

EL “AGENTE ENCUBIERTO” Y LA “ENTREGA VIGILADA”

Ricardo Rodríguez Fernández

Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Sala Segunda

Criminalidad organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest. Almagro, mayo de 1999. Universidad de Castilla – La Mancha, 1999.

<http://www.cienciaspenales.net>

El “agente encubierto” y la “entrega vigilada”

(Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)

Ricardo Rodríguez Fernández
Letrado del Gabinete Técnico del
Tribunal Supremo. Sala Segunda

I. INTRODUCCIÓN

El tráfico de drogas está impulsado y controlado, como es sabido, por organizaciones que operan a escala internacional. Desde el momento de la recogida de la materia prima hasta la transformación en drogas dispuestas para el consumo y su transporte a los lugares y países donde existe una demanda consumista, se desarrolla un proceso que no se improvisa; del mismo modo que posteriormente el llamado “blanqueo” de las ingentes sumas de dinero que el tráfico de drogas genera requiere redes estructuradas para ello.

Son significativos en este sentido los carteles de Medellín o de Cali respecto del tráfico de cocaína que, radicados en Colombia, extienden sus tentáculos tanto en el nuevo como en el Viejo Continente (en España, aprovechando, principalmente, las vías abiertas por los contrabandistas de tabaco en las rías gallegas), el Clan HERRERA de Méjico o el de KHUN S.A., el “Rey del opio” y organizaciones que operan el “Triángulo dorado”, respecto de la heroína y opiáceos.

En la lucha contra la acción de estas organizaciones radica el gran desafío de la sociedad moderna contra el crimen organizado, y frente a las que han fracasado, hasta el momento, las acciones encaminadas a su extinción. Pero también, no es menos cierto, que todos los países intentan, con más o menos éxito, luchar contra tan denostado tráfico que tantos males causa y no sólo, aunque principalmente, en la juventud.

Diferentes son las vías legales utilizadas por la legislación de los diversos países para la lucha y represión del narcotráfico. En España, en concreto, se puede diferenciar entre medidas preventivas y represivas. Así, entre las primeras, las introducidas por la LO 5/1999, de 13 de enero, relativas a la figura del agente encubierto y la entrega vigilada de paquetes postales. Como medidas represivas, la agravación de la pena a los delincuentes pertenecientes a organizaciones que tuvieran esos fines ilícitos (art. 369.6° CP) y el decomiso del dinero y bienes procedentes de esta actividad (art. 301 CP y L 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y su Reglamento, aprobado por RD 925/1995, de 9 de junio).

II. EL AGENTE ENCUBIERTO (art. 282 bis LECr)

Finalidad de la LO 5/1999 de 13 de enero

La LO 5/1999 de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfec-

cionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, introduce en la LECr dos prácticas habituales, reconocidas por la jurisprudencia, en la lucha contra la actividad criminal, dándoles cobertura legal:

- La “entrega vigilada” (art. 263 bis), precepto introducido por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, pero que la LO 5/1999 modifica y amplía su contenido. Y

- El “agente encubierto” (art. 282 bis, éste sí de nueva regulación), que posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, que puede mantenerse en el eventual proceso judicial posterior. Se complementa así el régimen de protección que la LO 19/1992, de 23 de diciembre, otorgaba a peritos y testigos en causas criminales.

Introducción

En los últimos tiempos han adquirido notoriedad las figuras del “delito provocado” y del “agente provocador”. Tiene una sencilla explicación: se trata de conseguir, de forma segura y eficaz, desde el punto de vista policial, la provocación del delito para luego castigarlo. Se alega que la sociedad actual se encuentra acosada por ciertos hechos especialmente graves, tal es la delincuencia organizada (narcotráfico, terrorismo, “trata de blancas” y redes de prostitución infantil o juvenil, secuestros para obtener rescate, entre otros supuestos). Los métodos tradicionales de investigación no funcionan o, simple-

mente, las investigaciones policiales no conducen a resultado aceptable en la represión de estos delitos. Es más fácil introducir un agente (“agente provocador”) y provocar el delito: Así, organizar ficticiamente una operación de compra de sustancia estupefaciente, presentándose como comprador, es una manera realmente sencilla de poner al descubierto el delito y fundamentar sobre ello la condena; lo cual, sin embargo, no es aceptable desde la perspectiva constitucional.

En la práctica, es común la utilización de personas que, perteneciendo a los servicios policiales o en conexión con los mismos, intentan, ocultando tal condición, evidenciar la existencia de una actividad delictiva. Esta forma de actuar se generaliza con la aparición de estructuras criminales organizadas, de forma, a veces, extremadamente compleja, dotadas de medios humanos y materiales verdaderamente importantes, cerradas al exterior hasta el punto de extenderse en la sociedad la creencia de la inmunidad frente a los métodos tradicionales de investigación.

El problema fundamental es: ¿debe prevalecer el resultado—esto es, la desarticulación del entramado organizativo destinado al delito— sobre los principios básicos que informan nuestro Estado de derecho? Claro está que no. Ahora bien, con frecuencia, los servicios policiales acuden a un medio engañoso para provocar, al menos, el último acto de una serie delictiva.

Se pueden distinguir cuatro supuestos:

1. Particulares que actúan como “**confidentes**” de los funcionarios policiales o, incluso, propios agentes

policiales que están “infiltrados” y actúan en un determinado ambiente criminal (en lo que, comunmente, se denomina “bajos fondos”). Su función es la aportación de información que, posteriormente, es elaborada en otras instancias y sirve para mejorar el nivel de eficacia de la persecución de la criminalidad dentro del área en que trabajan. Práctica, a todas luces, perfectamente válida para la lucha contra el crimen y legítima desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

2. Diverso es el **delito provocado** en sentido estricto. Por tal “... se entiende aquél que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las fuerzas de seguridad que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido...”. Esta definición, proporcionada por la S 53/1997 de 21 ene., coincidente con las SS 881/1996 de 14 nov. y 13 feb. 1996, encuentra antecedentes en otras más antiguas, como las de 9 oct. 1987, 21 sep. 1991, 12 mar. 1992 o 18 may. 1993. Sería el supuesto en que “... se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador...” (S 53/1997 de 21 ene.), por lo que “... la decisión de actuar no es libre sino determinada por un factor externo desencadenante... (a saber, la instigación del provocador)... (cfr. SS 3 nov. 1993 y 20 ene. y 3 jul. 1995)...”

(S 1234/1995 de 30 dic.).

Consecuencia de este proceder es la nulidad absoluta de la prueba así obtenida y subsiguiente absolución de los implicados por falta de pruebas. La S 11 feb. 1991 lo deja muy claro: "... El problema de tratamiento jurídico penal que corresponda al delito provocado en general, y, en particular, a la provocación policial para la comisión de un delito, que tan poca atención ha merecido al Derecho positivo comparado, y que tan sólo se la dispensaron la Doctrina Científica y la Jurisprudencia, es, sin duda, un problema de política criminal que, como tal, se halla íntimamente enlazado o enraizado con el sistema político general imperante en cada país, por ello no puede recibir el mismo tratamiento en aquellos países en los que impera un régimen autoritario en los que en el campo del Derecho penal, prima el aspecto o la actividad represiva, so pretexto de la seguridad, que en aquellos países, como el nuestro, en los que se halla implantado un régimen o un Estado social y democrático de derecho, del que son ingredientes esenciales del sistema el principio de legalidad y la interdicción de la posible arbitrariedad de los poderes públicos, como expresamente se proclama en el art. 9 CE y en los que, como consecuencia, se elevan a principios constitucionales los de respeto a la dignidad de la persona y a su absolutamente libre y espontánea determinación, proscribiendo toda acción coactiva sobre la voluntad ajena, así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables aunque su finalidad fuere llegar a lograr la mayor efectividad en el cumpli-

miento de las leyes atinentes a la prevención y represión de la delincuencia, o sea, que la absoluta legalidad o licitud es exigible tanto para los fines como para los medios utilizados para lograrlos. (...) Por ello pues, al interpretar lo dispuesto en el art. 283 LECr, conforme al cual la Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación: practicar según sus atribuciones las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, no pueden entenderse comprendidos entre los medios de comprobación los constitucionalmente ilícitos o reprobables, como sin duda son los tendentes a la provocación del delito, sea cual fuere la ulterior finalidad perseguida o el momento del iter criminis en el que se produzca la provocación del ficticio o real delito...”.

Incluso, puede no resultar fácil eximir de responsabilidad al agente provocador (y, de hecho, no faltan especialistas que propugnan su castigo penal, con las atenuaciones que pudieran proceder atendiendo a los móviles que lo impulsaron), especialmente cuando instiga a la realización de un hecho hasta entonces no previsto por el sujeto provocado; de la misma manera, no resulta fácil evitar un movimiento de repugnancia ética frente a la utilización, en la lucha contra la criminalidad, de procedimientos que parecen poco compatibles con el ideal de juego limpio procesal, con el modelo de proceso debido, o “con todas las garantías”, objeto del derecho fundamental que consagra el art. 24.2 CE. En el fondo, late el principio de proscripción de la prueba

ilegítimamente obtenida, como instrumento de moralización del proceso penal.

En definitiva, según doctrina jurisprudencial reiterada de la Sala Segunda del TS, el delito provocado surgiría cuando el agente provocador induce a un tercero a realizar un delito que de otro modo no se habría realizado y su consecuencia sería la nulidad absoluta de la prueba así obtenida: “la prueba del delito obtenida mediante la inducción al hecho del autor por parte de agentes encubiertos de la Policía, invalida el proceso en el que los primeros han sido condenados de una manera insanable. Tal punto de vista se basa, como es fácil de comprender, en la total carencia de legitimidad de un proceso celebrado para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades que tienen la misión de perseguir y descubrir el delito. La jurisprudencia ha entendido que tales procesos vulneran los principios del debido proceso y son incompatibles con la idea central del Estado de derecho (art. 1 CE). Ello determina la caducidad de la pretensión de persecución del delito por parte del Estado...”. TS2.º S 14 jun. 1993.

En España, se ha impuesto la doctrina jurisprudencial que repudia el recurso a la provocación delictiva como medio de lucha contra la criminalidad, adoptando el punto de vista denominado “procesal” o, tal vez, más exactamente, “constitucional procesal”. Tal forma de proceder —esto es, la del agente que provoca el delito—, se entiende, lesiona los principios inspiradores del Estado democrático y de derecho y desde luego desconoce los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, contenidos en los

arts. 25 y 9.3, respectivamente, de la Constitución (Cfr. TS SS 13 feb. y 14 nov. 1996 y 21 ene. 1997). Por ello, se patrocina la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por medio o a través de un delito provocado, por su ataque inadmisibles a la dignidad personal y a la interdicción de toda arbitrariedad, por lo que la virtualidad probatoria de este método de investigación policial debe ser enérgicamente rechazada (Cfr. TS SS 3 nov. 1993 y 20 ene. 1995). En definitiva, no es aceptable en un Estado de derecho que las autoridades o sus agentes se dediquen a provocar acciones delictivas.

3. Existe un tercer supuesto, que se podría denominar "*provocación policial para descubrir delitos ya cometidos*". Es el supuesto del denominado "**agente provocador**". Por tal debe entenderse (TS2.ª S 53/1997, de 21 enero) "... la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tacto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas...". En tales supuestos no pueden entenderse que la actividad policial provoque el delito, sino que lo que hace es utilizar técnicas policiales conducentes al descubrimiento de los delitos ya cometidos.

En definitiva, en esos casos la intervención de un agente policial encubierto, la decisión de delinquir ya

existiría previamente en el tercero, por lo que la actuación policial, tan sólo persigue el descubrimiento del delito ya cometido previamente. Es decir, y con respecto al tráfico ilegal de drogas, el “agente provocador” no busca el provocar el delito contra la salud pública sino el de poner al descubierto los canales por los que venía fluyendo el tráfico ilegal de estupefacientes con anterioridad a la intervención del agente (vid., entre otras, TS2.º S 20 feb. 1991).

4. **“El agente encubierto”** . *Análisis del art. 282 bis LECr.*

Introducción

La figura del “agente encubierto” supone una evolución en la lucha contra la delincuencia organizada. Consiste en que un funcionario policial con identidad supuesta (de ahí su nombre: agente encubierto) se integre en la estructura de una organización que tenga fines delictivos para, desde dentro de la misma, obtener pruebas suficientes que permitan la condena penal de sus integrantes y, como fin último, la desarticulación de la organización criminal. Así, su acción escende la del “confidente” (que se limita, “desde fuera”, a recabar información) y de la del “agente provocador” (que intenta descubrir la realidad de la comisión de un delito y la obtención de pruebas de esa actividad), introduciéndose en una organización criminal, pudiendo actuar entonces tanto como “confidente” como “agente provocador”.

El Convenio de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 20 de diciembre de 1988, insta a las Partes firmantes del mismo —entre ellas España— a adoptar las medidas necesarias, incluidas las de orden legislativo y administrativo, que, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sean necesarias para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tenga una proyección internacional.

En cumplimiento de esta Convención, así como para dar habilitación legal a la figura del “*agente encubierto*”—que hasta ahora contaba sólo con un desarrollo jurisprudencial—, la LO 5/1999, de 14 de enero, introduce en la LECr un nuevo artículo, el 282 bis.

Los ejes básicos sobre los que giran esta LO son:

- Se posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, que pueden mantenerse en el eventual proceso judicial posterior. Se complementa así el régimen de protección de la LO 19/1992, de 23 de diciembre, otorgaba a peritos y testigos en causas criminales.

- Se delimita lo que debe entenderse por “delincuencia organizada” determinando las figuras delictivas que comprende (apartado 4 del precepto).

- Se faculta al agente encubierto la utilización de medios complementarios de investigación, siempre bajo estricto control judicial y fiscal.

A) Presupuestos básicos

1. La primera premisa es que debe de tratarse de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. El propio precepto señala, por primera vez en nuestra legislación, los requisitos necesarios para poder apreciar la existencia organizada. Estos requisitos son:

1.º La asociación de tres o más personas.

2.º Actividad permanente o reiterada.

3.º Realización de los delitos señalados taxativamente en el apartado 4 del precepto. Esto es, además de los delitos contra la salud pública (los previstos en los arts. 368 al 373 CP), los siguientes:

– delitos de secuestro bajo condición (arts. 164 al 166 CP);

– delitos relativos a la prostitución (arts. 187 al 189);

– delitos de robo con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas (art. 237);

– delitos de extorsión (art. 243);

– delitos de robo y hurto de uso de vehículos (art. 244);

– delitos de estafa (art. 248);

– delitos de receptación (art. 301);

– delitos contra la seguridad de los trabajadores (arts. 312 y 313);

– delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada (arts. 332 y 334);

- delitos de tráfico de material nuclear y radioactivo (art. 345);
 - delitos de falsificación de monedas (art. 386);
 - de los delitos de tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos las conductas que se regulan en los arts. 566 a 568;
 - todos los delitos de terrorismo (arts. 571 a 578);
- por último,
- los delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el art. 2.1e/ de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando (exportar fuera del territorio nacional bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la debida autorización de la Administración del Estado cuando éstaa fuere necesaria).

2. La segunda premisa es que ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

B) Autorización

La autorización debe concederla el Juez Instructor competente o el MF, dando en este caso cuenta inmediata al Juez (que podrá revocarla). Su concesión deberá realizarse en resolución fundada y guardando proporcionalidad con el fin perseguido y en ésta deberá constar el verdadero nombre del agente y la identidad supuesta, conservándose fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

Consistirá la resolución:

1.º Autorizar la actuación bajo identidad supuesta. En el caso de que se conceda, ésta será otor-

gada por el Ministro del Interior por un plazo de 6 meses prorrogables por periodos iguales. El agente cuya identidad se cambie actuará bajo ésta no sólo en aquello relacionado con la investigación concreta, sino también en el tráfico jurídico y social ajeno a la investigación.

En el plenario, cuando testifique el agente, se le podrá facultar para que pueda mantener su identidad supuesta, debiendo, en este caso, acordarse nuevamente en resolución fundada. Le serían de aplicación las medidas protectoras previstas en la LO 19/1994 de 23 de diciembre (de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales), consecuencia lógica para preservar la integridad física del infiltrado y de su familia. Estas medidas, pues, pueden consistir conforme a la citada LO, *in fine*:

- que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave;

- que cuando comparezcan en el plenario se utilice cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal (con la cabeza cubierta, disfrazados o poniendo un obstáculo que impida su visión);

- que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, que las hará llegar reservadamente a su destinatario;

- evitar que se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose-

se proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, de vídeo, gráfico o de cualquier otro tipo a quién contraviniera tal prohibición, que le será devuelto a su propietario cuando se compruebe que no existen vestigios de tomas en los que aparezcan las personas protegidas;

- protección policial antes, durante y posterior al juicio, así como un local reservado, debidamente custodiado, en las dependencias judiciales para su uso exclusivo en tanto dure su intervención;

- en casos extremos, podrá facilitarseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar de residencia o trabajo; y, por último, al no tratarse de “*numerus clausus*”,

- cualquier otra medida que el Tribunal considere procedente previa ponderación de los bienes jurídicos protegidos de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los citados agentes policiales.

2.º Podrá, por último, acordarse en la resolución el autorizar la adquisición y transporte de objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir su incautación.

C) Desarrollo

En el caso que durante la investigación fuera necesaria la violación de un derecho fundamental por parte del agente encubierto —piénsese, por ejemplo, en la entrada y registro en un domicilio o en una intervención telefónica—, deberá solicitarse la correspondiente autorización judicial del órgano competente, que podrá de-

negarla. Esta nueva resolución, como todas las que afectan a derechos fundamentales, deberá fundarse suficientemente (respetando los principios de necesidad y de proporcionalidad con el derecho vulnerado), cumpliéndose todos los requisitos legales y constitucionales; se guardará, como la anterior, fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

D) Responsabilidad penal del agente encubierto

Se distinguen dos supuestos:

1.º Como principio general, el agente policial estará exento de responsabilidad criminal por todas aquellas actuaciones que hubiera realizado como consecuencia directa y necesaria del desarrollo de su investigación.

2.º En el caso de que se hubiera excedido, no guardando en su actuación la debida proporcionalidad con el fin de la investigación o hubiera incurrido en provocación al delito (*vid comentarios ut supra*) podrá incurrir en responsabilidad.

Es criticable la redacción del precepto por cuanto no define la “*debida proporcionalidad*” necesaria para no incurrir en responsabilidad, quedando, pues, pendiente de valoración judicial en un momento ulterior.

Para exigir al agente encubierto responsabilidad criminal por los actos realizados durante la investigación establece la ley un requisito de procedibilidad: el Juez competente para conocer de ésta deberá requerir informe relativo a la actuación del agente encubierto del órgano que hubiera autorizado la actuación y la identidad supuesta; recibido el informe resolverá.

III. LA ENTREGA VIGILADA (art. 263 bis LECr)

Finalidad

El objeto del precepto es intentar paliar —rozando incluso los límites de la constitucionalidad, como se analizará— la insuficiencia demostrada de las técnicas de investigación sumarial tradicionales en la lucha contra la delincuencia organizada (fundamentalmente, pero no de manera exclusiva, en el ámbito del tráfico ilegal de sustancias estupefacientes) que, cada día más, actúa en los ámbitos transnacionales y con grandes medios conducentes a la perpetración de los delitos. Se trata de autorizar la circulación o la entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas así como de otras sustancias prohibidas dentro del territorio nacional.

Análisis del art. 263 bis LECr

- ***Autoridad competente para acordar la entrega vigilada***

Estas actuaciones podrán ser acordadas por el Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal o, lo que resulta extremadamente criticable, por los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial de ámbito provincial o sus mandos superiores. En el caso de que fuese acordada por funcionarios de la Policía Judicial, debe-

rán éstos dar cuenta inmediata a la “Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas” que, según el art. 14 bis del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (L 50/1981, de 30 de diciembre), tiene como función la de “... *intervenir directamente en los procesos penales por delitos relativos al tráfico ilegal de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas cometidas por bandas o grupos organizados...*” y “... *coordinar las actuaciones de las distintas Fiscalías en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas*”. Si existiere procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente.

Introduce la nueva LO 5/1999, de 14 de enero, dos importantes novedades:

– La primera, que deberá acordarse la medida, siempre, en resolución fundada, determinando, cuando fuere posible, el objeto de la autorización o entrega vigilada y el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. Se trata de una obligación derivada del derecho/deber de motivar las resoluciones judiciales (deber del órgano judicial; derecho del justiciable); es decir, del derecho de todo ciudadano de obtener de los Tribunales una resolución fundada en derecho como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. Y de una manera especial, por afectar a derechos fundamentales (el derecho al secreto de la correspondencia —art. 18.3 CE *in fine*—). Así lo ordena el TC en numerosas resoluciones. Entre otras,

“El deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos funda-

mentales es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada. Para ello, el órgano judicial, en la resolución que adopte, debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger. Si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados. La restricción del ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (Cfr. TC 1.ª S 52/1995 de 23 feb.)” (TC 2.ª S 156/1997 de 29 sep.).

“La motivación exigible a supuestos de resoluciones judiciales que afectan de algún modo —aunque no pueda conceptualmente admitirse que vulneren— el derecho fundamental a la libertad, debe ser particularmente rigurosa” (TC 1.ª S 88/1998 de 21 abr.).

– La segunda, en el caso de que la resolución fuere adoptada por el Juez instructor, deberá remitir copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual llevará un registro de las mismas (se supone que

con el objeto de tener el CGPJ una estadística nacional de las mismas).

- ***Sustancias, equipos y materiales que pueden ser objeto de la medida***

- Drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Se plantea el problema de determinar el objeto material del delito del tráfico de drogas (actualmente recogido en el art. 368 CP), de qué se entiende por “drogas tóxicas”, “estupefacientes” y “sustancias psicotrópicas”. Desde la perspectiva del principio de legalidad se plantean serios problemas. En efecto, debemos acudir a los Tratados y Convenios suscritos por España en esta materia que, conforme al art. 96.1 CE, son normas de derecho interno y, por tanto, las sustancias y productos enumerados en aquéllos que hacen referencia al tráfico ilegal de drogas y en los que España es parte, tienen carácter vinculante. El problema fundamental estriba en que en nuestro ordenamiento, además de los Convenios Internacionales, se han publicado una serie de disposiciones de distinto rango (Leyes, Reales Decretos y Órdenes Ministeriales), en aplicación de los correspondientes Convenios y completando sus respectivas listas anexas, planteándose la dudosa constitucionalidad de la actualización de las listas de sustancias prohibidas por medio de Órdenes Ministeriales.

La jurisprudencia del TS (vid., entre otras, SS 6 mar., 15 feb., 18 may. y 27 sep. 1995, y 12 ene. y 5 feb.

1996) considera como “drogas tóxicas”, “estupefacientes” y “sustancias psicotrópicas” tanto las sustancias incluidas directamente en las listas anexas de los correspondientes Tratados internacionales, como las posteriormente incorporadas a ellas en el ámbito interno en virtud de las correspondientes Órdenes Ministeriales, considerando que las actualizaciones realizadas por estas Órdenes Ministeriales no tienen otro alcance que el de simples indicaciones particularizadas del objeto material del correspondiente tipo penal.

Así, la TS2.^a S 12 ene. 1996 afirma que “el art. 1 Convenio de Viena 20 dic. 1988 (Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas) señala que ha de entenderse por sustancias psicotrópicas cualquier producto, natural o sintético, o cualquier materia natural que figure en las listas I, II, III o IV Convenio de Viena 21 feb. 1971 (sustancias psicotrópicas). Estas listas fueron recogidas en el Anexo I RD 2829/1977 de 6 oct. (fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos), que incluye, además, un Anexo II que hace relación a lo que denomina sustancias psicotrópicas no incluidas en las listas, que están exentas de prevenciones y disposiciones, salvo en cuanto a símbolos y receta; son nuevas sustancias que se reputan de control administrativo a los solos efectos de que simbólicamente sea posible su inmediata y fácil identificación. Precedentemente existían, respecto a los estupefacientes, las listas anexas del Convenio Único sobre estupefacientes de 30 mar. 1961, que a su vez dio

lugar a la L 17/1967 de 8 abr. (estupefacientes). Todas las disposiciones citadas se complementan entre sí y adquieren fuerza de ley en virtud del mandato contenido en el art. 96.1 CE. Ello sirve para, en la medida de lo posible, interpretar adecuadamente los arts. 344 y 344 bis a) CP [actuales arts. 368 y 369] cuando contemplan el ilícito penal desde la perspectiva de las drogas tóxicas como estupefacientes o como sustancias psicotrópicas (Cfr. TS 2.ª SS 12 feb. 1993 y 27 may. 1994). Lo esencial, a los efectos penales, es entender que en el ámbito farmacéutico cualquier especialidad que contenga en su composición un principio activo incluido como sustancia psicotrópica o como estupefaciente en las listas o en los Anexos antes mencionados, queda sometida a un régimen de control médico-farmacéutico riguroso que impide su disposición sin receta facultativa y, a la vez, conculca el CP cuando del tráfico ilegal contenido en el art. 344 se trata (Cfr. TS 2.ª S 14 jul. 1993).

Igualmente, *la TS 2.ª SS 11 sep. 1996* afirma que “el TS ha declarado, en interpretación estricta del art. 344 CP, que son estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV Convenio Único sobre estupefacientes de 30 mar. 1961 y las que adquieran tal condición en el ámbito internacional, más las que se declaren expresamente como tales dentro de España a tenor de los arts. 3 del citado Convenio y 2 L 17/1967 de 8 abr. (estupefacientes) (Cfr. TS SS 30 sep. 1981 y 22 mar. 1984); en este sentido, es de significar que el Convenio de Viena 21 feb. 1971 (sustancias psicotrópicas) prevé también, especialmente, la posibilidad de am-

pliación y de modificación de las listas anexas a dicho Convenio y que, con independencia de las normas prevenidas en el RD 2829/1977 de 6 oct. (fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos), por el M.º Sanidad y S.S. se han dictado, posteriormente, diversas órdenes ministeriales, por las que se incluye en la lista I anexo I RD 2829/1977 —entre otras sustancias— la “3-4-metilendioximetanfetamina (MDMA)”.

“La actualización —por medio de órdenes ministeriales— de las listas de las sustancias estupefacientes prohibidas puede plantear dudas sobre su constitucionalidad, pero no obstante ha de reconocerse que limitar la actualización de tales listas a las decisiones de los órganos internacionales competentes o a las leyes de los Parlamentos no parece, desde el punto de vista de la realidad de las cosas, el medio más idóneo para combatir eficazmente la lacra social del tráfico de drogas, dado que su gran variedad y enorme proliferación, consecuencia de la fértil inventiva del hombre, harían ineficaces, en buena medida, los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia, y, en definitiva, la represión penal de este tipo de conductas de alto riesgo y generalizada repulsa social. En todo caso, es posible interpretar la exigencia constitucional de la reserva de ley — arts. 53 y 81 CE—, en el sentido de que la misma se cumple adecuadamente por el propio art. 344 CP, por cuanto las actualizaciones cuestionadas no tienen otro alcance que el de simples indicaciones particularizadas del objeto material del correspondiente tipo penal. A es-

ta conclusión cabe llegar a la vista de la jurisprudencia que ha venido sancionando las conductas tipificadas en el art. 344 CP relativas tanto a las sustancias incluidas directamente en las listas anexas de los correspondientes tratados internacionales, como a las posteriormente incorporadas a ellas en el ámbito interno en virtud de las pertinentes órdenes ministeriales (Cfr. TS SS 15 feb., 6 mar., 18 may. y 27 sep. 1995 y 5 feb. 1996)” (TS 2.ª S 11 sep. 1996).

– Equipo, materiales y sustancias a las que se refiere el art. 371 CP.

Se refiere el precepto penal citado al “... *que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines...*”.

Sanciona el precepto lo que se denomina “tráfico de precursores”. Se trata de un precepto penal parcialmente en blanco con un elemento normativo que debe integrarse por remisión con la normativa internacional. Las sustancias sancionadas son ácido lisérgico, efedrina, ergometrina, 1-fenil-2-propanona, seudofedrina

(Cuadro I) y acetona, ácido antranílico, ácido fenilacético, anhídrido acético, éter etílico, pideridina (Cuadro II), así como las sales contenidas en ellas, cuando su existencia fuere posible.

Las combinaciones o alteraciones de estas sustancias —siendo la principal la metilendioxianfetaminas— originan las denominadas “drogas sintéticas”, tales como las denominadas “píldora del amor” (o MDA), “éxtasis” o “Adán” (MDMA) o “Eva” (MDEA), consumidas preferentemente en forma de pastillas. Todas ellas son consideradas jurisprudencialmente como “drogas que causan grave perjuicio a la salud”. Así, el “éxtasis” TS 2.ª SS 19 feb. 1997 TS SS 26 ene., 21 feb., 20 abr. y 19 oct. 1996, 19 y 21 feb., 18 mar., 1 jul. y 29 sep. 1997 y 11 mar. 1998; “Adán” o MDMA en SS 7 nov. 1991, 21 may. 1993 y 5 feb. 1996; “Eva” o MDEA en S 19 feb. 1997, por citar sólo las más recientes.

Debe subrayarse, dado que entre las sustancias anteriormente citadas se encuentran algunas de uso común (tal es la “acetona”), el elemento subjetivo (“a sabiendas”, según el tenor literal del precepto), del destino y uso que se va a dar a tales sustancias, lo que conllevará verdaderos problemas probatorios, debiendo acudir a la prueba de indicios o inferencia sobre el destino al tráfico de las citadas sustancias.

– Bienes y ganancias a los que se refiere el art. 301 CP.

Castiga este precepto al “... que adquiera, convierta o transmita bienes a sabiendas de que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro ac-

to de ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias de sus actos...”, así como “... 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 algunos de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos”.

Recoge el precepto las conductas constitutivas de lo que, comúnmente, se conoce como delito de “*blanqueo de dinero*” o “*blanqueo de capitales*”. Su objeto es la de adoptar las medidas apropiadas para prevenir y castigar todas aquellas conductas tendentes a cortar las fuentes de financiación de las organizaciones criminales, frecuentemente internacionales, así como evitar los movimientos de los capitales derivados de sus actividades ilícitas.

En el plano internacional, todos los Estados modernos así como las Organizaciones internacionales han dictado normas o recomendaciones a los Estados, según cada caso, al fin de prevenir este tipo de conductas (y no sólo con respecto al tráfico de drogas, sino también a otras diversas actividades delictivas organizadas a nivel internacional). Así, la Comunidad Económica Europea —CEE— (hoy Unión Europea —UE—) ordenó en la Directiva 91/308, de 10 de junio, del Consejo de las Comunidades Europeas, la adopción por todos los Estados miembros de medidas tendentes a perseguir los capitales que procedan de las actividades de estas organizaciones. Se dispone en tal Directiva que por bie-

nes debe entenderse “... *todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la propiedad de dichos activos o de un derecho sobre los mismos*”.

En cumplimiento de tal Directiva, España aprobó la L 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (desarrollada por su Reglamento, aprobado por RD 925/1995, de 9 de junio). Por la L 36/1995, de 11 de diciembre, se crea un fondo procedente de los bienes decomisados por delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados.

– Bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales recogidos en los arts. 332, 334, 386, 566, 568 y 569 CP.

Se refieren estos preceptos tanto proteger a especies vegetales (“... *especie o subespecie de flora amenazada* ...”—art. 332—) y animales (cazar o pescar especies amenazadas —art. 334—) como a la falsificación de moneda (art. 386) y el tráfico de armas internacional (fabricación, comercialización o establecimiento de armas o municiones no autorizado legalmente —art. 566—, su tenencia o depósito —art. 568—, bien sea en nombre propio o por cuenta de una asociación con propósito delictivo —art. 569—).

• **Concepto de “circulación o entrega vigilada”**

Viene determinado en el aptdo. 2 del precepto analizado. Se trata de permitir que las sustancias,

equipos y materiales que pueden ser objeto de esta medida, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas de “blanqueo de dinero” o “blanqueo de capitales” y del tráfico de drogas (arts. 368 a 373) circulen por el territorio español o salgan o entren en él sin ser interceptados por la autoridad competente o por funcionarios policiales, con el fin de descubrir e identificar a todas aquellas personas involucradas en este tipo de delitos. Se trata de conseguir pruebas para la condena de todos los partícipes y de desarticular, en fin, si la hubiere, la organización.

Igualmente, se comprende también la función de prestar auxilio a otras autoridades extranjeras con el mismo fin (piénsese, por ejemplo, en un paquete postal conteniendo cocaína, procedente de un país latinoamericano, circulando en tránsito por nuestro país, siendo su destino un tercer país de la Unión Europea).

• *Modo de proceder*

La práctica de estas medidas de entrega vigilada deberá acordarse caso por caso, teniendo en cuenta su necesidad y los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades ciertas de vigilancia, y dependerá de la autoridad que lo realice. Así, si es interceptado por funcionarios policiales, los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial —sean centrales o provinciales—, deberán comunicarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, y si hubiera

causa penal ya incoada, deberá comunicarse al Juez instructor competente.

La reforma del precepto introducida por la LO 5/1999, de 14 de enero, impone la obligación de someterse a las garantías judiciales en todo lo referente a la intervención, apertura de envíos postales y, en su caso, a la sustitución de la droga que estuviere en su interior. Se exceptúa de esta obligación de someterse a las garantías judiciales previstas en el ordenamiento jurídico la prevista en el art. 584 LECr: la citación del interesado o persona por él designada.

En el ámbito internacional, deberá someterse a lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España. Así, fundamentalmente, el art. 73 del Convenio de Sheguen, que obliga a los distintos Estados miembros a tomar las medidas necesarias que permitan las entregas vigiladas en los delitos de tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, reservándose cada Estado la dirección y control de las actuaciones dentro de su territorio, estando autorizado, en cualquier caso, a intervenir.

Crítica a la regulación legal

Es criticable la redacción del precepto: no por ser más extenso es más claro. El secreto de las comunicaciones, en especial las postales, está garantizado por la Constitución (art. 18.3), el cual, siguiendo el texto constitucional, sólo podrá ser vulnerado por resolución judicial.

Partiendo de esta premisa, no se entiende cómo puede encomendarse —o por lo menos, autorizar— a funcionarios policiales (sean Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial, sean sus mandos superiores) la entrega vigilada de drogas. En efecto, si los funcionarios policiales tienen conocimiento —o simples sospechas— de que un paquete pudiera contener tales sustancias, lo procedente sería comunicarlo a la autoridad judicial competente al efecto de que ésta ordene, considerando las circunstancias concretas concurrentes en el caso, que —eso sí— deberán ser explicitadas por aquellos funcionarios en la petición de la medida, la oportuna medida (sea la circulación en tránsito por nuestro país a un tercer país, sea la sustitución de la sustancia por otra inocua —con todos los requisitos legales a excepción de la citación del interesado arts. 584 en relación con el apartado 4 del artículo analizado—, sea la entrega vigilada y posterior detención del destinatario).

Igualmente, tampoco se entiende que los funcionarios policiales deban acordar la medida de circulación o entrega vigilada “por resolución fundada”, previamente a su realización y sin dar cuenta *a priori* a la autoridad judicial. Prevé el artículo, en este caso, que, una vez efectuada la medida darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado y si existiese procedimiento penal abierto, al Juez de Instrucción competente (apartado 2, último párrafo, *in fine*). ¿Qué sentido tiene la fundamentación de la resolución si se dará cuenta al Ministerio público o, en su caso, a la Autoridad judicial, una vez realizada la me-

da? Y si estuviere mal fundada, ¿qué consecuencias conllevaría? ¿Su nulidad?

Por último, a pesar de que la redacción de precepto es confusa, debe descartarse, de un modo tajante y absoluto, la posibilidad de sustitución de la droga que estuviese en el interior del paquete por parte de funcionarios policiales. Se trata de una materia que afecta a derechos constitucionales (el derecho al secreto de las comunicaciones), y su vulneración está reservada, únicamente, a resolución dictada al efecto por la autoridad judicial competente (art. 18.3 en relación con el art. 24, ambos de la Constitución). Su vulneración conllevaría las consecuencias más graves posibles: la nulidad radical del acto y, por tanto, de todas sus consecuencias jurídicas.

Así, es doctrina jurisprudencial que:

– Cuando lo violado es una norma constitucional, el acto es ilícito y esa ilicitud se transmite a todo el proceso determinando la inexistencia jurídica de todos los demás actos que de aquella original diligencia esencialmente viciada se deriven. Vid. *TC AA 11 Y 16 mar. 1991 Y TS 2.ª SS 14 ene., 18 mar. y 2 nov. 1993.*

– La imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida conculcando un derecho fundamental o una libertad fundamental, es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables, así como la nulidad radical de todo acto público o privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Secc. 1.ª Cap. II Tít. I CE, y de la necesidad de no con-

firmar las contravenciones de los mismos derechos fundamentales. Vid. *TC 1.ª S 127/1996 de 9 jul.*

– De las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE resulta una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de los derechos fundamentales. *TC 1.ª SS 85/1994 de 14 mar. y 127/1996 de 9 jul.*

De esta doctrina se exceptúa el caso de paquetes abiertos o provistos de “etiqueta verde”. En los arts. 30 y 31 D 1653/1964 de 14 may. (Reglamento de los Servicios de Correos) se reconocen ciertas facultades de intervención a los funcionarios de aduanas sin formalidades especiales sobre los objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde, siendo doctrina jurisprudencial reiterada que a los paquetes postales abiertos y los que ostentan “etiqueta verde” no les es aplicable la norma general, no siendo necesarios los requisitos formales para la interceptación o detención de la correspondencia (*Vid. TS 2.ª SS 22 feb. y 8 jul. 1994, 13 y 23 mar. 1995 y 881/1996, de 14 nov.*).

En síntesis, de la doctrina jurisprudencial reiterada de la Sala Segunda del TS se llega a las siguientes conclusiones:

1.ª El secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones postales, que consagra el art. 18.3 CE, debe hacerse extensivo a los paquetes postales, sean enviados a través de las oficinas de Correos o de empresas privadas que ofrezcan servicios análogos.

2.º No están amparados por este derecho fundamental —y, por tanto, excluidos del secreto— los paquetes previstos con etiqueta verde, los abiertos y aquéllos en que se hace constar en el exterior su contenido. En el mismo sentido, se equiparán las maletas y los bolsos de viaje.

3.º La apertura de paquetes exige autorización judicial, mediante un auto motivado, que debe ponderar la adopción de la medida en razón de la gravedad del delito perseguido (*criterios de necesidad y proporcionalidad*).

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, se trata la lucha contra la criminalidad organizada, y especialmente en el ámbito del tráfico ilegal de drogas, de una materia ardua y compleja. En este sentido, como se recoge en el *Informe general* preparatorio al XVI Congreso Internacional de la AIDP a celebrar en Budapest —5 al 11 de septiembre de 1999—, celebrado en Alejandría entre los días 8 y 12 de septiembre de 1997, los problemas que plantea la adopción de nuevas instituciones o medios legales para luchar contra el crimen organizado son la vaguedad, la excesiva amplitud y la sanción cumulativa.

Entiendo que, en la lucha contra la criminalidad organizada, tanto las medidas analizadas en este trabajo, como las demás existentes citadas —la agravación de la pena a los delincuentes pertenecientes a organiza-

ciones que tuvieran esos fines ilícitos, y el decomiso del dinero y bienes procedentes de esta actividad—, como cualesquiera nuevas instituciones o medios legales que se creen en el futuro para tan loable fin deben respetar los principios básicos del derecho penal tradicional, tanto sustantivo como procesal —fundamentalmente el de *nullum crimen, nulla poena sine previa penale et sine previo processo penale*— y, en definitiva, tener siempre presente la supremacía de los derechos y garantías individuales que consagran a nuestro país como un Estado social y democrático de derecho. Gracias.