

BREVE REFLEXIÓN ACERCA DE LA EFICACIA EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA COMO RETO Y LA CIRCULACIÓN Y ENTREGA VIGILADA DE DROGAS U OTROS BIENES COMO INSTRUMENTO PARA SU CONSECUCIÓN

VERÓNICA LÓPEZ YAGÜES
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

I. Eficacia en la lucha frente a la criminalidad transnacional organizada como reto

Nada nuevo, probablemente, se descubre cuando se afirma que, paralelamente a la transformación social experimentada a lo largo del pasado y presente siglo a escala mundial, la criminalidad ha evolucionado, adoptando nuevas o renovadas formas que hacen que, solo de forma residual, pueda hablarse del delito como comportamiento o conducta individual.

La globalización de la economía y el extraordinario desarrollo de las comunicaciones –no como únicos, quizás, pero sí como principales factores– están en la base del surgimiento de un fenómeno que mantiene en jaque a la sociedad actual, la llamada “internacionalización del crimen”, que viene acompañado del no menos alarmante fenómeno relativo a su operatividad de forma “organizada”¹; fenómenos, en definitiva, a los que, no ya uno o varios Estados, sino la Comunidad Internacional en bloque², ha de hacer frente con respuestas también nuevas, eficaces y globales.

En este escenario, en las últimas décadas se ha asistido a una creciente y peligrosa “concentración de poder criminal en manos de grandes grupos”³ que, adaptados al nuevo contexto internacional, actúan como auténticas multina-

¹ Como bien advertía ya el Instrumento elaborado en el marco del llamado “Plan de Acción para combatir la criminalidad organizada”, adoptado en el seno del Consejo de Europa, de fecha 28 de abril de 1998, “la criminalidad se está organizando día a día a través de las fronteras nacionales aprovechando la libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios” (DOCE, núm. C, de 15 de agosto de 1997).

² ANARTE BORRALLO, “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pág. 17. En el mismo sentido, ESPINA RAMOS y ARIAS SENSO, “Corrupción y crimen organizado vs. Estado de Derecho en los países de la Europa Central y del Este”, *Rev. Derecho y Proceso Penal*, 2004-1, núm. 11, pág. 285.

³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, págs. 69 y ss.

cionales del delito⁴, dada su natural tendencia a expandirse, tanto en lo referente a los sectores económicos en los que penetra, cuanto en lo relativo al espacio geográfico en el que desarrolla sus acciones, por no hablar de la diversidad de ilícitos penales que encierra el proyecto criminal.

Pero, con ser cierto que esta “macrodelincuencia” extiende sus redes a diferentes ámbitos de la economía,⁵ no puede sino reconocerse que, por lo general, su actividad viene asociada a la producción y distribución de drogas tóxicas y sustancias estupefacientes; una actividad ilícita, el narcotráfico, que genera extraordinarios ingresos directos, complementados con el producto de una criminalidad “acompañante” que garantiza la continuidad de la actividad delictiva principal. La obtención de riqueza se convierte en el principal objetivo de la acción desarrollada por la organización⁶ que, como se adelantaba, funciona como una auténtica empresa⁷ que no se contenta con intervenir en el mercado ilícito, que constituye su principal fuente de financiación, sino que pretende su control⁸, y es la consecución de estos objetivos, lo que le lleva a intensificar y ampliar su programa delictivo a toda actividad que le reporte sustanciales ingresos y refuerce o asegure su posición de poder⁹, de un lado, y de otro, le permita transferir el producto ilícito obtenido, alimentando de este modo la comisión de nuevos delitos –de carácter económico, principalmente– de cuyos resultados, en un suerte de círculo, se sirve para nuevamente financiar el grueso de la acción criminal¹⁰.

⁴ Son palabras del entonces Secretario General de la ONU, Butros Ghali, empleadas en la Conferencia inaugural de la Conferencia Ministerial Mundial sobre delincuencia transnacional organizada, celebrada en Nápoles, el 21 de noviembre de 1994.

⁵ La criminalidad organizada –señala BOTTKÉ– está presente “allí donde la demanda reclama a la oferta con dinero”. Vid. “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, *Rev. Penal*, 1998, núm. 2, pág. 2.

⁶ MEDINA ARIZA, “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pág. 111; BARBA ÁLVAREZ, *La criminología en el estudio de la delincuencia organizada*, CPC, 2001, núm. 75, pág. 644.

⁷ BOTTKÉ, “Mercado, criminalidad organizada”, op. cit., pág. 2. Véase, asimismo, la STS de 15 de enero de 1995.

⁸ Esto último, como bien sostiene CABALLERO BRUN, para contrarrestar o superar las disfunciones de un mercado ilegal y, por tanto, no reglado como el que manejan. Vid. “Criminalidad organizada”, (Crónica Argentina), *Rev. Penal*, 1998, núm. 2, pág. 85, citado por DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*, Barcelona, 2001, pág. 26. De la misma opinión, ARLACCHI, “Tendencias de la criminalidad y de los mercados ilegales en el mundo actual”, *Rev. Poder Judicial*, 1995, núm. 16, pág. 86.

⁹ Se trata de la comisión continuada de infracciones criminales diversas –y, por lo general, enormemente cruentas; y es que, como bien señala DELGADO MARTÍN, la amenaza y el uso efectivo de la violencia constituye uno, si no el principal de los recursos empleados por la organización para fortalecer la posición de poder que ostenta y, de ese modo, garantizar su pervivencia. Vid. “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 26.

¹⁰ La criminalidad organizada –señala BOTTKÉ– está presente “allí donde la demanda reclama a la oferta con dinero”. Vid. “Mercado, criminalidad organizada”, op. cit., pág. 2.

Es además obvio que la organización criminal opera a nivel internacional; y es que, por su fácil acceso a modernos medios de transporte y comunicaciones dado el alto nivel de recursos de los que dispone –en ocasiones muy superiores a los que el propio Estado puede destinar para combatirla– goza de enorme movilidad. A ello contribuye, y de forma decisiva, la formación o especialización que en su manejo tienen muchos de los miembros integrados en ella, todo lo cual, la dota de una extraordinaria capacidad operativa.

Entre otros recursos, aprovecha la agilidad y el anonimato que ofrecen, tanto las tradicionales, cuanto las más modernas formas de comunicación, y mediante el empleo de sofisticadas técnicas, pero, fundamentalmente, amparándose de forma subrepticia en la protección que el Estado confiere a los derechos y libertades básicas de sus ciudadanos, en general, y al derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones, muy en particular, consigue burlar los mecanismos de control que éste dispone. En definitiva, la organización criminal consigue maximizar los resultados de su actividad al tiempo que minimizar los riesgos de ser descubierta y, en consecuencia, sancionada penalmente.

El singular *modus operandi* de este tipo de delincuencia, que duda cabe, hace surgir necesidades, también nuevas, en el marco de la investigación criminal y que, por lo que al Derecho español respecta, difícilmente pueden verse cubiertas con los instrumentos arbitrados en una más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, continuamente parcheada, y que aun cuando en el pasado lograran dar solución a problemas criminológicos concretos –algo que tampoco es que pueda afirmarse con rotundidad– en la actualidad se revelan insuficientes, cuando no absolutamente inadecuados para combatir con eficacia la gran criminalidad del siglo XXI.

Que ésta, la eficacia en la lucha contra el crimen transnacional organizado, es una preocupación sentida por los distintos Estados miembros de la Unión Europea y el conjunto de la Comunidad Internacional, a la que nuestro país ha sido también sensible, es algo que no se pone en duda. Este es, precisamente, uno de los grandes retos –si no el mayor– a afrontar por el Poder Judicial en el marco de una sociedad globalizada como la nuestra, cuya consecución, por lo que a España respecta, exige antes acometer la gran empresa que representa la profunda y completa reforma del enjuiciamiento criminal, y hacerlo sin retardo, dado lo acuciante de esa necesidad de cambio. De ahí que la oportunidad que se brindaba de exponer en este foro ideas acerca del sentido en que personalmente se entienda que ha de operarse, en particular, la reforma de la fase de investigación o instrucción criminal, no pueda desaprovecharse.

Antes al contrario, con el objeto de invitar a la reflexión y suscitar el debate que ha de preceder a toda reforma legislativa –y, con mayor motivo, a la de enorme calado que representa la reforma de la única de las grandes leyes procesales que aún no la han recibido– y siendo en todo momento conscientes de la necesidad de acotar estrictamente el objeto de análisis, de entre las muchas

diligencias de investigación o prueba carentes de toda, suficiente o perfecta regulación, se ha optado por atender a la que, a pesar de sus deficiencias, se ha revelado enormemente eficaz para la averiguación de delitos relacionados con el tráfico ilícito de bienes o sustancias cometidos por grandes empresas del crimen que se sirven de la protección conferida a las comunicaciones, en general, y a las postales, muy en particular, para la realización de sus fines delictivos¹¹, cual es, la circulación o entrega vigilada de drogas u otros bienes ilícitos prevista en el art. 263 bis LECrim, con especial referencia a las operaciones que tienen por objeto un “paquete postal”.

II. La circulación o entrega vigilada de drogas u otras sustancias o bienes ilícitos como instrumento al servicio de la investigación criminal

Aunque tardía, y sólo parcial, respuesta a las necesidades y especiales condiciones en que ha de desarrollarse la investigación de la delincuencia organizada vinculada al tráfico de drogas u otras sustancias ilícitas, ofrece el legislador español; una respuesta que ha cristalizado en la articulación de un singular instrumento, la circulación o entrega vigilada de drogas u otras sustancias ilícitas que acoge el art. 263 bis LECrim, cuya regulación precisa de mejora y en la que son muchos, y muy interesantes desde el punto de vista procesal, los aspectos a examinar. Baste el mero apunte aquí de las que se entienden más significativas.

Antes conviene conocer –y sirva ello como aval de su importancia y de justificación de su elección aquí como objeto de análisis– que la circulación y entrega vigilada permite¹², no sólo averiguar y conocer la conducta del primer destinatario del envío sino, y fundamentalmente, constatar o descubrir la colaboración de otros sujetos en los hechos sometidos a investigación o, si se prefiere, “identificar” a los auténticos protagonistas del mercado ilícito para, de este modo, neutralizar y sancionar penalmente sus acciones; y es que, acabar con esta importante lacra social exige que la acción del Estado no se detenga en los ejecutores materiales de la acción criminal, sino que extienda y alcance a los consabidos órganos de decisión hasta la completa desarticulación de la organización u organizaciones delictivas que frecuentemente operan de forma coordinada o conjunta.

¹¹ Nótese que, a diferencia de las posibilidades que ofrece la diligencia de investigación que regulan los arts. 579 y ss. de la LECrim, la circulación o entrega vigilada posibilita el control u observación de las conductas posteriores; es más, consentir el tránsito vigilado de la sustancia permite, en el mejor de los casos, llegar hasta el centro de poder o decisión de la organización criminal.

¹² Nota ésta que la distingue de la clásica “detención y apertura de correspondencia o paquetes postales” y de las que pueden conocerse como “labores policiales de seguimiento”.

II. 1. Sobre su naturaleza y fines. Ámbito de aplicación

Llama la atención que, a pesar de la previsión contenida en el apartado 4 del citado art. 263 bis LECrim -esto es, la necesidad de respetar el régimen previsto en los arts. 579 y ss. de la LECrim- el legislador procesal no se haya decidido a ubicar este precepto o, mejor, una más completa regulación de la entrega y circulación vigilada de forma yuxtapuesta a la prevista para la intervención de las comunicaciones postales; un lugar en el que, quizás¹³, el precepto hubiera encontrado mejor acomodo.

En cualquier caso, interesa precisar que la medida arbitrada en la norma procesal española posibilita la entrada y tránsito por nuestro país, sin actitud obstativa y bajo la vigilancia o control de los órganos de persecución penal, de mercancías de origen ilícito –sustancias estupefacientes u otras inocuas por las que resulten sustituidas, cuando no otros bienes u objetos *extra commercium*– al objeto de posibilitar la sanción penal de la infracción que constituye su tráfico y, asimismo, auxiliar a las autoridades extranjeras en la consecución de ese mismo objetivo; y, como quiera que esta actividad de tráfico perseguida viene siendo patrimonio de las grandes organizaciones o empresas del crimen, no es erróneo afirmar que se haya al servicio de la lucha frente a este tipo de criminalidad. Sin embargo, nada obsta a entenderla de aplicación a otras formas de criminalidad organizada relacionada con el lucro ilícito –ampliamente entendido– y, tanto a las actualmente operantes cuanto a cualesquiera otras que en el futuro puedan, como esta otra, aprovechar la libertad que le brindan las redes del comercio internacional para la consecución de sus fines delictivos¹⁴.

¹³ GIMENO SENDRA, “Aspectos procesales y constitucionales más relevantes en los delitos relativos a drogas tóxicas y estupefacientes”, en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2000, pág. 175 y, asimismo, en *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 278. De la misma opinión, entre otros, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, *Criminalidad organizada*, Madrid, 2004, pág. 30; QUERALT JIMÉNEZ, “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999, de 14 de enero”, en *Criminalidad organizada*, Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest, Almagro, 1999.

¹⁴ Tampoco puede ignorarse la presencia en el contexto internacional de grandes empresas del crimen que, con escarceos o sin desvincularse del narcotráfico como fuente de financiación, participan en el mercado ilícito de mercancías que reportan a la organización ingresos equiparables, si no superiores, a los que se obtienen con la producción y tráfico de estupefacientes. La tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, armas químicas o desechos nucleares, son un fenómeno creciente ante el que los Estados no pueden permanecer impasibles; antes al contrario, precisan reforzar sus mecanismos de prevención y represión penal, a partir de medidas como la prevista en el art. 263 bis LECrim objeto aquí de análisis. Y, puede que menos significativo, pero, existente e igualmente dañino es el mercado de otras materias o productos “*extra commercium*” referidas por el legislador en el art. 263 bis LECrim –bienes, materiales, objetos y especies de flora y fauna amenazados, así como la siempre presente circulación de moneda falsa que, como los anteriores, constituye una amenaza para la estabilidad económica e, incluso política del Estado o Estados en los que operan las organizaciones que ostentan su control.

Así las cosas, la primera de las dudas que interesa despejar es la relacionada con el ámbito de operatividad de la medida; y es que, la forma en que se halla redactado el citado art. 263 bis LECrim, lleva a cuestionarse si la operación de circulación o entrega vigilada que arbitra resulta de aplicación en un marco de delitos también amplio o, contrariamente, ha de reservarse para su articulación en el seno de procesos seguidos por la presunta comisión de un cuadro de delitos estricto o cerrado. En verdad, el precepto no contiene siquiera mención semejante a la que emplea en la regulación de la figura del agente encubierto –alusiva a “actividades propias de la criminalidad organizada”¹⁵–, sin embargo, todo apunta a considerarla circunscrita a este mismo marco delincencial o, cuando menos, al de la gran criminalidad¹⁶.

A mi juicio, el alto valor de los bienes e intereses en juego hace inevitable una inclinación de la balanza del lado relativo a su consideración como medida “extraordinaria” en el sentido de su reserva para la averiguación de conductas de enorme capacidad lesiva; no en vano, si se atiende a lo dispuesto por el propio art. 263 bis 1 LECrim, que incorpora la exigencia de proporcionalidad de la medida de cara a su acuerdo –y, en consecuencia, el requisito de su “necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia”–, no puede más que abogarse por su aplicación limitada a la averiguación de delitos “graves”, en el bien entendido de que, como claramente ha declarado el TEDH, en su resolución del Caso Malone de 2 de agosto de 1984, “la gravedad del delito no sólo viene determinada por el *quantum* de pena que le corresponde, sino en virtud de otros factores en los que se halla, precisamente, el desvalor del injusto”.

II. 2. En cuanto a los presupuestos para su acuerdo y práctica

Que la operación de “entrega o circulación vigilada” tenga por objeto un “paquete postal” –algo sin duda frecuente– o, si se prefiere, que con su articulación pueda verse conculcada la garantía que encierra el art. 18 CE, condiciona doblemente los presupuestos que legitiman su adopción y el régimen jurídico al que ha de ajustarse su desarrollo.

La primera circunstancia que conviene tomar en consideración es la posibilidad –más remota de lo que a primera vista parece– de que el envío a través del servicio público de Correos constituya un verdadero proceso de comunicación y, en consecuencia, se halle bajo la protección que confiere el art. 18.3 CE; y es que, coincidiendo con la opinión de un importante sector

¹⁵ Vid. Art. 282 bis 1 y 4 de la LECrim.

¹⁶ De esta opinión, entre otros, GIMENO SENDRA, “Aspectos procesales”, op. cit., pág. 179 y GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 282.

doctrinal¹⁷ y lejos de la que venía siendo la línea jurisprudencial predominante,¹⁸ parece claro que sólo en este último caso puede correr riesgo la garantía que encierra el citado precepto constitucional, esto es, el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones personales¹⁹, lo que no impide la posible incidencia en el derecho a la intimidad que protege el art. 18.1 CE, especialmente si, para corroborar la ilicitud de su contenido, ha de procederse a su apertura²⁰.

Pero, con ser cierto que la protección conferida a las comunicaciones postales no puede o debe ofrecer amparo a remesas de contenido ilícito, no puede perderse de vista que la posible implicación en el desarrollo de la medida de derechos fundamentales de la persona impone, también como fundamental exigencia, la plena observancia del principio de proporcionalidad que, como presupuesto elemental, exige el monopolio jurisdiccional en su acuerdo acompañado del respeto de una suma de garantías determinantes de su legitimidad desde el punto de vista constitucional y, en consecuencia, la licitud y eficacia procesal de los resultados de su práctica.

Ninguna duda admite, en cambio –al menos como regla de principios– que el presupuesto habilitante del inicio de una operación de entrega es la existencia de indicios racionales de criminalidad concretados en la sospecha acerca del contenido ilícito, y destinado al tráfico también prohibido, de un determinado envío o remesa; ahora bien, si la finalidad que la medida persigue es facilitar el descubrimiento o identificación de los sujetos partícipes en un acto de tráfico “ilegal”, más acertado parece considerar que su articulación exige como presupuesto la constatación de la certeza acerca del carácter ilegal o ilícito de los bienes o productos contenidos en el envío, y la posibilidad legalmente prevista de proceder a la sustitución de la sustancia ilícita por otra inocua para su posterior

¹⁷ A este respecto señala, en particular, DE VEGAS TORRES que el Alto Tribunal “se ha dejado llevar, quizás, por un excesivo entusiasmo garantista al definir el alcance del derecho a las comunicaciones postales”. Vid. “Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de entregas vigiladas”, *Rev. Tribunales de Justicia*, 1997, núm. 8/9, marg. 849 a 852; MONTERO AROCA, *Detención y apertura de la correspondencia y de los paquetes postales en el proceso penal*, Valencia, 2000, págs. 16 y 273, y asimismo, en MONTERO AROCA, “La entrega vigilada de drogas y la apertura de paquetes internacionales”, *Tribunales de Justicia*, 2000, núm.1, margs. 29 y 30.

¹⁸ Véanse, entre otras, las SsTS de 20 de marzo de 1996; de 14 de noviembre de 1996; de 5 de octubre de 1996, de 23 de mayo de 1996, de 1 de febrero de 1996, de 22 de diciembre de 1995, de 3 de junio de 1995. Cfr. STS 851/2010, de 7 de octubre (RJ 2010/7685); 1023/2010, de 13 de mayo (JUR 2010\213610); 1047/2009, de 4 de noviembre (RJ 2009/5842).

¹⁹ Por la misma razón, sólo puede entenderse excluido del ámbito de protección del art. 18.3 CE si puede, sin error, aseverarse que consiste en un envío o remisión de mercancías. Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 293; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero, la “entrega vigilada” y el “agente encubierto”, *AJA*, 1999, núm. 380, pág. 4.

²⁰ Es más, bajo la vigilancia o supervisión de las autoridades estatales pueden quedar, y de hecho quedan, otros aspectos del proceso de envío que pueden comprometer el derecho o derechos que asisten tanto a la persona sometida a investigación cuanto a sujetos terceros.

puesta en circulación, abona esta teoría; y es que, evidentemente, resolver la conveniencia de sustituir su contenido del envío exige antes un conocimiento efectivo de la naturaleza ilícita o prohibida de la materia que se halla en su interior.

Esto último revela la posibilidad, hasta ahora no mencionada, de que el desarrollo de la medida adopte una doble forma y, en síntesis, deban distinguirse la circulación o entrega vigilada “simple”, entendida como operación que no implica la alteración o manipulación del contenido del envío, y la operación –algo más compleja– de circulación vigilada previa sustitución de la sustancia ilícita oculta en su interior, por otra inocua. Como es obvio, este segundo tipo se resuelve en una triple operación consistente, en primer término, en la detención y apertura del paquete o envío y, a continuación, el reemplazo o sustitución de su contenido, permitiendo que siga su curso bajo el control o supervisión de las autoridades competentes, siendo el primero de los pasos descritos –el acceso al contenido de la remesa– el punto más crítico de este proceso, por el riesgo que entraña de afeción al derecho consagrado en el art. 18.3 CE. De ahí que la autorización de la circulación o entrega vigilada no pueda sino proceder del órgano judicial –excepciones aparte– mediante resolución motivada, y que su desarrollo deba acompañarse de la estricta observancia de una suma de garantías que, derivadas del principio de proporcionalidad, determinan su legitimidad desde el punto de vista constitucional.

Lo cierto es que, a pesar de que el precepto atribuye competencia para la autorización de la operación de circulación o entrega vigilada, sin distingos aparentes, “al Juez de Instrucción, al Ministerio Fiscal y a los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito, centrales o de ámbito provincial, o a sus mandos superiores”, a nuestro juicio, la reserva jurisdiccional en su adopción ha de entenderse, como regla y presupuesto inexcusable de la legitimidad o, si se prefiere, de la licitud de la medida y, en consecuencia, de los resultados obtenidos con su práctica. Cosa distinta es que, en circunstancias extraordinarias –concretadas en la concurrencia de razones de urgencia, y ante el riesgo de que la exigencia de obtener autorización judicial pueda conducir al fracaso de la operación– la iniciativa o puesta en práctica de la medida pueda proceder de una autoridad distinta –léase, Ministerio Fiscal o diferentes órganos de Policía Judicial legitimados– que precisará de convalidación judicial posterior y en el menor plazo. Así pues, el retoque o modificación de esta previsión normativa en el sentido expuesto, en la que pueda llegar a ser nueva LECrim –aunque es opinión personal– sería, pues, muy bien recibida.

Por otra parte, la ausencia de riesgo de incidencia de la medida en la esfera del derecho que consagra el art. 18.3 CE permite, en cambio, sostener que los “paquetes abiertos” o cuyo contenido se haga constar en el exterior, los expedidos bajo “etiqueta verde” y, en definitiva, todo envío cuya naturaleza resulte inadecuada para el desarrollo de una comunicación privada, aun realizado a

través del servicio postal, según criterio jurisprudencial predominante, quedan excluidos “de la salvaguarda de la intervención judicial”²¹

Que, como bien dispone el propio art. 263 bis LECrim, la medida debe acordarse por resolución fundada, es algo que no admite dudas; resolución que ha de explicitar, “en cuanto sea posible, el objeto de la autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia” o, si se prefiere, dictada “caso por caso” en evitación de autorizaciones genéricas²² o indiscriminadas que habiliten el desarrollo de entregas vigiladas para todo tipo de operación de tráfico ilegal o toda actividad de esta naturaleza llevada a cabo por una determinada organización criminal; y fundamental es la exigencia de motivación de la resolución que autoriza la operación, requisito éste, impuesto por la necesaria observancia del principio de proporcionalidad e incorporado al art. 263 bis LECrim en virtud de la LO 5/1999, de 13 de enero que, también como trasunto de su respeto exige la concurrencia de las notas de necesidad, idoneidad y proporcionalidad *stricto sensu* de la medida, examinada “caso por caso”; no en vano, el propio precepto viene a exigir para la legitimidad de su acuerdo “su necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia”

II. 3. Sobre su eficacia o valor probatorio

En lo que se refiere al valor o eficacia probatoria a otorgar a los resultados de la diligencia de investigación legalmente prevista, la norma procesal guarda silencio, y no estaría de más la clarificación de estos extremos por el propio legislador que en éste, como en muchos otros aspectos de la regulación de esta y otras medidas, debiera tomar clara y decidida posición.

Nótese, en primer término, que las operaciones de circulación o entrega vigilada de sustancias u otros efectos ilícitos participan de la naturaleza de lo que se ha dado en llamar “prueba preconstituida”²³, en tanto diligencia practicada durante la fase de investigación o instrucción sumarial tendente a la obtención y aseguramiento de elementos probatorios de muy difícil si no imposible

²¹ DE VEGAS TORRES, “Detención”, op. cit., marg. 852; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2004, op. cit., págs. 280 y 281; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 292; MONTERO AROCA, “La entrega”, op. cit., margs. 26 y 27.

²² GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, op. cit., pág. 281 y MORENO CATENA, (et. al.), *El Proceso Penal*, Valencia, 2000, vol. II, pág. 1410.

²³ Al respecto de esta figura, véanse ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, pág. 172; GIMENO SENDRA (et. al.), *Los Procesos Penales*, Barcelona, 2000, pág. 410; MARTÍN GARCÍA, “Una nueva doctrina de la prueba en el proceso penal”, *Rev. Jurídica de Catalunya*, 2005, núm. 3, págs. 75 y ss.; MORENO CATENA, “El Proceso Penal”, op. cit., pág. 875. Cfr. PEDRAZ PENALVA, “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida”, *CDJ*, 1998, III, págs. 13 y ss.

reproducción en la fase de juicio oral, cuya práctica en ese estadio viene sustituida por la lectura del acta que refleja su resultado²⁴.

En efecto, la posibilidad –nada infrecuente– de su puesta en marcha por los órganos policiales determina que los resultados de estas operaciones vengan por lo general reflejados en el consabido atestado policial que ha de incorporarse al proceso y recibir en él el valor que las normas determinen; en particular, el art. 297 LECrim concede a éste el valor de denuncia y no, pues, valor probatorio alguno²⁵, excepción hecha de determinadas actuaciones –urgentes e irreproducibles *a posteriori*– que, si han sido rodeadas de las garantías precisas, adquieren desde el momento de su práctica valor de auténtica prueba, y entre ellas, es obvio que pueden hallarse los actos de constatación, recogida y aseguramiento del cuerpo del delito en los que se traduce la labor desarrolla en una operación de entrega o circulación vigilada. Así, actuaciones tales como la constatación del contenido ilícito del envío sujeto a vigilancia y, en los casos en que se procede a su sustitución, la ocupación y conservación del objeto o cuerpo del delito, resultan de imposible reproducción en la forma que exige su naturaleza e integran la categoría de pruebas preconstituida, de suerte que, de hallarse debidamente reflejados en el atestado, reciben el valor de declaración testifical necesitada, como regla, de posterior ratificación en la fase de juicio oral.

No se olvide, en cualquier caso, que determinados extremos del atestado, por contener datos objetivos y verificables, pueden ser introducidos en la fase de juicio oral como prueba documental al efecto de posibilitar en él su contradicción. Y especial mención merecen ciertas diligencias, de clara naturaleza pericial, cuales son los informes emitidos por Gabinetes especializados –adscritos a los Ministerios de Justicia y Sanidad– y, muy en particular, los que versan sobre sustancias intervenidas a los acusados de delito de tráfico de drogas –y relativos a la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia– siguiendo los protocolos científicos legalmente exigidos a los que inicialmente la Jurisprudencia, y más tarde la propia LECrim, ha otorgado valor de prueba.

En cualquier caso, debe quedar sentado que sólo la intervención del Juez de Instrucción, en particular y por lo que atañe a este estudio, en la operación inicial de apertura de un paquete o envío para corroborar la ilicitud de su contenido, permite la preconstitución de una prueba respecto de la comisión de un delito relacionado con la sustancia o producto hallado en su interior, bastando la lectura en el acto del juicio oral del documento que recoge el resultado de la diligencia para entender practicada prueba –entiéndase, sobre el

²⁴ Sobre el particular, vid. la STS 851/2010, de 7 de octubre (RJ 2010/7685), en la línea de lo declarado en la STC49/1998 y SsTEDH, de 21 de noviembre de 1986 (Caso Uterpenteing).

²⁵ El atestado, como acertadamente señala GIMENO SENDRA, no constituye un medio sino, en su caso, un objeto de prueba. Vid. “Derecho Procesal Penal”, op. cit., pág. 283.

hecho de la distribución o tráfico ilícito— suficiente para enervar la presunción de inocencia²⁶.

En síntesis puede, pues, afirmarse que toda información obtenida a partir de una legítima operación de circulación o entrega vigilada que resulte de relevancia a los fines de la investigación —lo cual, sucede si en su obtención y práctica han sido observados el conjunto de presupuestos y garantías que imponen respetar el principio de proporcionalidad y la propia norma procesal— es de utilidad en el proceso al efecto de fundamentar, inicialmente, la imputación delictiva y con posterioridad, una eventual sentencia condenatoria.

III. Conclusión

Configuradas como verdaderas empresas del crimen, las grandes organizaciones delictivas disponen y hacen uso de cuantiosos medios materiales y personales, lo que se traduce, de un lado, en un mayor potencial delictivo y de otro, en una mayor facilidad para lograr la impunidad de las infracciones criminales que comete. Y es cierto que, ante esta realidad, los Estados han de dotarse de instrumentos enérgicos y eficaces para combatir esta lacra social, pero, lo es aún más que tales armas han de ser respetuosas con todas las garantías propias de un proceso digno de un Estado de Derecho.

Evidenciado el fracaso de otras diligencias probatorias, la circulación o entrega vigilada de drogas u otros efectos se revela como una técnica eficaz para la persecución de la actividad delictiva propia de las organizaciones criminales, en el bien entendido de permitir la obtención de resultados útiles al proceso si, desde su acuerdo hasta su completa realización práctica, se rodea de las garantías precisas que evitan su conversión en un supuesto de “ilicitud probatoria” o, si se prefiere, si observa escrupulosamente —y las deficiencias que padece su regulación ayudan poco— el núcleo de garantías que representan los derechos fundamentales de la persona

Los aquí expuestos, junto a otros muchos —derivados, fundamentalmente, de la innegable afinidad existente entre esta diligencia y la intervención de las comunicaciones postales— son vacíos, deficiencias o interrogantes que plantea la regulación contenida en la aparentemente amplia o extensa regulación contenida en el art. 263 bis LECrim, que desde este foro se anima al legislador a solventar en una nueva norma, la norma llamada a regir un nuevo y —se confía en que— más eficaz modelo de proceso penal, que no descuide su condición de

²⁶ En otro caso, esto es, si la ilicitud de la sustancia o producto contenido en el envío es certificada por el órgano policial en el atestado, resultará precisa su comparecencia en el acto del juicio oral para ratificar o declarar acerca de lo conocido a partir de la actuación practicada. Vid. art. 297.2 LECrim Cfr. STS 1165/2009, de 24 de noviembre (RJ 2009/5849).

marco de garantías en el que, con exclusividad, puede tener lugar la realización de la Justicia Penal.