

LA ENTREGA VIGILADA: ORIGENES Y DESARROLLOS

Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Catedrático de Derecho Penal
Vocal Superior Titular de Lima

LOS PROCEDIMIENTOS Y TECNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACION

Como se suele señalar en los tratados internacionales y en el derecho interno de los Estados, **la entrega vigilada**, **el agente encubierto** o **la vigilancia electrónica** son procedimientos de investigación e inteligencia que se utilizan para prevenir, detectar y controlar las actividades ilegales que desarrolla la criminalidad organizada. Pertenecen, pues, al genero de las **operaciones encubiertas o reservadas**.

Si bien estos **mecanismos de indagación e información** han sido aplicados históricamente de manera informal y frecuente por las agencias policiales, su legitimación formal recién comienza a promoverse a partir de la **Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas** del 20 de diciembre de 1988. Este instrumento internacional también conocido como la **Convención de Viena** desarrollaba en su artículo 11° los requisitos y controles que debían observarse para la aplicación del procedimiento de entrega vigilada. Al respecto se señalaba que *“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”*.

Dos años después, la **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional** de diciembre de 2000, identificó a estos procedimientos como **técnicas especiales de investigación** en el numeral 1 del artículo 20°. En dicho dispositivo la **Convención de Palermo**, como también se le conoce a este instrumento internacional, precisaba la

necesidad de que los Estados adopten tales procedimientos para enfrentar el crimen organizado: *“Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”*

El citado acuerdo internacional reconoce varias modalidades de operaciones encubiertas entre las que destacan las siguientes:

- a) **La entrega vigilada**
- b) **El uso de agentes encubiertos**
- c) **La vigilancia electrónica**

Sin embargo, la internacionalización eficiente de los procedimientos encubiertos no se agota sólo en posibilidades de armonización legislativa como demandan los instrumentos internacionales de la materia, sino que ella requiere también de una oportuna coordinación para la intervención oportuna y eficaz de los equipos nacionales o multinacionales que se vincules con sus acciones operativas. En ese sentido, pues, resulta indispensable la configuración de nuevos espacios de interacción más directos, dinámicos y discretos para la utilización de tales técnicas especiales de cooperación judicial internacional en materia penal.

Es positivo entonces que en coherencia con los convenios internacionales y los requerimientos señalados, en la actualidad el derecho interno de los Estados sea bastante receptivo a la regulación y aplicación adecuadas de los

procedimiento de entrega vigilada, agentes encubiertos o vigilancia electrónica. En coherencia con ello hoy podemos constatar que la gran mayoría de Estados americanos y europeos han introducido en su legislación normas al respecto. Sin embargo, como suele ocurrir, la técnica legislativa elegida no ha sido del todo uniforme. Es así que algunos países han incluido tales procedimientos. De investigación en leyes especiales contra el tráfico ilícito de drogas obviando su utilización para otros delitos. Ese ha sido el caso de la legislación argentina (Cfr. Ley 24.424 del 2 de enero de 1995, artículos 5° a 11°) y en un primer momento de la legislación peruana (Cfr. Decreto Legislativo 824 del 23 de abril de 1996, artículos 28° a 30°)

Otros Estados, en cambio, han preferido incorporarlos en los códigos procesales **como procedimientos especiales de investigación del crimen organizado**. Esta opción normativa, que otorga una mayor cobertura operativa, es la que ha asumido la legislación española desde 1999 (Cfr. Ley Orgánica 5/1999 del 13 de enero de 1999. Específicamente reformas a los artículos 263 bis y 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el Perú también se ha optado por esta tendencia al introducir tales técnicas de peyzuiza en el nuevo Código Procesal Penal de 2004 (Cfr. Artículos 340° y 341°).

Característica común de las operaciones encubiertas es su condición reservada y su actitud flexible frente a supuestos de evidente flagrancia delictiva. Esto último, sin embargo, es una necesidad y una justificada consecuencia de la finalidad informativa que persiguen estos procedimientos. En efecto, la utilidad del empleo de la entrega vigilada, de los agentes encubiertos o de la vigilancia electrónica radica **en proveer información sobre la ruta, procedencia y destino de las operaciones ilícitas de traslado o tránsito de especies prohibidas; así como de aquella que permitirá identificar la composición, estructura, recursos y actividades de las organizaciones criminales.**

De allí, pues, que para resumir los rasgos más esenciales que caracterizan en el presente a estos procedimientos encubiertos de investigación podríamos mencionar lo siguiente:

- a) **Requieren para su aplicación de una autorización expresa y que se decide caso por caso.**
- b) **La autorización debe ser otorgada de modo formal y por la autoridad competente.**
- c) **Debe asegurarse la necesidad de la medida y la eficacia de su supervisión por la autoridad.**
- d) **Tienen como finalidad la identificación o el descubrimiento de los autores y partícipes de delitos de criminalidad organizada y prestar auxilio, con igual finalidad, a las autoridades extranjeras competentes.**

Cabe anotar que los procedimientos especiales de pesquisa que hemos mencionado recibieron inicialmente agudas **críticas** sobre su carencia de ética procesal y legitimidad. En ese sentido se les ha cuestionado por recurrir a la práctica de actos basados en el engaño, la deslealtad y la traición; así como por implicar la participación deliberada y activa en la provocación o ejecución de conductas delictivas.

Sin embargo, tales cuestionamientos han cedido ante la experiencia nefasta de las acciones terroristas, la capacidad de infiltración de la corrupción, y las nuevas estructuras flexibles del crimen organizado. De allí, pues, que en el presente las exigencias de eficacia que demandan la detección y sanción de la delincuencia organizada han hecho compatibles y tolerables a estos procedimientos. Los cuales, sin embargo, deben ser regulados y supervisados judicialmente para evitar que colisionen con garantías fundamentales o se apliquen arbitrariamente. Como sostiene SHAW *“Las organizaciones criminales no dudarán en expandirse si el rendimiento es alto y los riesgos son mínimos, y ningún país tiene inmunidad contra el alcance de ellas. Es por esto, que el ordenamiento jurídico de cada país debería, tomando siempre en cuenta la protección de los derechos individuales, actuar para autorizar el uso de*

operaciones encubiertas y vigilancia electrónica, así como otras medidas necesarias, con el fin de mantener un estado de eficiencia contra el crimen organizado” (Cfr. James Shaw. Derecho Internacional Sobre el Uso de Operaciones Encubiertas y Vigilancia Electrónica en la Lucha Contra la Delincuencia Transnacional Organizada, en Uso de Agentes Encubiertos y Vigilancia Electrónica en la Lucha Contra el Crimen Organizado y la Corrupción. Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito-OPCION. Lima.2005, p.23).

CONCEPTO Y NATURALEZA

Se designa como **entrega vigilada a la técnica especial de investigación** que permite que una remesa de drogas, armas, insumos químicos o cualquier otra especie de procedencia o tráfico ilegal, y que se envía ocultamente, pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada por las autoridades competentes, a fin de individualizar a los remitentes, a los destinatarios, así como a los demás involucrados en dicha actividad ilícita.

El artículo 1º de la Convención de Viena que trata sobre **definiciones** aportó un primer concepto jurídico sobre esta medida, señalando que por *“entrega vigilada se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de 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 hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención”*.

Luego el literal *h* del artículo 2º de la Convención de Palermo desarrollo una definición similar pero más general y depurada. Dicha norma definía la

entrega vigilada como *“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 éstos”*

En la doctrina y en el derecho interno de los Estados las definiciones de entrega vigilada mantienen en lo esencial los contenidos y significados aportados por los convenios citados, introduciendo muy pocos elementos o características adicionales. Así, por ejemplo, CARLOS ENRIQUE EDWARDS introduce en su concepto ***el control jurisdiccional como elemento legitimador del procedimiento***. Al respecto el autor argentino sostiene que: *“La entrega vigilada puede ser definida como una técnica investigativa por la cual la autoridad judicial permite que un cargamento de estupefacientes, que se envía ocultamente a través de cualquier medio de transporte, pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada, a fin de individualizar al remitente, destinatario y demás partícipes de esta maniobra delictiva”* (Cfr. Carlos Enrique Edwards. El Arrepentido, el Agente Encubierto y La Entrega Vigilada. Ad-Hoc. Buenos Aires.1996, p.107). Sin embargo, en esquemas procesales que adoptan un patrón acusatorio o adversarial tal requisito conceptual resultaría incompatible con actividades de investigación preliminar como las que se ejecutan en la entrega vigilada. Es por ello que en el artículo 243º del Código de Procedimiento Penal colombiano de 2004 la realización del procedimiento está en el ámbito de competencia de los fiscales. En esta disposición se da también una definición en los siguientes términos: *“se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados”*

DENOMINACIONES

El procedimiento de **entrega vigilada** ha recibido otras denominaciones en el derecho extranjero. Es así que algunos sistemas jurídicos aluden a él como **remesa controlada, entrega controlada o circulación y entrega vigiladas**. Sin embargo, estas expresiones no siempre constituyen sinónimos, ya que en la operativa policial como en la legislación interna de los Estados se suele designar con ellas a procedimientos distintos o derivados de la entrega vigilada original de la Convención de Viena.

El caso más notorio de esta pluralidad y confusión terminológica se detecta en el Perú. En efecto, en la legislación nacional se han usado las tres denominaciones aludidas como equivalentes semánticas. Por ejemplo, el artículo 29º, literal a del Decreto Legislativo 824 de 1996 se refería al procedimiento como **“remesa controlada”**.

Por su parte en el Código Procesal de 2004 en su artículo 341º se utiliza la expresión **“circulación y entrega vigilada”**. Esta denominación es la utilizada en la legislación española al parecer fuente directa del texto peruano.

Cabe anotar que ambos dispositivos difieren en su descripción ejecutiva del procedimiento y sus etapas operativas. **En el caso de la primera** se exige la participación de un agente encubierto que custodia y controla el transporte de drogas: **“ procedimiento especial, debidamente planificado por la autoridad policial y autorizado con la reserva del caso por el Ministerio Público, mediante el cual, en forma encubierta se efectúa la custodia y control de un transporte de drogas verificado o presunto...”**. En la segunda, en cambio, sólo se recurre a la vigilancia por las autoridades de la circulación o salida de las remesas ilícitas

Finalmente la nueva legislación procesal peruana en el artículo 550º retorna a la denominación original de los tratados internacionales de **“entrega vigilada”**. Sin embargo, el artículo 553º permite inferir la identidad de ambas nomenclaturas. Según dicha disposición: **“La Fiscalía que investiga un delito**

previsto en el artículo 340º, previa coordinación con la Fiscalía de la Nación, podrá autorizar se solicite a la autoridad competente la utilización de la entrega vigilada”

Como se adelantó, en la legislación española se denomina a la medida que comentamos ***circulación o entrega vigilada***. El numeral 2 del artículo 263º bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a este procedimiento en siguientes términos: *”Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los arts. 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos fines”* . Para los comentaristas policiales de esta disposición la asimilación de este procedimiento con el de remesa controlada, al que denominan también ***entrega vigilada positiva***, no resulta compatible pues la legislación ibérica sólo alude a los casos donde la especie o sustancia es remitida por una persona ajena a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que deben limitarse a permitir y vigilar su circulación (Cfr. Joaquín Serranos Serranos .La entrega vigilada de droga, en Revista Electrónica de la Guardia Civil de España: <http://www.guardiacivil.org.revista/result.jsp>).

Ahora bien, en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación comparada se han marcado diferencias conceptuales y operativas entre entrega vigilada y remesa controlada que debemos precisar.

En ese sentido, por ejemplo, los expertos establecen 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” (Cfr. Carlos Enrique Edwards. El Arrepentido, El Agente Encubierto y La Entrega Vigilada. AD – HOC Buenos Aires. 1996. Pág. 109).

Esta posición de la bibliografía especializada fue también asumida por la jurisprudencia chilena. En ese sentido en un primer momento los Tribunales de fallo chilenos objetaron la calidad de entrega vigilada de aquellos procedimientos donde la sustancia ilícita no había sido trasladada por el imputado sino por una agente policial: *“Que, no obstante, este tribunal concuerda con la posición de la defensa en cuanto a que en la especie no se ha dado la figura de la entrega vigilada contemplada en el artículo 29 de la Ley N° 19366, toda vez que el ingreso de la droga al país no se hizo por los acusados, sino por la Policía de Investigaciones, al igual que su traslado dentro del país, en circunstancias que conforme al tenor de dicha disposición tales actuaciones deben ser realizadas por el imputado. En efecto, al señalar tal disposición que tales actos deben ser realizados bajo la vigilancia de la autoridad correspondiente, ello obsta a que sea ésta quien realice los actos propios de la entrega vigilada”*(Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Arica del 1° de octubre de 2003, recaída en la causa Ruc. N° 0300013601-7 seguida contra Roberto Segundo Aranda Morales).

Sin embargo la instancia de apelación cuestionó dicho planteamiento inicial y sostuvo la legitimidad de la intervención activa en el operativo de un agente encubierto: *“La entrega vigilada entendida a la luz del artículo 29 de la Ley N°19.366, no constituye otra cosa que una diligencia de investigación que tiene por objeto lo ya indicado y dado que el legislador no regula la forma material, ni la persona que debe ejecutarla físicamente, ya sea el delincuente o el agente encubierto, es dable concluir, al tenor de la norma referida, que es atribución exclusiva del Ministerio Público adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies objeto del delito, coordinar y ordenar quien y como debe hacerse esta entrega para lograr el éxito de la investigación, resguardando la seguridad de los partícipes y con criterio de objetividad. Que por lo razonado, el hecho que la droga haya sido transportada por la autoridad pública y no por el sentenciado, no le resta eficacia a la diligencia, en atención a que así se evita*

el rompimiento de la cadena de custodia y que se está actuando en cumplimiento de las órdenes de la autoridad” (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica del 12 de enero de 2004 que rechaza el recurso de nulidad en la causa Ruc. N° 0300013601-7 seguida contra Roberto Segundo Aranda Morales).

Como sostiene ALMAZAN SEPULVEDA la controversia jurisprudencial fue superada por la inclusión expresa de la entrega controlada mediante la modificación ocurrida con la Ley N° 20.000 del 16 de febrero de 2005 (Cfr. Francisco Almazán Sepúlveda . Entrega Vigilada o Controlada: Herramienta Eficaz para Desarticular el Crimen Organizado. Ponencia al Taller Internacional Entregas (Remesas) Vigiladas: Herramienta Eficaz contra el Crimen Organizado. Naciones Unidas-Oficina Contra la Droga y el Delito. Lima. Agosto de 2005, p.2 y ss).

La distinción planteada adquiere particular relevancia para aquellas legislaciones nacionales que como la de Venezuela establecen que sólo está permitida la entrega vigilada, pero no la entrega controlada(Cfr. 74° de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas). Las diferencias, pues, en la configuración legal de la técnica de investigación que analizamos podrían afectar la realización de actividades combinadas entre Estados que asuman sólo una de las dos variantes aludidas. Somos de opinión que de presentarse tal situación la cooperación internacional debe prevalecer sobre la base de los tratados internacionales suscritos por ambos países en un contexto multilateral como el generado por los Convenios de Viena o de Palermo. Es de recordar que estos instrumentos ofrecen fórmulas de entrega vigilada bastante flexibles y que pueden compatibilizar con la regulaciones internas de una u otra modalidad.

CLASES

A diferencia de los procedimientos tradicionales de cooperación judicial internacional en materia penal que desarrollan sus clasificaciones **en función**

al rol activo o pasivo que le toca cumplir a los Estados involucrados en un requerimiento de colaboración, la naturaleza reservada de las operaciones encubiertas y de la entrega vigilada determinan que se adopten otros criterios de clasificación. Efectivamente, para ello los especialistas toman en cuenta indicadores operativos como la modalidad de la circulación de las especies vigiladas; y, también, de carácter estratégico como el origen de la información y de la decisión de aplicar el procedimiento especial de la entrega vigilada. A partir, pues, de estos criterios encontramos ***tres clases de entregas vigiladas*** y que son las siguientes:

1. Entrega vigilada con sustitución o limpia.

2. Entrega vigilada interna o de destino

3. Entrega vigilada externa o de origen y tránsito

Veamos a continuación en que consiste cada una de estas clases de entrega vigilada.

La entrega vigilada con sustitución o limpia. En la legislación chilena constituye una modalidad de entrega controlada a la que se le ***denomina entrega sustitutiva*** (Cfr. Francisco Almazán Sepúlveda. Ob. cit., p.5).

Es aquella donde las especies o bienes ilícitos originales que deben circular son sustituidos total o parcialmente por objetos o sustancias similares pero inocuos y lícitos. Como señala HOLGEASESOR en estos casos: *“El contenedor con contenido de sustitución se entrega al destinatario normalmente y se siguen en consecuencia los procedimientos legales”*. Sostiene dicho autor que la mejor oportunidad para aplicar esta clase de entrega vigilada se da cuando el envío de las especies vigiladas se hace a través del servicio postal o de fletes. En el operativo *“el objetivo ha de ser retirar las drogas y sustituirlas por una sustancia inofensiva, pero devolviendo al envío su apariencia original exacta”* (Cfr. Dr. Kristian Holgeasesor. La Fiscalización Internacional de Drogas y la Técnica de la Entrega Vigilada. VII

Simposio Internacional de Criminalística. Policía Nacional de Colombia Versión electrónica en [www. Policía.gov.co](http://www.Policia.gov.co). Separata ,p.2 y ss).

La entrega vigilada Interna o de destino. Tiene lugar cuando la información sobre la remisión de especies ilícitas es obtenida por las autoridades del Estado de destino de las mismas. En tal situación el requerimiento para activar el procedimiento de la entrega vigilada se plantea a los Estados de origen o de tránsito de la remisión por aquél con el *“fin de asegurar un paso sin problemas del envío o de los correos en su caso”* (Cfr. Ídem. p. 2).

La entrega vigilada externa o de origen y tránsito. Se produce en los casos en que la información sobre la remisión y circulación de las especies ilícitas es recepcionada o producida por las autoridades del Estado en donde se origina el envío o por las autoridades de cualquier otro Estado por donde la remesa ilegal debe transitar hacia su lugar de destino. Corresponderá a tal estado de origen o de tránsito la decisión y coordinación de la operación de entrega vigilada con los demás Estados que resulten involucrados con la circulación y destino de las especies controladas. En ese contexto se debe llegar *“a un acuerdo entre los países participantes a fin de permitir la entrega del envío, y en su caso, el paso de los correos entre el país de origen, el país de destino y el país de tránsito”* (Idem. p. 2).

Algunos autores toman en cuenta otros indicadores como la naturaleza nacional o internacional de la circulación o entrega de las especies ilícitas. Partiendo de ese criterio morfológico ALMAZAN SEPULVEDA menciona la existencia de cuatro tipos de entrega vigilada: ***De tránsito internacional controlado; exportación controlada; importación controlada y tránsito nacional controlado***(Cfr.Francisco Almazán Sepúlveda. Ob. cit., p.4).

REQUISITOS

Los tratados internacionales no han hecho mayores especificaciones acerca de los presupuestos y requisitos que deben cumplirse para la habilitación de un procedimiento especial de entrega vigilada por lo que han dejado a los Estados

la facultad de legislar internamente sobre estos aspectos. En ese sentido, una revisión general de los textos normativos de la materia en los países que han legislado sobre entregas vigiladas, permite reconocer que las exigencias legales para la procedencia de dicha técnica especial de investigación toman en cuenta factores de legitimidad, oportunidad, seguridad y eficacia. Sintetizando los requisitos generalmente exigidos podemos mencionar los siguientes:

- **Detección, investigación o información confiable sobre envío o circulación en tránsito de sustancias o bienes ilícitos.**
- **Solicitud detallada y razonada sobre la necesidad y posibilidad potencial de la medida.** Generalmente en el derecho extranjero se designa como ente solicitante a la agencia policial. Sin embargo en algunos países como Bolivia solamente el **Ministerio Público**, como órgano encargado de la investigación del delito y titular de la acción penal, posee la facultad de requerir la autorización judicial para aplicar un procedimiento de entrega vigilada (Cfr. Artículo 283° del Código de Procedimiento Penal).
- **Finalidad de inteligencia relativa a la identificación de autores o partícipes del delito y decomiso final de las especies vigiladas.**
- **Autorización formal de la Autoridad competente en atención a la urgencia y utilidad del procedimiento en función a las características particulares del caso.** La legislación interna de los Estados delega la facultad de autorizar la entrega vigilada a la Autoridad Judicial o a la Autoridad Fiscal según se encargue a una u otra la investigación procesal de los delitos (Cfr. Artículo 243° del Código de Procedimiento Penal). Sin embargo, algunas legislaciones nacionales como la española permiten también que la autorización sea concedida por los Jefes de Unidades de la Policía Judicial (Cfr. Artículo 263° bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ahora bien, en algunos sistemas jurídicos se establece un plazo límite de autorización del procedimiento,

el cual está en función al logro de los objetivos de la operación. En la legislación peruana derivada del Decreto Legislativo 824, se precisaba que correspondía al Fiscal **hacer cesar el procedimiento cuando se hayan alcanzado los objetivos propuestos**. Cabe anotar que solamente en el derecho venezolano constituye delito específico reprimido con pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años, el realizar una entrega vigilada sin contar con la autorización previa de la autoridad competente(Cfr. 74º de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas).

- **Planeamiento táctico de la operación y designación de los agentes de vigilancia.**
- **Coordinaciones con Autoridades Extranjeras del país de origen, transito o destino de las especies vigilada.**

OPORTUNIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y CONTENIDO DE LA SOLICITUD

Tanto para los tratados internacionales como para el derecho interno de los países la entrega vigilada debe tener lugar en la etapa de la **investigación preliminar**. Por lo general este procedimiento se aplica durante la etapa pre-jurisdiccional y con anterioridad a la formulación de la denuncia fiscal.

No obstante, en el caso del Perú el Decreto Legislativo 824 posibilitaba también que el procedimiento especial de la **remesa controlada** se realizara incluso luego de iniciado el proceso penal. Pero esta posibilidad sólo subsistía en la etapa de la instrucción o sumario, ya que por su carácter reservado y no contradictorio la entrega vigilada o la remesa controlada sólo podían constituir **actos de investigación**. Es más, el propio Decreto Legislativo 824 expresamente regulaba que el representante del Ministerio Público debía autorizar la entrega vigilada *“con el propósito de permitir la obtención de pruebas necesarias para posibilitar la acusación penal”*. De esta manera, pues,

la ley peruana acertadamente excluía toda opción de remesa controlada durante la etapa del juzgamiento.

Ahora bien qué es lo que debe contener una solicitud de **entrega vigilada internacional**. Al respecto resulta pertinente citar las recomendaciones que sobre el particular contiene el **Manual de la Unión Europea sobre Entregas Vigiladas**. Este documento elaborado por la EUROPOL y aprobado por todos los Estados Miembros de la Unión, señala que la **unidad solicitante** debe proporcionar a las autoridades competentes del país de destino o tránsito información adecuada y suficiente sobre los siguientes aspectos:

- 1. Razón de la operación.**
- 2. Información factual que justifique la operación.**
- 3. Tipo y cantidad de drogas u otras mercancías.**
- 4. Puntos de entrada y de salida de las especies previstos en el Estado al que se dirige la solicitud, cuando ello sea posible.**
- 5. Medios de transporte e itinerarios previstos.**
- 6. Identidad de los sospechosos (Nombre, fecha de nacimiento, domicilio, nacionalidad, 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, de aduanas o de otros servicios encargados de la ejecución de las leyes que apoyan la operación.**

10. Detalles sobre técnicas especiales propuestas (Agentes encubiertos, dispositivos de seguimiento, etc.).

Según los expertos el mayor detalle sobre la operación y sus componentes esenciales es un factor relevante para el control adecuado de las remesas en tránsito, lo que, además, permite organizar medidas de urgencia en caso de producirse contingencias negativas que pudieran afectar los fines del procedimiento: *"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"* (Circulación o Entrega Vigilada. Tomado de <http://www.cartujo.org.curso/PJ/18.htm>.p.2)

ALGUNOS PROBLEMAS OPERATIVOS DE LA ENTREGA VIGILADA

Luego de más de quince años de aplicación formal de la entrega vigilada, la experiencia práctica obtenida en el uso de este procedimiento especial ha permitido detectar problemas operativos que afectan la eficacia y oportunidad de su ejecución.

Algunas de estas deficiencias encuentran su origen en la falta de normas suficientemente flexibles para compatibilizar el carácter reservado del procedimiento con los intereses y la seguridad jurídica de terceros ajenos a la operación pero que son afectados o deben cooperar con su realización.

El caso más representativo de tales dificultades es el que corresponde a la negativa de colaboración con las agencias policiales o fiscales que expresan las compañías aéreas y su tripulación cuando son requeridas para el desplazamiento físico de las especies sujetas a una entrega vigilada, sobretodo

cuando se trata de drogas. Efectivamente, no han sido pocas las ocasiones en que el operativo se ha visto frustrado por el rechazo de las aerolíneas o de sus pilotos a transportar en sus bodegas y aviones las remesas delictivas. Al respecto éstos últimos suelen justificar su actitud en la falta de formalidad del pedido y en la ausencia de cobertura legal que aísle a pilotos o aeronaves de posibles responsabilidades posteriores. Sobre el particular es importante lo sostenido por GONZALES ROMANO: *“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 ni distinta, ni arbitraria y menos, desinformada o, sencillamente, pueda 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”*** (Cfr.José Fernando Gonzáles Romano. Entrega Controlada de Droga: Sí, pero con cobertura legal. Boletín COPAC. Enero-Febrero 2004, p.45).

En otros supuestos la falta de coordinación o la desconfianza entre agencias concurrentes en el procedimiento ha afectado también el logro de los objetivos del operativo. Ha sido igualmente frecuente que la falta de inteligencia entre la policía y los funcionarios de aduana haya generado que los segundos hagan una interceptación temprana de los envíos ilícitos haciendo abortar su tránsito vigilado. En otros casos las demoras en la expedición de las resoluciones de autorización o de la provisión del financiamiento requerido han perjudicado la oportunidad y utilidad del procedimiento. Sobre estas dificultades señala MONGE PRADO: *“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 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”*

(Cfr. José Bernardo Monge Prado. Las entregas Controladas 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)

Ahora bien, las deficiencias anotadas son en gran medida superables mediante reformas legales puntuales que regulen causales específicas de atipicidad (actuar por disposición de la autoridad) o que reduzcan los pasos formales para la autorización de las solicitudes. En el plano organizacional no cabe duda que la exigencia de enlaces idóneos de coordinación debe ser la prioridad a la vez que deben unificarse los formatos de solicitud de entregas vigiladas internacionales. De otro lado, la capacitación de los terceros que resulten involucrados en la ejecución del procedimiento (aerolíneas, empresas de transporte, servicio postal) debe ser también una praxis útil para un mejor entendimiento del operativo y de su legitimidad. Según el autor antes citado (Ídem.5) la optimización de la ejecución de procedimientos de entrega vigilada puede generarse en función a las siguientes acciones:

- **Una mayor implicación de los poderes públicos (órganos judiciales).**
- **Potenciar los grupos de información, análisis e investigación en los principales aeropuertos.**
- **Incrementar el intercambio de información entre los Cuerpos Policiales.**
- **Armonización y homologación de los criterios jurídicos.**
- **Aumentar la cooperación con las líneas aéreas y de mensajería.**

- **Agilizar y unificar los criterios de las solicitudes.**

LA ENTREGA VIGILADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

A diferencia de lo regulado en el Decreto Legislativo N° 824 y en su Reglamento, el legislador en el Código Procesal de 2004 no contempla el caso de la **remesa controlada**. De esta manera se ciñe a las especificaciones y nomenclatura de los convenios internacionales como el de Viena (1988) y el de Palermo(2000).

Como se ha mencionado anteriormente, el nuevo Código Procesal Penal peruano regula sobre la entrega vigilada en dos ocasiones y con dos denominaciones diferentes.

En primer lugar, el Código de 2004 se ocupa de ella en el **Título IV del Libro Tercero** al tratar de los **“Actos Especiales de Investigación”**. En estas normas que corresponden al articulado sobre el Proceso Común se identifica al procedimiento que venimos analizando como de **circulación y entrega vigilada de bienes delictivos**. La influencia en la regulación nacional del artículo 263° bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española es muy notoria.

El **artículo 340°** que alude a la entrega vigilada, regula la facultad del Fiscal Provincial para autorizar a través de una **Disposición** detallada la circulación o entrega vigilada de bienes de naturaleza u origen delictivos. Al respecto dicha norma precisa que el Fiscal del caso debe hacer mención explícita sobre *“el objeto de autorización o entrega vigilada, así como las características del bien delictivo de que se trate”*

El legislador exige que *“el recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso”*. En tal sentido, pues, el procedimiento será evaluado y decidido luego de una adecuada ponderación de su utilidad para los fines de la investigación, así como del nivel de relevancia e importancia cualitativa o cuantitativa del delito investigado. La norma nacional dispone igualmente que se examinen las

posibilidades materiales de la vigilancia para evitar la pérdida de las especies ilícitas o cualquier otra contingencia negativa para el éxito del operativo.

En un plano administrativo y para un adecuado control de estos procedimientos, el artículo que comentamos establece que una copia de la Disposición fiscal que autoriza la aplicación de la circulación y entrega de bienes delictivos se deberá enviar a la Fiscalía de la Nación, la cual será consignada en un registro especial y de acceso reservado.

Siguiendo su fuente española la disposición peruana permite también la **interceptación y apertura de los envíos postales** que resulten sospechosos. Asimismo, **autoriza la sustitución de sus contenidos delictivos** por especies inocuas para su posterior entrega vigilada. Para ambos casos se exige la observancia de las normas especiales sobre interceptación e incautación postal (Cfr. Artículos 226° a 229°). Al respecto es importante tener en cuenta los desarrollos producidos en la jurisprudencia española. Por ejemplo, la posible exclusión de los procedimientos especiales de apertura para el caso de paquetes postales con contenido declarado y sujetos a control aduanero. En estos casos, según señala GRANADOS PEREZ, el Tribunal Supremo español ha sostenido que del “*concepto de correspondencia postal deben ser excluidos los paquetes cursados bajo la modalidad de **etiqueta verde** en cuya envoltura exterior se hace constar su contenido, pues ello implica, por parte del remitente, la aceptación de la posibilidad de que sea abierto el paquete para el control de lo que efectivamente el mismo contiene. Como ésta fue precisamente la forma elegida en el caso que da origen a este recurso, en el que el producto estupefaciente intervenido llegó a territorio nacional, descrito como cargador de luz para fotografía, en un paquete postal en que figuraba la **etiqueta verde de Declaración de Aduana C2/CP3**, es claro que se trataba de un paquete cuya remitente había renunciado al derecho que pudiera tener el secreto de su contenido. No se vulneró, en consecuencia, el derecho al secreto de las comunicaciones al abrirse el paquete de referencia sin previa autorización judicial, lo que conlleva la validez de dicha diligencia y, en principio, la de todas las que de ella traen causa*” (Cfr. Carlos Granados Pérez. Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado: Agente

encubierto. Entrega Vigilada.El Arrepentido.Protección de Testigos.Posición de la Jurisprudencia, en La Criminalidad Organizada.Aspectos Sustantivos, Procésales y Orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial Consejo General del Poder Judicial.Madrid. 2001, p.83 y ss.).

El código en el artículo 340º en su inciso 4 también incorpora un listado cerrado de las especies que son susceptibles de circulación y entrega vigilada, señalando a las siguientes :

a) Drogas.

b) Materia prima o Insumos para la elaboración de drogas.

c) Activos derivados de operaciones de lavado.

d) Mercancías objeto de delitos aduaneros.

e) Armas y municiones.

f) Bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación.

g) Especies de flora y fauna protegidas.

h) Moneda falsa e insumos para fabricarla.

Ahora bien, la nueva legislación procesal vuelve a referirse a la **entrega vigilada**, usando tal denominación, en la **Sección VI del Libro Séptimo**. Estas disposiciones aluden a la **entrega vigilada internacional**, es decir, a aquella que

se aplicará en cooperación activa o pasiva con autoridades extranjeras. Como ocurre con otros procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal, el marco regulador básico para estos casos lo establecen los Tratados Internacionales de la materia, de allí que las normas de Código Procesal Penal sólo cumplen un rol complementario o subsidiario de aquéllas.

La entrega vigilada internacional se encuentra regulada por los **artículos 550° a 553°**. En este articulado el texto legal alude a procedimientos de entrega vigilada que se originan en requerimientos que son formulados por autoridades extranjeras.; así como necesidades de investigación que puedan demandar los fiscales nacionales.

Para el primer caso el **artículo 550°** dispone que la Fiscalía Provincial competente, previa coordinación con la Fiscalía de la Nación, podrá autorizar la aplicación de la entrega vigilada que sea requerida por una autoridad extranjera. Como requisito esencia se exige que la solicitud sea expresa y razonada. Asimismo que la operación tenga por finalidad identificar descubrir a las personas implicadas en el envío y traslado de las remesas ilícitas. En esta **entrega vigilada pasiva** el Perú puede ser el país de envío, de tránsito o de destino . La Disposición fiscal que autorice el procedimiento tendrá carácter reservado y se comunicara a la autoridad central extranjera solicitante o en casos de urgencia a la autoridad extranjera competente para la vigilancia del operativo.

El legislador nacional establece además que, según el caso, la Disposición fiscal debe decidir medidas de seguridad. En tal sentido en ella se precisará si las remesas ilícitas serán interceptadas o si podrán desplazarse con su contenido intacto; o si este será sustituido total o parcialmente mientras se desarrolle su tránsito por el territorio nacional. Al respecto la norma otorga al Fiscal Provincial la competencia para conducir todo el desarrollo del procedimiento y de sus operaciones policiales.

El artículo 551° ratifica la exigencia ya contenida en el inciso 2 del artículo 340°, relativa a que la Disposición fiscal de autorización se adopte caso por caso. De otro lado dicho numeral regula que los gastos que demande la ejecución del procedimiento de entrega vigilada en territorio nacional serán asumidos por el Ministerio Público. No obstante, la Fiscalía de la Nación podría acordar variantes con las autoridades extranjeras involucradas en función de las necesidades operativas o logísticas especiales que demande el operativo.

Las competencias y funciones específicas de la Fiscalía de la Nación en los procedimientos de entrega vigilada internacional son definidas por el **artículo 552°**. A ella corresponde el rol de Autoridad Central nacional por tanto le compete coordinar con la Autoridad Central extranjera la tramitación de su solicitud para la aplicación del procedimiento, así como adoptar las medidas que viabilicen su adecuada ejecución por los fiscales nacionales a cargo de la conducción de las operaciones de la entrega vigilada.

Merece un comentario especial la preocupación del derecho peruano por evitar que se afecte la jurisdicción nacional (Cfr. Artículo 551°, inciso 3), así como por conservar la atribución funcional del Ministerio Público para entablar acción penal contra los implicados en actos delictivos que sean descubiertos con la entrega vigilada. En ese sentido, en el inciso 2 del artículo 552° se dispone que en sus tratativas con las autoridades del Estado requirente la Fiscalía de la Nación *“precisará, con pleno respeto a la vigencia de la Ley penal nacional, la atribución que corresponde al Ministerio Público de promover la acción penal en el país, en caso el procedimiento de entrega vigilada dé resultados positivos.”*

Por último en el artículo 553° encontramos el segundo caso de entrega vigilada internacional que contempla el nuevo código procesal penal. En dicha norma se plantea el caso de una **entrega vigilada activa**. Al respecto se establece que cuando un Fiscal Provincial esté investigando uno de los delitos contemplados en el inciso 4 del artículo 340°, previa coordinación con la Fiscalía de la Nación, podrá autorizar que se solicite a la autoridad extranjera competente la utilización de la entrega vigilada. Se entiende que la solicitud deberá contener la información pertinente que haga viable el operativo, así como la necesidad relevante de la aplicación de dicho procedimiento especial. Sin embargo, lo trascendente de este artículo es que permite que en casos de urgencia se habilite el trato directo de la autoridad requirente nacional con la autoridad Central del estado requerido e incluso, con anuencia de aquella, con el órgano competente extranjero que tendrá a su cargo la ejecución de la

entrega vigilada en el exterior. La oportunidad y reserva del procedimiento aconsejan que esta segunda opción sea la preferente.

En cuanto a la eficacia del procedimiento en la experiencia nacional se puede señalar que la aplicación de la remesa controlada ha sido el mayor número de veces exitoso. Particularmente la información relacionada con la participación en estos procedimientos de la Primera Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas con sede en la Provincia Constitucional del Callao, arroja un saldo positivo entre los años 2002 a 2005. En ese período se ejecutaron varios envíos de remesa controladas en coordinación con autoridades españolas, norteamericanas, alemanas, argentinas e italianas. Sin embargo, la Fiscal peruana Ley Tokumori advierte también algunas deficiencias que en su concepto deben superarse en base a mejores recursos, coordinación y capacitación : *“La experiencia peruana hasta el momento ha permitido identificar algunos inconvenientes en la aplicación del procedimiento de remesa controlada los que se relacionan principalmente con los siguientes factores:*

- *Incompatibilidad de la legislación de los distintos países.*
- *Coordinación con las autoridades y representantes de los países de destino y de tránsito.*
- *Financiamiento de la operación.*
- *Métodos de custodia y control de la remesa.*

Se hace imperante también la capacitación y el establecimiento de canales de coordinación de los órganos que directa e indirectamente se pueden ver involucrados en la ejecución de un procedimiento especial, como son el Ministerio Público, la Policía Nacional, Aduanas, Embajadas, empresas de transporte(terrestre, aéreo y marítimo),operadores de puertos y aeropuertos, entre otros(Cfr. María Ana Ley Tokumori. Tratamiento Jurídico Procesal del Procedimiento de Remesa Controlada. Separata con anexos. 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.2)

Es de esperar entonces que los procedimientos de entrega vigilada se perfeccionen en el futuro. De ello depende que se asegure una mayor eficiencia en la detección y control de delitos que como el tráfico de drogas, el tráfico de insumos químicos, las remesas de dinero de procedencia ilegal o el tráfico de especies de la fauna nacional sometidas a protección, constituyen, en la actualidad, expresiones frecuentes del crimen organizado en nuestro país.