenio de Viena de 1988, de 20 de diciembre, que extiende esa vigilancia a «los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad o derechos sobre esos activos», es decir, todos aquellos que generen las actividades ilícitas que trascienden las fronteras y que son los que propician a su vez, el incremento de la delincuencia y la mayor afluencia al mercado, de manera cada vez más sofisticada de lo que se ha dado en denominar drogas de diseño.

Es por ello, que determinar las sustancias que pueden ser objeto de la utilización de la entrega controlada, se convierte en una cuestión importante:

En nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos enfrentamos con la vigilancia de alijos o remesas de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, así como otras sustancias prohibidas, de los equipos utilizados para la conversión de las sustancias a productos, materiales, en su primer apartado; en el segundo se define la técnica objeto de este artículo, y prosigue añadiendo la relativa a las personas y ampliando a las sustancias que hayan sustituido a las nocivas, en relación a los beneficios a los que hacemos referencia *ut supra*, en los artículos del 301 al 304 del Código Penal. La posibilidad de permitir la entrega vigilada cuando se investiga el dinero procedente de actividades ilícitas, es otra vertiente, ya que la urdimbre no se limita solo al transporte de drogas sino a otras facetas o fases sucesivas frente a las cuales el legislador tiene que acotar las diferentes posibilidades en el Código Penal, con nuevas categorías delictivas, que incluyen los beneficios obtenidos por la venta de sustancias y de los distintos tipos de bienes que se pueden obtener o que giran en torno a estas actividades y que son objeto de un posterior blanqueo.²

2 La definición de blanqueo de capitales que hace la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, su artículo 1.2 señala: «A los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades enumeradas en el apartado anterior (narcotráfico, terrorismo o delincuencia organizada) o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen, o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o de los derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otros Estados»

El artículo 371 del Código Penal se refiere a las sustancias de los Cuadros I y II anexos al Convenio de Viena de 20 de diciembre de 1988, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, incluyéndose tras la reforma de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, en cuya Exposición de Motivos queda patente la necesidad de avanzar en el uso de estas técnicas y a su vez mejorar los sistemas de investigación existentes en la lucha contra las organizaciones delictivas internacionales, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico medidas legales tanto legislativas como administrativas especiales que permitan a la policía judicial participar en estas acciones de manera activa al objeto de obtener pruebas y evidencias en la detección de los delitos y de sus autores, teniendo en cuenta siempre, las limitaciones impuestas por el sistema de garantías y derechos que la Constitución observa. Por ello, admite como remesas susceptibles de circulación y entrega vigilada, además de las drogas y sustancias psicotrópicas, aquellas que contengan especies protegidas de flora y fauna, (artículos 332 a 334),³ moneda falsa (artículo 386),⁴ depósito de armas y municiones (artículo

definición, llevada al nuevo Código Penal, con la aprobación del de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre) introduce un único tratamiento punitivos artículos 301 a 304, ubicándolo en el Título XIV, «De la receptación y otras conductas afines».

- 3 Código Penal, Cap. IV. De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos. Art. 332: «El que con grave perjuicio para el medio ambiente corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o sus propágulos, o destruya o altere gravemente su hábitat, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses.» Art. 333: «El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico. Contraviniendo las leyes o las disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna, será castigado con las penas de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación e especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.» Art. 334: «1. El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, o destruya o altere gravemente su hábitat, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, o comercie o trafique con ellas o con sus restos, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar pescar por tiempo de dos a cuatro años. 2. La pena se impondrá en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.»
- 4 Código Penal, Título XVIII, Cap. I. De la falsificación de moneda y efectos timbrados. Art. 386. «Será castigado con pena de prisión de ocho a doce años y multa del tanto al décuplo

566),⁵ aparatos explosivos, incendiarios, inflamables o asfixiantes (artículos 568 y 569),⁶ así como los bienes procedentes del tráfico ilícito de drogas (artículos 301 a 304)⁷ todos ellos, del citado Código Penal, por lo que tras la nueva regula-

del valor aparente de la moneda. 1) El que altere la moneda o fabrique moneda falsa. 2) El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada. 3) El que transporte, expendo o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador de moneda falsa o alterada. La tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquella y al grado de connivencia de los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera la moneda con el fin de ponerla en circulación. El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendo o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, so el valor aparente de la moneda fuera superior a cuatrocientos euros. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o alguna de las consecuencias previstas en el art. 129 de este Código.»

- 5 Código Penal, Título XXII, Cap. V. De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos. Art. 566. «1. Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente serán castigados: 1) Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas o biológicas o de minas anti personas o municiones en racimo, con la pena de prisión de cinco a diez años los promotores y organizadores, y con la de prisión de tres a cinco años los que hayan cooperado en su formalización. 2) Si se trata de armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas, con la pena de prisión de dos a cuatro años los promotores y organizadores, y con la de prisión de seis meses a dos años los que hayan cooperado a su formación. 3) Con la mismas penas será castigado, en sus respectivos casos, el tráfico de armas o municiones de guerra o de defensa, o de armas químicas o biológicas o de minas anti personas o municiones en racimo. 2. Las penas contempladas en el punto 1.º del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas o biológicas o minas anti personas o municiones en racimo, o inicien preparativos militares para su empleo y no las destruyan con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.»
- 6 Código Penal, Título XXII, Cap. V. De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos. Art. 568. «La tenencia o el depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes, así como su fabricación, tráfico o transporte, o suministro de cualquier forma, no autorizada por las leyes o la autoridad competente serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años, si se trata de sus promotores y organizadores, y con la pena de prisión de tres a cinco años para los que hayan cooperado a su formación.» Art. 569. «Los depósitos de armas, municiones o explosivos establecidos en nombre o por cuenta de una asociación con propósito delictivo, determinarán la declaración judicial de ilicitud y su consiguiente disolución.»
- 7 Código Penal, Título XIII, Cap. XIV. De la receptación y el blanqueo de capitales. Art. 301. «El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que

ción, con esta técnica se permite atacar otras formas de criminalidad organizada aunque no estén relacionadas específicamente con el tráfico de drogas.

haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a este la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el art. 374 de este Código. También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX Y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI. 2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos. 3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo. 4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero. 5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del art. 127 de este Código.» Art. 302. «1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicado a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones. 2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31.bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán así mismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.» Art. 303. «Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma. A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.» Art. 304. «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer delitos previstos en los arts. 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.»

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 263 bis, plantea problemas de interpretación en su aplicación: «algunas de las conductas delictiva 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»;⁸ la importancia del delito y su valoración como grave aun planteando hipotéticos problemas de calificación, es a nuestro entender, un asunto que en la actualidad está resuelto por lo menos en lo que a nuestra legislación se refiere, no obstante siempre se podrían apreciar divergencias en cuanto a la calificación que de la misma se puedan ofrecer en otros Estados en orden a una posible cooperación internacional en cuanto a los métodos a seguir, por lo que se podrían contravenir los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, que, como medida de excepción supone la aplicación de este medio de investigación.

Otra circunstancia a debatir estriba sobre cuál es el tipo de sustancias que pueden ser objeto de la entrega vigilada, ya que no se especifica en la redacción del precepto, cuando el legislador escribe sobre «sustancias prohibidas», que son todas aquellas nocivas para la salud, o que pueden causar estragos. Tampoco especifica cuáles son las sustancias por las que se han de sustituir las drogas, aquí el legislador tampoco se ha esforzado mucho, describiendo simplemente «las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas», se entiende que debe ser por sustancias inocuas, sobre todo porque cabe la posibilidad de que la entrega vigilada falle en su objetivo y porque su sustitución por otras similares o de análoga peligrosidad sería del todo incongruente con los objetivos que se persiguen ya que siempre existe la posibilidad de que la operación de vigilancia fracase. Otra posibilidad es realizar la entrega vigilada a través de un agente infiltrado o encubierto, figura que encuentra su apoyo legal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.⁹ En algunos países como Italia, se distin-

8 Vid. «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.

9 En España la actuación policial encubierta no estaba contemplada como tal en nuestra legislación, lo cual planteaba una serie de carencias en la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, que ha venido a paliar el artículo 263 bis y 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «a los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al juez, podrán autorizar a Funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, la identidad supuesta será

guen perfectamente los supuestos de la entrega vigilada en sentido estricto,¹⁰ 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 permite la actuación del agente infiltrado en la entrega.

En cuanto a remesas que contengan especies animales o flora amenazada, el Real Decreto 439/90, de 30 de marzo, contiene un catálogo general de especies amenazadas ampliado por la Orden Ministerial de Medio Ambiente, de 9 de julio de 1998 en cuanto a plantas se refiere y anteriormente el Real Decreto 1737/97, de 20 de noviembre de protección de animales y plantas, también se ocupan de la cuestión el Real Decreto 1118/89, de 15 de septiembre, sobre especies comercializables y en el plano internacional el Convenio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), vigente para España, hecho en Washington el 3 de marzo de 1973 (BOE 30/07/86 y 10/08/91) cuya undécima reunión de la conferencia se celebró en Gigiri (Kenia) del 10 al 20 de abril del 2000, así como la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre de represión de contrabando, en vigor con modificaciones. La entrega vigilada puede ser autorizada por los jueces de Instrucción y por el Ministerio Fiscal en el supuesto que no exista procedimiento judicial abierto; la Ley se refiere a la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, con lo que convierte a este organismo en un instrumento vigilante de esta técnica de investigación, recayendo sobre este la mayor responsabilidad en cuanto a su utilización, y a determinados mandos policiales, dependiendo la intervención de cada uno de ellos del estado en que se encuentren las investigaciones.

3. BASES NORMATIVAS: DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO.

La característica de la entrega vigilada es su condición reservada y su actitud flexible, frente a los supuestos de flagrancia delictiva. Su utilidad estriba en proveer información sobre la ruta, procedencia o destino de las operaciones de traslados ilícitos y su finalidad es la identificación de los autores de los delitos en el ámbito de la delincuencia organizada.

La citada Convención de 1988, no es el primer esfuerzo que la Comunidad internacional realiza en materia de narcóticos y estupefacientes. La Conven-

otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por periodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.»

10 Ley italiana 162/1990, de 26 de junio de modificación de la Ley de 1975 sobre Estupefacientes.

ción Única sobre Estupefacientes de 1961, su Protocolo de Modificación de 1972 y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, se han convertido en el marco multilateral convencional, como fuente originaria de instrumentos bilaterales que fortalecen el esquema de cooperación establecido en el ámbito regional e internacional. Al igual que aquéllas, la Convención de 1988 reconoce la magnitud y tendencia ascendente de la producción, demanda y tráfico de estupefacientes pero, adicionalmente, subraya su dimensión transnacional y en ese sentido busca facilitar la colaboración entre los países para eliminar este fenómeno mundial desde varios frentes y con diversos mecanismos. Esta fue ratificada por España por instrumento de 30 de julio de 1990, publicado en el *BOE* de 10 de noviembre, siguiente.

En realidad, es manifiesta la preocupación cada vez mayor y generalizada por parte de los gobiernos en torno al lucrativo negocio de las drogas, y la incapacidad de control individual a nivel de Estado frente a la expansión multinacional del negocio generado por estas sustancias. Por un lado, las transacciones de propiedades y los ingresos obtenidos en relación con esta empresa transnacional ilícita han crecido dramáticamente y la falta de uniformidad en las legislaciones bancarias, tributarias y de inversión ha permitido a la red internacional de las drogas una acumulación impresionante de activos y una gran variedad de formas de realizar negocios. Por otro, los acuerdos de cooperación sobre asistencia legal mutua, intercambio de información y extradición sobre el papel, han demostrado ser poco efectivos y poco viables como reguladores para controlar y supervisar los procedimientos judiciales y el enjuiciamiento de los traficantes de narcóticos.

En dicho contexto, la referida Convención de 1988 se erige en un instrumento novedoso que apunta a generar esfuerzos mancomunados de los distintos países para luchar contra el tráfico de drogas, en el marco de una cooperación internacional más amplia pero, a su vez, dentro del estricto respeto y límites impuestos por los ordenamientos legales internos de cada Estado parte. Los instrumentos anteriores, en cambio, estaban básicamente orientados al control de la producción ilegal de estupefacientes y a impedir su destino hacia el mercado consumidor de dichas sustancias. Uno y otro eran los límites de alcance de recursos jurídicos internacionales que en realidad resultaron poco eficaces.

En su artículo 1, la Convención de Viena de 1988, la define la entrega vigilada como «la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II, anexos a lo presente convención, o sustancias por las que se haya 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 de la Convención».

Lo antedicho es una excepción a la regla general de la actuación inmediata de las Fuerzas y Cuerpos del Estado, ya que estos, al conocer de un delito, deben impedirlo y ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción; sin embargo, en este caso se admite que las autoridades, a través de sus agentes permitan que la actividad delictiva siga realizándose de forma controlada bajo su atenta mirada.

En la misma norma se define el Estado de tránsito como «el Estado a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II, anexos a la presente Convención o sustancias por las que se haya sustituido las anteriores 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 los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención».

En el espacio Schengen, cada Estado será quien conozca de la dirección y control de las actuaciones en su territorio estando autorizado para intervenir; operaciones estas que se realizaran conforme a la legislación interna de cada Estado, sin aplicar los requisitos y garantías de otros Estados, sino remitiéndose a su legislación interna, como es sabido, el 25 de junio de 1991, España firmó en Bonn el Protocolo de Adhesión al Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, que fue ratificado el 23 de julio de 1993, y publicado en el *BOE* de 5 de abril de 1994.

El artículo 73 del Acuerdo Schengen autoriza a las partes a tomar todas las medidas que estén autorizadas y sean necesarias para descubrir a los autores de los hechos relacionados con el tráfico de estupefacientes, conservando la dirección y el control sobre las actuaciones en sus respectivos territorios, «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», dado que de acuerdo al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, hecho en Estrasburgo en 20 de abril de 1959, la legislación del país en el que se obtienen y practican las pruebas es la que rige en cuanto al modo de obtenerlas y practicarlas en este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia del 14 de febrero de 2000 cuando dice: «porque tampoco puede afirmarse que

la autoridades alemanas tengan que llevar a cabo este tipo de operaciones respetando las garantías establecidas al efecto pro ordenamiento jurídico español e incluso por nuestra jurisprudencia (...)», y en el mismo sentido la siguiente del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2001 al señalar: «lo que se cuestiona –otra vez– es la actuación de las autoridades italianas hasta que el paquete fue entregado a los españoles con infracción del artículo 263 bis de la LECrim, lo que hasta el Ministerio Fiscal considera inadmisibile al impugnar el motivo, pues supone desconocer el Convenio de Aplicación del Convenio de Schengen que autoriza en su artículo 73 a las partes contratantes como lo son España e Italia a tomar las medidas que permitan las entregas vigiladas (...) lo que implicaría (...) acusar sin fundamento, sin señalar ningún precepto concreto, a las autoridades italianas de haber infringido su ordenamiento jurídico (...)».

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000, perfila lo dicho en la Convención de Viena, determinando en el artículo 1, i) el concepto de entrega vigilada como sigue «se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de estos». La entrega internacional se produce cuando en la operación intervienen varios Estados; entrega ya con apertura de paquete, ya sin apertura, existiendo entre ambas una gran diferencia a efectos jurídicos. Es frecuente que dada la naturaleza del objeto de la entrega vigilada, este implique origen, tránsito o fin en distintos espacios estatales; y aquí se plantea la cuestión de cuál es la legislación aplicable en cada caso, haciendo necesario que el Derecho interno de los Estados sea receptivo a la regulación y aplicación adecuada de este procedimiento. Hoy se puede constatar que la mayoría de los países han introducido en su legislación normas al respecto, bien a través de leyes específicas o en códigos procesales como procedimientos especiales de investigación del crimen organizado.

En el Derecho español, el contenido de la entrega vigilada viene dada por el artículo 263 bis, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para dar cobertura a la normativa internacional, como consecuencia de la ratificación por parte de España este Convenio, así mismo podrán ser objeto de diligencia los bienes y ganancias a los que se hace referencia en el artículo 301 del Código Penal.¹¹ La

11 Ley de Enjuiciamiento Criminal, Art. 301.1 «el que adquiera, convierta o transmita bienes sabiendo que estos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar

posibilidad de permitir la entrega vigilada cuando se investiga el dinero procedente de actividades ilícitas, ampliando la investigación que no se limita solo al transporte de drogas sino a otras facetas o fases sucesivas del delito o delitos, frente a los cuales el legislador tiene que acotar las diferentes calificaciones en el Código Penal, con nuevas categorías delictivas, que incluyen los beneficios obtenidos por la venta de sustancias, los distintos tipos de bienes que se pueden obtener, objeto de un posterior blanqueo, etc., con la modificación producida en el artículo por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, se ve ampliada, ya que hasta ese momento se refería con exclusividad al delito de tráfico de drogas, para extenderla a otras formas de criminalidad organizada en relación con la obligación que tienen los Estados Parte con el artículo 11¹² de la citada Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y con la persecución de las diferentes organizaciones criminales, no relacionadas con el tráfico de drogas.

Se establece el objeto material sobre el cual recae la técnica de la entrega controlada¹³ o vigilada (art. 263 bis 1 párrafo segundo), lo define en (263 bis,

o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado (...).» el delito tipificado en este artículo tiene como enunciado general otras conductas afines a la receptación como el blanqueo de bienes o capitales, responde a un criterio internacional, Recomendación del Consejo de Europa de 17/06/80. Declaración de Basilea de 1988, Convención de Viena de Naciones Unidas de 1988, Convenio del Consejo de Europa de 08/11/90 referente al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito, recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional de 1990 y 1996, Directiva 97/308 CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, abarcando todas las posibles conductas ilícitas con el fin de reprimir la obtención de cualquier beneficio generado por la comisión de un delito, lo que le confiere independencia del delito antecedente pudiendo ser penado de forma superior.

- 12 Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988. Art. 11: «ENTREGA VIGILADA». 1. «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. 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.»
- 13 En la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada se han marcado diferencias conceptuales y operativas entre «entrega vigilada» y «remesa controlada» que se deben precisar; en este

2) , así como el modo de instrumentar la diligencia (263 bis 1 párrafo primero y apartado 3), excluyendo la aplicación del artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la interceptación y apertura de envíos sospechosos de contener estupefacientes,¹⁴ punto este en el que debe indicarse, que la regulación de la Ley Orgánica 8/ 1992 de 23 de diciembre, antecedente de la actual, hubo de ser sustituida como consecuencia, en gran parte de la interpretación jurisprudencial, al equiparar el paquete postal y la correspondencia a efectos del artículo 18.3 de la Constitución Española, ya que las entregas vigiladas se producían sobre paquetes postales procedentes del extranjero, estableciéndose que la apertura de estos, debía ser en presencia del destinatario, pretendiendo la aplicación de los artículos 579.1¹⁵ y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que hacía del todo ineficaz la diligencia, ya que al estar presente el interesado, el interés por sustituir la droga por otra sustancia inocua devenía del todo imposible, y por tanto convertía el sistema en inútil. El Tribunal Supremo se decantó diciendo que tratándose de paquetes postales no es de aplicación el artículo 263 bis, por tanto no cabe la entrega vigilada y el paquete ha de abrirse como si fuese correspondencia, así en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1996, 27 de enero de 1998, 4 de julio de 1998 y 30 de septiembre de 1998 en las que se determina que al tratarse de paquetes postales y conocerse el destinatario, la policía no puede proceder a la apertura, sino que debe limitarse a vigilar el curso del envío hasta aquel. Todo ello tiene su antecedente en la Ley Orgánica 8/1992 de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, y ya en su Exposición de Motivos se explica que, debido a los intereses de las diferentes naciones en controlar el tráfico ilegal de sustancias estupefacientes se hace necesario introducir en el ordenamiento interno medidas nuevas que hasta ese momento no se habían plasmado como la punición de la fabricación, transporte y distribución de los considerados precursores (equipos, materiales

sentido, se establece la distinción sosteniendo que «en la entrega vigilada, la mercancía ilegal es objeto de una vigilancia pasiva por parte de las agencias policiales. En cambio en la entrega o remesa controlada, se recurre a agentes infiltrados que participan directamente en la operación de tránsito».

14 Ley de Enjuiciamiento Criminal, Art. 584: «Para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado. Este o la persona que designe podrá presenciar la operación».

15 Ley de Enjuiciamiento Criminal, 579.1.: «Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (...)».

y sustancias indispensables para el cultivo, producción y fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas) y también de las diferentes conductas dirigidas al encubrimiento de capitales y los diferentes beneficios económicos generados por el ilícito.¹⁶

La Sentencia de 18 de noviembre de 2003 del Tribunal Supremo dictada en el Recurso 1999/ 2001, pone de relieve que en el examen o apertura de envíos sospechosos de contener sustancias estupefacientes referidos a la apertura de un paquete, en un aeropuerto español, procedente de Alemania, se excluye la aplicación del artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la interceptación y apertura de envíos sospechosos de contener estupefacientes, indicando la Sentencia que es aplicable: «(...)la legislación del país en que se obtienen y practican las pruebas, es la que rige en cuanto al modo de practicarlas u obtenerlos»; en la misma línea la Sentencia del 30 de enero del 2004, dice que: «(...) estas intervenciones y autorizaciones se llevan a cabo conforme a la legislación interna de cada Estado, sin que se puedan aplicar los requisitos procesales y garantías de otros Estados, por donde circule la mercancía controlada, por la autoridad que designe cada una de estas legislaciones». Superándose la posición mantenida por el mismo Tribunal Supremo en la Sentencia de 13 de octubre de 1998, en relación a un paquete de cocaína proveniente de Colombia, detectado por las autoridades del Reino Unido.

También podrá ser utilizada la circulación o la entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias del artículo 371 del Código Penal, de los bienes y

16 Capítulo II, Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 5. Se añade en el Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «1. El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial de ámbito provincia y sus mandos superiores, podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta la necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia. 2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias a que se refiere el párrafo anterior o sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes o 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 las autoridades extranjeras con esos mismos fines. 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 funcionarios de la Policía Judicial darán cuenta inmediata a la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y, si existiere procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente» este artículo 5 tiene carácter de Ley ordinaria.

las ganancias del artículo 301 del citado Código, en todos los supuestos previstos en el mismo así como los bienes, materiales, especies animales y vegetales y objetos a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 566, 568 y 569 del Código Penal.

En el artículo 18 bis del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se crea un órgano del Ministerio Fiscal, especializado: la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, un precepto que fue modificado por la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, que a su vez modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora, en relación con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas.

Del texto del artículo 263 bis, de la ley de Enjuiciamiento Criminal se desprenden los siguientes contenidos:

- 1) Las autorizaciones solo pueden concederse individualmente, esto es, caso por caso, quedando excluidas las autorizaciones genéricas;
- 2) la entrega vigilada debe ser necesaria a los fines de la investigación (principio de adecuación), por lo que en aquellos supuestos en que la medida pueda sustituirse por otros mecanismos no deberá autorizarse;
- 3) se entiende necesaria en aquellos casos en que sin su utilización sea poco probable o muy difícil descubrir a los miembros de la organización o al destinatario de la droga;
- 4) el hecho que motive la autorización, debe referirse a la comisión de un delito grave de tráfico organizado de sustancias concretas relacionadas en la norma; y
- 5) la puesta en marcha de mecanismos de investigación y aseguramiento policial debe ir precedido de la respectiva autorización emitida por resolución fundada de las autoridades indicadas en la norma (Juez de Instrucción competente, Ministerio Fiscal y Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial) garantizando con ello la legitimidad de su control.

La praxis policial precisa de una información exhaustiva de los medios de transporte, rutas, pasos fronterizos, narcotraficantes y demás datos para asegurar un mínimo de certeza en la consecución de la operación.

La cooperación policial es un arma para combatir el crimen organizado, no solamente de manera represiva sino también de forma preventiva; el problema principal se encuentra en la falta de confianza entre los órganos policiales de los distintos Estados, para compartir informes reservados, ya que normalmente se trabaja con informantes secretos, siendo la forma tradicional de cooperación el

intercambio de información entre policías, que en algunos casos puede poner en jaque a los derechos fundamentales. Entre las nuevas formas, se encuentran, las Autoridades Centrales, los funcionarios de enlace, los equipos mixtos de investigación, la cooperación activa a través del control fronterizo, la persecución en «caliente» transfronteriza y la cooperación en el marco de las entregas controladas, instrumentos, algunos, que se encontraban a caballo, entre las cooperaciones judicial y penal.

En términos generales, puede decirse que las entregas vigiladas internacionales, requieren por parte de los Estados afectados por el tránsito de mercancías sometidas a vigilancia, que estos den su autorización y en caso de riesgo de perder la sustancia, se proceda a su intervención y detención de los implicados. A este respecto el Manual de la Unión Europea sobre entregas vigiladas confeccionado por EUROPOL, y aprobado por quince Estados miembros, aconseja a la Unidad solicitante y proporciona al país de destino o tránsito la siguiente información de manera adecuada y suficiente sobre los siguientes aspectos:

1. Razones o motivos de la operación.
2. Información factual que la justifique.
3. Tipo y cantidad de drogas u otras mercancías.
4. Puntos de entrada y salida de las especies previstas (cuando proceda) en el Estado al que se dirige la solicitud
5. Medios de transporte e itinerarios.
6. Identidad de los sospechosos, nombre, fecha de nacimiento, domicilio, descripción física...
7. Autoridad responsable de la operación.
8. Indicaciones sobre el Jefe de Investigación encargado de la operación y los medios de contacto.
9. Detalles sobre los agentes de policía, aduanas o de otros servicios encargados de la ejecución de las leyes que apoyan la operación.
10. Detalles sobre las técnicas especiales propuestas (agentes encubiertos, dispositivos de seguimiento...)
11. La obligación de comunicar a la Delegación de Gobierno para el Pan Nacional sobre Drogas, las entregas controladas, cuando se trate de operaciones incluidas en la Instrucción n.º 2/1996, de dicha Delegación.

Los datos y detalles que se puedan facilitar sobre el desarrollo de la operación y sobre sus componentes esenciales son factores relevantes a la hora de organizar medidas de emergencia en caso de producirse hechos perjudiciales

o negativos que pudieran trabar las investigaciones: «en cuanto a las entregas vigiladas internacionales, se requiere que todos los Estados afectados por el tránsito de la mercancía sometida a vigilancia den su autorización y, en caso de riesgo de perder la sustancia, se proceda a su intervención y detención de los implicados. La praxis policial precisa de una información exhaustiva de los medios de transporte, rutas, pasos fronterizos, narcotraficantes y demás datos, para poder asegurar un mínimo de certeza en el buen fin de la operación».¹⁷

El procedimiento obtuvo grandes críticas sobre su carencia de ética y legalidad, sin embargo estos cuestionamientos han cedido ante las estructuras del crimen organizado, lo que no obsta para que aquel deba estar regulado y supervisado judicialmente para evitar su colisión con los derechos fundamentales o su aplicación de forma arbitraria.

El interés de esta aspiración viene marcado por la necesidad de una efectiva cooperación internacional, toda vez que estos delitos involucran a diferentes Estados y su práctica genera problemas operativos que afectan a la eficacia y oportunidad; conocerlos a fondo y aportar soluciones ayudaría, desde nuestra perspectiva, a crear enlaces idóneos de coordinación y capacitar a terceros que resulten involucrados en la ejecución del procedimiento.

En el ámbito mundial, trabaja la Organización Internacional de Policía Criminal, o como más comúnmente se la conoce, la citada INTERPOL,¹⁸ que es el principal instrumento internacional global. Sus orígenes se encuentran en la OIPC, Comisión Internacional de la Policía Criminal.¹⁹ Su trabajo consiste en la

17 Circulación o entrega vigilada. <http://cartujo.org.curso>.

18 Cuya sede se encuentra en Lyon, formando parte de esta institución 188 Estados. Es un organismo de la policía que desde el año 1982 posee un estatus de organización intergubernamental, y es la segunda más grande, detrás de Naciones Unidas; sus cometidos son la seguridad pública, terrorismo, el crimen organizado, el tráfico de drogas, armas, y blanqueo de capitales, entre otros.

19 En 1914, hace pues, un siglo, se celebra el Primer Congreso Internacional de Policía Criminal, celebrado en Mónaco, al que asisten funcionarios policiales, abogados y jueces de 14 países para debatir procedimientos de detención, técnicas de identificación, registros centralizados internacionales de antecedentes penales y procedimientos de extradición. En 1923 se crea la Comisión Internacional de Policía Criminal (ICPC), con sede en Viena (Austria), por iniciativa del Dr. Johannes Schober, presidente de la Policía de Viena. En 1925, la Asamblea General, se reúne en Alemania (Berlín), y propone que cada país establezca un punto de contacto central en el marco de su estructura policial, que será el precursor de la Oficina Central Nacional (OCN). En 1932 muere el doctor Schober, por lo que se pone en marcha la creación del puesto de Secretario General. El primero en ocupar tal cargo será el austriaco Oskar Dressler, Comisionado de la Policía de su país. En 1938, los nazis deponen al Secretario General y toman el control de la organización. La mayoría de los países dejan de participar de manera

elaboración de ficheros computerizados sobre la materia que pretendan compartir, la planificación de acciones coordinadas y la organización de encuentros de trabajo. Posee, además, una publicación periódica sobre el crimen organizado, el *Organiced Crime Bulletin*, pero sin embargo no es competente para investigar y solo actúa a petición de los Estados.

4. LA PRUEBA OBTENIDA EN EL EXTRANJERO.

En materia de prueba es necesario distinguir entre la admisión de la prueba y su apreciación.

En cuanto a la admisión de la prueba obtenida según la legalidad del Estado donde se produjo, hay que tener en cuenta las diferencias con nuestro ordenamiento a la hora de admitir su procedencia, pues las garantías pueden ser diferentes a las nuestras, así en el caso que el Estado de que se trate necesite de mayores garantías, España aceptará sin problemas el exceso, mas cuando sea todo lo contrario y ese Estado sea menos garantista a la hora de proveerse de las mismas estas no serán válidas y no se admitirán conforme a nuestra legislación.

No obstante, el planteamiento es diferente cuando las garantías que practique ese Estado sean distintas a las nuestras, ya que se debe realizar una valoración por parte de España y estudiar si esas garantías son similares a las exigidas por la legislación española, por lo que se hace imprescindible estudiar sus fundamentos y una vez realizado el examen, calibrar si se pueden equiparar y para admitirlas como tales.

efectiva y el Icpc deja de existir como organización internacional. En 1946, Bélgica lidera la reconstrucción de la organización después del final de la Segunda Guerra Mundial. Un nuevo cuartel general fue establecido en París, donde se llevó a cabo un proceso democrático para elegir al Presidente y al Comité Ejecutivo.

Tras la aprobación de una Constitución modernizada, la Icpc se convierte en la Organización Internacional de Policía Criminal-Interpol en 1956. La organización se convierte en autónoma mediante la recaudación de cuotas de los países miembros y hace de las inversiones su principal medio de apoyo. En 1963, se lleva a cabo la primera conferencia regional celebrada en Monrovia, Liberia. En 1971, las Naciones Unidas reconoce a la Interpol como una organización intergubernamental. Interpol inaugura la oficina de enlace con las Naciones Unidas en Nueva York y el primer Representante Especial fue nombrado en el año 2004. Actualmente la organización tiene trabajando a más de 19000 personas, siendo así oficiales, militares, abogados, agentes del servicio secreto e ingenieros de sistemas.

En la actualidad sus objetivos según el artículo 2 de su Estatuto son «conseguir y desarrollar, dentro del marco de las leyes de los diferentes países y del respeto a la Declaración Universal de los derechos Humanos, la más amplia asistencia recíproca de las autoridades de policía criminal; establecer y desarrollar todas las instituciones que puedan contribuir a la prevención y a la represión de las infracciones de derecho común».

Cuando lo que se produzca para la obtención de la prueba es una transgresión de la legalidad del Estado, para España la misma se torna ilegal, y no se necesita recurrir a una sentencia extranjera, son los Tribunales españoles los que examinarán de qué manera se ha obtenido la prueba y las exigencias legales del país de que se trate.

En el caso de su apreciación, habrá que valorar la clase de prueba, así la declaración de un testigo, practicada en el Estado de origen pues su apreciación para los Tribunales españoles será más complicada, y por ello, no podrá ser considerada como esencial, ya que no se puede interrogar o hacer que se interroge a los testigos de nuevo, mientras que un documento, es siempre apreciable por un Tribunal.

La jurisprudencia española señala que la valoración de la prueba obtenida en el extranjero debe hacerse conforme a la valoración de la ley española, pero la obtención de la misma debe llevarse a cabo acorde con la legislación del Estado donde se practique así la Sentencia del Tribunal Supremo 2084/2001 de 13 de diciembre, y la manera de incorporar al proceso los documentos producidos en el extranjero se hace a través de la Comisión Rogatoria conforme al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, firmado en Estrasburgo el 20 de mayo de 1959, ello no es óbice para que la prueba documental pueda ser incorporada a la causa por la parte interesada tanto para los documentos que hayan sido verificados en cuanto a su autenticidad como los que no hayan sido impugnados por la parte susceptible de ser perjudicada. El Juzgado que esté instruyendo el caso puede obtener la documentación mediante el testimonio de la misma expedido por el Secretario de otro órgano jurisdiccional en el que conste, no haciéndose necesaria otra Comisión Rogatoria.

La Sentencia del Tribunal Supremo 382/2000, de 8 de marzo, declara que para considerar válida la prueba obtenida no es la legislación española la que debe tenerse en cuenta para valorar el modo de la detección en otro Estado, pues el artículo 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, dispone que sea el país de origen donde se practican las pruebas el que debe regir a la hora de determinar su legalidad y en el ámbito judicial europeo no caben diferentes valoraciones sobre las garantías de imparcialidad de los diferentes jueces ni sobre el valor de los actos realizados conforme a su legislación. Criterio que se mantiene en otras sentencias del mismo Tribunal como la 637/2001, de 14 de septiembre.

Otra matización es la utilización de la videoconferencia, es un medio técnico admitido en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley Orgánica 16/94, de 8 de noviembre, donde se encuentra una expre-

sa autorización al uso de este procedimiento («cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos»), que es habitual en el Derecho comparado.

La jurisprudencia se muestra crítica respecto al artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tanto en su referencia constitucional como en orden a su aplicabilidad a los paquetes postales.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre 1996, 13 de marzo 1995, y 8 de julio de 1994, se manifiestan en la línea de que el art. 263 bis no es aplicable a los paquetes postales, porque en ellos figura de una manera u otra quien es el destinatario, aunque encubra, de facto, una identidad falsa, por lo que solo es necesario vigilar el envío, manteniendo las debidas precauciones, el precepto alude a de la necesidad de identificar al o a los destinatarios, pero la entrega vigilada de estos paquetes no tiene ese objetivo ya que el destinatario puede ser falso o no siempre está identificado.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1996 se expresa en el sentido del artículo 584 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «(...) si quería abrirse el paquete deberían haberse tenido en cuenta las normas que regulan la materia, especialmente los artículos 584 y siguientes de la Ley adjetiva. Ni siquiera era suficiente que, cual ahora aconteció, la apertura se realizara en presencia del Juez pero con la ausencia del interesado (...) en consecuencia, al ser irregular la apertura, deviene nula la prueba de ese acto derivada».

Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha aceptado el sistema que establece el 263 bis, y en deducción admite que es posible no cumplir con el artículo 584 Ley de Enjuiciamiento Criminal, así en sus Sentencias (1637/2001), de 14 de septiembre, (71/2002) de 24 de enero,²⁰ (317/2002) de 25 de febrero,²¹

20 En el segundo motivo de casación que es desestimado, nos da las pautas en lo que a la internacionalidad se refiere. «En los envíos internacionales de drogas, desde que el estupefaciente es remitido desde la estafeta o agencia de transporte de origen, desprendiéndose de él el suministrador y entrando en el circuito de transporte, se ha consumado el delito, tanto respecto del último como del destinatario, aunque finalmente no llegue a su poder, por el seguimiento e intervención policial» para que exista posesión no se necesita la tenencia material sino solo y únicamente la puesta a disposición.

21 Se trata de la entrega de un paquete postal cuyo origen es Alemania, en el que se matiza que la extensión del concepto de correspondencia postal no deben ser incluidos los paquetes cursados bajo el régimen de etiqueta verde, a que se refiere el artículo 117.1 del Reglamento del Convenio sobre paquetes Postales de 14/12/1989, en cuya envoltura exterior el remitente haya hecho constar su contenido, pues ello implica el reconocimiento de que no se envía un mensaje que se quiera mantener reservado y la aceptación de que las autoridades competentes

(1066/2002) de 7 de junio, (1553/2002) de 29 de septiembre, (1649/2002) de 1 de octubre,²² (1660/2002) de 9 de octubre, y (2008/2002) de 3 de diciembre, en estas, se produce la apertura de un paquete postal autorizado por el juez pero siendo la misma realizada solamente en presencia del secretario; en casación, se plantea la indefensión del procesado por no haber estado presente juez, pero se desestima al entender la Sala que en absoluto se causa indefensión por la representación del secretario judicial en las entregas vigiladas, en los «*hechos*» de las Sentencias se manifiestan claramente la forma de actuar de las Fuerzas de Seguridad, en estos casos, a modo de ejemplo: «sobre las 12,20 horas de ese mismo día, el funcionario de vigilancia aduanera encargado de entregar el paquete, se personó en el domicilio de Gabino y tras llamar al timbre este le abrió la puerta. Le comunicó que le traía un paquete de Perú, le pidió que exhibiera el D. N. I y le entregó el paquete. Acto seguido el Sr. Gabino le firmó la recepción de la carta en el libro que le presentó (...)». Este paso es imprescindible, ya que es el reconocimiento de la propiedad del paquete por parte del imputado, conducente a la tenencia ya que el acusado llega a hacerse cargo de la droga, aquí, la doctrina jurisprudencial mayoritaria también considera el delito como consumado dado que el receptor ha tenido la droga, posesión directa e inmediata pre ordenada al tráfico que configura la acción típica prevenida en el artículo 368 del Código Penal de 1995, así las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997, 3 de marzo, 21 de junio de 1999 y 19 de enero de 2001.

La jurisprudencia se manifiesta en el sentido que la legislación aplicable al caso, mientras el paquete está en otro Estado, es la de ese país, apoyada por los convenios internacionales como el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, el Convenio Schengen y, en el caso de las drogas el Convenio de Viena, estableciendo que el sistema de entrega vigilada es el que aparece en artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

puedan abrir el paquete para el control de su contenido. Como esta fue precisamente la forma de envío elegida en el caso, en el que el producto llega a España desde Colombia en un paquete postal.

- 22 Se trata de una entrega judicialmente controlada de paquete que contiene pastillas de éxtasis, interceptado en Alemania, con apertura policial, y aprobación de la Fiscalía de Colonia, autorización judicial española, sustitución del paquete por otro de características similares, y recepción en España por los acusados, uno directamente como destinatario del mismo y los otros en actitud de vigilancia ante dicha operación, siendo todos conocedores del envío, en la entrega vigilada de paquetes, la apertura se hizo conforme a los requisitos procesales alemanes, y en España se actuó de acuerdo con los de nuestro Derecho interno.

En casación, la Sentencia del Tribunal Supremo 2008/2002, de 3 de diciembre, en los Fundamentos de Derecho explica claramente la actuación de nuestro Estado en relación a las inspecciones realizadas en el curso de una investigación que se inicia fuera de España: «(...) al amparo del art. 849.1 LECrim, se ha denunciado infracción de precepto penal de carácter sustantivo, en concreto del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y de la Constitución Española. El argumento de apoyo es que el paquete postal al que se refiere la causa, resulta haber sido inspeccionado por las autoridades aduaneras alemanas, sin que conste la más mínima evidencia de intervención judicial. Pues bien, esta sala, en los supuestos de género que se examina, ha resuelto que las actuaciones producidas en el marco del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen, de 19 de julio de 1990, se llevan conforme a la legislación interna de cada Estado por el que circule la mercancía controlada y por la autoridad que prevea la legislación correspondiente, ello porque el artículo 73 del Tratado Schengen autoriza a las partes contratantes a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas necesarias para el descubrimiento de los autores de los hechos relacionados con el tráfico de estupefacientes, conservando la dirección y el control de las operaciones en sus respectivos territorios, Así, de esta manera, de acuerdo con el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal (Estrasburgo, 20 de abril de 1959), la legislación del país en el que se obtienen y practican las pruebas es la que rige en lo que se refiere al modo de obtenerlas y practicarlas, es esta la que debe regir hasta el momento de la intervención de las españolas (Ssts 1902/2002 de 18 de noviembre y las que en ella se citan)».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1994 declara: «en el ámbito del espacio judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos y otros jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma»; en otra Sentencia, la 265/ 2001, de 27 de febrero, refiriéndose también a la entrega controlada de un paquete desde Alemania, afirma: «(...) nada podemos decir acerca de si se cumplieron o no las normas alemanas sobre la materia: ni los sabemos ni nos corresponde pronunciarnos sobre unos procedimientos propios de la Administración Aduanera de un país extranjero», y la 43/2001, de 19 de enero dice que: «(...) no es exigible que los funcionarios de otros países cuando actúan en el suyo, se deban someter a la interpretación que ha hecho esta Sala de equiparar determinados paquetes a correspondencia (Acuerdo de la Sala General de 4 de abril de 1995), a los efectos de las garantías a adopta, ello no viene exigido por los acuerdos y tratados internacionales».

Sintetizando los textos internacionales, ya aludidos en estas páginas la panorámica es esta: el artículo 3.º del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959, dispone que es la legislación del país en el que se practican u obtienen las pruebas la que debe regir respecto al modo de practicarlas y obtenerlas «en la forma que la legislación establece»; el Convenio Schengen, autoriza en su artículo 73, a las partes contratantes tomar las medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico de estupefacientes conservando la dirección o el control de las actuaciones en su territorio, lo que implica la aplicación de la legislación interna en esta materia; la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, que consagra la técnica de la entrega vigilada que define en el artículo 1, exhorta a las Partes a que adopten las medidas necesarias para utilizarla de forma adecuada, en el plano internacional, de conformidad con los acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, lo que dio lugar a la redacción del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 8/1992, modificada por la Ley Orgánica 5/1999; y el Convenio sobre Paquetes Postales, de 14 de diciembre de 1989, y su Reglamento, ratificado por España, en el que se prohíbe expresamente poder incluir en los paquetes documentos que tengan carácter de correspondencia personal.

En los procesos en los que la droga está presente, se alega con asiduidad por parte de los defensores que al haber sido la entrega controlada, la posesión mediata o inmediata de la droga por parte de los acusados no se produce, por tanto se debe estimar que el delito no ha sido consumado, quedando en grado de tentativa, mas la jurisprudencia considera que el delito de drogas es la consumación, ya que es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto, y en los casos de envío se considera delito consumado desde que se pone en marcha el mecanismo del transporte de la droga. Siempre que exista un pacto o convenio previo entre los que envían la droga y los que la reciben (así la Sentencia del Tribunal Supremo 1435/2000, de 25 de septiembre), sin embargo cuando se habla de meros transportistas contratados por la organización pero al margen de la misma, sin disponibilidad sobre la droga, el delito queda en grado de frustración, hoy tentativa según la Sentencia del Tribunal Supremo 2104/2002, de 9 de diciembre.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 24/2004, de 26 de febrero, se declara que, en relación a la entrega vigilada es necesario no olvidar que se trata de una técnica más de investigación que tiene su regulación en el citado artículo 263 bis, introducido por Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, por haber sido España Estado firmante en la Convención de las Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988. De

acuerdo con la regulación legal, se advierte que su objeto está constituido por la autorización para circular con las drogas o estupefacientes, o bien las sustancias que hayan sustituido a estas, al objeto de identificar a los destinatarios o personas relacionadas con el tráfico ilegal. El ámbito de esta técnica se circunscribe a un catálogo cerrado de delitos donde se encuentran las drogas; la autoridad competente para la adopción de este medio de investigación es el juez, el Ministerio Fiscal o los jefes de las unidades orgánicas de la Policía Provincial, debiéndose destacar que la ley no impone una reserva especial a favor del sistema judicial en orden a la autorización sin perjuicio de la comunicación a estos de la medida. Debe adoptarse en resolución fundada, lo que habrá de verificarse conforme al caso, art 263.3, la finalidad no expresamente fijada en la ley es la general de toda la investigación criminal: obtener medios de prueba contra las personas involucradas. Es un medio que queda supeditado al principio de legalidad, fuera del cual no existe actuación policial ni eficacia alguna.

En la referida Sentencia, la entrega vigilada tiene su finalidad actuando en vía de regreso, ya que se trata de conseguir identificar a los que habían entregado las drogas al transportista en España y que este debía entregar en Lisboa, para lo que la droga fue sustituida por paquetes con un peso semejante y la detención se realizó cuando estos llegaron al hotel Badajoz, siendo la policía avisada, por la colaboración de un coimputado; la decisión de intervenir es adoptada por el Jefe del Grupo GIFA de la Guardia Civil de forma motivada y mediante decisión comunicada al Fiscal y al Juez de Guardia para proceder a incautar la droga. La apertura del paquete que contenía la droga se realizó de forma accidental, por el nerviosismo de los ocupantes del turismo, lo que llevó a la Guardia Civil a inspeccionar las bolsas de viaje, operación para la que estaba autorizada de acuerdo con los artículos que regulan las funciones de la policía judicial, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en la Ley Orgánica 8/1986, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

5. APUNTES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA TÉCNICA DE LA «ENTREGA VIGILADA».

Después de casi quince años de aplicación formal de las entregas vigiladas, la experiencia de la práctica obtenida del uso de este procedimiento especial ha permitido detectar problemas operativos que afectan a la eficacia y a la oportunidad de su ejecución.

Uno de esos problemas es la falta de normas suficientemente flexibles para poder compatibilizar el carácter reservado del procedimiento con los intereses

y proteger la seguridad jurídica de terceros ajenos a la operación pero que en cierta manera se ven afectados o deben cooperar para el buen desarrollo.

Por otro lado, parece que existe una traba de parte de las aerolíneas comerciales, o sus pilotos, a la hora de transportar en sus zonas de carga o bodegas las remesas delictivas, sobre todo si se trata de droga; a ello se oponen por la falta de formalidad del pedido y ausencia de cobertura legal que aisle a pilotos o aeronaves de responsabilidades a posteriori. Existe una negativa sobre la colaboración con las agencias policiales, o fiscales, que expresan las compañías y tripulación cuando son requeridas para el desplazamiento físico de las especies sujetas a una entrega vigilada, sobre todo en el transporte de drogas, y no han sido pocas las ocasiones en las que el operativo se ve frustrado por el rechazo de las aerolíneas o de sus pilotos, y así dice González Romano que: «es un hecho cierto y constatado la disposición de todos los pilotos a colaborar con los funcionarios policiales. Pero ello no puede, ni debe, suponer que nuestra actuación sea distinta, ni arbitraria y menos, desinformada o, sencillamente, puede colocarnos en situación de inseguridad. En estas circunstancias, consideramos preciso que nuestras instituciones colegiales y sindicales, junto con nuestras compañías, trasladen esta carencia a las autoridades competentes, solicitando el necesario desarrollo del actual marco jurídico que dote de adecuada cobertura a nuestra actuación (...) en otro caso, a falta de la pedida regulación, consideramos que de no hacerse cargo el funcionario de la droga y volar con su correspondiente billete, no estamos obligados a aceptar dicha mercancía, siendo más recomendable a nuestro modesto entender, para evitar problemas, denegar su aceptación».²³

La falta de coordinación o la desconfianza entre las distintas agencias concurrentes en el procedimiento ha afectado al logro de los objetivos del operativo; la falta de conexión o de inteligencia por parte de la policía y los agentes aduaneros ha generado que los segundos hagan una interceptación temprana de los envíos ilícitos debiendo abortar su tránsito vigilado. En otros casos, son los retrasos en la expedición de las resoluciones de autorización, o de la provisión del financiamiento requerido, los que han perjudicado la oportunidad y la utilidad del procedimiento, como ha puesto de relieve Monje Prado al decir que: «los problemas que se encuentran los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en la prestación de los servicios correspondientes a las entregas controladas de estupefacientes se pueden resumir, de forma genérica, en los siguientes: Falta de agilidad en el intercambio de información entre cuerpos policiales destinados a

23 GONZÁLEZ ROMANO, J. F. «Entrega Controlada de Droga: Sí, pero con cobertura legal». Boletín COPAC, enero febrero 2004, p. 45.

luchar contra estas actividades ilícitas. Falta de agilidad en los procedimientos judiciales de cada país para la aceptación de las anteriormente mencionadas entregas controladas de estupefacientes».²⁴

Pero con todo, uno de los mayores problemas operativos que acarrearán este tipo de diligencias son los derivados de la necesidad de garantizar una vigilancia permanente sobre las sustancias o productos objeto de las entregas, extremo que se complica cuando se trata de bienes o ganancias del delito que se introducen en los círculos financieros o bancarios internacionales.

Las deficiencias referidas a nuestro parecer son, en gran medida, superables mediante reformas legales puntuales que regulen causas específicas de atipicidad, o que reduzcan los pasos formales para la autorización de las solicitudes. En el plano organizativo se necesitan enlaces idóneos de coordinación que deben ser prioritarios a la vez que se deben unificar los formatos de solicitud de entregas vigiladas internacionales, la capacitación de terceros que resulten involucrados en la ejecución del procedimiento, aerolíneas, empresas transportistas, servicios postales, todo lo cual debería ser una praxis útil para un mejor entendimiento operativo y para su legalidad, pues, en resumen, la optimización de la ejecución de los procedimientos de entrega vigilada puede generarse en función a las siguientes acciones: 1) mayor implicación de los poderes públicos; 2) potenciando los grupos de información, análisis e investigación en los aeropuertos; 3) aumentando la cooperación entre aerolíneas y empresas de mensajería; 4) incrementando el intercambio de información entre los cuerpos policiales; 5) la homologación de los criterios jurídicos; y 6) la unificación y agilización los criterios de las solicitudes.

Ante el caso probable de perder el paquete, la ley prevé la sustitución del mismo por sustancias inocuas, art 263 bis, apartado 2, mas la sustitución se conforma como una posibilidad, no como un requisito, y dependiendo de los riesgos, no habría problemas si el paquete transita en el régimen de etiqueta verde, o abierto, o por cualquier circunstancia no queda amparado por el secreto de las comunicaciones, pues en otro caso la apertura solo podrá llevarse a cabo previa resolución judicial.

24 MONGE PRADO, J. B., «Las Entregas Vigiladas en la Lucha contra el Crimen Organizado», Separata del Taller Internacional: Entregas (Remesas) Vigiladas. Herramienta Eficaz en la Lucha contra el Crimen Organizado. Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. Lima agosto 2005, p. 4.

6. ACTIVIDAD DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO.

La Seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, y su mantenimiento corresponde al Gobierno, de manera limitada participan las Comunidades Autónomas y las distintas corporaciones locales como se diseña en los artículos 149.1.29, 104.1, 148.1. 22 de la Constitución²⁵ y el art.1 de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas y de las Policías Locales²⁶(LOFCSE).

De conformidad con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica, 5/99, el legislador ha introducido en nuestro ordenamiento, las medidas legales que amparan el trabajo de los miembros de la Policía judicial «para participar en el entramado organizativo, detectar la comisión de los delitos en informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de los culpables» los límites a lo antedicho se encuentra en el respeto a los derechos y garantías que ofrece nuestra Constitución.

La policía judicial depende del Ministerio del Interior, cuya dirección corresponde al Ministro del Interior como titular del departamento,²⁷ es por tanto ocupación de la Secretaría de Estado de Seguridad: «la promoción y las condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales(...) especialmente en relación con la libertad y la seguridad personal», correspondiendo a este Ministerio, el mando de las Fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado (Policía Nacional y Guardia Civil), dentro de estos parámetros generales existen competencias especiales en materia de crimen organizado y otros delitos específicos en relación con este, como tráfico de drogas, blanqueo de dinero, trata de seres humanos, entre otros; en diferentes unidades administrativas, pero que nivel funcional dependen de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal. El ar-

25 Art. 149.1.29 «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las comunidades autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica», art. 104.1 « Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana», art. 148.1.22 «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: la vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones, la coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezcan una ley orgánica».

26 *BOE* de 13 de marzo de 1986.

27 Art.1.1 y 1.2 del Real Decreto 1599/2004, de 2 de julio, *BOE* de 3 de julio de 2004, por el que se modifica y desarrolla la estructura básica del Ministerio del Interior, modificada posteriormente por los Reales Decretos 511/2002 de 10 de julio y 998/2003 de 25 de julio.

título 444.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice «se establecerán Unidades de las Autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquellas les encomienden» y el artículo 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 esté conociendo del asunto objeto de la investigación», su función es investigar el delito, asegurar al delincuente, y reunir pruebas para el proceso penal. La regulación del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituye una excepción a lo antedicho al permitir, cuando no exista procedimiento judicial abierto, autorizar a determinados mandos de la Policía la consecución de una entrega vigilada.

Determinados mandos de la policía pueden autorizar la entrega vigilada, por razones de urgencia, el problema es que el legislador no ha contemplado esta posibilidad, por lo que quizá la proporcionalidad podría verse afectada al igual que la necesidad a efectos de la investigación de determinar si se debe o no continuar permitiendo el delito de tráfico de drogas, también se está atribuyendo la posibilidad a la policía para que puedan determinar la posibilidad de una renuncia de jurisdicción en vez de el asunto sea decidido por el órgano jurisdiccional pertinente. La facultad de autorización que poseen los Jefes de las Unidades de la Policía Judicial ha tenido detractores en algunos sectores doctrinales, de cualquier manera, la actividad de la Policía debe supeditarse a la ulterior actuación del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción competente.

El campo de competencias que la Ley atribuye a la policía, enfrenta el deber de confiscar y el derecho de detener, con la realización de la vigilancia, lo lógico sería, que una vez que el juez o el Ministerio Fiscal conociese de la existencia del posible delito, sea este el que permita a la policía que lleve a cabo la vigilancia y el seguimiento del hecho delictivo, hasta conocer y llegar a detener a los componentes de la organización. Nos cabe resaltar, como venimos exponiendo, que una cosa es facilitar que la droga circule por el Estado y otra permitir que sea la policía quien determine cuándo ha de circular. Si por razones de utilidad el legislador ha decidido primar el principio de oportunidad frente al de legalidad, lo hubiera conseguido permitiendo al juez que fuese quien determinase hasta dónde se puede permitir esa circulación a fin de maximizar los resultados a la hora de identificar como tales a los integrantes de la organización, que es en sí el objetivo primordial de la entrega vigilada y no otro, ya en el momento en que quepa la posibilidad de pérdida de la mercancía o imposibilidad de detectar

a la banda lo que se impone como labor policial es detener y aprehender el alijo y a las personas vinculadas con el mismo en ese momento.

En España, existen las Unidades Especiales en las Fuerzas y Cuerpos del Estado de seguridad: la Unidad de droga y crimen organizado, UDYCO,²⁸ Creadas en 1997 por Resolución del Consejo de Ministros, dando cumplimiento al «Plan global del Gobierno sobre Medidas para luchar contra las Drogas», dentro de la Dirección General de la Policía como respuesta general o integral a las actividades criminales mayoritariamente interconectadas, tanto a nivel nacional como transnacional, y la Unidad Central Operativa (UCO).²⁹

La UCPI, como Unidad de Cooperación de Policía Internacional, creada en virtud de disposición, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los Servicios Centrales y Periféricos de la Dirección General de la Policía, publicada el 02 de julio de 2005 en el Boletín Oficial del Estado: «(...) Asume la dirección y coordinación de la cooperación, la colaboración y el auxilio a las Policías de otros países, conforme a lo establecido en los Tratados o Acuerdos Internacionales sobre las Leyes, bajo la superior dirección del Ministro del Interior(...)». Forman parte de esta Unidad las Oficinas Centrales Nacionales de Interpol, Europol, SIRENE, actuando de hecho también como punto de contacto nacional operativo en el marco del Tratado de Prum.³⁰

El personal de la Unidad, realiza sobre las diversas modalidades delictivas tareas, tanto en vertientes operativas (traslado internaciones de extraditados, condenados y entregas temporales; busca y captura internacional de personas

28 Son las unidades especializadas del Cuerpo Nacional de Policía pertenecientes a la Comisaría General de Policía Judicial, dedicadas a la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado, cabe resaltar las siguientes operaciones de estas unidades tales como, la operación «Mira», durante varios meses del año 2010, en la que se investigó una organización criminal española que daba cobertura a diferentes redes delictivas marroquíes que introducían hachís a través del sur de España, interviniendo un total de 2848 kilogramos de esta sustancia. La operación «Niza» en otoño del 2010, con la colaboración de la policía internacional con las Autoridades policiales francesas, con su cooperación se consiguió desarticular una organización delictiva internacional que operaba en Marruecos, España y Francia, produciéndose intervenciones y decomisos en Francia y España. La operación «Dakar – América», de 2010, por la que se introducía cocaína en la isla de Ibiza proveniente de Argentina, mediante un camión que aparentemente iba a participar en el Rally, entre otras.

29 Es el órgano central del servicio de la Policía Judicial de la Guardia Civil española, su labor es investigar y perseguir las formas más graves de delincuencia y crimen organizado, ya sea a nivel nacional como internacional y presta apoyo a las Unidades Territoriales de la Policía Judicial.

30 Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal de 27 de mayo de 2005, ratificado por España, *BOE*. N.º 307, de 25 de diciembre de 2006.

reclamadas, en colaboración con otras unidades especializadas de nuestra Comisaría General; análisis operativo sobre el terreno en grandes operaciones nacionales e internacionales incluido al tiempo de la ejecución de las mismas) como en gestión y tratamiento de documentación policial y judicial.

La Ley española que regula la creación y funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación,³¹ presenta algunas lagunas legales que inciden negativamente en la práctica; por ejemplo, nos llama la atención el apartado de la capacidad jurídica que van a tener los funcionarios extranjeros integrantes del equipo conjunto, cuando estos actúen en España, ya que no se define ni se determina en la Ley el tipo de investigaciones que pueden llevar a cabo en territorio nacional.

Las entregas y tránsitos vigilados internacionales de sustancias estupeficientes constituyen una práctica habitual para los Servicios Policiales españoles, en general en requerimiento de los países de destino de la mercancía, en el marco de investigaciones propias; aunque en algún caso, también se realizan previa oferta española, como ocurrió en un asunto de exportación de precursores desde España a Colombia, con gran eco mediático, ya que por primera vez, un país de destino de cocaína ofertó al Estado cultivador la posibilidad de aceptar una entrega vigilada de doce toneladas de permanganato potásico destinado a los laboratorios clandestinos de Colombia.

En contrapartida, determinados países de nuestro entorno ofertan la posibilidad de realizar en nuestro territorio alguna entrega vigilada de pequeñas cantidades de droga, cuando estas son detectadas en envíos a través de empresas de mensajería internacional o por vía postal. El caso de las vigilancias extrafronterizas y persecuciones «en caliente», que son dos modalidades de cooperación policial reguladas en los artículos 40 y 41 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, ratificado por España.³² El recurso a las vigilancias ex-

31 Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea.

32 Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la república italiana por el acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991 (*BOE* núm. 81, de 5 de abril de 1994. «Título III: policía y seguridad CAPÍTULO I: Cooperación policial Art. 39. 1. Las Partes contratantes se comprometen a que sus servicios de policía, respetando la legislación nacional y dentro de los límites de sus competencias, se presten asistencia para prevenir e investigar hechos delictivos, siempre que el Derecho nacional no reserve la solicitud a las autoridades

judiciales y que la solicitud misma o su ejecución no supongan la aplicación de medidas coactivas por la Parte contratante requerida. Cuando las autoridades de policía requeridas no sean competentes para ejecutar una solicitud, la transmitirán a las autoridades competentes. 2. La Parte contratante requirente podrá utilizar las informaciones facilitadas por escrito por la Parte contratante requerida en virtud del apartado 1 con el fin de aportar una prueba de los hechos imputados solo en el caso de que las autoridades judiciales competentes de la Parte Contratante requerida lo consientan. 3. Las solicitudes de asistencia contempladas en el apartado 1 y las respuestas a las mismas podrán intercambiarse entre los órganos centrales encargados, en cada Parte contratante, de la cooperación policial internacional. Cuando la solicitud no pueda cursarse a su debido tiempo por la mencionada vía, las autoridades de policía de la Parte contratante requirente podrán remitirla directamente a las autoridades competentes de la Parte requerida y estas podrán responder directamente. En tal caso, la autoridad de policía requirente informará sin demora de su solicitud directa al órgano central que esté encargado, en la Parte contratante, de la cooperación policial internacional. 4. En las regiones fronterizas podrá regularse la cooperación mediante acuerdos entre los Ministros competentes de las Partes contratantes. 5. Lo dispuesto en el presente artículo no será un obstáculo para los acuerdos bilaterales más completos, presentes y futuros, entre Partes contratantes que tengan una frontera común. Las Partes contratantes se informarán mutuamente de dichos acuerdos. Art. 40. 1. Los agentes de una de las Partes contratantes que, en el marco de una investigación judicial, estén vigilando a una persona que presuntamente haya participado en un hecho delictivo que pueda dar lugar a extradición estarán autorizados a proseguir tal vigilancia en el territorio de otra Parte contratante cuando esta haya autorizado la vigilancia transfronteriza a raíz de una solicitud de asistencia judicial presentada previamente. En la autorización se podrán imponer condiciones. Previa solicitud, la vigilancia se encomendará a los agentes de la Parte contratante en cuyo territorio se realice. La solicitud de asistencia judicial mencionada en el párrafo primero deberá dirigirse a una autoridad designada por cada una de las Partes contratantes y competente para conceder o transmitir la autorización solicitada. 2. Cuando, por razones particularmente urgentes, no pueda solicitarse la autorización previa de la otra Parte contratante, los agentes encargados de la vigilancia estarán autorizados a proseguir más allá de la frontera la vigilancia de una persona que presuntamente haya cometido hechos delictivos enumerados en el apartado 7, en las siguientes condiciones: a) El cruce de la frontera será comunicado inmediatamente durante la vigilancia a la autoridad de la Parte contratante designada en el apartado 5 en cuyo territorio prosiga la operación de vigilancia. b) Se transmitirá sin demora la solicitud de asistencia judicial presentada con arreglo al apartado 1 y en la que se expongan los motivos que justifiquen el cruce de la frontera sin autorización previa. La vigilancia cesará en cuanto la Parte contratante en cuyo territorio se esté efectuando así lo solicite, a raíz de la comunicación mencionada en la letra a) o de la solicitud contemplada en la letra b), o en el caso de que cinco horas después de cruzar la frontera no se hubiera obtenido la autorización. 3. Solo podrá realizarse la vigilancia mencionada en los apartados 1 y 2 si se cumplen las siguientes condiciones generales: a) Los agentes que realicen la vigilancia deberán atenerse a lo dispuesto en el presente artículo y al Derecho de la Parte contratante en cuyo territorio estén actuando; deberán obedecer las órdenes de las autoridades locales competentes. b) Sin perjuicio de las situaciones previstas en el apartado 2, los agentes llevarán consigo durante la vigilancia un documento que certifique que la autorización ha sido concedida. c) Los agentes que realicen la vigilancia deberán poder

justificar en cualquier momento su carácter oficial. d) Los agentes que realicen la vigilancia podrán llevar su arma de servicio durante la misma, salvo que la Parte requerida decida expresamente lo contrario; estará prohibida su utilización excepto en caso de legítima defensa. e) Estará prohibida la entrada en los domicilios y los lugares donde el público no tenga acceso. f) Los agentes de vigilancia no podrán interrogar ni detener a la persona vigilada. g) Cualquier operación será objeto de un informe a las autoridades de la Parte contratante en cuyo territorio se haya realizado; podrá exigirse la comparecencia de los agentes que hayan realizado la vigilancia. h) Cuando lo soliciten las autoridades de la Parte contratante en cuyo territorio se haya realizado la vigilancia, las autoridades de la Parte contratante de donde procedan los agentes colaborarán en la investigación que resulte de la operación en que participaron, incluidos los procedimientos judiciales. 4. Los agentes contemplados en los apartados 1 y 2 serán: - Por lo que se refiere al Reino de Bélgica: los miembros de la policía judicial dependientes del Ministerio fiscal, los miembros de la gendarmería y de la policía municipal, así como, en las condiciones establecidas en acuerdos bilaterales adecuados contemplados en el apartado 6, los agentes de aduanas por lo que respecta a sus atribuciones relativas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, al tráfico de armas y explosivos y al transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos; Por lo que se refiere a la República Federal de Alemania: los agentes de las *Polizeien des Bundes und der Lander*, así como, únicamente para el ámbito del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y tráfico de armas, los agentes del *Zollfahndungsdienst* (servicio de investigaciones aduaneras), en su condición de agentes auxiliares del Ministerio público; - Por lo que se refiere a la República Francesa: los oficiales y agentes de policía judicial de la policía nacional y de la gendarmería nacional, así como, en las condiciones establecidas en acuerdos bilaterales adecuados contemplados en el apartado 6, los agentes de aduanas por lo que respecta a sus atribuciones relativas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, al tráfico de armas y explosivos y al transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos; - Por lo que se refiere al Gran Ducado de Luxemburgo: los agentes de la gendarmería y de la policía, así como, en las condiciones establecidas en acuerdos bilaterales adecuados contemplados en el apartado 6, los agentes de aduanas por lo que respecta a sus atribuciones relativas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, al tráfico de armas y explosivos y al transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos; - Por lo que se refiere al Reino de los Países Bajos: los agentes de la *Rijkspolitie* y de la *Gemeentepolitie*, así como, en las condiciones establecidas en acuerdos bilaterales adecuados contemplados en el apartado 6, los agentes del servicio fiscal de información y de investigación competentes en materia de derechos de entrada e impuestos sobre consumos específicos, por lo que respecta a sus atribuciones relativas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, al tráfico de armas y explosivos y al transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos. 5. La autoridad contemplada en los apartados 1 y 2 será: - Por lo que se refiere al Reino de Bélgica: el *Commissariat général de la Police judiciaire*; - Por lo que se refiere a la República Federal de Alemania: el *Bundeskriminalamt*; - Por lo que se refiere a la República Francesa: la *Direction centrale de la Police judiciaire*; - Por lo que se refiere al Gran Ducado de Luxemburgo: el *Procureur général d'Etat*; - Por lo que se refiere al Reino de los Países Bajos: el *Landelijk Officier van Justitie* que sea competente para la vigilancia transfronteriza. 6. En el plano bilateral, las Partes contratantes podrán ampliar el ámbito de aplicación del presente artículo y adoptar disposiciones adicionales en ejecución del mismo. 7. La vigilancia mencionada en el apartado 2 solo podrá realizarse por uno de los

siguientes hechos delictivos (...) - Robo y encubrimiento con ánimo de lucro o receptación. (...) - Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. - Transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos. Art. 41. 1. Los agentes de una de las Partes contratantes que, en su país, estén siguiendo a una persona hallada en flagrante delito de comisión de una de las infracciones mencionadas en el apartado 4 o de la participación en una de dichas infracciones estarán autorizados a proseguir la persecución sin autorización previa en el territorio de otra Parte contratante cuando las autoridades competentes de la otra Parte contratante, debido a la especial urgencia, no hayan podido ser advertidas previamente de la entrada en el territorio por uno de los medios de comunicación mencionados en el artículo 44, o cuando dichas autoridades no hayan podido personarse en el lugar con tiempo suficiente para reanudar la persecución. (...) A más tardar en el momento en que se cruce la frontera, los agentes que realicen la persecución recurrirán a las autoridades competentes de la Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar la persecución. La persecución cesará cuando así lo solicite la Parte contratante en cuyo territorio deba tener lugar la persecución. A petición de los agentes que realicen la persecución, las autoridades locales competentes aprehenderán a la persona perseguida para determinar su identidad o proceder a su detención. 2. La persecución se realizará con arreglo a una de las siguientes modalidades, debiendo definirse esta en la declaración mencionada en el apartado 9: a) Los agentes que realicen la persecución no tendrán derecho a interrogar. b) Si no se formulara ninguna solicitud de interrupción de la persecución y las autoridades locales competentes no pudieran intervenir con la rapidez suficiente, los agentes que realicen la persecución podrán retener a la persona perseguida hasta que los agentes de la Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar la persecución, a los que deberá informarse sin demora, puedan determinar su identidad o proceder a su detención. 3. La persecución se realizará con arreglo a los apartados 1 y 2 y según una de las siguientes modalidades, debiendo definirse esta en la declaración mencionada en el apartado 9: a) En una zona o durante un período que empezará a contar a partir del cruce de la frontera, debiendo definirse estos en la declaración. b) Sin límites de espacio ni de tiempo. 4. En una declaración contemplada en el apartado 9, las Partes contratantes definirán las infracciones mencionadas en el apartado 1 con arreglo a una de las siguientes modalidades: a) Las siguientes infracciones: (...) - Robo y encubrimiento con ánimo de lucro o receptación. - Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. (...) - Transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos. 5. La persecución solo podrá realizarse en las siguientes condiciones generales: a) Los agentes que realicen la persecución deberán ajustarse a lo dispuesto en el presente artículo y al Derecho de la Parte contratante en cuyo territorio estén actuando; deberán cumplir las órdenes de las autoridades locales competentes. b) La persecución se efectuará únicamente por las fronteras terrestres. c) Estará prohibida la entrada en los domicilios y los lugares donde el público no tenga acceso. d) Los agentes que realicen la persecución deberán ser fácilmente identificables, o bien porque lleven un uniforme o un brazalete, o dispositivos accesorios colocados en el vehículo; estará prohibido usar indumentaria civil cuando se utilicen vehículos comunes desprovistos de la identificación antes mencionada; los agentes que realicen la persecución deberán estar en condiciones de justificar en todo momento su carácter oficial. e) Los agentes que realicen la persecución podrán llevar su arma de servicio; estará prohibida su utilización salvo en caso de legítima defensa. f) Con el fin de ser conducida ante las autoridades locales competentes, la persona perseguida solo podrá ser sometida a un registro de seguridad, una vez aprehendida como se establece en la letra b) del apartado 2; podrán utilizarse esposas durante su traslado; se podrán

requisar los objetos que estén en posesión de la persona perseguida. g) Después de cada una de las operaciones mencionadas en los apartados 1, 2 y 3, los agentes que realicen la persecución se presentarán ante las autoridades locales competentes de la Parte contratante en cuyo territorio hayan actuado y darán cuenta de su misión; a petición de dichas autoridades, estarán obligados a permanecer a disposición de las mismas hasta que se hayan aclarado suficientemente las circunstancias de su acción; esta condición se aplicará incluso cuando la persecución no haya conducido a la detención de la persona perseguida. h) Las autoridades de la Parte contratante de donde procedan los agentes que hayan realizado la persecución prestarán su ayuda en la investigación que sea consecuencia de la operación en que hayan participado, incluidos los procedimientos judiciales, cuando así lo soliciten las autoridades de la Parte contratante en cuyo territorio se realice la persecución.

6. Una persona que haya sido detenida por las autoridades locales competentes a raíz de la acción contemplada en el apartado 2 podrá ser retenida, con independencia de su nacionalidad, para proceder a su interrogatorio. Se aplicarán por analogía las normas pertinentes del Derecho nacional. Si dicha persona no tuviera la nacionalidad de la Parte contratante en cuyo territorio haya sido detenida, será puesta en libertad a más tardar seis horas después de la detención, sin contar las horas entre media noche y las nueve de la mañana, a no ser que las autoridades locales competentes hubieran recibido previamente una solicitud de arresto provisional de cualquier tipo a efectos de extradición.

7. Los agentes contemplados en los apartados anteriores serán:

- Por lo que se refiere al Reino de Bélgica: los miembros de la policía judicial dependientes del Ministerio fiscal, los miembros de la gendarmería y de la policía municipal, así como, en las condiciones establecidas en acuerdos bilaterales adecuados contemplados en el apartado 10, los agentes de aduanas por lo que respecta a sus atribuciones relativas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, al tráfico de armas y explosivos y al transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos; - Por lo que se refiere a la República Federal de Alemania: los agentes de las *Polizeien des Bundes und der Lander*, así como, únicamente para el ámbito del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y tráfico de armas, los agentes del *Zollfahndungsdienst* (servicio de investigaciones aduaneras), en su condición de agentes auxiliares del Ministerio público; - Por lo que se refiere a la República Francesa: los oficiales y agentes de policía judicial, de la policía nacional y de la gendarmería nacional, así como, en las condiciones establecidas en acuerdos bilaterales adecuados contemplados en el apartado 10, los agentes de aduanas por lo que respecta a sus atribuciones relativas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, al tráfico de armas y explosivos y al transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos; - Por lo que se refiere al Gran Ducado de Luxemburgo: los agentes de la gendarmería y de la policía, así como, en las condiciones establecidas en acuerdos bilaterales adecuados contemplados en el apartado 10, los agentes de aduanas por lo que respecta a sus atribuciones relativas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, al tráfico de armas y explosivos y al transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos; - Por lo que se refiere al Reino de los Países Bajos: los funcionarios de la *Rijkspolitie* y de la *Gemeentepolitie*, así como, en las condiciones establecidas en acuerdos bilaterales adecuados contemplados en el apartado 10, los funcionarios del servicio fiscal de información y de investigación competentes en materia de derechos de entrada e impuestos sobre consumos específicos, por lo que respecta a sus atribuciones relativas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, al tráfico de armas y explosivos y al transporte

trafronterizas por parte de determinados servicios policiales europeos respecto de España es una práctica muy habitual, son diligencias relacionadas con el

ilícito de residuos tóxicos y nocivos.

8. Para las Partes contratantes interesadas, el presente artículo se entenderá sin perjuicio del artículo 27 de Tratado Benelux de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974.

9. En el momento de la firma del presente Convenio, cada Parte contratante hará una declaración en la que definirá, basándose en lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4, las modalidades de ejercicio de la persecución en su territorio para cada una de las Partes contratantes con las que tenga frontera común.

Cada Parte contratante podrá, en cualquier momento, sustituir su declaración por otra, siempre que no restrinja el alcance de la precedente.

Cada declaración se realizará previo acuerdo con cada una de las Partes contratantes interesadas y con el objetivo de que los regímenes aplicables a ambos lados de las fronteras interiores sean equivalentes.

10. A nivel bilateral, las Partes contratantes podrán ampliar el ámbito de aplicación del apartado 1 y adoptar disposiciones adicionales para la aplicación del presente artículo.

Art. 42. Durante las operaciones contempladas en los artículos 40 y 41, los agentes que estén realizando una misión en territorio de otra Parte contratante se asimilarán a los agentes de esta en lo relativo a las infracciones que pudieran sufrir o cometer.

Art. 43. 1. Cuando, de conformidad con los artículos 40 y 41 del presente Convenio, los agentes de una Parte contratante se hallaran realizando una misión en el territorio de otra Parte contratante, la primera será responsable de los daños que causaren durante el desarrollo de su cometido, de acuerdo con el Derecho de la Parte contratante en cuyo territorio estén actuando. 2. La Parte contratante en cuyo territorio se causaren los daños contemplados en el apartado 1 asumirá la reparación de dichos daños en las condiciones aplicables a los daños causados por sus propios agentes. 3. La Parte contratante cuyos agentes hubieren causado daños a cualquier persona en el territorio de otra Parte contratante restituirá íntegramente a esta última los importes que hubiere abonado a las víctimas o a sus derechohabientes. 4. Sin perjuicio del ejercicio de sus derechos respecto de terceros y con excepción de lo dispuesto en el apartado 3, cada una de las Partes contratantes, en el caso contemplado en el apartado 1, renunciará a pedir a otra Parte contratante el reembolso del importe de los daños que hubiere sufrido.

Art. 44. 1. De conformidad con los convenios internacionales pertinentes y teniendo en cuenta las circunstancias locales y las posibilidades técnicas, las Partes contratantes establecerán, en particular en las regiones fronterizas, líneas telefónicas, radio, télex y otros enlaces directos para facilitar la cooperación policial y aduanera, especialmente para transmitir a tiempo informaciones en el marco de la vigilancia y la persecución transfronterizas. 2. Además de estas medidas, que deberán adoptarse a corto plazo, examinarán en particular las siguientes posibilidades: a) El intercambio de materiales o el destino de funcionarios de enlace equipados con material de radio adecuado. b) La ampliación de las bandas de frecuencia utilizadas en las zonas fronterizas; c) El establecimiento de un enlace común a los servicios de policía y de aduana que operen en las mismas zonas. d) La coordinación de sus programas de compra de equipos de comunicación, con vistas a establecer sistemas de comunicación normalizados y compatibles.

tráfico de hachís desde España a terceros países de la Unión Europea, Francia e Italia; estos son los Estados que recurren con mayor asiduidad a este procedimiento, por lo que muchas de estas vigilancias transfronterizas se realizan en el marco de investigaciones conjuntas o bien en el contexto de investigaciones de servicios policiales extranjeros efectuados con el apoyo y la colaboración de España. El canal de comunicación utilizado para transmitir las solicitudes de persecuciones «en caliente» o de vigilancias extrafronterizas es el específico del Sistema de Información de Schengen, a través de las oficinas nacionales denominadas SIRENE; dentro de este sistema de información en el marco de una Europa sin fronteras interiores, la cooperación deviene necesaria, implicando una colaboración eficaz entre policías y aduanas, sobre el control de fronteras exteriores y las autoridades judiciales de los Estados miembros, es por ello que las Oficinas SIRENE son la conexión para todas las autoridades de los organismos nacionales que participan en el sis,³³ así como la cooperación policial en las tareas del espacio Schengen. Sus trabajos principales son el procesamiento de las «alertas» en el Sistema de Información de Schengen y su cumplimiento, también son un punto crucial cooperación policial trasfronteriza.

33 El sis es el sistema de Información de Schengen, en relación a la prevención y persecución de los delitos, compensando la supresión de las fronteras y la libre circulación, en sus bases de datos, contienen en la actualidad 32 millones de entradas, proporcionadas por los 25 Estados participantes. El número de alertas está aumentando en aproximadamente un 3% por mes. Se trata de un sistema nacional (N. sis) en cada Estado miembro de Schengen y un sistema central (C. sis). Todos los sistemas nacionales están conectados en línea con el sistema central a través de una red de comunicaciones segura. El sis, comenzó a jugar un papel importante en la lucha contra la delincuencia y en el control de las fronteras exteriores de Europa, gracias a su moderna tecnología de la información, la accesibilidad a las autoridades policiales y la estrecha cooperación entre las oficinas nacionales SIRENE. El sis trajo nuevos estándares de rapidez y eficacia para la aplicación de la ley de cooperación en Europa en el contexto de un espacio de libre circulación de personas y bienes. La información sobre personas buscadas, vehículos, etc., está ahora disponible para la policía, las aduanas y otras autoridades policiales sobre el terreno en todos los Estados miembros, tanto en línea como en su propio idioma. El papel central del sis y SIRENE cooperación, así como de apoyo constante a esta herramienta se confirmó en el nivel más alto de las conclusiones del Consejo en abril de 2009, en nuestro caso a efectos de vigilancia discreta o de controles específicos (artículo 99). La versión del sistema actualmente utilizado se llama sis 1 +, ya que el sistema tiene, desde su creación en 1995, ha desarrollado y ampliado para dar cabida a más países y funcionalidades. En la última ampliación del sis a los Estados miembros que ingresaron en la UE en 2004 y en Suiza, en 2007 y 2008, respectivamente, la aplicación SISone4ALL fue utilizado como la base de su N. sis. La Comisión Europea está desarrollando la segunda generación del Sistema de Información Schengen - sis II - con nuevas funcionalidades y características.

En fin, la cooperación a través de oficinas SIRENE ha demostrado ser muy eficaz y fiable, lo que es muy importante en un espacio sin controles fronterizos interiores. Las estadísticas disponibles son prueba de su eficacia; el Consejo, que confirmó el SIS y SIRENE en este ámbito, como unas herramientas fundamentales de la cooperación para una Europa segura y pidió a los Estados miembros apoyar adecuadamente oficinas SIRENE³⁴ y el uso del sistema de información, y dado que las estructuras y competencias de las autoridades policiales y de la justicia es diferente entre los Estados miembros de Schengen, las tareas se podrían llevar a cabo de manera distinta.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

La creación de normas internacionales lo suficientemente amplias y flexibles para su adecuación al derecho interno de cada Estado, dan un amplio margen de maniobra en pro de la colaboración entre los países, constituyendo una referencia importante donde estos se puedan mirar para resolver las posibles diferencias de actuación. En este sentido, los Estados dirigen y controlan las actuaciones dentro de su territorio y las operaciones se realizan conforme a su legislación interna; la jurisprudencia española señala que la valoración de la prueba obtenida en el extranjero debe hacerse conforme a la valoración de la ley española, pero la obtención de la misma debe llevarse a cabo acorde con la legislación del Estado donde se practique. De otra parte, las garantías constitucio-

34 De las tareas más importantes que desarrollan las Oficinas SIRENE, cabe destacar las siguientes, 1) el manejo de datos sobre personas y objetos tal como se estipula en los artículos 95 a 100 del Convenio de aplicación, mediante el procesamiento de nuevas alertas, intercambio de información complementaria, por ejemplo, en caso de alertas de matrimonio y la usurpación de identidad, la coordinación de acciones a tomar, la transmisión de información complementaria y el procesamiento hits. 2) búsquedas basadas en órdenes europeas de detención, incluyendo su ejecución después de las decisiones de las autoridades judiciales competentes proporcionando la policía de la cooperación internacional y asistencia judicial mutua como se indica en los artículos 39 y 46 del Convenio de Schengen, 3) ayudar a las autoridades judiciales en relación con los casos de extradición / entrega, la repatriación de los sospechosos por el aire de los países Schengen y la asistencia judicial internacional, 4) el suministro de información «a raíz de las consultas legales de acceso tema» acerca de las entradas almacenadas en el SIS y en la base de datos de la policía nacional en el cumplimiento de las disposiciones de protección de datos, 5) la elaboración de una guía sobre cómo utilizar legalmente el SIS para autoridades subordinadas y servicios, la organización de cursos de formación y participar en operaciones de alto impacto, 6) participar en el desarrollo del SIS y la cooperación en el espacio Schengen, incluida la asistencia y el apoyo mutuo, especialmente para los nuevos Estados participantes.

nales del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al secreto de las comunicaciones postales, son diferentes del régimen que siguen los equipajes transfronterizos u otras mercancías que pueden ser examinadas sin necesidad de autorización judicial por las autoridades aduaneras.

La amplia jurisprudencia, que existe en la actualidad, dimanante del Tribunal Supremo, ha conseguido que se haya creado en España un ambiente de seguridad jurídica, en relación al respeto de nuestra Constitución y de los derechos fundamentales de los imputados.

Fuera de la Comunidad Europea se toma como modelo los Convenios internacionales para adecuar las legislaciones internas. En algunos Estados la entrega vigilada se cohesiona con los trabajos del agente encubierto y con la vigilancia electrónica, extremo este último, no tratado en este artículo pero con grandes repercusiones en los Estados.

Tras lo expuesto, en cuanto a una visión global del tema tratado, e insistiendo en algunos aspectos básicos, podría subrayarse, para finalizar las siguientes conclusiones:

1. Existe una especial preocupación por el legislador sobre esta materia, lo que se justifica plenamente, ya que el tráfico de drogas y el lavado de activos son delitos que suelen estar vinculados al crimen organizado transnacional, razón por la cual su investigación y persecución requiere con frecuencia de la cooperación de otros Estados en cuyos territorios se haya cometido parte del delito o en los cuales existen evidencias, testigos, copartícipes, u otros antecedentes o vinculaciones, la experiencia de investigación de estos delitos transnacionales depende de la eficacia de las normas sobre cooperación internacional.
2. La entrega vigilada es un procedimiento de investigación para desmembrar organizaciones criminales ya que, una vez que se descubre la droga u otra sustancia se deja que la misma llegue a su destino final bajo el control policial. Lo que permite descubrir a otros participantes de la organización.
3. La entrega de información a los órganos extranjeros que corresponda, es decir, a cualquiera que esté facultado para investigar y/o perseguir este tipo de delitos de acuerdo a la legislación del Estado requirente o bien para solicitar cooperación internacional. Estas autoridades pueden variar de unos Estados a otros, pudiendo ser varios los órganos facultados.
4. Es necesario resolver el problema planteado por las aerolíneas comerciales, o sus pilotos a la hora de transportar en sus zonas de carga o bodegas las remesas delictivas, sobre todo si se trata de droga, a lo que se oponen por

la falta de formalidad del pedido y en la ausencia de cobertura legal que aísla a pilotos o aeronaves de responsabilidades a posteriori, la negativa sobre la colaboración con las agencias policiales o fiscales que expresan las compañías y tripulación cuando son requeridas para el desplazamiento físico de las especies sujetas a una entrega vigilada, sobre todo cuando se trata de drogas, no han sido pocas las ocasiones en las que el operativo se ve frustrado por el rechazo de las aerolíneas o de sus pilotos a transportar en sus bodegas y aviones las remesas.

5. Otro reto es conseguir la cooperación activa de los distintos Cuerpos de la Fuerzas de Seguridad y los funcionarios de Aduanas de los Estados; crear métodos ágiles a fin de no perder el material vigilado y conseguir el fin previsto de la entrega vigilada, la rapidez, que en innumerables ocasiones se encuentra bloqueada por la burocracia y los recelos entre los distintos órganos estatales implicados en la investigación.
6. Las diferencias de configuración legal que mantienen los Estados sobre las entregas controladas y las vigiladas pueden afectar a la realización de actividades combinadas entre los que solo asuman una variante debiendo ser el Derecho de los Convenios suscritos el aplicable por ser el derecho más flexible.
7. Se hace necesario plantear reformas legales puntuales que favorezcan y garanticen la vigilancia permanente sobre las sustancias o productos objeto de las entregas, extremo que se complica cuando lo que controla entra en los círculos financieros o bancarios internacionales.
8. Existe una falta de coordinación o desconfianza entre las distintas agencias que se encargan de este procedimiento, lo que origina retrasos que afectan al logro de los objetivos pretendidos, se hace necesario mejorar la conexión entre las fuerzas de los estados y agentes aduaneros para que trabajen coordinados.
9. Es necesario legislar sobre puntos importantes como las partidas de gastos de cooperación, su forma de imputación a los Estados y determinar las atribuciones de los distintos cuerpos de investigación de los Estados que tienen que operar en el Estado al que se requiere, todo ello para optimizar el trabajo y la consecución del objetivo principal de estas operaciones.

En Madrid a 8 de enero de 2014.