



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO
Viena

Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2014

© Naciones Unidas, abril de 2014. Reservados todos los derechos a nivel mundial.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto del trazado de sus fronteras o límites.

Producción de la publicación: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

Índice

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| Introducción..... | v |
| Capítulo I. Disposiciones generales | 1 |
| Artículo 1. Objetivo de las disposiciones legislativas modelo | 1 |
| Artículo 2. Ámbito de aplicación | 2 |
| Artículo 3. Definiciones | 4 |
| Capítulo II. Coordinación y prevención de la delincuencia organizada..... | 17 |
| Artículo 4. Comité nacional de coordinación | 19 |
| Artículo 5. Recopilación y análisis de datos | 21 |
| Capítulo III. Delitos..... | 27 |
| Artículo 6. Jurisdicción | 27 |
| Sección A. Delitos relacionados con la participación en un grupo delictivo organizado | 32 |
| Artículo 7 (opción 1). Confabulación..... | 32 |
| Artículo 7 (opción 2). Asociación para delinquir | 36 |
| Artículo 8. Ayuda, incitación, organización o dirección en aras de la comisión de un delito grave | 42 |
| Artículo 9. Demostración de la intención mediante pruebas indirectas | 44 |
| Sección B. Delitos relacionados con la obstrucción de la justicia | 45 |
| Artículo 10. Obstrucción de la justicia..... | 45 |
| Sección C. Penas y consideraciones a la hora de dictar sentencia | 51 |
| Artículo 11. Penas y consideraciones a la hora de dictar sentencia..... | 51 |
| Artículo 12. Responsabilidad de las personas jurídicas..... | 54 |
| Capítulo IV. Investigaciones..... | 63 |
| Artículo 13. Entrega vigilada | 65 |

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| Artículo 14. Identidades falsas | 72 |
| Artículo 15. Infiltración | 74 |
| Artículo 16. Vigilancia electrónica | 87 |
| Artículo 17. Cooperación en materia de cumplimiento de la ley | 91 |
| Artículo 18. Investigaciones conjuntas | 93 |
| Artículo 19. Atribución de facultades a los funcionarios extranjeros encargados de hacer cumplir la ley que participen en investigaciones conjuntas | 100 |
| Capítulo V. Enjuiciamiento por delitos comprendidos en la Convención | 105 |
| Artículo 20. Ejercicio de las facultades discrecionales en relación con el enjuiciamiento | 105 |
| Artículo 21. Clemencia e inmunidad judicial | 106 |
| Capítulo VI. Normas procesales y probatorias especiales | 109 |
| Artículo 22. Prescripción | 109 |
| Artículo 23. Remisión de actuaciones penales | 111 |
| Artículo 24. Medidas para impedir la fuga de los autores de delitos comprendidos en la Convención | 116 |
| Artículo 25. Pruebas de condenas anteriores por delitos comprendidos en la Convención ... | 118 |
| Capítulo VII. Protección de los testigos | 119 |
| Artículo 26. Seguridad de los testigos | 120 |
| Artículo 27. Protección judicial de los testigos | 121 |
| Capítulo VIII. Restitución e indemnización para las víctimas de los delitos comprendidos en la Convención | 125 |
| Artículo 28. Indemnización y/o restitución por el autor del delito | 125 |
| Capítulo IX. Traslado de personas condenadas | 129 |
| Artículo 29. Objetivo | 131 |
| Artículo 30. Definiciones y uso de los términos | 132 |
| Artículo 31. Requisitos para el traslado | 134 |
| Artículo 32. Notificación del derecho a solicitar el traslado | 136 |
| Artículo 33. Solicitud de traslado | 136 |
| Artículo 34. Protección de los reclusos durante el traslado | 138 |
| Artículo 35. Ejecución o administración de la condena del recluso trasladado | 139 |

Introducción

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) elaboró las Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada en respuesta a una petición dirigida por la Asamblea General al Secretario General al efecto de que promoviera y facilitara las iniciativas de los Estados Miembros para hacerse partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos¹ y para darles aplicación.

Las Disposiciones Legislativas Modelo facilitarán y ayudarán a sistematizar la prestación de asistencia legislativa por parte de la Oficina, y agilizarán el proceso de examen y modificación de la legislación vigente y la aprobación de nuevas leyes por los propios Estados Miembros. Las Disposiciones Legislativas Modelo se han concebido de modo tal que puedan adaptarse a las necesidades de cada Estado, sean cuales fueren su tradición jurídica y sus condiciones sociales, económicas, culturales y geográficas.

Ya existen leyes modelo relativas a algunas de las obligaciones dimanantes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en particular con respecto a la extradición, la asistencia recíproca en asuntos penales, la protección de los testigos y el blanqueo de dinero. También existen leyes modelo referentes a la aplicación de los Protocolos de la Convención. En consecuencia, las presentes disposiciones legislativas modelo se concentran en la aplicación de los artículos de la Convención contra la Delincuencia Organizada que no se tratan en las leyes modelo vigentes (los artículos 2, 3, 5, 10, 11, 15, 17 y 19 a 31). En el cuadro 1, página [...] se señalan las leyes modelo que se refieren a las disposiciones de la Convención.

En el comentario sobre las presentes disposiciones legislativas modelo se indica cuáles de las disposiciones son obligatorias y cuáles facultativas, en función del nivel de obligación especificado en la Convención contra la Delincuencia Organizada. Esta distinción no se hace en el caso de las disposiciones generales (capítulo I) y las definiciones (artículo 3), que son parte integrante de las disposiciones legislativas modelo (aunque la Convención no las estipula preceptivamente *per se*). Las disposiciones recomendadas pueden dimanar también de otros instrumentos internacionales, entre ellos la normativa internacional de derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de los refugiados. Cuando es conveniente o necesario, se proponen distintas opciones para la

¹Naciones Unidas, *Treaty Series*, vols. 2225, 2237, 2241 y 2326, núm. 39574.

redacción de la disposición con el fin de tener en cuenta las diferencias existentes entre los diversos sistemas jurídicos.

En el comentario se indica la fuente jurídica de cada disposición y en algunos casos se citan ejemplos de leyes nacionales indicativas de diversos países (cuando es necesario, en traducciones no oficiales)². El comentario también se basa en las notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional³, y en las *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*⁴.

Toda legislación nacional sobre la delincuencia transnacional organizada deberá elaborarse en consonancia con los principios constitucionales de cada Estado, los fundamentos de su ordenamiento jurídico, su estructura jurídica y los mecanismos coactivos existentes. Además, las leyes nacionales sobre la delincuencia organizada transnacional deberán ser coherentes con las otras leyes nacionales vigentes sobre cuestiones conexas. Por tanto, no se pretende que las disposiciones legislativas modelo se incorporen al derecho interno tal como se presentan, sin un examen cuidadoso de todo el contexto legislativo de cada Estado.

Este conjunto de disposiciones legislativas modelo sobre la delincuencia organizada es un producto de la Subdivisión de Lucha contra la Delincuencia Organizada de la UNODC, preparado en estrecha coordinación con la Sección de Justicia de la Oficina⁵. Varios expertos en delincuencia organizada transnacional de diversos países y distinta formación jurídica se reunieron dos veces en grupos de trabajo especializados para examinar y revisar el proyecto de disposiciones⁶.

²En los casos en que no se disponía de una versión oficial de la ley en inglés, la traducción al español se basó en la versión proporcionada por expertos nacionales del Estado interesado.

³*Travaux Préparatoires de las Negociaciones para la Elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta. S.06.V.5).

⁴*Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.2).

⁵Contribuyeron al proceso los siguientes funcionarios: Mounia Ben Hammou, Celso Coracini, Estella Deon, Marie Grandjouan, Simonetta Grassi, Karen Kramer, Johan Kruger, Gioacchino Polimeni, Riikka Puttonen, Stephen Thurlow y Olga Zudova. A este respecto, la UNODC contó con la asistencia de dos consultores: Fiona David, la redactora principal, y Marlene Hirtz, quien aportó conocimientos especializados en derecho civil.

⁶Contribuyeron a título personal a la preparación de las disposiciones legislativas modelo expertos de los siguientes países: Australia, Brasil, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Italia, Jamaica, México, Nueva Zelandia y Uganda. Además, participaron en las reuniones representantes de las siguientes oficinas, organizaciones y procesos regionales: el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de la Secretaría, la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

Lógica y estructura de las disposiciones legislativas modelo

Las presentes disposiciones legislativas modelo se concentran en la aplicación de los artículos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional que no se tratan en las leyes modelo vigentes, es decir, los artículos 2, 3, 5, 10, 11, 15, 17 y 19 a 31 de la Convención. Están divididas en capítulos, con arreglo a los criterios que se indican a continuación.

Capítulo I. Disposiciones generales

El capítulo I contiene las disposiciones que son aplicables en general a la legislación por la que se hace efectiva la Convención contra la Delincuencia Organizada, como las relativas a la finalidad, los principios que deben regir la interpretación de la ley, las definiciones principales y la jurisdicción.

Capítulo II. Coordinación y prevención

El capítulo II comprende las disposiciones relacionadas con el establecimiento de un comité nacional de coordinación encargado de supervisar la aplicación de estas disposiciones y de otras políticas y programas destinados a prevenir la delincuencia organizada.

Capítulo III. Delitos graves

En el capítulo III se define de manera precisa lo que constituye una conducta delictiva, se tratan las cuestiones relativas a la penalización de las personas tanto naturales como jurídicas y se enuncian los factores que puede tener en cuenta un tribunal para dictar sentencia.

Capítulo IV. Investigaciones

En el capítulo IV se proporciona un marco jurídico básico para respaldar el empleo de técnicas especiales de investigación que puedan ayudar a responder eficazmente a delitos transnacionales complejos. También se proporciona una base jurídica para las medidas encaminadas a mejorar la cooperación operacional y técnica entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley en los Estados partes, en particular las investigaciones conjuntas.

Capítulo V. Enjuiciamiento por delitos comprendidos en la Convención

El capítulo V trata sobre algunos asuntos de procedimiento que se plantean en los enjuiciamientos por los delitos comprendidos en la Convención, como la facultad discrecional de enjuiciar y el otorgamiento de inmunidad en determinadas circunstancias.

Capítulo VI. Normas procesales y probatorias especiales

En el capítulo VI se establece la base jurídica para la adopción de normas procesales y probatorias especiales que puedan facilitar el enjuiciamiento eficaz en casos de delincuencia organizada transnacional, por ejemplo, la prórroga del plazo para comenzar los procesos y la admisión de pruebas obtenidas mediante técnicas especiales de investigación.

Capítulo VII. Protección de los testigos

En el capítulo VII se ofrece una base jurídica para la adopción de medidas judiciales y extrajudiciales que permitan garantizar la seguridad y la dignidad de las víctimas y los testigos de los delitos comprendidos en la Convención.

Capítulo VIII. Restitución para las víctimas de los delitos comprendidos en la Convención

En el capítulo VIII se presenta la base jurídica de las medidas que pueden tomarse para asegurar que las víctimas de los delitos comprendidos en la Convención obtengan compensación y/o restitución.

Capítulo IX. Traslado de personas condenadas a cumplir una pena

En el capítulo IX se establece la base jurídica para el traslado a otro Estado parte en la Convención de las personas condenadas a cumplir una pena por los delitos en ella previstos.

Relación con las leyes modelo vigentes

Las presentes disposiciones legislativas modelo se concentran en la aplicación de los artículos de la Convención contra la Delincuencia Organizada que no se tratan en las leyes modelo vigentes. Estas leyes son las siguientes:

- a) Ley Modelo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2010);
- b) Ley Modelo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones (2011);
- c) Legislación Modelo sobre el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo, preparada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y el Fondo Monetario Internacional (2005);

d) Disposiciones Modelo sobre el Blanqueo de Dinero, la Financiación del Terrorismo, las Medidas Preventivas y el Producto del Delito (para los países que se rigen por el derecho anglosajón), preparadas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la Secretaría del Commonwealth y el Fondo Monetario Internacional (2009);

e) Disposiciones Legislativas Modelo sobre el Terrorismo (disponibles previa solicitud);

f) Ley Modelo sobre Extradición (2004);

g) Ley Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales (2007);

h) La Justicia en Asuntos Concernientes a Menores Víctimas y Testigos de Delitos: Ley Modelo y Comentario (2009);

i) Ley Modelo de la UNODC sobre Protección de los Testigos (disponible previa solicitud);

j) Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Fiscalización de Drogas (disponible previa solicitud).

En el cuadro 1 figuran los artículos de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, con una referencia a las leyes modelo correspondientes.

Cuadro 1. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y leyes y disposiciones legislativas modelo correspondientes

| <i>Artículo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional</i> | <i>Asunto</i> | <i>Leyes o disposiciones legislativa modelo correspondientes</i> |
|---|---------------|--|
| Artículo 1 | Finalidad | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 2 | Definiciones | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Ley Modelo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, Ley Modelo contra la Trata de Personas y Ley Modelo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones |

Cuadro 1. (continuación)

| <i>Artículo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional</i> | <i>Asunto</i> | <i>Leyes o disposiciones legislativa modelo correspondientes</i> |
|---|---|---|
| Artículo 3 | Ámbito de aplicación | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 4 | Protección de la soberanía | |
| Artículo 5 | Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículos 6 y 7 | Penalización del blanqueo del producto del delito | Legislación Modelo sobre el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo, preparada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y el Fondo Monetario Internacional (2005, para los países de tradición jurídica romanista) |
| | | Disposiciones Modelo sobre el Blanqueo de Dinero, la Financiación del Terrorismo, las Medidas Preventivas y el Producto del Delito (para los países que se rigen por el derecho anglosajón), preparadas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la Secretaría del Commonwealth y el Fondo Monetario Internacional (2009) |
| Artículo 8 | Penalización de la corrupción | |
| Artículo 9 | Medidas contra la corrupción | |
| Artículo 10 | Responsabilidad de las personas jurídicas | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 11 | Proceso, fallo y sanciones | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |

| <i>Artículo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional</i> | <i>Asunto</i> | <i>Leyes o disposiciones legislativa modelo correspondientes</i> |
|---|---|---|
| Artículo 12 | Decomiso e incautación | Legislación Modelo sobre el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo, preparada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y el Fondo Monetario Internacional (2005, para los países de tradición jurídica romanista) |
| Artículo 13 | Cooperación internacional para fines de decomiso | Disposiciones Modelo sobre el Blanqueo de Dinero, la Financiación del Terrorismo, las Medidas Preventivas y el Producto del Delito (para los países que se rigen por el derecho anglosajón), preparadas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la Secretaría del Commonwealth y el Fondo Monetario Internacional (2009) |
| Artículo 14 | Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados | Ley Modelo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones y Disposiciones Legislativas Modelo contra el Terrorismo |
| Artículo 15 | Jurisdicción | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 16 | Extradición | Ley Modelo sobre Extradición (2004) |
| Artículo 17 | Traslado de personas condenadas a cumplir una pena | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 18 | Asistencia judicial recíproca | Ley Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales (2007) |

Cuadro 1. (continuación)

| <i>Artículo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional</i> | <i>Asunto</i> | <i>Leyes o disposiciones legislativa modelo correspondientes</i> |
|---|---|---|
| Artículo 19 | Investigaciones conjuntas | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 20 | Técnicas especiales de investigación | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 21 | Remisión de actuaciones penales | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 22 | Establecimiento de antecedentes penales | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 23 | Penalización de la obstrucción de la justicia | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 24 | Protección de los testigos | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y Ley Modelo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito sobre Protección de los Testigos |
| Artículo 25 | Asistencia y protección a las víctimas | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y Ley Modelo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito sobre Protección de los Testigos |

| <i>Artículo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional</i> | <i>Asunto</i> | <i>Leyes o disposiciones legislativa modelo correspondientes</i> |
|---|---|--|
| Artículo 26 | Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 27 | Cooperación en materia de cumplimiento de la ley | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 28 | Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 29 | Capacitación y asistencia técnica | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 30 | Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 31 | Prevención | Disposiciones Legislativas Modelo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional |
| Artículo 32 | Conferencia de las Partes en la Convención | |
| Artículo 33 | Secretaría | |
| Artículo 34 | Aplicación de la Convención | |
| Artículo 35 | Solución de controversias | |
| Artículo 36 | Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión | |
| Artículo 37 | Relación con los protocolos | |
| Artículo 38 | Entrada en vigor | |
| Artículo 39 | Enmienda | |
| Artículo 40 | Denuncia | |
| Artículo 41 | Depositario e idiomas | |

Capítulo I.

Disposiciones generales

COMENTARIO INTRODUCTORIO

El presente capítulo contiene disposiciones que son de aplicación general en la legislación por la que se hace efectiva la Convención. Estas disposiciones se refieren a los artículos 1 (finalidad), 2 (definiciones), 3 (ámbito de aplicación), 15 (jurisdicción) y 34, párrafo 2 (los delitos comprendidos en la Convención, una vez incorporados a la legislación nacional, no requieren el elemento transnacional ni la participación de un grupo delictivo organizado, excepto si estos son elementos constitutivos del delito).

Algunas de estas cuestiones pueden figurar ya en las leyes nacionales vigentes. Por ejemplo, pueden existir definiciones de los conceptos de “funcionario público” o “funcionario extranjero encargado de hacer cumplir la ley” en otras leyes nacionales; puede haber leyes nacionales sobre la competencia jurisdiccional de los tribunales para conocer de los delitos contemplados en la legislación nacional de aplicación general; y quizás haya leyes especiales por las que se apliquen los Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Es importante que los redactores conozcan todas esas leyes que ya existen y mantengan la coherencia con ellas, velando al mismo tiempo por que se cumplan los requisitos establecidos en la Convención.

Artículo 1. Objetivo de las disposiciones legislativas modelo

1. Las presentes disposiciones legislativas modelo tienen por objeto [facilitar la aplicación de] [aplicar] la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
2. Los propósitos de estas disposiciones son los siguientes:
 - a) Prevenir y combatir la delincuencia organizada;

b) Facilitar la investigación y el enjuiciamiento en los casos de delincuencia organizada; y

c) Promover y facilitar la cooperación nacional e internacional para alcanzar esos objetivos de conformidad con [los derechos humanos fundamentales y el estado de derecho] [las obligaciones jurídicas internacionales, incluidas las relativas a los derechos humanos].

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 1.

La declaración de propósitos tal vez no sea necesaria en todos los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, en algunos puede ser útil, por ejemplo cuando la inclusión de una referencia directa al tratado en la legislación nacional correspondiente permita a los tribunales invocar el tratado para resolver las cuestiones de interpretación.

Es importante que los redactores examinen la interacción de las obligaciones establecidas en la Convención contra la Delincuencia Organizada con otras obligaciones internacionales esenciales, en particular respecto de los derechos humanos y la administración de la justicia. Por consiguiente, en el artículo 1 se incluye una declaración (“de conformidad con [los derechos humanos fundamentales y el estado de derecho] [las obligaciones jurídicas internacionales, incluidas las relativas a los derechos humanos]”) para dejar claro que el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención no debe ir en perjuicio de las demás obligaciones internacionales fundamentales.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

Las presentes disposiciones legislativas modelo se aplicarán a los fines de prevenir y combatir:

a) Los delitos graves que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado; y

b) Los delitos previstos en el capítulo 3 de estas disposiciones legislativas modelo.

COMENTARIO

Disposición obligatoria.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 3 (ámbito de aplicación) leído conjuntamente con el artículo 34, párrafo 2.

En el artículo 3 de la Convención contra la Delincuencia Organizada se establece que la Convención se aplicará, a menos que contenga una disposición en contrario, a la prevención, investigación y persecución de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 y a los delitos graves (definidos en el artículo 2), cuando sean delitos de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

El artículo 3 debe leerse conjuntamente con el artículo 34, en particular con su párrafo 2:

Los Estados partes tipificarán en su derecho interno los delitos tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención independientemente del carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado según la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención, salvo en la medida en que el artículo 5 de la presente Convención exija la participación de un grupo delictivo organizado.

Como se señala en la nota interpretativa de la Convención:

La finalidad [del artículo 34, párrafo 2] es, sin alterar el ámbito de aplicación de la Convención descrito en el artículo 3, indicar inequívocamente que el elemento transnacional y la participación de un grupo delictivo organizado no han de considerarse elementos de esos delitos a efectos de la penalización⁷.

En otras palabras, aunque el objetivo esencial de la Convención es la delincuencia organizada transnacional, los redactores nacionales deben cerciorarse de que las leyes nacionales que penalizan el blanqueo del producto del delito (artículo 6), la corrupción (artículo 8) o la obstrucción de la justicia (artículo 23) y los diversos delitos previstos en los Protocolos no requieren el carácter transnacional ni la participación de un grupo delictivo organizado, a menos que la definición del delito así lo exija. Las leyes nacionales que penalizan la participación en un grupo delictivo organizado (artículo 5) no deben exigir que la conducta sea de carácter transnacional.

El artículo 34, párrafo 2, afecta a la aplicación de numerosos artículos de la Convención. Así pues, es muy importante que se incluya una disposición sobre el ámbito de aplicación como la que aquí figura. Por ejemplo, la Convención establece diversos mecanismos para facilitar la cooperación internacional (asistencia recíproca, extradición, decomiso, cooperación entre las autoridades policiales). Esos mecanismos deben estar operativos para la totalidad de "los delitos comprendidos en la presente Convención". Del artículo 34, párrafo 2, se infiere que los "delitos comprendidos en la presente Convención" incluyen, por ejemplo, los delitos de corrupción, blanqueo de dinero y obstrucción de la justicia, tipificados en la legislación nacional sin hacer referencia al carácter transnacional ni a la participación de un grupo delictivo organizado.

Los Protocolos de la Convención, sobre el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas y el tráfico ilícito de armas de fuego, funcionan en realidad como ampliaciones de la Convención. Las disposiciones de la Convención se aplican *mutatis mutandis* a los Protocolos (de conformidad con el artículo 37 de la Convención y el artículo 1 de cada uno de los tres Protocolos). En consecuencia, será importante que

⁷Nota interpretativa referente al artículo 34 (véase el documento A/55/383/Add.1, párr. 59) citada en los *Travaux Préparatoires de las Negociaciones para la Elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 303.

los redactores identifiquen todas las leyes nacionales que tratan de estas cuestiones y se cercioren de que toda ley nacional que tenga por objeto dar efecto a la Convención se aplique también a las leyes nacionales destinadas a dar efecto a los Protocolos.

Artículo 3. Definiciones

En las presentes disposiciones:

a) Por “decomiso” se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión [de un tribunal o de otra autoridad competente].

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 2, apartado g).

Las notas interpretativas contenidas en los *Travaux Préparatoires* de la Convención contienen la siguiente aclaración:

Quando el derecho interno de un Estado Parte requiera el mandamiento de un tribunal para proceder al decomiso, se considerará que ese tribunal es la única autoridad competente a los fines de la presente definición⁸.

Como se señala en las Disposiciones Modelo sobre el Blanqueo de Dinero, la Financiación del Terrorismo, las Medidas Preventivas y el Producto del Delito (para los países que se rigen por el derecho anglosajón), preparadas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la Secretaría del Commonwealth y el Fondo Monetario Internacional⁹, la autoridad que expida los mandamientos de decomiso (o las órdenes equivalentes de recuperación de beneficios o de decomiso de activos) podrá o no ser un tribunal. En algunas jurisdicciones, ciertos mandamientos, como los de registro o de presentación, pueden ser expedidos por un juez que actúe a título personal, en cuyo caso ejercerá un poder ejecutivo y no judicial¹⁰.

Sin embargo, las notas interpretativas que figuran en los *Travaux Préparatoires* de la Convención aclaran que:

⁸Notas interpretativas relativas al artículo 2 (véase el documento A/55/383/Add.1, párr. 6) citadas en los *Travaux Préparatoires de las Negociaciones para la Elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, págs. 18 y 19.

⁹*Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime (for common law legal systems)* (2009), de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la Secretaría del Commonwealth y el Fondo Monetario Internacional. Disponibles en www.unodc.org/documents/money-laundering/Model_Provisions_2009_Final.pdf (consultado el 18 de diciembre de 2011).

¹⁰*Ibid.*, art. 43, párr. 5, pág. 68.

Cuando el derecho interno de un Estado Parte requiera el mandamiento de un tribunal para proceder al decomiso, se considerará que ese tribunal es la única autoridad competente a los fines de la presente definición¹¹.

Puede haber diferentes tipos de mandamientos de decomiso. El mandamiento de decomiso puede utilizarse cuando es posible identificar un bien o un activo determinado. La orden de recuperación de un beneficio se utiliza cuando no es posible definir un bien concreto en razón de una conversión o sustitución. Además, algunos ordenamientos jurídicos disponen de un régimen de decomiso civil.

Ejemplos

El artículo 1.3 de la Legislación Modelo sobre el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo (para los países de tradición jurídica romanista) establece una definición algo diferente y más limitada:

P. Por “decomiso” se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes sobre la base de la decisión de un tribunal¹².

La Ley Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales (2007)¹³ contiene la siguiente definición de decomiso:

Por “decomiso” se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente (art. 22, párr. 2).

b) “Por beneficio económico u otro beneficio de orden material” se entenderá cualquier tipo de incentivo financiero o no financiero, pago, soborno, recompensa, ventaja, privilegio o servicio (incluso los servicios sexuales o de otra índole);

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 2, apartado a).

La expresión “beneficio económico u otro beneficio de orden material” forma parte de la definición de “grupo delictivo organizado” que figura en el artículo 2, apartado a), de la Convención. Como se indica en las notas interpretativas relativas al artículo 2 (véase el documento A/55/383/Add.1, párr. 3) contenidas en los *Travaux Préparatoires* de la Convención:

¹¹Notas interpretativas relativas al artículo 2 (véase el documento A/55/383/Add.1, párr. 6) citadas en los *Travaux Préparatoires de las Negociaciones para la Elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, págs. 18 y 19.

¹²*Model Legislation on Money Laundering and Financing of Terrorism*, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y el Fondo Monetario Internacional (2005), pág. 19. Disponible en: www.unodc.org/documents/money-laundering/2005%20UNODC%20and%20IMF%20Model%20Legislation.pdf (consultado el 18 de diciembre de 2011).

¹³*Model Law on Mutual Assistance in Criminal Matters* (2007), de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, pág. 14. Disponible en www.unodc.org/pdf/legal_advisory/Model%20Law%20on%20MLA%202007.pdf.

Las palabras “con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” deberían entenderse de forma amplia a fin de incluir, por ejemplo, los delitos cuya motivación predominante fuese la gratificación sexual, como la recepción o el intercambio de materiales por miembros de redes de pornografía infantil, la trata de niños por miembros de redes pedófilas o la participación en los gastos entre miembros de esas redes¹⁴.

En aras de la coherencia, la definición de “beneficio económico u otro beneficio de orden material” que aquí se utiliza es idéntica a la definición de esta expresión que figura en la Ley Modelo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes.

Ejemplo

En las Disposiciones Modelo sobre el Blanqueo de Dinero, la Financiación del Terrorismo, las Medidas Preventivas y el Producto del Delito (para los países que se rigen por el derecho anglosajón), artículo 45, párrafo 5, se establece lo siguiente:

Por “beneficio” se entiende una ventaja, ganancia, utilidad o pago de cualquier clase, y los beneficios que una persona genere, obtenga o perciba de otra forma incluirán los que otra persona genere, obtenga o perciba de otra forma, si esa otra persona se encuentra bajo el control de la primera o si responde a sus órdenes o sus solicitudes.

c) Por “organismo extranjero encargado de hacer cumplir la ley” de otro Estado se entenderá el [organismo] competente encargado de [prevenir, perseguir] investigar los delitos en otro Estado;

COMENTARIO

Fuente: La necesidad de definir esta expresión se origina en el artículo 27 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, que requiere la cooperación transfronteriza en materia de cumplimiento de la ley.

Como se señala en las *Guías Legislativas*, con arreglo al artículo 27 de la Convención, los Estados partes deben establecer una estrecha cooperación entre sus autoridades policiales con vistas a hacer cumplir la ley. En algunos ordenamientos jurídicos puede ser necesario autorizar especialmente a los organismos nacionales encargados de hacer cumplir la ley a trabajar de esa forma con sus homólogos extranjeros. En ese caso, quizás sea necesario incluir también una definición de “organismo extranjero encargado de hacer cumplir la ley”.

¹⁴Travaux Préparatoires de las Negociaciones para la Elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, pág. 18.

d) Por “embargo preventivo” o “incautación” se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente;

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 2, apartado f).

En virtud de la Convención, los Estados partes deben establecer mecanismos para embargar de forma preventiva o incautar el producto del delito tanto a nivel nacional como en el marco de la cooperación internacional (véanse, por ejemplo, los artículos 12 y 13). Además, el embargo preventivo o la incautación del producto del delito pueden ser un instrumento útil para que los jueces que dictan sentencias se aseguren de que los delincuentes no conserven el producto de sus delitos. En consecuencia, es conveniente que los redactores de las disposiciones legislativas se cercioren de que existe una definición de “embargo preventivo” y de “incautación” en la legislación nacional. La definición que aquí se incluye se basa en la que figura en el artículo 2, apartado f), de la Convención.

En las notas interpretativas de la Convención se aclara que:

Los términos “embargo preventivo” o “incautación”, según se definen en el apartado f) del artículo 2, figuran en los artículos 12 y 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. No debe confundirse la expresión “inspecciones e incautaciones” contenida en el artículo 18 con el término “incautación” que figura en el artículo 2. La expresión “inspecciones e incautaciones” se refiere al recurso, por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, a medidas de carácter obligatorio e intromisor a fin de obtener pruebas para presentarlas en un caso penal. El término “incautación” que figura en el artículo 18 se emplea en el sentido del concepto definido en el artículo 2 como “embargo preventivo” o “incautación” y ha de interpretarse de un modo más general que incluya no solo los bienes sino también las pruebas¹⁵.

Ejemplo

En el artículo 1.3 de la Legislación Modelo sobre el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo (para los países de tradición jurídica romanista), las expresiones “embargo preventivo” e “incautación” se definen separadamente, como sigue:

N. Por “embargo preventivo” se entenderá la prohibición de transferir, convertir, enajenar o mover fondos u otros bienes en virtud de una decisión adoptada por una autoridad judicial u otra autoridad competente, por el período de vigencia de esa decisión. Los fondos u otros bienes sujetos a embargo preventivo seguirán siendo propiedad de las personas o entidades que tenían un derecho sobre dichos fondos o bienes en el momento del embargo preventivo, y podrán seguir siendo administrados por la institución financiera.

¹⁵Notas interpretativas relativas al artículo 2 (véase el documento A/55/383/Add.1, párrafo 5) citadas en los *Travaux Préparatoires de las Negociaciones para la Elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 18.

0. Por “incautación” se entenderá la prohibición de transferir, convertir, enajenar o mover fondos u otros bienes en virtud de una decisión adoptada por una autoridad judicial u otra autoridad competente, por el período de vigencia de esa decisión. Los fondos u otros bienes incautados seguirán siendo propiedad de las personas o entidades que tenían un derecho sobre dichos fondos o bienes en el momento de la incautación pero serán administrados por la autoridad judicial u otra autoridad competente¹⁶.

e) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos a los que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 2, apartado a).

La definición de “grupo delictivo organizado” que figura en el artículo 2, apartado a), de la Convención es esencial para su aplicación. Por consiguiente, es fundamental que los redactores nacionales estudien la mejor manera de incorporar esta definición en la legislación nacional.

Como se señala en las *Guías Legislativas*, la definición de “grupo delictivo organizado” no incluye a los grupos que no pretenden obtener “un beneficio económico u otro beneficio de orden material”¹⁷. En otros términos, esta definición no abarca a los grupos terroristas y los grupos insurgentes, mientras sus objetivos no estén relacionados con un beneficio económico o de orden material. Sin embargo, la definición puede abarcar a esos grupos si, por ejemplo, una organización terrorista vende drogas a fin de recaudar dinero para financiar sus actividades.

En las notas interpretativas de la Convención también se dice lo siguiente:

Las palabras “con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” deberían entenderse de forma amplia a fin de incluir, por ejemplo, los delitos cuya motivación predominante fuese la gratificación sexual, como la recepción o el intercambio de materiales por miembros de redes de pornografía infantil, la trata de niños por miembros de redes pedófilas o la participación en los gastos entre miembros de esas redes¹⁸.

¹⁶ *Model Legislation on Money Laundering and Financing of Terrorism*, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y el Fondo Monetario Internacional, pág. 12.

¹⁷ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 11.

¹⁸ Notas interpretativas relativas al artículo 2 (véase el documento A/55/383/Add.1, párr. 3), citadas en los *Travaux Préparatoires de las Negociaciones para la Elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 18.

A efectos prácticos, algunos Estados tal vez deseen o necesiten precisar mejor algunos elementos de esta definición, como la expresión “durante cierto tiempo”, en referencia al período en que ha de existir el grupo. A este respecto puede ser más claro decir simplemente “el tiempo que fuere”. También puede ser conveniente suprimir la palabra “estructurado” y decir tan solo “grupo”. En la Convención contra la Delincuencia Organizada, el concepto de grupo estructurado se define negativamente, es decir, como un grupo que no necesita una jerarquía formal. Estos ajustes son posibles en virtud del artículo 34, párrafo 3, según el cual los Estados partes pueden adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la Convención a fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.

Ejemplo

En el artículo 1.3 de la Legislación Modelo sobre el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo figura la siguiente definición de “grupo delictivo organizado”:

Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Ejemplo

En la Ley Penal de Nueva Zelanda de 1961 figura la siguiente definición de “grupo delictivo organizado”:

Artículo 98A: Participación en un grupo delictivo organizado

- 1) Comete un delito punible con pena de prisión de 10 años como máximo toda persona que forme parte de un grupo delictivo organizado:
 - a) a sabiendas de que tres o más personas comparten uno o más de los objetivos (el objetivo particular o los objetivos particulares) descritos en los párrafos a) a d) de la subsección 2 (independientemente de que la propia persona comparta o no el objetivo o los objetivos particulares); y
 - b) ya sea a sabiendas de que su conducta contribuye a que tenga lugar una actividad delictiva, o despreocupándose de manera irresponsable de que su conducta pueda contribuir a ese fin; y
 - c) ya sea a sabiendas de que la actividad delictiva contribuye a alcanzar el objetivo o los objetivos particulares del grupo delictivo organizado, o despreocupándose de manera irresponsable de que la actividad delictiva pueda contribuir a ese fin.
- 2) A los efectos de la presente Ley, un grupo es un grupo delictivo organizado si está compuesto por tres o más personas que tienen por objetivo, o por uno de sus objetivos:
 - a) obtener beneficios materiales mediante la comisión de delitos que son sancionables con una pena de prisión de cuatro años como mínimo;
 - b) obtener beneficios materiales realizando fuera de Nueva Zelanda una actividad que, si tuviera lugar en Nueva Zelanda, constituiría un delito sancionable con una pena de prisión de cuatro años como mínimo;

- c) cometer delitos violentos graves (en el sentido del artículo 312A 1); o
 - d) realizar fuera de Nueva Zelanda una actividad que, si tuviera lugar en Nueva Zelanda, constituiría un delito violento grave (en el sentido del artículo 312A 1).
- 3) Un grupo de personas puede constituir un grupo delictivo organizado a los efectos de la presente Ley independientemente de que:
- a) algunos de sus integrantes sean subordinados o empleados de otros;
 - b) solo algunas de las personas que en un momento determinado participan en él estén involucradas en la planificación, organización o ejecución en dicho momento de una determinada acción, actividad o transacción especial; o
 - c) su composición cambie periódicamente.

Ejemplo

Según el Código Penal de la Federación de Rusia de 1996, un delito se atribuye a la delincuencia organizada si es cometido por un grupo permanente (estable) de personas que se creó con el propósito de cometer uno o más delitos. Se considera que un delito ha sido cometido por una asociación delictiva si es obra de un grupo organizado o una asociación de grupos organizados con una gestión (dirección) única y si los miembros de esos grupos se unieron con el fin de cometer juntos uno o más delitos graves o muy graves con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material. La persona que crea un grupo delictivo organizado o una asociación delictiva o que se hace cargo de su gestión incurre en responsabilidad penal por esa creación y gestión en los casos previstos en los artículos 208 (organización de una asociación delictiva y participación en ella), 209 (bandidaje), 210 (organización de una asociación delictiva) y 282.1 (organización de una asociación extremista) del Código Penal de la Federación de Rusia; lo mismo se aplica a todos los delitos cometidos intencionalmente por un grupo organizado o una asociación delictiva¹⁹.

Ejemplo

El Código Penal Civil General de 1902 de Noruega contiene, en su artículo 60a, la siguiente definición de “grupo delictivo organizado”:

Por grupo delictivo organizado se entiende un grupo de tres o más personas cuyo propósito principal es cometer un acto que sea punible con una pena de prisión no inferior a tres años o cuya actividad consiste principalmente en la comisión de actos de esa índole ...²⁰.

Ejemplo

En el Código Penal de 1968 de Bulgaria, la expresión “grupo delictivo organizado” se define como sigue:

¹⁹Traducción de una versión no oficial en inglés.

²⁰Disponible en inglés en: www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/NOR/_penal_code.pdf.

Artículo 93, párr. 20

20. (Nuevo, Boletín Oficial núm. 92/2002, modificado, Boletín Oficial núm. 27/2009) Por “grupo delictivo organizado” se entiende una asociación estructurada permanente de tres o más personas cuyo propósito es perpetrar concertadamente, dentro del territorio nacional o fuera de él, un delito que sea punible con la privación de libertad máxima por más de tres años. También se considerará estructurada una asociación en que no exista una distribución formal de funciones entre sus participantes, ni una duración en su participación, ni una estructura interna desarrollada²¹.

Ejemplo

En el Código Penal de 2000 de Lituania se definen diversas formas de complicidad, entre ellas la de un “grupo organizado” y también la de una “asociación para delinquir”, como sigue:

Artículo 25. Formas de complicidad

1. Constituirán formas de complicidad los grupos de cómplices, los grupos organizados y las asociaciones para delinquir.
2. Un grupo de cómplices será un grupo en que dos o más personas acuerden, en cualquier etapa de la comisión de un acto delictivo, perpetrar, continuar o finalizar el acto delictivo, del que por lo menos dos de ellas serán autoras.
3. Un grupo organizado será un grupo en que dos o más personas acuerden, en cualquier etapa de la comisión de un acto delictivo, perpetrar varios delitos o un delito grave, y en que, en la comisión del delito, cada una de ellas cumpla un determinado cometido o asuma un papel particular.
4. Una asociación para delinquir será una asociación en que tres o más personas vinculadas por relaciones recíprocas permanentes y una división de las funciones o tareas se junten para cometer de consuno un acto delictivo consistente en uno o varios delitos graves. Los grupos u organizaciones que atenten contra los intereses del Estado y los grupos terroristas se considerarán equivalentes a una asociación para delinquir²².

Ejemplo

En el Código Penal de China de 1979²³ se tipifica el delito de constituir o dirigir organizaciones que tengan el carácter de asociaciones para delinquir, o de participar activamente en ellas (artículo 294). La expresión “organizaciones que tienen el carácter de asociaciones delictivas” no está definida en la propia ley, pero se define en la interpretación realizada por el Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo del primer párrafo del artículo 294 del Código Penal de China:

²¹ Disponible en inglés en www.imolin.org/doc/amlid/Bulgaria/Bulgaria_Criminal_Code_2009.pdf.

²² Disponible en inglés en www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_e?p_id=366707&p_query=&p_tr2=#.

²³ El texto del Código Penal de la República Popular de China está disponible en inglés en: www.imolin.org/doc/amlid/China/China_Criminal_Law_1997.pdf. La interpretación realizada por el Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo del primer párrafo del artículo 294 del Código Penal de la República Popular de China puede consultarse en: www.gov.cn/english/laws/2005-10/09/content_75389.htm.

Las “organizaciones que tienen el carácter de asociaciones para delinquir” a que se refiere el primer párrafo del artículo 294 del Código Penal poseen las siguientes características:

- 1) son organizaciones delictivas relativamente estables, con un número de miembros relativamente grande, organizadores o dirigentes confirmados y un grupo fijo de miembros principales;
- 2) obtienen beneficios económicos por medio de actos ilegales o delictivos organizados, o por otros medios, y poseen cierta capacidad económica para respaldar sus actividades;
- 3) han cometido actos ilegales o delictivos organizados en numerosas ocasiones mediante el uso de la violencia, de la amenaza o de otros medios, perpetrando atrocidades y atropellos o causando lesiones graves o la muerte de personas;
- 4) mediante la comisión de actos ilegales y delictivos, o aprovechando la protección y connivencia de funcionarios del Estado, tiranizan una zona y ejercen un control ilegal y una influencia enorme sobre una zona o una actividad determinadas, perturbando gravemente el orden económico y las actividades cotidianas de las personas²⁴.

Ejemplo

El Código Penal de 2002 de la República de Moldova contiene la siguiente definición de “grupo delictivo organizado”:

Artículo 46. Grupo delictivo organizado

Por “grupo delictivo organizado” se entenderá una asociación estable de personas que se han organizado con el propósito de cometer uno o más delitos²⁵.

Ejemplo

En el Código Penal de 1937 de la Confederación de Suiza se define la expresión “organización delictiva” como sigue:

Art. 260^{ter}

Organización delictiva

1. Toda persona que participe en una organización cuya estructura y composición se mantenga secreta y que persiga el objetivo de cometer delitos de violencia o de obtener un beneficio económico por medios delictivos,

toda persona que apoye a una organización de esa índole en sus actividades delictivas,

será castigada con una pena privativa de libertad de cinco años o con una sanción pecuniaria²⁶.

²⁴Disponible en inglés en www.gov.cn/english/laws/2005-10/09/content_75389.htm.

²⁵Disponible en inglés en <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/14>.

²⁶Disponible en francés e inglés en www.admin.ch/ch/e/rs/311_0/a260ter.html.

f) Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito. [El producto del delito puede proceder de delitos cometidos tanto dentro como fuera del territorio de [*introdúzcase el nombre del Estado*]].

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 2, apartado e).

En virtud de la Convención, los Estados partes tienen la obligación de tomar una serie de medidas con respecto al producto de los delitos cometidos por grupos delictivos organizados. Por consiguiente, es importante definir ese concepto.

La definición proporcionada aquí se basa en el artículo 2, apartado e) de la Convención contra la Delincuencia Organizada, que reza como sigue:

Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito.

Si el legislador desea asegurarse de que se incluya también el producto del delito que se encuentre fuera de la jurisdicción territorial del Estado, tal vez sea conveniente aclarar que el producto del delito puede incluir componentes extraterritoriales. El hecho de que los organismos nacionales consigan o no en la práctica recuperar esa parte del producto del delito pasa a ser entonces una cuestión de ejecutoriedad.

Ejemplos

En el artículo 1.3 de la Legislación Modelo sobre el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo se prevén varias opciones para la definición del “producto del delito”, a saber,

A. Por “producto del delito” se entenderá los fondos o bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión

Variante 1: de cualquier delito.

Variante 2: de un delito punible con una pena máxima de más de un año de prisión.

Variante 3: de un delito punible con una pena mínima de más de seis meses de prisión.

Variante 4: de los delitos definidos en los artículos [de la legislación que se indique, por ejemplo, el Código Penal].

En el producto del delito se incluirán los bienes convertidos o transformados parcial o totalmente en otros bienes y el rendimiento de las inversiones.

En las Disposiciones Modelo sobre el Blanqueo de Dinero, la Financiación del Terrorismo, las Medidas Preventivas y el Producto del Delito (para los países que se rigen por el derecho anglosajón) figura la siguiente definición:

A los efectos de la presente sección, el “producto del delito” incluye el producto de un delito cometido fuera del territorio nacional, si la conducta constituye un delito en el Estado o el territorio en que tuvo lugar y habría constituido un delito si se hubiese cometido en el territorio nacional de [introdúzcase el nombre del Estado que aprueba la ley].

En la Ley Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales (2007) se define el producto del delito como sigue:

Por producto del delito se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito o de una actividad ilícita, independientemente de que los bienes se encuentren, o el delito se cometa, dentro o fuera del territorio de (nombre del Estado) (art. 22, párr. 5).

g) Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 2, apartado d).

La definición incluida aquí se basa en la definición de “bienes” que figura en el artículo 2, apartado d), de la Convención contra la Delincuencia Organizada, que reza como sigue:

d) Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales e incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

En muchos ordenamientos jurídicos puede existir ya una definición equivalente.

Desde el punto de vista de la formulación, es importante que los redactores tengan en cuenta si los legisladores tienen el propósito de incluir los bienes (por ejemplo, a efectos del decomiso de activos) que estén situados fuera de la jurisdicción territorial del Estado. En ese caso, tal vez sea conveniente aclarar que los bienes pueden incluir activos extraterritoriales. El hecho de que los organismos nacionales consigan o no en la práctica recuperar esos bienes pasa a ser entonces una cuestión de ejecutoriedad.

Ejemplos

El artículo 1.3 de la Legislación Modelo sobre el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo contiene una definición más detallada de “fondos” y “bienes”:

B. Por “fondos” o “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales e incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros

derechos sobre esos activos, tales como dinero, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros postales, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito, entre otros, así como cualesquiera intereses, dividendos u otros ingresos o valores que se deriven de esos activos o que esos activos generen.

Las Disposiciones Modelo sobre el Blanqueo de Dinero, la Financiación del Terrorismo, las Medidas Preventivas y el Producto del Delito (para los países que se rigen por el derecho anglosajón) contienen una definición de bienes:

Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, tangibles o intangibles, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieren obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre esos activos, tales como dinero, créditos bancarios, depósitos y otros recursos financieros, cheques de viajero, cheques bancarios, giros postales, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito, independientemente de que se encuentren en [introdúzcase el nombre del Estado] o en otro lugar, con inclusión de un derecho legal o de propiedad, total o parcial, sobre esos bienes.

Ejemplo

En la Ley Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales (2007), los bienes se definen como sigue:

Por “bienes” se entenderá los activos de todo tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad o los derechos sobre esos activos (art. 22, párr. 6).

h) Por “delito grave” se entenderá un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 2, apartado b).

Como se observa en las *Guías Legislativas*, muchas de las disposiciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada pueden invocarse respecto de los delitos graves en que interviene un grupo delictivo organizado²⁷. El concepto de “delito grave” se define en el artículo 2, apartado b). Si bien no se exige que los legisladores nacionales introduzcan una definición de “delito grave”, esta puede ser útil cuando se desee ampliar el alcance de algunas disposiciones destinadas a aplicar la Convención (por ejemplo, la legislación sobre la asistencia recíproca) para que abarquen otras formas de delincuencia no mencionadas específicamente en la Convención. La definición de “delito grave” que aquí se proporciona se entiende sin perjuicio de ninguna definición de esa expresión que figure en la legislación nacional.

²⁷ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 15.

A este respecto, en las *Guías Legislativas* de la Convención se observa lo siguiente:

Si los Estados partes desean tener en su ordenamiento otros delitos relacionados con un grupo delictivo organizado que estén comprendidos en la Convención (es decir, además de los tipificados en los artículos 5, 6, 8 y 23), tal vez deseen asegurarse de que las penas previstas cumplan las condiciones de la mencionada definición (véase el art. 3, apartado 1 b)).

i) Por “testigo” se entenderá toda persona que posea información de interés para la investigación, el enjuiciamiento o el fallo respecto de un delito al que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo.

COMENTARIO

La Convención exige a los Estados partes que adopten ciertas medidas con respecto a la protección de los testigos que presten testimonio en relación con los delitos comprendidos en la Convención. En consecuencia, puede ser necesario que los redactores nacionales determinen si existe ya en la legislación del país una definición funcional adecuada de “testigo” a la que se pueda hacer referencia en las disposiciones sobre la protección y asistencia a los testigos.

La formulación que se presenta aquí se basa en la descripción funcional de un testigo que figura en la página 23 del *Manual de Buenas Prácticas para la Protección de los Testigos en las Actuaciones Penales que Guarden Relación con la Delincuencia Organizada*²⁸. Como se observa en ese documento, lo pertinente es la función del testigo, como persona en posesión de información importante para las actuaciones judiciales o el proceso penal, y no su condición jurídica ni la forma del testimonio. Los testigos se dividen en tres categorías: los colaboradores de la justicia (informantes y otras personas que han participado en la delincuencia), los testigos-víctimas y otros tipos de testigos (transeúntes inocentes, testigos-expertos y otros).

Dado que la intimidación de los testigos puede contribuir de manera importante a socavar la administración de la justicia, se sugiere que la definición de “testigo” que se utilice esté redactada en términos generales, de modo que incluya a las personas que ofrezcan asistencia no solo prestando declaración ante el tribunal sino también, por ejemplo, proporcionando información que facilite una investigación.

²⁸ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de Buenas Prácticas para la Protección de los Testigos en las Actuaciones Penales que Guarden Relación con la Delincuencia Organizada* (2008), pág. 23.

Capítulo II.

Coordinación y prevención de la delincuencia organizada

COMENTARIO INTRODUCTORIO

La tipificación de determinados delitos y el mejoramiento de la eficacia de la aplicación de la ley, el enjuiciamiento y la adopción de decisiones judiciales son medidas vitales para luchar contra la delincuencia organizada. Sin embargo, también es vital que las respuestas de la justicia penal ante la delincuencia estén respaldadas por una labor igualmente intensa de prevención de esos delitos, para evitar que ocurran.

El objetivo de evitar que se produzca la delincuencia organizada transnacional es la razón de ser de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Como se afirma en el artículo 1, el propósito de la Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

El concepto de prevención del delito puede tener muchos significados diferentes. No obstante, por conducto del mecanismo del Consejo Económico y Social, los Estados Miembros de las Naciones Unidas han elaborado las Directrices para la Prevención del Delito²⁹. De acuerdo con las Directrices:

La expresión “prevención del delito” engloba las estrategias y medidas encaminadas a reducir el riesgo de que se produzcan delitos y sus posibles efectos perjudiciales para las personas y la sociedad, incluido el temor a la delincuencia, y a intervenir para influir en sus múltiples causas.

En las presentes disposiciones legislativas modelo se adopta esta definición de la prevención del delito.

Los países deberían tratar de incluir un componente proactivo sustancial de prevención del delito en sus leyes, políticas y programas referentes a la Convención contra la Delincuencia Organizada, y no limitarse a las medidas de reacción o relacionadas con la seguridad. Como se señala en el *Manual*

²⁹Resolución 2002/13 del Consejo Económico y Social, anexo.

sobre la Aplicación Eficaz de las Directrices para la Prevención del Delito³⁰, de la UNODC, en las dos últimas décadas se han elaborado diversos planteamientos de prevención del delito que se basan en un considerable acervo de investigación y evaluación. Los principales sectores de dicha prevención abarcan una serie de medidas elaboradas a lo largo de muchos años, entre ellas medidas centradas en el desarrollo, el medio ambiente, las situaciones, los factores sociales, la comunidad y la prevención de la reincidencia, y las intervenciones pueden clasificarse en diversos grupos³¹.

En el contexto de la prevención de la delincuencia organizada, si bien puede haber diferencias en los objetos en que se centra (drogas, seres humanos, armas de fuego, etc.), las técnicas de esa delincuencia (corrupción, blanqueo de dinero, intimidación) son el factor común; de ahí la importancia de un enfoque cooperativo. Los orígenes de la delincuencia organizada, las poblaciones que intervienen en la trata y las víctimas de la trata o los migrantes objeto de tráfico ilícito se encuentran, con frecuencia, dentro de las fronteras nacionales. Así pues, se necesitan soluciones nacionales y locales proactivas. De igual modo, una parte considerable de la demanda de bienes y servicios objeto de tráfico ilícito puede provenir del interior del país y no del extranjero.

En las Directrices para la Prevención del Delito, del Consejo Económico y Social, se establece la importancia de siete principios que son fundamentales para una prevención eficaz:

- *Función rectora del gobierno.* El gobierno, a todos los niveles, debe asumir una función rectora en la elaboración de estrategias eficaces y humanas de prevención del delito y en la creación y el mantenimiento de marcos institucionales para su aplicación y examen;
- *Desarrollo socioeconómico e inclusión.* Se deben integrar consideraciones de prevención del delito en todos los programas y políticas sociales y económicos pertinentes, incluidos los que se ocupan del desempleo, la educación, la salud, la vivienda y la planificación urbana, la pobreza, la marginación social y la exclusión;
- *Cooperación y asociaciones.* La cooperación y las asociaciones deben formar parte integrante de la prevención del delito, en razón de la naturaleza global de las causas del delito y de las cualificaciones y responsabilidades necesarias para abordarlas;
- *Sostenibilidad y rendición de cuentas.* Para ser sostenible, la prevención del delito requiere recursos adecuados, con inclusión de fondos para estructuras y actividades;
- *Base de conocimientos.* Las estrategias y políticas de prevención del delito deben tener una amplia base de conocimientos multidisciplinarios sobre los problemas de la delincuencia, sus múltiples causas y las prácticas que hayan resultado eficaces y prometedoras;
- *Derechos humanos, estado de derecho y cultura de la legalidad.* En todos los aspectos de la prevención del delito se deben tener en cuenta y respetar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales en los que los Estados Miembros son partes;

³⁰ *Manual sobre la Aplicación Eficaz de las Directrices para la Prevención del Delito*, Serie de Manuales sobre Justicia Penal (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.10.IV.9).

³¹ *Ibid.*, pág. 12.

- *Interdependencia.* Los diagnósticos y las estrategias nacionales de prevención del delito deben tener en cuenta la vinculación entre los problemas de delincuencia locales y la delincuencia organizada transnacional.

Artículo 4. Comité nacional de coordinación

1. A los efectos del presente artículo, por “prevención del delito” se entenderá las estrategias y medidas tendientes a reducir el riesgo de que se produzcan actos de delincuencia organizada y a mitigar sus posibles consecuencias perjudiciales para las personas y la sociedad, mediante intervenciones encaminadas a influir en sus múltiples causas.
2. El [ministro competente] establecerá un [comité/órgano] nacional de coordinación encargado de elaborar, coordinar, supervisar y evaluar la respuesta nacional destinada a prevenir todas las formas de delincuencia organizada, entre otras cosas mediante la recopilación, el análisis y el intercambio de datos, la elaboración de programas de prevención, la capacitación y otros aspectos tales como la cooperación técnica con otros Estados.
3. El [comité/órgano] estará integrado por funcionarios de [*introdúzcanse los organismos que corresponda*], funcionarios de otros organismos estatales pertinentes y representantes de proveedores de servicios locales, gubernamentales o no gubernamentales.
4. De acuerdo con el procedimiento aplicable/interno, se designará a [una persona/organización] como [secretario/secretaría] del comité. El comité estará facultado para establecer los [subcomités/grupos de trabajo] necesarios.
5. El comité presentará anualmente [al ministro que corresponda/al Parlamento] un informe sobre sus actividades.

COMENTARIO

Disposición facultativa.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículos 1 y 31.

El principal objetivo de la Convención es prevenir y combatir de manera más eficaz la delincuencia organizada. La prevención del delito puede tener muchos significados diferentes. Como se señala en

la introducción de este capítulo, en las presentes disposiciones legislativas modelo se adopta la definición de “prevención del delito” que figura en las Directrices para la Prevención del Delito, del Consejo Económico y Social. Como se indica en el *Manual sobre la Aplicación Eficaz de las Directrices para la Prevención del Delito*, una de las primeras recomendaciones de las Directrices es la de establecer una autoridad central permanente que se encargue de aplicar la política de prevención del delito:

A nivel nacional, los países pueden tomar la decisión de asignar la responsabilidad de la prevención del delito a un ministerio, como el encargado de la justicia o la seguridad pública, o a un grupo de ministerios, o establecer un organismo independiente de alto nivel. La función de la autoridad central es realizar la labor directiva, colaborando con otros sectores gubernamentales, otras entidades de gobierno y la sociedad civil para elaborar un plan nacional, ejecutarlo y superarlo. La autoridad central facilita las medidas que tomen las entidades gubernamentales de nivel inferior. En algunos casos, los países han optado por promulgar legislación para promover un plan nacional y exigir a otros sectores que colaboren con la autoridad central. En todos los casos, se necesitarán recursos para la aplicación de los planes³².

En las presentes disposiciones legislativas modelo se recomienda que se estudie un enfoque similar —el establecimiento de un órgano central de coordinación— en el contexto de la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos. Además de la atención general que se presta a la prevención en este instrumento, como resultado del artículo 31 los Estados partes en la Convención tienen también la obligación de tomar algunas medidas concretas para prevenir la delincuencia organizada. Entre ellas figuran las siguientes:

- a) Procurar formular y evaluar proyectos nacionales y establecer políticas y prácticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada;
- b) Procurar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, reducir las oportunidades actuales o futuras de que dispongan los grupos delictivos organizados para participar en los mercados lícitos con el producto del delito, adoptando oportunamente medidas legislativas, administrativas o de otra índole. Estas medidas deberían centrarse en:
 - i) Fortalecer la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley o el ministerio público y las entidades privadas pertinentes, incluida la industria;
 - ii) Promover la elaboración de normas y procedimientos concebidos para salvaguardar la integridad de las entidades públicas y de las entidades privadas interesadas, así como códigos de conducta para las profesiones pertinentes, en particular para los abogados, notarios públicos, asesores fiscales y contadores;
 - iii) Prevenir la utilización indebida por parte de grupos delictivos organizados de licitaciones públicas y de subsidios y licencias concedidos por autoridades públicas para realizar actividades comerciales;
 - iv) Prevenir la utilización indebida de personas jurídicas por parte de grupos delictivos organizados.

³² *Ibid.*, pág. 32.

Las medidas para prevenir la utilización indebida de personas jurídicas podrían incluir las siguientes:

- a) El establecimiento de registros públicos de las personas jurídicas y naturales que participen en la constitución, la gestión y la financiación de personas jurídicas;
- b) La posibilidad de inhabilitar por mandato judicial o cualquier medio apropiado, durante un período razonable, a las personas condenadas por delitos comprendidos en la Convención para actuar como directores de personas jurídicas constituidas en sus respectivas jurisdicciones;
- c) El establecimiento de registros nacionales de las personas inhabilitadas para actuar como directores de personas jurídicas; y
- d) El intercambio de la información contenida en los registros mencionados en los apartados a) y c) del presente párrafo con las autoridades competentes de otros Estados partes³³.

El cumplimiento de estas obligaciones requerirá la adopción de medidas por parte del gobierno y de la sociedad civil, así como un grado considerable de coordinación y cooperación. Estas medidas específicas se enmarcarían en las atribuciones más amplias de un comité u órgano de coordinación. Ese comité u órgano sería el principal responsable de coordinar las acciones de los diferentes interesados, velar por que la información pertinente se comparta de manera apropiada, evitar la duplicación de los esfuerzos y supervisar el impacto y la eficacia de las actividades de prevención del delito. También podría ser necesario que el comité u órgano central se ocupara de la coordinación con otros órganos establecidos, por ejemplo, los encargados de la aplicación de los tres Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Varios países han establecido comités nacionales de coordinación para coordinar las respuestas a la trata de personas.

Ejemplos

En el documento titulado *Practical Approaches to Urban Crime Prevention*³⁴ figuran muchos ejemplos de enfoques prácticos de la prevención del delito.

Artículo 5. Recopilación y análisis de datos

1. El [comité/órgano] nacional establecerá un programa de investigaciones que comprenderá la recopilación y publicación de estadísticas y de datos e información de otra índole sobre cuestiones relacionadas con el cumplimiento de su mandato de prevención de la delincuencia, con inclusión de lo siguiente:

³³Convención contra la Delincuencia Organizada, art. 31, párrs. 1 y 2.

³⁴Margaret Shaw y Vivien Carli, eds., *Practical Approaches to Urban Crime Prevention: Proceedings of the Workshop held at the 12th UN Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, Salvador (Brasil), abril 12-19, 2010* (Montreal, Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad, y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2011). Puede consultarse en www.unodc.org.

- a) Estudios de diagnóstico sobre las causas fundamentales de la delincuencia;
- b) Auditorías de la seguridad local y estudios sobre la victimización;
- c) Las tendencias y amenazas de la delincuencia organizada;
- d) Las circunstancias en que actúa la delincuencia organizada;
- e) Los grupos profesionales y las tecnologías que intervienen en la delincuencia, incluidas las partes estatales y no estatales;
- f) La eficacia y eficiencia de las leyes, políticas y medidas nacionales e internacionales existentes para prevenir la delincuencia organizada y darle respuesta;
- g) El cumplimiento de las obligaciones internacionales, incluidas las normas de derechos humanos.

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 28.

Como se reconoce en el artículo 28, la recopilación y el intercambio de información son fundamentales a fin de elaborar políticas adecuadas y basadas en datos objetivos para la prevención de la delincuencia organizada transnacional y la respuesta a este fenómeno. Las Directrices para la Prevención del Delito ofrecen ejemplos de medidas prácticas que los gobiernos deberían adoptar para crear esa base de conocimientos:

Base de conocimientos

21. Los gobiernos y, en su caso, la sociedad civil deben facilitar la prevención del delito basándose en sus conocimientos, concretamente:
- a) Proporcionando la información que necesitan las comunidades para abordar los problemas de la delincuencia;
 - b) Apoyando la adquisición de conocimientos útiles y de aplicación práctica, que sean científicamente fiables y válidos;
 - c) Apoyando la organización y la síntesis de los conocimientos y determinando y colmando las lagunas en la base de conocimientos;
 - d) Compartiendo esos conocimientos, según corresponda, con investigadores, entes normativos, educadores, especialistas de otros sectores pertinentes y la comunidad ampliada en general;

- e) Aplicando esos conocimientos para repetir intervenciones satisfactorias, concebir nuevas iniciativas y prever nuevos problemas de delincuencia y posibilidades de prevención;
- f) Estableciendo sistemas de datos para ayudar a administrar la prevención del delito de manera más económica, incluso realizando estudios periódicos sobre la victimización y la delincuencia;
- g) Promoviendo la aplicación de esos datos a fin de reducir la victimización repetida, la persistencia de la delincuencia y las zonas con altos niveles de delincuencia.

Varios Estados cuentan con institutos de investigación bien establecidos que funcionan como centros de coordinación de la investigación a nivel nacional, no solo sobre las causas del delito sino también sobre su prevención (véanse a continuación ejemplos de la red del programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal). Si bien el establecimiento de un instituto de investigación puede no estar al alcance de algunos Estados, tal vez sea posible lograr un resultado similar (es decir, la disponibilidad de los datos necesarios para orientar las actividades de prevención del delito) mediante, por ejemplo, asociaciones entre el Estado y las instituciones de investigación existentes, como las universidades. El aporte de financiación de los Estados desarrollados a los Estados en desarrollo para iniciativas de esta índole también respondería a lo dispuesto en el artículo 30, párrafo 2, de la Convención, en el que se establece que los Estados partes, entre otras cosas, harán esfuerzos concretos, en la medida de lo posible, para:

Aumentar la asistencia financiera y material a fin de apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo, con miras a fortalecer las capacidades de esos países para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.

Un aspecto importante de la recopilación y el intercambio de datos es la posibilidad de realizar evaluaciones nacionales de las amenazas que plantea la delincuencia organizada. Tales evaluaciones ayudan a los organismos encargados de hacer cumplir la ley a determinar los factores de riesgo, los tipos de delito, los transgresores y sus colaboradores, y a generar la información y los análisis necesarios para una vigilancia policial basada en datos de inteligencia y para la elaboración de políticas basadas en pruebas. La información dimanante de esas evaluaciones hace posible a su vez determinar las prioridades y asignar recursos apropiados para hacer frente a esas amenazas. La UNODC ha elaborado una metodología sobre la forma de realizar esas evaluaciones, que figura en la guía titulada *Guidance on the Use and Preparation of Serious and Organized Crime Threat Assessments: The SOCTA Handbook* y está dirigida a los encargados de la formulación de políticas, los responsables de velar por el cumplimiento de la ley y los profesionales³⁵.

Ejemplo

La red del programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal está integrada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y varios institutos interregionales y regionales de todo el mundo, así como por centros especializados. La red se ha creado con

³⁵Se puede consultar en www.unodc.org/documents/organized-crime/SOCTA_Handbook.pdf.

el fin de prestar asistencia a la comunidad internacional para el fortalecimiento de la cooperación en la esfera crucial de la prevención del delito y la justicia penal. Sus componentes proporcionan diversos servicios, que incluyen el intercambio de información, y la investigación, la capacitación y la educación pública³⁶.

Ejemplo

El Instituto Australiano de Criminología³⁷ es un instituto de investigación gubernamental establecido por ley. Su objetivo es promover la justicia y reducir la delincuencia mediante la realización y comunicación de investigaciones basadas en pruebas con miras a orientar la política y la práctica. Los pormenores de su establecimiento y sus funciones, establecidos en la Ley de Investigaciones Criminológicas de 1971, son los siguientes:

5. Establecimiento del Instituto

1. Por la presente Ley se establece un instituto denominado Instituto Australiano de Criminología.
2. El Instituto consta de:
 - a) el Director; y
 - b) el personal.

6. Funciones del Instituto

Las funciones del Instituto son las siguientes:

- a) promover la justicia y reducir la delincuencia mediante:
 - i) la realización de investigaciones criminológicas; y
 - ii) la comunicación de los resultados de esas investigaciones al Commonwealth, los estados, el Territorio de la Capital Australiana, el Territorio del Norte y la comunidad;
- b) prestar asistencia al Director en el desempeño de sus funciones;
- c) administrar programas de otorgamiento de becas y contratación de especialistas, para realizar:
 - i) investigaciones criminológicas que sean de interés para la política pública de los estados, el Territorio de la Capital Australiana y el Territorio del Norte; y
 - ii) actividades relacionadas con esas investigaciones (como su publicación, por ejemplo).

³⁶Véase además www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/institutes.html.

³⁷Véase www.aic.gov.au.

Ejemplo

El Instituto Nacional de Justicia es el organismo de investigación, desarrollo y evaluación del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. La misión del Instituto es promover la investigación, el desarrollo y la evaluación científicos para mejorar la administración de justicia y la seguridad pública. El Instituto Nacional de Justicia patrocina investigaciones básicas y aplicadas, evaluaciones y demostraciones de programas experimentales. El Instituto crea instrumentos nuevos y divulga información sobre la justicia penal³⁸.

³⁸Puede obtenerse más información sobre el Instituto Nacional de Justicia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en www.nij.gov. En el *Manual sobre la Aplicación Eficaz de las Directrices para la Prevención del Delito*, especialmente en la página 59, figuran más ejemplos de países que han ejecutado programas de investigación para orientar la prevención del delito.

Capítulo III.

Delitos

COMENTARIO INTRODUCTORIO

El presente capítulo contiene una disposición relativa a la jurisdicción, así como otras que tienen por objeto dar aplicación a dos de las disposiciones sobre delitos que figuran en la Convención, a saber, el artículo 5 (participación en un grupo delictivo organizado) y el artículo 23 (obstrucción de la justicia). Como estos delitos requieren un tratamiento legislativo distinto, el capítulo se divide en dos partes, la primera dedicada a la aplicación del artículo 5, y la segunda a la aplicación del artículo 23.

NOTA SOBRE LAS PENAS

En consonancia con el enfoque adoptado al respecto en la Convención contra la Delincuencia Organizada, en las presentes disposiciones legislativas modelo no se especifica ninguna pena. En virtud del artículo 11, párrafo 1, cada Estado parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos. Con esta salvedad, la cuestión de la fijación de las penas se deja a discreción de los Estados. Al fijar las penas, es importante asegurarse de que los delitos tipificados para dar efecto a la Convención cumplan con los criterios comunes para la prestación de asistencia judicial recíproca y la extradición. En muchos contextos, la cooperación internacional, como la asistencia judicial recíproca y la extradición, solo tendrá lugar si el delito es punible con una pena de por lo menos un año de prisión.

Artículo 6. Jurisdicción

1. [Los tribunales nacionales] tendrán jurisdicción para determinar las actuaciones judiciales respecto de los delitos a los que se aplican las presentes disposiciones legislativas modelo cuando se trate de un delito:

a) Cometido [total o parcialmente] dentro del territorio de [introdúzcase el nombre del Estado]; o

b) Cometido [total o parcialmente] a bordo de un buque que enarbole el pabellón de [introdúzcase el nombre del Estado] o de una aeronave registrada conforme a las leyes de [introdúzcase el nombre del Estado] en el momento de la comisión del delito; o

COMENTARIO

Disposición obligatoria.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 15, párrafo 1 a) y b).

En el artículo 15 de la Convención se enuncian los requisitos obligatorios y facultativos para el establecimiento de la jurisdicción sobre los delitos comprendidos en la Convención.

En el artículo 15, párrafo 1, se dispone que los Estados partes establecerán su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 sobre la base del principio territorial. Es decir, los Estados partes deben asegurarse de que tienen jurisdicción sobre esos delitos cuando se cometan dentro de su territorio, a bordo de un buque que enarbole su pabellón o a bordo de una aeronave registrada conforme a sus leyes.

Como se observa en las *Guías Legislativas*, la obligación de establecer la jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la Convención no está condicionada a la existencia de un elemento transnacional o a la participación de un grupo delictivo organizado. Por el contrario, con arreglo a lo previsto en el artículo 34, párrafo 2, estos factores no se tendrán en cuenta a los efectos de tipificar los delitos (salvo en la medida en que lo exija lo dispuesto en el artículo 5 que, como trata de un delito que se centra en la participación en un grupo delictivo organizado, necesariamente requiere la participación de un grupo de esa índole)³⁹.

En aras de la coherencia, este proyecto de disposición refleja una disposición idéntica que figura en la Ley Modelo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes⁴⁰.

c) Cometido por un nacional de [introdúzcase el nombre del Estado] presente en el territorio de [introdúzcase el nombre del Estado] cuya extradición se deniegue en razón de la nacionalidad; o

³⁹ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 109.

⁴⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Ley Modelo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes* (2010), pág. 23 (art. 4).

COMENTARIO

Disposición obligatoria.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículos 15, párrafo 3, y 16, párrafo 10.

En el artículo 15, párrafo 3, de la Convención se establece que, a los efectos del artículo 16, párrafo 10, los Estados partes establecerán su jurisdicción respecto de “los delitos comprendidos en la presente Convención”, independientemente del lugar en que se cometa el delito, cuando el sospechoso se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales. Esto refleja la obligación de “extraditar o enjuiciar”, que se expresa con más detalle en el artículo 16, párrafo 10.

Como se observa en las *Guías Legislativas*, la referencia a “los delitos comprendidos en la presente Convención” abarca más que simplemente los delitos establecidos en los artículos 5, 6, 8 y 23. El artículo 16, que regula la extradición en virtud de la Convención, se aplica a los delitos tipificados con arreglo a la Convención y a los que se mencionan en el artículo 3, párrafo 1 *a)* y *b)*, cuando entrañen la participación de un grupo delictivo organizado y el sospechoso se encuentre en el territorio del Estado parte requerido (véase también el artículo 16, párrafo 1, leído conjuntamente con el artículo 3). El resultado práctico es que un Estado parte que no extradite a sus nacionales debe establecer su jurisdicción respecto de:

- a)* Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23, cuando entrañen la participación de un grupo delictivo organizado y sean cometidos por sus propios nacionales en el extranjero;
- b)* Los delitos graves con arreglo a su legislación que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado y sean cometidos por sus propios nacionales en el extranjero;
- c)* Los delitos tipificados en los Protocolos⁴¹.
- d)* Cometido por una persona presente en [*introdúzcase el nombre del Estado*] cuya extradición se deniegue por el motivo que fuere.

COMENTARIO

Disposición facultativa.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 15, párrafo 4.

El apartado *d)* es facultativo, ya que da efecto al artículo 15, párrafo 4, de la Convención, en virtud del cual cada Estado Parte podrá establecer su jurisdicción respecto de los delitos cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el motivo que fuere. Obsérvese que si se utiliza el apartado *d)* no es necesario incluir el apartado *c)*, ya que el apartado *d)* abarca las situaciones en que se deniega la extradición por el motivo que fuere, lo que incluye la nacionalidad.

⁴¹ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 110.

En aras de la coherencia, este proyecto de disposición se basa en una disposición idéntica que figura en la Ley Modelo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes.

Ejemplo

En la Ley Modelo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones se dispone lo siguiente:

Artículo 42. Aplicación de la presente Ley

[...]

c) El autor del delito sea un nacional de [nombre del Estado] cuya extradición se deniegue en razón de su nacionalidad.

2. [Los tribunales nacionales] también tendrán jurisdicción para determinar las actuaciones judiciales respecto de los delitos a los que se aplica la presente ley cuando:

a) [La víctima/el objeto del delito] sea un nacional de [*introdúzcase el nombre del Estado*] [o tenga residencia permanente en] [o tenga residencia habitual en] [*introdúzcase el nombre del Estado*];

b) El delito sea cometido por un nacional de [*introdúzcase el nombre del Estado*] [o por una persona que tenga residencia permanente en] [o por una persona que tenga residencia habitual en] [*introdúzcase el nombre del Estado*]; o

COMENTARIO

Disposición facultativa.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 15, párrafo 2 a) y b).

La Convención alienta pero no obliga a los Estados partes a que estudien la posibilidad de establecer su jurisdicción respecto de los delitos en una serie de otras situaciones en que puedan resultar perjudicados sus intereses nacionales.

Ejemplo

El siguiente es un extracto de la Ley Modelo contra la Trata de Personas:

1. La presente Ley se aplicará a todos los delitos tipificados en los capítulos V y VI de la presente Ley cometidos fuera del territorio de [nombre del Estado] cuando:

- a) El delito haya sido cometido por un nacional de [nombre del Estado];
 - b) El delito haya sido cometido por una persona apátrida con su residencia habitual en [nombre del Estado] en el momento de la comisión del delito; o
 - c) El delito haya sido cometido contra una víctima que es nacional de [nombre del Estado].
2. La presente Ley se aplicará también a los actos efectuados con miras a cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Ley dentro de [nombre del Estado]⁴².

Ejemplo

El siguiente es un extracto de la Ley Modelo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones:

La presente Ley también se aplicará a todo delito en ella tipificado cuando:

- a) La persona sea un nacional de [o tenga residencia permanente en] [o tenga residencia habitual en] [nombre del Estado];
- b) El autor del delito sea un nacional de [o tenga residencia habitual en] [o tenga residencia permanente en] [nombre del Estado];
- c) El autor del delito sea una persona apátrida con su residencia habitual en [nombre del Estado] en el momento de la comisión del delito;
- d) El delito se cometa en el territorio de [nombre del Estado] con objeto de consumar un delito grave dentro del territorio de [nombre del Estado]; o
- e) El delito se cometa fuera del territorio de [nombre del Estado] pero con el resultado o la intención de que se cometa un delito grave en el territorio de [nombre del Estado]⁴³.

c) El delito sea cometido fuera del territorio de [*introdúzcase el nombre del Estado*] con miras a la comisión de un delito grave dentro del territorio de [*introdúzcase el nombre del Estado*].

COMENTARIO

Disposición facultativa.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 15, párrafo 2 c) i) y ii).

El artículo 15, párrafo 2 c) i) y ii), se aplica solo a los delitos tipificados con arreglo al artículo 5, párrafo 1 (participación en un grupo delictivo organizado), y al artículo 6, párrafo 1 b) ii) (participación en

⁴² *Ley Modelo contra la Trata de Personas* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.09.V.11), pág. 26.

⁴³ *Ley Modelo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones*, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.11.V.9, pág. 61.

el blanqueo del producto del delito, así como asociación y confabulación para cometerlo, intento de cometerlo y ayuda e incitación en aras de su comisión). En consecuencia, es posible que los Estados deseen ampliar su jurisdicción solo respecto de estos delitos cuando se cometan fuera de su territorio con miras a consumarlos dentro de su territorio. Pero también es posible que los Estados deseen ampliar su jurisdicción de esta manera respecto de todos los delitos comprendidos en la Convención (y los Protocolos).

Sección A. Delitos relacionados con la participación en un grupo delictivo organizado

INTRODUCCIÓN

El artículo 5 de la Convención contra la Delincuencia Organizada trata de la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado. En virtud de él, los Estados deben tipificar como delito en su legislación nacional uno de los dos conjuntos de conductas especificados en los incisos i) y ii) del párrafo 1 a) del artículo 5, o ambos, junto con los delitos conexos de la ayuda, la incitación, la organización o la dirección respecto de esos delitos.

Las presentes disposiciones legislativas modelo contienen opciones referentes al delito de confabulación (es decir, el acuerdo de cometer un delito grave) y/o al delito de participación (es decir, la participación efectiva en las actividades de un grupo delictivo organizado). En términos generales, estas dos opciones reflejan diferentes tradiciones jurídicas, la anglosajona y la romanista. El delito de “confabulación” se estableció en los países con tradición jurídica anglosajona. En muchos países con tradición romanista, el concepto de confabulación no está reconocido, ya que la postura general es que la mera planificación de un delito, sin la comisión de un acto deliberado para llevar a la práctica ese plan, no constituye una conducta delictiva. Sin embargo, como lo demuestran los diversos ejemplos de leyes nacionales que se citan a continuación, esta distinción entre las dos tradiciones jurídicas no es absoluta, ya que algunos países tienen leyes en que se mezclan elementos de confabulación (acuerdo de cometer el delito) y asociación (participación en las actividades).

Artículo 7 (opción 1). Confabulación

1. Quien acuerde con una o más personas cometer un delito grave [que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado] con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material, cometerá un delito punible con *[introdúzcase una pena que tenga debidamente en cuenta la gravedad del delito]*.
2. *[Inclúyase solo si así lo exige la legislación nacional]* [Para que una persona pueda ser condenada en virtud del presente artículo, será necesario que, además

del hecho de concertar un acuerdo, uno de los participantes perpetre un acto con el objeto de llevar adelante ese acuerdo.]

COMENTARIO

Disposición facultativa. La Convención exige la aplicación ya sea del inciso i) o del inciso ii) del párrafo 1 a) del artículo 5, o de ambos.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 5, párrafo 5 a) i).

Los elementos del delito especificado en el artículo 5, párrafo 1 a) i), se basan en el delito de confabulación. Como se observa en las *Guías Legislativas*:

Entre los requisitos para la penalización de este delito figura el acuerdo intencionado con una o más personas para cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material. En este delito se penaliza el simple acuerdo de cometer delitos graves con el propósito de obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material⁴⁴.

Los elementos físicos (a veces denominados “actus reus”) y los elementos mentales (a veces denominados “mens rea” o “elementos de intencionalidad”) del delito se indican en el cuadro 2.

En algunos ordenamientos jurídicos, el concepto de la intención (como elemento mental) tiene el significado corriente, en el sentido de que es suficiente que una persona tenga la intención de cometer un acto para que ese acto sea intencional. En otros ordenamientos jurídicos, la intención requiere la conciencia de la ilegalidad del acto (el concepto pertinente es el de *dolus malus*). Esta es una cuestión que debe resolverse con referencia a las tradiciones jurídicas locales.

Cuadro 2. Elementos del delito especificado en el artículo 5, párrafo 1 a) i), de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

| <i>Artículo de la Convención</i> | <i>Elemento físico</i> | <i>Elementos mentales correspondientes</i> |
|----------------------------------|--|--|
| Artículo 5, párrafo 1 a) i) | La concertación de un acuerdo con una o más personas para cometer un delito (acto) grave | El acuerdo se concertó intencionalmente. El acuerdo se concertó con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material. |

⁴⁴*Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, párr. 55, pág. 26.

| <i>Artículo de la Convención</i> | <i>Elemento físico</i> | <i>Elementos mentales correspondientes</i> |
|----------------------------------|--|--|
| Artículo 5, párrafo 1 a) i) | [Cuando así lo exija la legislación nacional, la comisión de un acto (distinto del hecho de concertar el acuerdo) para llevar adelante dicho acuerdo] (por acción u omisión) | |
| Artículo 5, párrafo 3 | [Cuando así lo exija la legislación nacional, la participación de un grupo delictivo organizado] | |

En algunos Estados se requiere un elemento adicional para que pueda demostrarse la existencia de un delito de confabulación (a saber, la comisión, por uno de los participantes, de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo, o la participación de un grupo delictivo organizado). Estos elementos no son necesarios en todos los Estados. El texto entre corchetes puede ser útil en esos Estados.

En el artículo 5, párrafo 3, de la Convención se dispone que, cuando el derecho interno requiera elementos tales como la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado o la participación de un grupo delictivo organizado, los Estados deberán velar por que los delitos tipificados para dar efecto al artículo 5, párrafo 1, abarquen todos los delitos graves en que participen grupos delictivos organizados. Además, en el artículo 5, párrafo 3, se dispone que los Estados partes que requieren esos elementos deberán haber dado notificación de ello al Secretario General en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación.

El artículo 5 debe leerse conjuntamente con el artículo 11, párrafo 1, en virtud del cual los delitos comprendidos en la Convención deben penalizarse con sanciones que tengan en cuenta la gravedad del delito. Asimismo, el artículo 5 debe leerse junto con el artículo 26, párrafos 2 y 3, en que se establece que los Estados podrán considerar la posibilidad de mitigar las penas o de conceder inmunidad judicial o clemencia a las personas que cooperen con las autoridades. Estas medidas son facultativas y dependen de las tradiciones⁴⁵.

Ejemplo

La Ley de Derecho Penal de 1977 del Reino Unido tipifica el siguiente delito de confabulación:

1 El delito de confabulación

- 1) Con sujeción a las siguientes disposiciones de esta parte de la presente Ley, quien acuerde con una o más personas adoptar una línea de conducta que, si el acuerdo se lleva a efecto conforme a las intenciones de las partes,

⁴⁵ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, págs. 95 y 96.

- a) supondrá o entrañará necesariamente la comisión de uno o varios delitos por una o más partes en el acuerdo, o
- b) tendría esas consecuencias si no fuera por la existencia de hechos que hacen imposible la comisión del delito o de alguno de los delitos,

será culpable de confabulación para cometer el delito o los delitos en cuestión.

2) Cuando pueda incurrirse en responsabilidad por un delito y la persona que lo cometa no tenga conocimiento de algún hecho o circunstancia particular que sea necesario para la comisión del delito, la persona no será culpable de confabulación para cometer ese delito en virtud del párrafo 1 *supra* salvo que ella misma y por lo menos otra parte en el acuerdo entiendan o sepan que ese hecho o circunstancia existirá o deberá existir en el momento en que tenga lugar la conducta que constituya el delito.

Ejemplo

El Código Penal del Canadá tipifica el siguiente delito de confabulación, que abarca delitos graves, junto con un delito que tiene más bien el carácter de participación en un grupo delictivo organizado (incluido en el comentario sobre esta cuestión).

Confabulación

465. 1) A menos que la ley disponga expresamente otra cosa, se aplicarán las siguientes disposiciones con respecto a la confabulación:

- a) Quien se confabule con alguien para cometer un asesinato o provocar el asesinato de otra persona, ya sea en el Canadá o en otro lugar, será culpable de un delito grave punible con una pena máxima de reclusión a perpetuidad;
- b) Quien se confabule con alguien para enjuiciar a una persona por la comisión de un presunto delito a sabiendas de que esa persona no cometió el delito, será culpable de un delito grave punible con:
 - i) una pena de prisión por un período no superior a diez años, si el presunto delito, en caso de condena, hubiera sido punible con la reclusión a perpetuidad o con una pena de hasta catorce años de cárcel; o
 - ii) una pena de prisión por un período no superior a cinco años, si el presunto delito, en caso de condena, hubiera sido punible con una pena de menos de catorce años de cárcel;
- c) Quien se confabule con alguien para cometer un delito grave no previsto en los apartados a) o b) *supra* será culpable de un delito grave punible con la misma pena que la que se impondría, en caso de que fuera condenado, a un acusado culpable de ese delito;
- d) Quien se confabule con alguien para cometer un delito menor punible por procedimiento sumario será culpable de un delito punible por procedimiento sumario.

Artículo 7 (opción 2). Asociación para delinquir

1. Quien participe intencionalmente y de forma activa en las actividades delictivas de un grupo delictivo organizado, a sabiendas de la finalidad y actividad general de dicho grupo o de su intención de cometer los delitos en cuestión, cometerá un delito punible con [*introdúzcase una pena que tenga debidamente en cuenta la gravedad del delito*].

2. Quien participe intencionalmente y de forma activa en [otras] actividades de un grupo delictivo organizado:

a) a sabiendas de la finalidad y actividad general de dicho grupo o de su intención de cometer los delitos en cuestión, y

b) a sabiendas de que sus acciones u omisiones contribuirán al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

cometerá un delito punible con [*introdúzcase una pena que tenga debidamente en cuenta la gravedad del delito*].

3. Las acciones u omisiones en que se incurra a los fines del [párrafo 2] no tendrán que ser ilegales de por sí.

COMENTARIO

Disposición facultativa. La Convención contra la Delincuencia Organizada exige la aplicación ya sea del inciso i) o del inciso ii) del párrafo 1 a) del artículo 5, o de ambos.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 5, párrafo 1 a) ii).

El tipo de delito que se especifica en el artículo 5, párrafo 1 a) ii), puede ser más acorde o adecuado en el caso de los países cuya legislación no reconoce la confabulación o no permite la penalización de un simple acuerdo para cometer un delito⁴⁶. El elemento de intencionalidad de las subcategorías de delitos especificadas en el artículo 5, párrafo 1 a) ii) a y b, es diferente. Como se observa en las *Guías Legislativas*:

En cuanto al segundo tipo de delito, es decir, la asociación para delinquir, el elemento de intencionalidad requerido es el conocimiento general de la índole delictiva del grupo o, por lo menos, de uno de sus objetivos o actividades delictivas. En el caso de participación en actividades delictivas, el elemento de intencionalidad de la actividad en cuestión también se aplicaría.

⁴⁶*Ibid.*, pág. 26.

Por ejemplo, la participación activa en un secuestro o en la obstrucción de la justicia exigiría el elemento de intencionalidad para esos delitos.

En el caso de participación en actividades que no son delictivas sino de apoyo, un requisito adicional es el conocimiento de que esa participación contribuirá al logro de una finalidad delictiva del grupo⁴⁷.

Los elementos físicos (a veces denominados “actus reus” o “elementos externos”) y mentales (a veces denominados “mens rea” o “elementos de intencionalidad”) de los delitos indicados en el artículo 5, párrafo 1 a) ii), se exponen con más detalle en el cuadro 3.

Cuadro 3. Elementos del delito especificado en el artículo 5, párrafo 1 a) ii), de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

| <i>Artículo de la Convención</i> | <i>Elemento físico</i> | <i>Elementos mentales correspondientes</i> |
|----------------------------------|---|---|
| Artículo 5, párrafo 1 a) ii) a | Por acción u omisión, participar activamente en actividades delictivas del grupo delictivo organizado. | La acción u omisión es intencional y se produce a sabiendas del carácter delictivo del grupo o de sus actividades u objetivos delictivos. |
| Artículo 5, párrafo 1 a) ii) b | Por acción u omisión, participar activamente en otras actividades (no delictivas) del grupo delictivo organizado. | La acción u omisión es intencional y se produce a sabiendas de que la participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva. |

El párrafo 1 de este proyecto de artículo tiene por objeto dar aplicación al artículo 5, párrafo 1 a) ii) a, de la Convención. Una disposición de este tipo abarcará, por ejemplo, a los miembros de un grupo delictivo organizado que estén preparándose para cometer alguna forma de delito grave.

Los párrafos 2 y 3 de este proyecto de artículo tienen por objeto dar aplicación al artículo 5, párrafo 1 a) ii) b, de la Convención. Un delito de esta índole incluiría, por ejemplo, la conducta de una persona que alquile una propiedad o una habitación de hotel a delincuentes o que preste servicios de teneduría de libros a un grupo delictivo organizado, a condición de que la persona sepa que con esa conducta está apoyando las actividades del grupo delictivo organizado.

El artículo 5 debe leerse conjuntamente con el artículo 11, párrafo 1, en virtud del cual los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 deben penalizarse con sanciones que tengan en cuenta la gravedad del delito.

Asimismo, el artículo 5 debe leerse junto con el artículo 26, párrafos 2 y 3. Los Estados tal vez de- seen considerar la posibilidad de mitigar las penas o de conceder inmunidad judicial o clemencia a las

⁴⁷ *Ibid.*

personas que cooperen con las autoridades. Estas medidas son facultativas y dependen de la tradición jurídica del Estado⁴⁸.

Ejemplo

El Título V del Código Penal de Francia tipifica un delito de participación en una asociación delictiva en que se hace referencia a una confabulación pero también se requiere algún "hecho material".

Título V. Participación en una asociación delictiva

Artículo 450-1

Constituye una asociación delictiva toda agrupación formada o acuerdo establecido para la preparación, caracterizada por uno o varios hechos materiales, de uno o varios delitos graves o de una o varias infracciones penales castigados con al menos cinco años de prisión.

Cuando los delitos contemplados sean delitos graves o infracciones penales castigados con diez años de prisión, la participación en una asociación delictiva será castigada con diez años de prisión y multa de 150.000 euros.

Cuando los delitos contemplados sean delitos graves castigados con al menos cinco años de prisión, la participación en una asociación delictiva será castigada con cinco años de prisión y multa de 75.000 euros⁴⁹.

Ejemplo

El Código Penal (R.S.C., 1985) del Canadá tipifica un delito de participación en actividades de una organización delictiva:

Participación en actividades de una organización delictiva

467.11 1) Toda persona que, con el propósito de aumentar la capacidad de una organización delictiva de facilitar o cometer un delito grave o muy grave con arreglo a esta o a cualquier otra ley, a sabiendas, por acción u omisión, participe en cualquier actividad de la organización delictiva o contribuya a ella, será culpable de un delito grave punible con una pena de hasta cinco años de cárcel.

Proceso

2) En un proceso por un delito comprendido en el párrafo 1), no será necesario que el fiscal demuestre que:

- a) la organización delictiva facilitó realmente o cometió un delito grave;
- b) la participación o contribución del acusado aumentó efectivamente la capacidad de la organización delictiva para cometer un delito grave o facilitarlo;

⁴⁸ *Ibid.*, págs. 95 y 96.

⁴⁹ Disponible en francés en www.legifrance.gouv.fr/content/download/1957/13715/version/4/file/Code_33.pdf.

- c) el acusado conocía la naturaleza específica de cualquier delito grave que pueda haber facilitado o cometido la organización delictiva; o
- d) el acusado conocía la identidad de alguna de las personas que constituían la organización delictiva.

Factores

- 3) Al determinar si un acusado participa en alguna actividad de alguna organización delictiva o contribuye a ella, el Tribunal podrá considerar, entre otros factores, si el acusado:
- a) utiliza un nombre, palabra, símbolo u otra representación que lo identifica con la organización delictiva o lo asocia a ella;
 - b) está asociado frecuentemente con alguna de las personas que constituyen la organización delictiva;
 - c) recibe algún beneficio de la organización delictiva; o
 - d) participa repetidamente en actividades por orden de alguna de las personas que constituyen la organización delictiva.

Ejemplo

El Código Penal de Italia tipifica el siguiente delito de participación en una organización de tipo mafioso:

Artículo 416 bis. Asociación de tipo mafioso

Cualquier persona que forme parte de una asociación de tipo mafioso constituida por tres o más personas será sancionada con una pena de tres a seis años de cárcel.

Los que promuevan, dirijan u organicen la asociación serán castigados, por ese hecho solamente, con una pena de cuatro a nueve años de reclusión.

Se considera que una asociación es de tipo mafioso cuando los que participan en ella se aprovechan del poder de intimidación que genera el vínculo de asociación y de la condición de sumisión y silencio (*omertà*) que de ello se deriva para cometer delitos, adquirir directa o indirectamente la gestión o, en cualquier otro modo, el control de actividades económicas, concesiones, autorizaciones, adjudicaciones de contratos públicos y servicios públicos, obtener ganancias o ventajas ilícitas para sí o para otros, impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto, u obtener votos para sí mismos o para otros con motivo de una elección.

Si la asociación es de tipo armado, la pena será un período de reclusión de cuatro a diez años en los casos previstos en el primer párrafo y de cinco a 15 años en los casos previstos en el segundo párrafo.

Se considera que una asociación es de tipo armado cuando los participantes disponen de armas o explosivos para lograr los fines de la asociación, aun cuando estén ocultos o depositados en otra parte.

Si las actividades económicas que los participantes en la asociación tienen la intención de controlar o de seguir controlando están financiadas total o parcialmente con el precio, el producto o la ganancia de delitos, las penas establecidas en los párrafos anteriores se aumentarán en un período de entre un tercio y la mitad.

En todos los casos se procederá al decomiso de las cosas que se utilizaron o estaban destinadas a ser utilizadas para la comisión del delito y de las cosas que representan el precio, el producto o la ganancia de dicho delito, o su utilización.

Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a la Camorra y a otras asociaciones, cualquiera que sea su denominación local, que sirviéndose del poder intimidatorio que generan los vínculos de la asociación, persigan fines que corresponden a los de las asociaciones de tipo mafioso.

Ejemplo

El Código Penal de Italia contiene una descripción de la asociación para delinquir:

Artículo 416. Asociación para delinquir

Cuando tres o más personas se asocien con la finalidad de cometer más de un delito, los que promuevan o constituyan u organicen la asociación serán castigados, por ese hecho solamente, con una pena de reclusión de tres a siete años.

Por el solo hecho de participar en la asociación, la pena será un período de reclusión de uno a cinco años.

Los dirigentes estarán sujetos a la misma pena que los promotores.

Si los participantes en la asociación hacen redadas con armas en el campo o en las carreteras, el período de la reclusión será de cinco a 15 años.

La pena aumentará si el número de participantes en la asociación es de diez o más⁵⁰.

Ejemplo

El Código Penal de 1997 de la República de Polonia contiene las siguientes disposiciones sobre los "grupos delictivos":

Artículo 258

§1. Toda persona que participe en un grupo organizado o asociación cuyo propósito sea la comisión de delitos será sancionada con una pena de privación de libertad de hasta tres años.

§2. Si el grupo o asociación especificado en § 1 tiene las características de una organización armada, el autor será sancionado con una pena de privación de libertad de entre tres meses y cinco años.

⁵⁰Disponible en italiano en <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

§3. Toda persona que instituya el grupo o asociación especificado en § 1 o 2, o que dirija tal grupo o asociación, será sancionada con una pena de privación de libertad por un período de entre seis meses y ocho años⁵¹.

Ejemplo

La Ley de Justicia Penal de 2006 de Irlanda, en su versión modificada en 2009, tipifica un delito de participación en la actividad de una organización delictiva o de contribución a ella:

Artículo 72:

Delito de participación en ciertas actividades o de contribución a ellas.

1) Será culpable de delito quien, a sabiendas de la existencia de la organización a que se hace referencia en este párrafo, participe en cualquier actividad (ya sea que constituya delito o no) o contribuya a ella:

a) con la intención:

i) de aumentar la capacidad de una organización delictiva o de cualquiera de sus miembros de cometer un delito grave, o

ii) de facilitar la comisión por una organización delictiva o por cualquiera de sus miembros de un delito grave, o

b) despreocupándose en forma irresponsable de que esa participación o contribución pueda:

i) aumentar la capacidad de una organización delictiva o de cualquiera de sus miembros de cometer un delito grave, o

ii) facilitar la comisión, por una organización delictiva o por cualquiera de sus miembros, de un delito grave.

2) Quien sea culpable de un delito en virtud del presente artículo podrá ser condenado a una multa o a una pena de prisión de hasta 15 años, o a ambas.

3) La referencia, en el párrafo 1, a la comisión de un delito grave comprende la comisión, en un lugar no perteneciente al Estado, de un acto que constituya un delito grave con arreglo a la legislación de ese lugar y que, si se perpetrara en el Estado, constituiría un delito grave.

4) En el proceso por un delito previsto en el presente artículo no será necesario que el fiscal demuestre que:

a) la organización delictiva de que se trate o cualquiera de sus miembros cometió efectivamente, según el caso:

i) un delito grave en el Estado, o

⁵¹Disponible en inglés y polaco en <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/10>.

- ii) un delito grave con arreglo a la legislación de un lugar no perteneciente al Estado si el acto que constituye el delito constituiría, de haberse perpetrado en el Estado, un delito grave,
- b) la participación o contribución del acusado efectivamente:
 - i) aumentó la capacidad de la organización delictiva o de cualquiera de sus miembros de cometer un delito grave, o
 - ii) facilitó la comisión, por la organización delictiva o por cualquiera de sus miembros, de un delito grave, o
- c) el acusado conocía la índole específica del delito a que se hace referencia en el párrafo 1 a) o b)⁵².

Artículo 8. Ayuda, incitación, organización o dirección en aras de la comisión de un delito grave

1. Cometerá un delito la persona que intencionalmente organice, dirija, ayude, incite, preste asesoramiento o instigue a otras personas para que cometan un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado, o que facilite su comisión.
2. La pena por organizar o dirigir ese delito será [*introdúzcase una pena apropiada por el desempeño de una función rectora en la comisión de un delito*].
3. La pena por ayudar, incitar, prestar asesoramiento o instigar a otras personas para que cometan ese delito, o por facilitar su comisión será [*introdúzcase una pena apropiada por el desempeño de una función de apoyo en la comisión de un delito*].

COMENTARIO

Disposición obligatoria.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 5, párrafo 1 b).

La tipificación de un delito de esta naturaleza tiene por objeto asegurar, por ejemplo, la responsabilidad de los dirigentes de organizaciones delictivas que solo imparten las órdenes pero no participan

⁵²Para obtener más información al respecto, véase <http://www.irishstatutebook.ie/pdf/2009/en.act.2009.0032.pdf>

personalmente en la perpetración de los delitos en cuestión⁵³. Es importante señalar que el artículo 5, párrafo 1 b), se aplica a todo delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado. Ese tipo penal podría aplicarse, por ejemplo, a la persona que organice un homicidio u otro delito grave en que participe un grupo delictivo organizado.

El artículo 5 debe leerse junto con el artículo 11, párrafo 1, en el que se dispone que los delitos tipificados con arreglo al artículo 5, entre otros artículos, se penalizarán con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.

Además, el artículo 5 debe leerse junto con el artículo 26, párrafos 2 y 3. Los Estados tal vez deseen considerar la posibilidad de mitigar las penas y de conceder inmunidad judicial o clemencia a las personas que cooperen con las autoridades. Esta decisión es facultativa, y dependerá de la tradición jurídica de cada Estado⁵⁴.

Tal vez los redactores deseen introducir una disposición independiente sobre la “organización y dirección”, para distinguirla de la “ayuda e incitación”, en que el grado de culpabilidad puede ser diferente. Es importante también que los redactores verifiquen si existe ya o no en la legislación general una disposición relativa a los responsables de la organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento respecto de la comisión de un delito.

Ejemplo

Código Penal (R.S.C., 1985) - Canadá

Orden de cometer un delito en beneficio de una organización delictiva

467.13 1) Toda persona que sea miembro de una organización delictiva y que a sabiendas ordene, directa o indirectamente, a otra persona que cometa un delito previsto en esta o en cualquier otra ley en beneficio o por orden de la organización delictiva, o en asociación con ella, será culpable de un delito grave punible con la reclusión a perpetuidad.

Enjuiciamiento

2) En un proceso por un delito comprendido en el párrafo 1, no será necesario que el fiscal demuestre que:

- a) se cometió realmente un delito distinto del delito comprendido en el párrafo 1;
- b) el acusado ordenó a una determinada persona que cometiera un delito; o
- c) el acusado conocía la identidad de todas las personas que constituían la organización delictiva⁵⁵.

⁵³ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 27.

⁵⁴ *Ibid.*, págs. 95 y 96.

⁵⁵ Véase <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-221.html#docCont>.

Ejemplo

En la Ley del Código Penal de Australia (Commonwealth) se tipifican delitos relativos al acto de “apoyar” a una organización delictiva. Ello puede revestir interés en relación con el requisito de prever la “facilitación” de la comisión de un delito grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 1 *b)*, de la Convención contra la Delincuencia Organizada:

390.4 Apoyo a una organización delictiva

- 1) Una persona comete un delito si:
 - a) presta apoyo material o suministra recursos a una organización o a un miembro de una organización; y
 - b) i) o bien ese apoyo o esos recursos ayudan a la organización;
 - ii) o bien existe el riesgo de que ese apoyo o esos recursos ayuden a la organización a realizar actos que constituyan delito conforme a cualquier ley; y
 - c) la organización está integrada por dos o más personas; y
 - d) los objetivos y las actividades de la organización comprenden la facilitación o ejecución de conductas que constituyan delito con arreglo a cualquier ley y que redunden o que redundarían, de materializarse, en beneficio de la organización; y
 - e) el delito que contravenga cualquier ley a que se hace referencia en el apartado *d)* es punible con reclusión por un mínimo de tres años; y
 - f) el delito que contravenga cualquier ley a que se hace referencia en el apartado *b)* está previsto en la Constitución y se sanciona con pena de prisión por un período mínimo de 12 meses.

Pena: Cinco años de reclusión.

- 2) El principio de responsabilidad objetiva se aplica a los delitos previstos en el párrafo 1, apartados *e)* y *f)*.

Nota: La responsabilidad objetiva se examina en la sección 6.2.

- 3) Para despejar dudas, podrá condenarse a una persona por el delito previsto en el párrafo 1 en razón del riesgo de que el apoyo o los recursos ayuden a la organización señalada en el párrafo 1 *b)*, incluso si ese apoyo o esos recursos no ayudan efectivamente a la organización a realizar los actos indicados.

Artículo 9. Demostración de la intención mediante pruebas indirectas

En el caso de los delitos previstos en este capítulo, el conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo mencionados respecto de cada delito podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

COMENTARIO

Disposición facultativa.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 5, párrafo 2.

Es posible que en algunos ordenamientos jurídicos, la legislación nacional en vigor sobre la prueba (o el procedimiento penal) ya deje en claro que puede recurrirse a pruebas indirectas para demostrar la existencia de elementos mentales como la intención. Sin embargo, si ello no está bien establecido en el ordenamiento jurídico, los Estados partes deben velar por que se aplique ese principio.

Ejemplos

Ley de Justicia Penal de 1967 (Reino Unido), Artículo 8 - Demostración de la intención delictiva

Para determinar si una persona ha cometido un delito, el tribunal o el jurado:

- a) no deberá por ley inferir que esa persona preveía o se proponía lograr un determinado resultado de sus actos únicamente por el hecho de que tal resultado fuese una consecuencia natural y probable de esos actos, sino que
- b) decidirá si la persona preveía o se proponía lograr ese resultado remitiéndose a todas las pruebas y extrayendo de ellas todas las inferencias que le parezcan correctas en las circunstancias del caso.

Sección B. Delitos relacionados con la obstrucción de la justicia

Artículo 10. Obstrucción de la justicia

La persona que, en un proceso en relación con cualquiera de los delitos comprendidos en las presentes disposiciones legislativas modelo, use la fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la entrega de un regalo, concesión u otro beneficio indebido con el fin de:

- a) Inducir a falso testimonio;
- b) Obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas; o
- c) Interferir de cualquier otra forma en las funciones de los organismos encargados de hacer cumplir la ley, la fiscalía o las autoridades judiciales en el curso de la justicia;

cometerá un delito punible con *[introdúzcase una pena que tenga debidamente en cuenta la gravedad del delito]*.

COMENTARIO

Disposición obligatoria.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 23.

En el artículo 23 se exige a los Estados partes que tipifiquen como delito la conducta que suponga una obstrucción de la justicia. Como se señala en las *Guías Legislativas*, la referencia a un “proceso” que figura en el artículo 23, apartado *a*), tiene por objeto abarcar todas las actuaciones oficiales de la autoridad pública, lo que puede incluir la etapa prejudicial de un caso⁵⁶. En otras palabras, los Estados partes tienen la obligación de tipificar como delito la conducta que suponga la obstrucción de la justicia durante el juicio, pero también en la etapa prejudicial, lo que podría incluir la obstrucción de una investigación.

Como se observa en las *Guías Legislativas*, los Estados partes en la Convención contra la Delincuencia Organizada han de velar por que las leyes nacionales destinadas a dar aplicación al artículo 23 se apliquen a la obstrucción del curso de la justicia en todos los procesos relacionados con los delitos comprendidos en la Convención. Así pues, las leyes nacionales destinadas a aplicar los apartados *a*) y *b*) del artículo 23 deben aplicarse a la obstrucción de la justicia en relación con:

- a*) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención;
- b*) Otros delitos graves tipificados por los Estados partes interesados; y
- c*) Los delitos tipificados con arreglo a alguno de los tres Protocolos en que los Estados partes interesados sean también parte⁵⁷.

El artículo 23 ha de leerse conjuntamente con el artículo 11, párrafo 1, en el que se estipula que los delitos tipificados con arreglo al artículo 23, entre otros, deberán penalizarse con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de los delitos.

Además, el artículo 11, párrafo 1, debe leerse junto con el artículo 26, párrafos 2 y 3. Los Estados tal vez deseen considerar la posibilidad de mitigar las penas o conceder inmunidad judicial o clemencia a quienes cooperen con las autoridades. Esta medida es facultativa y dependerá de la tradición jurídica del Estado⁵⁸.

La formulación que aquí se presenta tiene por objeto incluir las situaciones que entrañen la intimidación de los jurados, periodistas judiciales, traductores y demás personas que puedan estar relacionadas con la administración de justicia, como los periodistas que revelen un caso.

Es importante tener en cuenta que el texto que aquí se presenta para dar respuesta a la obligación de tipificar como delito la obstrucción de la justicia tendrá probablemente que ser complementado con otros delitos conexos, como el perjurio (que puede existir ya en muchos sistemas jurídicos), la

⁵⁶ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 94.

⁵⁷ *Ibid.*, pág. 94.

⁵⁸ *Ibid.*, págs. 95 y 96.

prestación de falso testimonio o la comisión de otros actos tendientes a manipular o influenciar el curso de la justicia.

Dependiendo de que el término se recoja o no con suficiente claridad en la legislación nacional, tal vez sea necesario definir con mayor precisión qué constituye un “beneficio indebido”. Ese concepto aparece también en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En la *Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* se señala que “un beneficio indebido puede ser algo tangible o intangible, pecuniario o no pecuniario”.

En la *Guía Legislativa* se señala además que:

El beneficio indebido no tiene que concederse inmediata ni directamente a un funcionario público del Estado. Podrá prometerse, ofrecerse o concederse directa o indirectamente. El regalo, la concesión u otro beneficio podrá otorgarse a otra persona, como un familiar, o a una organización política. Algunas leyes nacionales podrán abarcar la promesa y el ofrecimiento en disposiciones referentes a la tentativa de soborno. Si éste no es el caso, será necesario incluir expresamente la promesa (que implica un acuerdo entre sobornador y sobornado) y el ofrecimiento (que no supone el acuerdo del potencial sobornado). El beneficio indebido o el soborno deben guardar relación con las funciones oficiales del sobornado⁵⁹.

Cuadro 4. Elementos del delito especificado en el artículo 23 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

| <i>Artículo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional</i> | <i>Elemento físico</i> | <i>Elementos de intencionalidad correspondientes</i> |
|---|---|--|
| Art. 23, apartado a) | Uso de la fuerza, amenaza, intimidación o promesa, ofrecimiento o entrega de un beneficio indebido a una persona. | La conducta es intencional y tiene por objeto inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con un delito comprendido en la Convención. |

⁵⁹ *Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.06.IV.16), párr. 197.

| <i>Artículo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional</i> | <i>Elemento físico</i> | <i>Elementos de intencionalidad correspondientes</i> |
|---|--|---|
| Art. 23, apartado b) | Uso de la fuerza, amenazas o intimidación. | La conducta es intencional y tiene por objeto obstaculizar el desempeño de las funciones de los organismos encargados de hacer cumplir la ley, la fiscalía o las autoridades judiciales en relación con un delito comprendido en la Convención. |

Ejemplo

En el Código Penal del Brasil, título XI – Delitos contra la administración pública, capítulo III – Delitos contra la administración de justicia se tipifican los delitos que se enumeran a continuación⁶⁰:

Artículo 343. Entregar, ofrecer o prometer dinero o cualquier otro beneficio a un testigo, experto, contable, traductor o intérprete para inducirle a que preste falso testimonio, niegue la verdad o no diga la verdad en una audiencia, informe pericial, cálculo, traducción o interpretación:

Pena – Prisión de tres a cuatro años y multa.

Las penas se incrementarán entre un sexto y un tercio si el delito se comete con la intención de obtener pruebas que hayan de utilizarse en un procedimiento penal o en un procedimiento civil en el que uno de los litigantes sea la administración pública.

Coacción en el curso de un proceso

Artículo 344. Emplear la violencia, o amenazar con emplearla, con el fin de satisfacer los intereses propios o de otro, contra la autoridad, una de las partes (litigante) o cualquier otra persona que inter venga o haya de intervenir en un procedimiento judicial, investigación policial, procedimiento administrativo o arbitraje.

Pena – Prisión de uno a cuatro años y multa, aparte de la pena que corresponda al acto de violencia que se haya perpetrado.

Fraude de procedimiento

Artículo 347. Modificar artificialmente, durante un proceso civil o administrativo, el estado de un lugar, cosa o persona, con el fin de inducir a error al juez o perito.

Pena – Prisión de tres meses a dos años y multa.

Las penas se duplicarán si la modificación está destinada a tener efecto en un proceso penal, incluso si este no se hubiera iniciado todavía.

⁶⁰Traducción de una versión no oficial en inglés.

Ejemplo

En el Código Penal del Canadá, R.S.C. 1985, c C-46, se tipifican los delitos que se enumeran a continuación:

Artículo 423. Intimidación

423.1

- 1) Estarán prohibidos, salvo que se cuente con autorización legítima, los comportamientos mencionados en el párrafo 2 con la intención de provocar temor:
 - a) a un grupo de personas o al público en general a fin de impedir la administración de la justicia penal;
 - b) a una persona vinculada al sistema de justicia a fin de impedir el ejercicio de sus atribuciones;
 - c) a un periodista a fin de impedir la difusión de información relativa a una organización delictiva.
- 2) Los comportamientos a que se hace referencia en el párrafo 1 consisten en:
 - a) utilizar la violencia contra un participante en el sistema judicial o un periodista o contra alguien que sea conocido de alguno de ellos, o destruir o causar daños a los bienes de alguna de esas personas;
 - b) amenazar con realizar la conducta descrita en el apartado a) en el Canadá o en otra parte;
 - c) seguir persistente o repetidamente a un participante en el sistema judicial o a un periodista, o a alguien que sea conocido de alguno de ellos, incluido el seguimiento de esa persona por carretera, con alteración del orden público;
 - d) ponerse en comunicación repetidamente, de manera directa o indirecta, con un participante en el sistema judicial o un periodista, o con alguien que sea conocido de alguno de ellos; y
 - e) vigilar u observar el lugar donde un participante en el sistema judicial o un periodista o alguien que sea conocido de alguno de ellos reside, trabaja, va a la escuela, realiza sus actividades, o casualmente se encuentra.
- 3) Toda persona que contravenga este artículo será culpable de un delito grave punible con una pena de hasta 14 años de cárcel⁶¹.

⁶¹Véase <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-192.html#docCont>.

Ejemplo

En el Código Penal de Francia se tipifican los delitos que se enumeran a continuación:

Artículo 434-8 del Código Penal (Ordenanza núm. 2000-916 de 19 de septiembre de 2000, artículo 3, Diario Oficial de 22 de septiembre de 2000; entró en vigor el 1 de enero de 2002)

Toda amenaza o todo acto de intimidación cometido hacia un magistrado, un jurado o persona integrante de un órgano jurisdiccional, un árbitro, un intérprete, un perito o el abogado de una parte con el fin de influir en su comportamiento en el ejercicio de sus funciones será castigado con tres años de prisión y multa de 45.000 euros.

Artículo 433-3 La amenaza de cometer un delito contra las personas o la propiedad pronunciada contra un juez, un jurado, un abogado, un miembro de la Gendarmería Nacional, un funcionario de la Policía Nacional, del Servicio de Aduanas o de la Administración Penitenciaria o cualquier otra persona investida de autoridad pública en el ejercicio de sus funciones o a causa de las funciones que desempeña, siempre que el autor conozca la condición de esas personas, se castigará con una pena de dos años de prisión y multa de 30.000 euros.

Las mismas penas se aplicarán cuando las amenazas se dirijan contra el cónyuge, los ascendientes o descendientes en línea directa de las personas que se mencionan en los dos primeros párrafos, o contra cualquier persona que resida habitualmente en su domicilio, cuando esas amenazas estén motivadas por las funciones que desempeñan esas personas.

La pena se incrementará hasta cinco años de prisión y 75.000 euros de multa cuando se pronuncie una amenaza de muerte o de ataque contra la propiedad que entrañe un peligro para las personas.

Las amenazas, el uso de la violencia o cualquier otro acto de intimidación que se emplee para conseguir que una de las personas mencionadas en los párrafos primero o segundo realice o se abstenga de realizar una parte de su deber, misión o mandato o un acto facilitado por su deber, misión o mandato o cometa un abuso de su autoridad, real o supuesta, con el fin de obtener de una autoridad o administración pública una distinción, empleo, contrato o cualquier otra decisión favorable, serán castigadas con pena de diez años de prisión y multa de 150.000 euros.

Artículo 434-15 (Ordenanza núm. 2000-916, de 19 de septiembre de 2000, artículo 3, Diario Oficial de 22 de septiembre de 2000; entró en vigor el 1 de enero de 2002). El hecho de usar promesas, ofertas, presentes, presiones, amenazas, vías de hecho, maniobras o artificios en el curso de un procedimiento o ante una demanda o una defensa judicial con el fin de persuadir a otros, bien a hacer o bien a entregar una deposición o una declaración o un atestado falsos, bien a abstenerse de hacer o entregar una deposición, una declaración o un atestado, será castigado con tres años de prisión y multa de 45.000 euros, incluso si el soborno no se vio seguido de efectos.

Artículo 434-5 (Ordenanza núm. 2000-916, de 19 de septiembre de 2000, artículo 3, Diario Oficial de 22 de septiembre de 2000; entró en vigor el 1 de enero de 2002). La amenaza o cualquier otra forma de intimidación dirigida contra una persona con el fin de persuadir a la víctima de un

delito o falta de que no presente una denuncia o de que la retire, se castigará con una pena de tres años de prisión y multa de 45.000 euros⁶².

Ejemplo

En la Ley de Protección, Seguridad y Beneficios de los Testigos de Filipinas (Ley de la República núm. 6981), artículo 17, pena correspondiente al acoso de un testigo, se establece lo siguiente:

Cualquier persona que acose a un testigo y de esa manera obstaculice, retrase o impida que un testigo adopte las medidas siguientes, o lo disuada de hacerlo:

- a) Comparecer o testificar ante un órgano judicial o cuasi judicial o autoridad investigadora;
- b) Notificar a un miembro de los organismos encargados de hacer cumplir la ley o a un juez la comisión o posible comisión de un delito o la violación de las condiciones de la libertad condicional, bajo palabra o en espera de procedimiento judicial;
- c) Hacer detener a otra persona en relación con el delito;
- d) Hacer que se instruya un procedimiento penal, o un procedimiento de revocación de la libertad condicional o bajo palabra; o
- e) Obtener y disfrutar los derechos y beneficios derivados de la presente Ley, o intente hacerlo, será castigada con una multa de hasta tres mil (3.000,00) pesos o una pena de prisión de seis meses a un año, o ambas, y si se tratara de un servidor público, se le impondrá también la pena accesoria de inhabilitación a perpetuidad para el desempeño de un cargo público.

Sección C. Penas y consideraciones a la hora de dictar sentencia

Artículo 11. Penas y consideraciones a la hora de dictar sentencia

1. Al imponer una condena a una persona declarada culpable de un delito al que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo, el tribunal podrá tener en cuenta los siguientes elementos:

⁶² Puede consultarse en inglés en www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations.

a) Las condenas anteriores por [uno de los delitos contemplados en las presentes disposiciones legislativas modelo] [o un delito grave] en otro [Estado];

b) El hecho de que la persona haya cooperado voluntariamente facilitando información o ayudando de cualquier otro modo a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a investigar e instruir causas por otros delitos a los que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo.

2. Al imponer una condena por un delito al que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo, además de cualquier otra sanción establecida en la presente ley o en cualquier otra, el juez podrá ordenar cualquiera de las medidas que se enumeran a continuación:

a) La prohibición [con carácter permanente] [por un período máximo de [...] años] del ejercicio, directo o indirecto, de una o más actividades sociales o profesionales, también en relación con el ejercicio de un cargo público;

b) La exclusión de las licitaciones públicas [y/o] del derecho a percibir prestaciones o ayudas públicas;

c) La inhabilitación [temporal] [permanente] para participar en la contratación pública;

d) La inhabilitación [temporal] [permanente] para actuar como director de personas jurídicas constituidas en [*introdúzcase el nombre del Estado*];

e) La inhabilitación [temporal] [permanente] para la práctica de otras actividades comerciales;

f) La inhabilitación [temporal] [permanente] para trabajar como abogado, fedatario público, consultor fiscal o contable;

g) La publicación de la sentencia;

h) [Cualquier otra medida no privativa de libertad que proceda].

3. Lo establecido en el presente artículo no prejuzgará la responsabilidad penal de las personas jurídicas que hubieran infringido las disposiciones penales contenidas en las presentes disposiciones legislativas modelo.

COMENTARIO

Disposición facultativa.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículos 11, párrafo 1; 22; 26, párrafos 1 y 2; y 31, párrafo 2.

Como se señala en las *Guías Legislativas*, los delitos se penalizarán con sanciones que tengan en cuenta su gravedad (Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 11, párrafo 1). Los Estados tal vez deseen considerar la posibilidad de mitigar las penas y conceder inmunidad judicial o clemencia a quienes cooperen con las autoridades (Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 26, párrafos 2 y 3). Esas medidas son facultativas y dependen de las tradiciones jurídicas de los Estados⁶³.

En el artículo 31 se exige a los Estados partes que, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, reduzcan las oportunidades de que dispongan los grupos delictivos organizados para participar en mercados lícitos. En el artículo 31, párrafo 2, se establece que esas medidas deberán centrarse, entre otras cosas, en la prevención de la utilización indebida de licitaciones públicas, la prevención de la utilización indebida de personas jurídicas, y la inhabilitación de las personas condenadas por delitos comprendidos en la Convención para actuar como directores de personas jurídicas constituidas en su jurisdicción.

La disposición que contiene el artículo 22 es de carácter facultativo. La disposición dimanante del artículo 26, párrafo 1, es obligatoria, pero la forma en que haya de satisfacerse es de naturaleza discrecional. La obligación dimanante del artículo 26, párrafo 2, consiste en “considerar” la posibilidad de mitigar la pena, en los casos en que eso resulte conveniente.

Ejemplo

En la Ley de Justicia Penal de 2003 (Reino Unido), artículo 143, se establece lo siguiente:

2) Al considerar la gravedad de un delito (“el delito en cuestión”) cometido por un infractor que haya sido condenado con anterioridad, el tribunal deberá considerar cada una de las condenas anteriores como una circunstancia agravante si (en el caso de esa condena) el tribunal así lo estimase adecuado teniendo en cuenta, en particular,

- a) La naturaleza del delito por el que se impuso la condena y su relación con el delito en cuestión, y
- b) El tiempo transcurrido desde esa condena.

[...]

4) Toda referencia a una condena anterior en el párrafo 2 deberá entenderse como una referencia a:

- a) Una condena anterior impuesta por un tribunal del Reino Unido;
 - aa) Una condena anterior impuesta por un tribunal de otro Estado miembro por la comisión de un delito pertinente tipificado en la legislación de ese Estado.

⁶³ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, págs. 95 y 96.

Ejemplo

En el Código Penal de Francia se establece lo siguiente:

Artículo 450-5

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, artículo 6 XV, Diario Oficial de 10 de marzo de 2004)

A las personas naturales y jurídicas condenadas por la comisión de los delitos enumerados en el segundo párrafo del artículo 450-1 y en el artículo 450-2-1 se les impondrá también la pena accesoria del decomiso de la totalidad o parte de sus activos, cualquiera que sea su naturaleza, mueble o inmueble, o la modalidad de su propiedad, individual o conjunta⁶⁴.

Artículo 12. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Toda persona jurídica, a excepción del Estado, en cuyo nombre o provecho una persona natural, ya sea actuando a título individual o como integrante de un órgano de la persona jurídica, en el desempeño de un cargo directivo dentro de la persona jurídica, en razón de un poder de representación de la persona jurídica, en virtud de una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica o una autoridad para ejercer control de la persona jurídica, hubiera cometido un delito contemplado en las presentes disposiciones legislativas modelo será sancionada con una multa equivalente a [*indíquese el factor multiplicador*] veces la multa especificada para las personas naturales, sin importar si esas personas naturales resultaran o no condenadas como autores o cómplices del delito.

2. Cuando los directores, empleados o agentes de una persona jurídica incurran en responsabilidad penal actuando en el desempeño de sus funciones, podrán imponerse contra la persona jurídica las siguientes medidas:

a) Ordenar la disolución de la persona jurídica, si su actividad se hubiera utilizado total o predominantemente para perpetrar delitos o si se hubiera creado con el fin de cometer alguno de los delitos contemplados en las presentes disposiciones legislativas modelo;

b) Prohibir [con carácter permanente] [por un período máximo de ... años] el ejercicio, directo o indirecto, de una o más actividades sociales o profesionales;

⁶⁴Puede obtenerse más información en <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=33&r=3849#art16761>.

- c) Ordenar la clausura [temporal] [permanente] del establecimiento, o de uno o más de los establecimientos, de la persona jurídica que se hubieran utilizado para cometer los delitos en cuestión;
- d) Ordenar la exclusión de la persona jurídica de las licitaciones públicas [y/o] del derecho a recibir prestaciones o ayudas públicas;
- e) Ordenar la inhabilitación de la persona jurídica para participar en la contratación pública, con carácter temporal o permanente;
- f) Inhabilitar a la persona jurídica para la práctica de otras actividades comerciales [y/o] para la creación de otra persona jurídica;
- g) Ordenar a la persona jurídica que haga pública la sentencia del tribunal;
- h) [Ordenar cualquier otra medida que se considere justa].

3. La responsabilidad de una persona jurídica no prejuzga la de la persona natural.

COMENTARIO

La responsabilidad de las personas jurídicas es una disposición obligatoria, pero puede satisfacerse a través de la responsabilidad civil o administrativa. En otras palabras, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es un requisito obligatorio.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 10.

Quienes participan en la delincuencia organizada transnacional pueden intentar ocultarse tras la cortina de las personas jurídicas, como empresas, instituciones filantrópicas u otras asociaciones. Como se señala en las *Guías Legislativas*, eso puede entrañar graves problemas para los esfuerzos de la justicia penal por combatir la delincuencia transnacional:

Las complejas estructuras de esas entidades permiten ocultar eficazmente la verdadera identidad de los propietarios, la identidad de los clientes o determinadas transacciones en relación con delitos que van desde el contrabando hasta el blanqueo de dinero y las prácticas corruptas. Los ejecutivos mismos pueden residir fuera del país en que se comete el delito, y la responsabilidad individual puede ser difícil de probar. Por ello, ha ganado terreno la opinión de que la única manera de eliminar este instrumento y escudo de la delincuencia organizada transnacional es establecer la responsabilidad de las entidades jurídicas. La responsabilidad penal de una entidad jurídica puede también tener un efecto disuasivo, en parte porque el daño a la reputación puede

ser muy oneroso y en parte porque puede catalizar el establecimiento de una gestión y unas estructuras de supervisión más eficaces para garantizar el cumplimiento⁶⁵.

Aunque se ha reconocido ampliamente la necesidad de velar por que los delincuentes no se sustraigan a la acción de la justicia ocultándose tras estructuras jurídicas como las sociedades, los Estados han elaborado diferentes modalidades para garantizar la responsabilidad y el tipo de sanción que puede imponerse a las personas jurídicas.

En la Convención contra la Delincuencia Organizada se reconoce que los Estados enfocan de maneras distintas el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas. En la Convención se estipula que los Estados habrán de adoptar las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por la comisión de delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23.

Como se establece en el artículo 10, párrafo 2, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, la obligación de los Estados partes de establecer la responsabilidad no entraña que haya de imponerse una responsabilidad penal. Esa obligación puede quedar satisfecha si en la legislación nacional se contempla la responsabilidad penal, civil o administrativa. La obligación de garantizar la responsabilidad de las personas jurídicas se extiende a: a) la participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado; b) los delitos tipificados por los Estados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23; y c) los delitos tipificados por los Estados en aplicación de los Protocolos de la Convención⁶⁶.

En el artículo 10, párrafo 3, se establece que los Estados partes están obligados a velar por que la responsabilidad de las personas jurídicas no prejuzgue la responsabilidad penal que pueda incumbir a las personas naturales que hubieran perpetrado los delitos. Como se señala en las *Guías Legislativas*:

Por lo tanto, la responsabilidad de las personas naturales que perpetran los actos es adicional a cualquier responsabilidad que recaiga en la persona jurídica y no debe verse afectada de ningún modo por ésta. Cuando una persona comete delitos en nombre de una entidad jurídica, debe ser posible enjuiciar y sancionar tanto a la persona como a la entidad⁶⁷.

Ese enfoque se refleja en el párrafo 3 del proyecto de disposición que figura más arriba.

En el artículo 10, párrafo 4, de la Convención contra la Delincuencia Organizada se establece que los Estados partes velarán, en particular, por que se impongan sanciones “penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias” a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al artículo 10. Ello se refleja en el proyecto de artículo que figura más arriba, en el que se establece que las personas jurídicas podrán ser objeto de multas u otras medidas dirigidas contra sus operaciones (como la disolución de una empresa).

⁶⁵ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 118.

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 121.

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 122.

Esa obligación se añade a la establecida en el artículo 11, párrafo 1, que se aplica tanto a las personas jurídicas como a las personas naturales, de velar por que los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención se penalicen con “sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos”.

Ejemplo

La Legislación modelo sobre el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo, de 2005, contiene la siguiente disposición relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas:

Artículo 5.2.5 Sanciones aplicables a las personas jurídicas

1) Toda persona jurídica, a excepción del Estado, en cuyo nombre o provecho una persona natural, ya sea actuando a título individual o como integrante de un órgano de la persona jurídica, en el desempeño de un cargo directivo dentro de la persona jurídica, en razón de un poder de representación de la persona jurídica, en virtud de una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica o una autoridad para ejercer control de la persona jurídica, hubiera practicado el blanqueo de dinero o la financiación del terrorismo, será sancionada con una multa equivalente a *[indíquese el factor multiplicador]* veces la multa especificada para las personas naturales, sin importar si esas personas naturales resultaran o no condenadas como autores o cómplices del delito.

La responsabilidad de la persona jurídica no prejuzga la de la persona natural.

2) Aparte de los casos ya previstos en el párrafo 1 del presente artículo, las personas jurídicas podrán ser consideradas responsables cuando la falta de supervisión o control sobre una persona natural como la que se menciona en el párrafo 1 haya hecho posible la práctica del blanqueo de dinero o la financiación del terrorismo en provecho de esa persona jurídica por una persona natural que actúe bajo su autoridad.

Además, en el caso de las personas jurídicas se podrá:

- a) Prohibirles con carácter permanente o por un período máximo de *[indíquese el número]* años el ejercicio, directo o indirecto, de determinadas actividades comerciales;
- b) Colocarlas bajo supervisión judicial;
- c) Ordenar la clausura permanente o por un período máximo de *[indíquese el número]* años de los establecimientos que se hubieran utilizado para cometer el delito;
- d) Ordenar su disolución;
- e) Ordenar que hagan pública la sentencia.

Ejemplo

Según el Código Penal de Francia, solo las personas naturales son penalmente responsables de sus propios actos. Sin embargo, también hay disposiciones relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas:

Artículo 121-1

Nadie será penalmente responsable sino de sus propios actos.

Artículo 121-2

Las personas jurídicas, con excepción del Estado, serán penalmente responsables de las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o representantes, conforme a los artículos 121-4 y 121-7.

Sin embargo, los entes territoriales y sus asociaciones solo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos, con sujeción a lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 121-3.

Artículo 435-6

(Ley núm. 200-595, de 30 de junio de 2000, artículo 2, Diario Oficial de 1 de julio de 2000)

Las personas jurídicas podrán ser declaradas penalmente responsables en las condiciones establecidas en el artículo 121-2 por los delitos tipificados en los artículos 435-2, 435-3 y 435-4.

Las sanciones aplicables a las personas jurídicas serán:

1. Una multa, conforme a lo previsto en el artículo 131-38;
2. La imposición, por un período máximo de cinco años, de las siguientes medidas:
 - Prohibición de realizar, directa o indirectamente, la actividad profesional o social que hubiera dado lugar a la comisión de la infracción;
 - Colocación bajo supervisión judicial;
 - Clausura del establecimiento o uno de los establecimientos de la persona jurídica que se hubiera utilizado para cometer la infracción;
 - Inhabilitación para la licitación pública;
 - Prohibición de extender cheques, con excepción de los que permitan la retirada de fondos del librador por el librado o cheques certificados, o de utilizar tarjetas de pago;
3. El decomiso, de conformidad con las condiciones establecidas en el artículo 131-21, de cualquier objeto que se hubiera utilizado o pretendido utilizar para la comisión de la infracción o que sea producto del delito, a excepción de los artículos que pudieran restituirse;
4. La publicación o divulgación del fallo, de conformidad con las condiciones establecidas en el artículo 131-35⁶⁸.

⁶⁸ Puede obtenerse más información en <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=33&r=3627>.

Ejemplo

El Código Penal de Suiza contiene disposiciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el marco del derecho penal:

Art. 102

Responsabilidad en el marco del derecho penal

1. Si se cometiera un delito o falta en el seno de una persona jurídica en el ejercicio de alguna actividad comercial relacionada con el objeto social de esa persona jurídica y no fuera posible atribuirlo a una persona natural concreta, debido a la organización inapropiada de la persona jurídica, el delito o falta se atribuirá a esta. En tal caso, podrá imponerse a la persona jurídica una multa de hasta cinco millones de francos.
2. Si la infracción cometida estuviera comprendida en los artículos 260 *ter*, 260 *quinquies*, 305 *bis*, 322 *ter*, 322 *quinquies* o 322 *septies*, párrafo 1, o si se tratara de una infracción comprendida en el artículo 4 a, párrafo 1, apartado a), de la Ley Federal sobre la Competencia Desleal, de 19 de diciembre de 1986, se sancionará a la persona jurídica, con independencia de la responsabilidad penal de cualesquiera personas naturales, siempre que esta no hubiera tomado todas las medidas organizativas razonables para impedir que se cometiera la infracción.
3. El tribunal determinará la cuantía de la multa que se haya de imponer de conformidad con la gravedad de la infracción, de las deficiencias organizativas observadas y de los daños o perjuicios causados y con arreglo a la capacidad económica de la persona jurídica para hacer frente a la multa.
4. A los efectos de la presente disposición, se considerarán personas jurídicas:
 - a. Las entidades jurídicas de derecho privado;
 - b. Las entidades jurídicas de derecho público, con excepción de las autoridades locales;
 - c. Las sociedades;
 - d. Las empresas individuales⁶⁹.

Ejemplo

En el derecho de Alemania se contempla la imposición de multas a las asociaciones y personas jurídicas en el instrumento legislativo siguiente:

La *Ley de Infracciones Administrativas* de la República Federal de Alemania⁷⁰.

Artículo 30: Multas imponibles a las asociaciones y personas jurídicas

- 1) Si una persona natural:

⁶⁹Véase www.admin.ch/ch/e/rs/311_0/a102.html.

⁷⁰Traducción de una versión no oficial en inglés. Puede obtenerse más información en www.oecd.org/dataoecd/62/54/2377479.pdf.

1. Actuando en calidad de agencia autorizada para representar a una persona jurídica o como miembro de dicha agencia;
2. Como consejo de una asociación carente de capacidad jurídica, o como miembro de dicho consejo;
3. Como socio de una sociedad comercial autorizado a representarla; o
4. Como representante plenamente autorizado o con capacidad de dirección en calidad de apoderado, o como agente general de una asociación o persona jurídica, según se especifica en los apartados 2 o 3, cometiera una infracción penal o administrativa que entrañara el incumplimiento de los deberes de la asociación o persona jurídica, o que enriqueciera o tuviera por objeto enriquecer a tal asociación o persona jurídica, se podrá imponer una multa a esta última.

2) La cuantía de la multa será de:

1. Hasta un millón de marcos alemanes cuando la infracción se hubiera cometido de forma dolosa;
2. Hasta 500.000 marcos alemanes cuando la infracción se hubiera cometido por negligencia.

En el caso de una infracción administrativa, la cuantía máxima de la multa se determinará con arreglo a la cuantía de la mayor multa establecida para la infracción administrativa de que se trate. La segunda frase se aplicará también en el caso de una infracción que tenga simultáneamente carácter penal y administrativo si la multa máxima que se pudiera imponer por la infracción administrativa superase la multa máxima establecida en la primera frase.

3) Se aplicará *mutatis mutandis* lo establecido en el artículo 17, párrafo 4, y en el artículo 18.

Si no se iniciara un proceso penal o administrativo en relación con la infracción penal o administrativa cometida, o si se desistiera de ese proceso, o si no se considerase necesario imponer una sanción, la cuantía de la multa podrá determinarse separadamente. En la ley podrá establecerse también la posibilidad de determinar separadamente la cuantía de la multa en otros casos. No obstante, no podrá determinarse por separado la cuantía de la multa que hubiera de imponerse a la asociación o persona jurídica si no pudiera instruirse un proceso en relación con la infracción penal o administrativa por motivos legales. Ello no afectará a lo establecido en el artículo 33, párrafo 1, segunda oración.

5) La imposición de una multa a la asociación o persona jurídica conllevará la renuncia al decomiso de sus activos por la misma infracción, con arreglo a lo establecido en las secciones 73 y 73a del Código Penal o en el artículo 29a.

Artículo 130: Vulneración de la obligación de supervisar en empresas y sociedades

1) La persona que, como propietario de una empresa o sociedad, no adopte, de forma dolosa o negligente, las medidas de supervisión necesarias para impedir el incumplimiento de las obligaciones de la empresa o sociedad que incumban al propietario, cuando ese incumplimiento sea punible con una pena o una multa, cometerá una infracción administrativa si el incumplimiento

podiera haberse evitado o dificultado en gran medida con la supervisión adecuada. Las medidas de supervisión incluyen también la contratación, la selección cuidadosa y la vigilancia del personal de supervisión.

2) Se entenderá que entre las sociedades o empresas que se contemplan en los párrafos 1 y 2 se incluyen también las empresas públicas.

3) Si la infracción administrativa estuviera penalizada, la empresa o sociedad podrá ser sancionada con una multa de hasta de un millón de marcos alemanes. Si el incumplimiento estuviera penalizado con una multa, la cuantía máxima de la multa que hubiera de imponerse por la vulneración de la obligación de supervisar dependerá de la cuantía máxima de la multa establecida para el incumplimiento de funciones. La segunda oración se aplicará asimismo cuando el incumplimiento de funciones también esté penalizado con una sanción y una multa si la cuantía máxima de la multa superase la cuantía máxima establecida en la primera oración⁷¹.

Ejemplo

En la Ley sobre la Responsabilidad de las Personas Jurídicas de Italia (Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio de 2001)⁷² se establece lo siguiente:

Art. 5 Responsabilidad de la persona jurídica

1. La persona jurídica será responsable de los delitos cometidos en su interés o beneficio:
 - a) Por personas que desempeñen funciones de representación, administración o gestión de la persona jurídica agente o de una dependencia orgánica de esta que goce de autonomía funcional y financiera, así como por las personas que ejerzan, aunque sea de facto, su gestión y control;
 - b) Por personas sujetas a la gestión o supervisión de algunos de los sujetos contemplados en el apartado a).
2. No recaerá responsabilidad sobre la persona jurídica si las personas que se enumeran en el párrafo 1 hubieran actuado en interés propio o de terceros.

Ejemplo

En la Ley Penal de Israel 5737 - 1977 (Sexta edición) se establece lo siguiente:

Artículo cuatro: Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Límite de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

⁷¹Traducción de una versión no oficial en inglés de § 30 Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen.

⁷²Italia impuso un sistema de responsabilidad administrativa de las empresas en virtud del Decreto Ley núm. 300, de 29 de septiembre de 2000, y el Decreto Ley núm. 231, de 8 de mayo de 2001, titulado "Disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, las sociedades y asociaciones, aun sin personalidad jurídica propia, de conformidad con el artículo 11 de la Ley núm. 300, de 29 de septiembre de 2000", publicado en el Diario Oficial núm. 140, de 19 de junio de 2000. Puede obtenerse más información en www.oecd.org/dataoecd/61/31/45508054.pdf.

23. a) Una persona jurídica será objeto de responsabilidad penal:

- 1) Según lo establecido en el párrafo 22, si la infracción hubiera sido cometida por una persona natural en el ejercicio de las funciones que desempeña en la persona jurídica;
 - 2) Por una infracción para la que se requiera prueba de dolo o negligencia si, en las circunstancias del caso y habida cuenta del cargo, autoridad y responsabilidad de la persona natural de que se trate en la gestión de la persona jurídica, el acto que hubiera supuesto la comisión de la infracción, su intención dolosa o su negligencia se considerasen como el acto, la intención dolosa o la negligencia de la persona jurídica;
- b) Si la infracción se hubiera cometido por omisión, cuando la obligación de actuar corresponda directamente a la persona jurídica no importará si la infracción puede o no atribuirse también a un determinado empleado de dicha persona jurídica⁷³.

⁷³Puede obtenerse más información en www.oecd.org/dataoecd/15/58/43289694.pdf.

Capítulo IV.

Investigaciones

COMENTARIO INTRODUCTORIO

El presente capítulo está dedicado a facilitar la investigación de los delitos relacionados con la delincuencia organizada cuya tipificación se exige en la Convención. Se analizan dos cuestiones que, aunque de naturaleza distinta, tienen aspectos comunes:

- Técnicas especiales de investigación. Se trata de técnicas destinadas a recoger información que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley aplican para detectar e investigar los delitos y a los sospechosos sin alertar de ello a las personas investigadas;
- Cooperación oficiosa (entre policías o entre organismos) de los servicios encargados de hacer cumplir la ley.

Esas cuestiones se contemplan en los artículos 19, 20 y 27 de la Convención.

Las presentes disposiciones no deben utilizarse de forma aislada. Es esencial que los redactores de los textos legislativos en los distintos países consideren las disposiciones junto con otras leyes nacionales, incluidas las leyes de carácter general sobre las facultades de la policía, las leyes de procedimiento penal, las leyes sobre la protección de la intimidad y las leyes sobre las vías de cooperación de carácter más oficial, en particular en relación con la asistencia judicial recíproca y la extradición.

El objeto del presente capítulo es proporcionar la base legislativa de las técnicas especiales de investigación, tanto en el plano nacional como en el marco de la cooperación internacional. Se pretende que las disposiciones se apliquen junto a las normas ordinarias que regulan las facultades de investigación de los organismos encargados de hacer cumplir la ley y de otros órganos.

Hay varias técnicas especiales de investigación distintas, y cada una de ellas presenta diferentes niveles de riesgo y puede dar lugar a diferentes dificultades en materia de derechos humanos. Por ejemplo, puede considerarse apropiado que la autorización de una entrega vigilada sea competencia de los mandos de los organismos encargados de hacer cumplir la ley, mientras que la vigilancia electrónica requiere normalmente autorización y supervisión judicial. En consecuencia, cada uno de los tipos

principales de técnicas especiales de investigación se analiza por separado a fin de poder establecer un régimen apropiado para cada una de ellas.

Como se señaló en las *Guías Legislativas*, lo normal es que las técnicas especiales de investigación requieran una base legislativa, ya que en otro caso podrían ser ilegales, y también que den lugar a problemas concretos relacionados con la intimidad y los derechos humanos:

La entrega vigilada es útil en particular en los casos en que el contrabando se identifica o intercepta en tránsito para luego entregarse bajo vigilancia a fin de identificar a los beneficiarios presuntos o vigilar su posterior distribución a toda la organización delictiva. No obstante, a menudo se requiere la promulgación de leyes para permitir ese tipo de actividad, dado que la entrega del contrabando por un agente de los organismos encargados de hacer cumplir la ley u otra persona puede constituir en sí misma un delito con arreglo al derecho interno. Las operaciones encubiertas podrán utilizarse cuando sea posible que un agente de los organismos encargados de hacer cumplir la ley u otra persona se infiltre en una organización delictiva para reunir pruebas. La vigilancia electrónica en forma de dispositivos de escucha o interceptación de las comunicaciones cumple una función similar y es a menudo preferible cuando un grupo muy unido no puede ser penetrado por una persona de fuera o cuando la infiltración o la vigilancia física representarían un riesgo inaceptable para la investigación o la seguridad de los investigadores. Dado su carácter invasivo, la vigilancia electrónica está por lo general sujeta a un estricto control judicial y numerosas salvaguardias legales para prevenir su uso indebido⁷⁴.

Pueden encontrarse más comentarios sobre el uso de las técnicas especiales de investigación en el contexto europeo. Conviene observar la recomendación Rec(2005)10 del Consejo de Europa sobre las “técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluidos los actos terroristas. En esa recomendación se señala la necesidad de encontrar un equilibrio entre el interés por garantizar la seguridad pública mediante la vigilancia del cumplimiento de la ley y la necesidad de garantizar los derechos de las personas. Se sugiere que disponer de un procedimiento claro para el establecimiento de normas aumentará la confianza del público en la utilización de esas “técnicas especiales de investigación”, definidas como “técnicas aplicadas por las autoridades competentes en el contexto de la realización de investigaciones penales tendientes a detectar e investigar delitos graves, y a los sospechosos de haberlos cometido, con el fin de obtener información de manera que no se alerte a las personas investigadas”. A los fines de la recomendación, se entiende por “autoridades competentes” las “autoridades judiciales, fiscales y de investigación que participan en la decisión, supervisión o utilización de las técnicas especiales de investigación de acuerdo con la legislación nacional”⁷⁵.

En la recomendación se enumeran varios principios para guiar a los Estados en la formulación de políticas y leyes nacionales sobre la cuestión. A continuación se enumeran los elementos principales:

⁷⁴ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, págs. 185 y 186.

⁷⁵ Consejo de Europa: Comité de Ministros, recomendación Rec(2005)10 sobre “técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluidos los actos terroristas, aprobada el 20 de abril de 2005. Puede consultarse en www.coe.int.

- La importancia de un control adecuado de la aplicación de las técnicas especiales de investigación por las autoridades judiciales y otros órganos independientes mediante la autorización previa, la supervisión durante la investigación o el análisis posterior;
- La importancia de que haya proporcionalidad entre la técnica especial de investigación utilizada y la conducta que se investigue (con arreglo al principio de que debe utilizarse el método menos invasivo que permita alcanzar el objetivo previsto);
- La necesidad de que los Estados promulguen leyes que permitan presentar ante los tribunales las pruebas obtenidas mediante las técnicas especiales de investigación, respetando siempre el derecho a un juicio justo;
- La importancia de las directrices operacionales y el entrenamiento en el uso de técnicas especiales de investigación;
- La necesidad de que los Estados utilicen en la mayor medida posible los arreglos internacionales existentes en materia de cooperación judicial y policial, complementados con los arreglos adicionales que sean necesarios, en relación con el uso de técnicas especiales de investigación.

Hay muchos tipos distintos de técnicas especiales de investigación. No obstante, las presentes disposiciones legislativas modelo se centran únicamente en las que se señalan expresamente en la Convención: las entregas vigiladas, las operaciones encubiertas (que entrañan el uso de identidades falsas) y la vigilancia electrónica. En relación con cada una de las técnicas especiales de investigación, los redactores habrán de tener en cuenta las siguientes cuestiones:

- El mecanismo para la aprobación de la técnica de que se trate;
- El umbral para la concesión de la aprobación;
- Las condiciones para el uso de la técnica;
- La medida en que los funcionarios que utilicen técnicas especiales de investigación quedarán protegidos frente a la responsabilidad civil y penal;
- La utilización de las pruebas obtenidas mediante esa técnica;
- La medida en que puede divulgarse esa información;
- Los mecanismos de supervisión, examen y control;
- La cooperación internacional.

Artículo 13. Entrega vigilada

1. A los efectos del presente artículo, por “entrega vigilada” se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas [dinero o transacciones] entren o salgan del territorio de [introdúzcase el nombre del

Estado], lo atraviesen o circulen dentro de él, con el conocimiento y bajo la supervisión de [*introdúzcase el nombre de las autoridades competentes*], con el fin de investigar e identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos a los que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo.

2. Una entrega vigilada será legal si ha sido autorizada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo.

3. El funcionario que ejecute la conducta autorizada con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, o la persona que le preste asistencia, no será objeto de responsabilidad civil o penal por esa conducta.

4. La entrega vigilada podrá ser autorizada por:

a) [*Introdúzcanse los cargos designados, como el jefe y el jefe adjunto del organismo encargado de hacer cumplir la ley pertinente o el jefe del organismo de lucha contra la corrupción, el fiscal o el juez instructor*].

5. Un funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá solicitar a un funcionario facultado al efecto autorización para realizar una entrega vigilada en nombre del organismo nacional encargado de hacer cumplir la ley o de un organismo homólogo extranjero.

6. Los agentes de servicios extranjeros solo podrán realizar entregas vigiladas cuando así se haya autorizado con arreglo a lo establecido en el párrafo 4 [a)] del presente artículo.

7. La solicitud podrá formularse por cualquier medio, pero deberá quedar constancia escrita de cada solicitud y de la decisión que se adopte al respecto, también cuando esta sea negativa.

8. En la solicitud se deberá:

a) Proporcionar información suficiente para que el funcionario facultado para conceder la autorización pueda adoptar una decisión al respecto; y

b) Declarar si el mismo asunto ha sido objeto de una solicitud anterior.

9. El funcionario encargado de la autorización podrá:

a) Autorizar la entrega vigilada, con o sin condiciones, incluida la sustitución total o parcial de la mercancía enviada;

b) Denegar la solicitud.

10. El funcionario encargado de la autorización no deberá aprobar la solicitud a menos que tenga motivos razonables para creer que:

a) Se ha cometido, se está cometiendo o es probable que se cometa un delito al que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo;

b) La naturaleza y magnitud de la actividad delictiva sospechosa justifican la realización de una operación vigilada;

c) Cualquier actividad ilícita relacionada con la entrega vigilada se limitará en la mayor medida que sea compatible con la eficacia de la operación;

d) La operación se llevará a cabo de manera que se garantice que, en la mayor medida posible, las mercancías ilícitas objeto de la entrega vigilada estarán bajo el control de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley al finalizar la entrega;

e) La entrega vigilada no se llevará a cabo de forma que sea probable que se induzca a una persona a cometer un delito que, en otro caso, no hubiera estado en su intención cometer; y

f) Ninguna conducta relacionada con la entrega vigilada:

i) Supondrá un peligro grave para la salud o la seguridad de ninguna persona;

ii) Provocará lesiones graves o la muerte de ninguna persona.

11. El [*introdúzcase el cargo del funcionario o la persona designada que corresponda, como el jefe del organismo o ministerio pertinente*] habrá de informar anualmente [al Parlamento/a un Comité Parlamentario/al público] sobre:

a) El número de autorizaciones solicitadas para la realización de entregas vigiladas;

b) El número de esas solicitudes que hayan sido aprobadas; y

c) El número de casos judiciales en que se hayan utilizado pruebas o información obtenidas mediante una autorización concedida al amparo de lo dispuesto en el presente artículo.

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 2, apartado i) (definición de “entrega vigilada”), y 20 (técnicas especiales de investigación).

En el artículo 20, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada se exige a los Estados que, siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, adopten las medidas necesarias para hacer posible el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo consideren apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas en su territorio, con objeto de combatir la delincuencia organizada. En la nota interpretativa referente al artículo 20 de la Convención contenida en los *Travaux Préparatoires* se confirma que en el párrafo 1 del artículo 20 no se impone a los Estados partes la obligación de disponer la utilización de todas las técnicas de investigación especiales que se mencionan⁷⁶.

La definición de “entrega vigilada” que se utiliza en las presentes disposiciones legislativas modelo se basa en la definición equivalente que figura en el artículo 2 i) de la Convención. Al definir ese término, los Estados tal vez encuentren de utilidad incluir una referencia a la “facilitación” del movimiento de las remesas ilícitas o sospechosas. En la reunión del grupo de trabajo de expertos se señaló que la entrega vigilada podía ser pasiva (limitarse a no detener una entrega) o activa (facilitar activamente la continuación del movimiento de la remesa). La inclusión del término “facilitar” permitiría recurrir a esas formas más activas de entrega vigilada.

Es importante también tener en cuenta la posibilidad de sustituir el material ilícito de los envíos por material lícito o falso con el fin de evitar el riesgo que supondría perder los envíos ilícitos en el transcurso de la entrega. Con el fin de realizar eficazmente esa sustitución y detener al receptor del material sustituido, algunos Estados podrán encontrar de utilidad la inclusión de alguna disposición legal en virtud de la cual se tipificase como delito la importación, transferencia o posesión de material recibido o adquirido “como una remesa ilícita”. De otro modo, el receptor del material sustituido no podría ser detenido por estar en posesión de ese material, puesto que se trataría de material lícito.

En el presente proyecto de artículo se autoriza el uso de la entrega vigilada a solicitud de un funcionario superior de algunos de los organismos pertinentes. En algunos sistemas jurídicos nacionales podría haber una preferencia por establecer un nivel superior de supervisión, por ejemplo por un órgano judicial. Esa preferencia ha de equilibrarse con la necesidad de velar por que las entregas vigiladas puedan autorizarse con rapidez en cualquier momento del día o de la noche. El equilibrio podría alcanzarse permitiendo que la autorización dimane inicialmente de un funcionario superior de los organismos encargados de hacer cumplir la ley (con lo que se daría una respuesta rápida), pero exigiendo que sea luego examinada y prorrogada por un órgano judicial dentro de un plazo breve (por ejemplo siete días).

Es importante que las técnicas especiales de investigación estén sujetas a un cierto nivel de escrutinio. De otro modo, podrían presentarse oportunidades para su utilización inapropiada e incluso para la corrupción. En las presentes disposiciones legislativas modelo se recomienda que un funcionario superior, como el jefe del organismo encargado de hacer cumplir la ley o un alto funcionario del Ministerio

⁷⁶*Travaux Préparatoires de las Negociaciones para la Elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 218.

de Justicia, informe anualmente al Parlamento o su equivalente acerca del número de autorizaciones solicitadas y concedidas y el número de casos presentados ante los tribunales en los que se hayan utilizado pruebas o información obtenidas gracias a esas autorizaciones. En algunos ordenamientos jurídicos podría haber una preferencia por el establecimiento de un nivel de escrutinio adicional como, por ejemplo, la presentación de informes y el examen por un órgano de supervisión independiente. De ser así, es probable que sea necesario contar con dos niveles de examen: el primero permitiría un análisis completo, incluido el acceso de un órgano independiente con un mandato legislativo específico a la información operacional de carácter reservado; y el segundo, sería un examen público ante el Parlamento (por ejemplo), en el que no se divulgaría información operacional, incluidos los métodos y las fuentes.

Ejemplo

El Código de Aduanas de Francia contiene disposiciones relativas a la “entrega vigilada”:

Título II

Capítulo IV. Poderes de los funcionarios de aduanas

Sección 7. Entregas vigiladas

Artículo 67 bis

Con el fin de constatar la comisión de delitos previstos en el Código de Aduanas con respecto a la importación, la exportación o la posesión de sustancias o plantas clasificadas como estupefacientes, identificar a los autores y cómplices de esos delitos y también a quienes hayan participado como interesados en el sentido del artículo 399, y para realizar las incautaciones previstas en el presente Código, los funcionarios de aduanas autorizados por el Ministro de Aduanas podrán, en circunstancias establecidas por decreto, tras informar al Procurador de la República y bajo su control, vigilar el transporte de esas sustancias o plantas.

Los funcionarios de aduanas no serán penalmente responsables cuando, con esos mismos fines, con autorización del Procurador de la República y bajo su control, adquieran, posean, transporten o entreguen esas sustancias o plantas o proporcionen a personas que posean esas sustancias o plantas o que cometan los delitos aduaneros mencionados en el párrafo anterior apoyo jurídico y medios de transporte, depósito o comunicación. La autorización podrá concederse sólo para los actos que no impliquen la comisión de los delitos enunciados en el primer párrafo.

Las disposiciones de los dos párrafos anteriores se aplicarán con los mismos fines a las sustancias que se utilizan para la fabricación ilícita de estupefacientes, de las que se ha establecido una lista por decreto, y al equipo utilizado para dicha fabricación.

No podrán imponerse sanciones penales a los funcionarios de aduanas que, con respecto a los fondos a los que se refiere el delito tipificado en el artículo 415 y a fin de determinar que se ha cometido un delito de esa índole, realicen los actos mencionados en los dos primeros párrafos⁷⁷.

⁷⁷ Puede consultarse en francés en www.legifrance.gouv.fr.

Ejemplo

En la Ley de Delitos de 1914 de Australia (Commonwealth) figuran las siguientes definiciones de “operación vigilada” y “operación vigilada importante”:

15GD Definición de las expresiones operación vigilada y operación vigilada importante.

- 1) Se entiende por operación vigilada una operación que:
 - a) Entraña la participación de miembros de los servicios encargados de hacer cumplir la ley; y
 - b) Se lleva a cabo con el fin de obtener pruebas que puedan conducir al procesamiento de una persona por un delito grave según la legislación del Commonwealth o un delito grave con arreglo a la legislación de un estado con ramificaciones federales; y
 - c) Puede suponer que un funcionario encargado de hacer cumplir la ley u otra persona realice actos que, aparte de lo establecido en la sección 15HA, constituirían un delito con arreglo a la legislación del Commonwealth o un delito con arreglo a la legislación de un estado o territorio.
- 2) Se entiende por operación vigilada importante una operación vigilada que tiene probabilidades de:
 - a) Entrañar la infiltración de un grupo delictivo organizado por uno o más funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que actuarán de forma encubierta durante un período superior a siete días; o
 - b) Durar más de tres meses; o
 - c) Estar dirigida contra una actividad delictiva sospechosa que incluya una amenaza a la vida humana.

En la legislación de Australia se establece un sistema en virtud del cual un funcionario encargado de hacer cumplir la ley puede solicitar autorización a los funcionarios superiores designados, que solo puede concederse si se cumplen determinadas condiciones:

15GF Definición de la expresión “funcionario encargado de la autorización”, etc.

- 1) Cualquiera de los funcionarios que se enumeran a continuación puede autorizar una operación vigilada:
 - a) El Comisionado o un Comisionado Adjunto, cuando se trate de una operación vigilada importante y la investigación del delito para el que se solicita la operación sea de la competencia de la Policía Federal de Australia;
 - b) Cualquier funcionario designado de la Policía Federal, cuando no se trate de una operación vigilada importante, pero la investigación del delito para el que se solicita la operación sea de la competencia de ese organismo;
 - c) Cualquier funcionario designado de la Comisión contra la Delincuencia, cuando la investigación del delito para el que se solicita la investigación sea de la competencia de ese organismo;

- d) Cualquier funcionario designado de la Comisión para la Integridad de los Servicios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, cuando la operación vigilada guarde relación con la investigación de un caso de corrupción (con el significado que se da a ese término en la Ley del Comisionado para la Integridad de los Servicios Encargados de Hacer Cumplir la Ley).
- 2) Los funcionarios de la Policía Federal designados para conceder autorizaciones son:
- El Comisionado;
 - Un Comisionado Adjunto;
 - Un alto ejecutivo empleado por la Policía Federal que sea miembro de ese organismo y haya sido autorizado por escrito por el Comisionado a los efectos del presente párrafo.
- 3) Los funcionarios de la Comisión contra la Delincuencia designados para conceder autorizaciones son los siguientes:
- El Oficial Ejecutivo Jefe de la Comisión contra la Delincuencia;
 - Un miembro del personal de la Comisión contra la Delincuencia que sea empleado del Servicio Estatal de Emergencias y haya sido autorizado por escrito por el Oficial Ejecutivo Jefe de la Comisión a los efectos del presente párrafo.
- 4) Los funcionarios de la Comisión para la Integridad de los Servicios Encargados de Hacer Cumplir la Ley designados para conceder autorizaciones son los siguientes:
- El Comisionado para la Integridad;
 - El Comisario Auxiliar para la Integridad;
 - Cualquier miembro del personal de la Comisión para la Integridad de los Servicios Encargados de Hacer Cumplir la Ley que sea empleado del Servicio Estatal de Emergencias y haya sido autorizado por escrito por el Comisionado para la Integridad a los efectos del presente párrafo.

Ejemplo

El artículo 1.3 de la Legislación Modelo sobre el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo (para los países de tradición jurídica romanista) contiene una definición de entrega vigilada:

L. Por “entrega vigilada” se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas y capitales ilícitos o sospechosos entren o salgan del territorio de [nombre del país], o lo atraviesen o circulen dentro de él, con el conocimiento y bajo la supervisión de las autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas sospechosas de haberlos cometido.

En las Disposiciones Modelo sobre el Blanqueo de Dinero, la Financiación del Terrorismo, las Medidas Preventivas y el Producto del Delito (para los países que se rigen por el derecho anglosajón), preparadas por la UNODC, la Secretaría del Commonwealth y el Fondo Monetario Internacional no figura ninguna definición de entrega vigilada.

Artículo 14. Identidades falsas

1. La adquisición y utilización de una identidad falsa será legal si se ha autorizado con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo.
2. Los funcionarios y las personas que les prestan asistencia no serán objeto de responsabilidad civil o penal por los actos que hayan sido autorizados con arreglo a lo establecido en el presente artículo.
3. Un funcionario encargado de hacer cumplir la ley de [*introdúzcase el nombre de los organismos designados*] podrá formular una solicitud para adquirir o utilizar una identidad falsa a fin de investigar un delito contemplado en las presentes disposiciones legislativas modelo [en nombre del organismo nacional encargado de hacer cumplir la ley o de un organismo homólogo extranjero].
4. El uso o la adquisición de una identidad falsa podrá ser autorizado por:
 - a) [*Introdúzcanse los cargos designados al efecto, como el jefe y el jefe adjunto del organismo encargado de hacer cumplir la ley competente; o el jefe del organismo de lucha contra la corrupción*].
5. La solicitud deberá presentarse por escrito y deberá contener:
 - a) El nombre del solicitante;
 - b) Los detalles de la identidad falsa propuesta;
 - c) Los motivos por los que sea necesario adquirir o utilizar una identidad falsa; y
 - d) Información sobre la investigación u operación de recogida de información en la que se utilizará esa identidad (en la medida en que se conozca).
6. Tras examinar la solicitud, el funcionario designado para conceder la autorización podrá:
 - a) Autorizar el uso o la adquisición de la identidad falsa, con o sin condiciones; o
 - b) Denegar la solicitud.

7. El funcionario designado no aprobará la solicitud a menos que tenga motivos razonables para creer que la identidad falsa es necesaria por alguno de los siguientes motivos:

a) Para investigar un delito contemplado en las presentes disposiciones legislativas modelo que se haya cometido, se esté cometiendo o sea probable que se cometa;

b) Para realizar cualquier función administrativa en apoyo de lo establecido en el apartado a).

8. Habrá de librarse copia de cada autorización a [*introdúzcase el nombre del órgano de supervisión pertinente*].

9. La persona que actúe al amparo de esa autorización podrá solicitar asistencia de cualquier persona a fin de adquirir pruebas en apoyo de una identidad falsa que se haya aprobado con arreglo al presente artículo. No obstante lo establecido en otras leyes, cualquier persona podrá crear o proporcionar pruebas en apoyo de una identidad falsa en respuesta a una petición formulada con arreglo a lo establecido en el presente artículo.

10. El Funcionario Jefe de [*introdúzcanse los nombres de los organismos pertinentes*] deberá examinar periódicamente cada una de las autorizaciones concedidas por [*introdúzcanse los detalles de los funcionarios designados pertinentes*].

11. Si, después de examinar una autorización, el Funcionario Jefe opinara que dicha autorización ya no es necesaria, deberá cancelarla con arreglo a lo establecido en [*introdúzcase el párrafo*].

12. Si, tras examinar una autorización, el Funcionario Jefe opinara que dicha autorización sigue siendo necesaria, deberá hacer constar por escrito su opinión y los motivos que la sustenten.

13. Cada [*introdúzcase el número pertinente*] meses, el Funcionario Jefe de [organismo] deberá informar a [*introdúzcase el organismo de supervisión*] sobre:

a) El número de identidades falsas que cuentan con una autorización vigente; y

b) Cuándo se examinó por última vez cada una de las autorizaciones y el resultado de dicho examen.

14. El [jefe del organismo encargado de hacer cumplir la ley] habrá de informar anualmente [al Parlamento/a un Comité Parlamentario/al público] sobre:

a) El número de autorizaciones para el uso de identidades falsas que se hayan concedido;

b) El número de esas autorizaciones que se hayan revocado; y

c) El número de casos presentados ante los tribunales en los que se hayan utilizado pruebas o información obtenidas gracias al uso de una identidad falsa [o en que esas pruebas o información hayan sido importantes para la investigación o el enjuiciamiento].

Artículo 15. Infiltración

1. A los efectos del presente artículo, la infiltración consiste en la vigilancia de personas sospechosas de la comisión de delitos contemplados en las presentes disposiciones legislativas modelo por funcionarios designados [especializados] que participan en la comisión de esos delitos. Con ese fin, se autoriza a los funcionarios designados a utilizar una identidad falsa. Esos funcionarios no pueden actuar de una manera que induzca a la comisión de delitos.

2. La infiltración solo será legal si ha sido autorizada con arreglo a lo establecido en el presente artículo.

3. Los funcionarios designados estarán autorizados, sin incurrir en responsabilidad penal por ello, a realizar los siguientes actos:

a) Adquirir, poseer, transportar, copiar o entregar artículos, productos, documentos e información derivados de la comisión de delitos contemplados en las presentes disposiciones legislativas modelo o utilizados para cometer dichos delitos;

b) Facilitar medios jurídicos y financieros, transporte, almacenamiento, alojamiento y comunicaciones necesarios para la comisión de esos delitos;

c) La inmunidad se extenderá a todas las personas a las que [el funcionario designado o el investigador] soliciten oficialmente asistencia para la infiltración.

4. La infiltración solo podrá ser llevada a cabo por funcionarios designados con un entrenamiento especial.

5. La infiltración solo podrá llevarse a cabo bajo la responsabilidad de un investigador, que se encargará de supervisar a los funcionarios designados. El investigador deberá elaborar un informe sobre la operación de infiltración.

6. La autorización para la infiltración deberá solicitarse a: [*introdúzcanse los cargos designados, como el jefe y el jefe adjunto del organismo encargado de hacer cumplir la ley pertinente; o el jefe del organismo de lucha contra la corrupción/investigador/juez de instrucción*].

7. La autorización deberá ser solicitada por la unidad u organismo especializado que desee realizarla, y en ella se harán constar los delitos que se sospechan, el nombre del investigador encargado y la duración de la infiltración, que no podrá ser superior a [...] meses, además del motivo por el que es necesaria la infiltración.

8. La autorización solo se concederá si [*introdúzcanse las condiciones pertinentes*].

9. La autorización podrá ser revocada en cualquier momento por [el jefe o el jefe adjunto del organismo encargado de hacer cumplir la ley pertinente; y/o el jefe del organismo de lucha contra la corrupción/fiscal/juez de instrucción]. Al finalizar la operación de infiltración, se dará al funcionario designado el tiempo necesario para su retirada en condiciones de seguridad, que no podrá exceder de [...] meses, [durante el cual seguirá estando autorizado a utilizar su identidad falsa y a cometer delitos según lo establecido en el párrafo 2].

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 2, apartado i) (definición de “entrega vigilada”) y artículo 20 (técnicas especiales de investigación).

Según lo establecido en el artículo 20, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados están obligados, siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento

jurídico interno, a hacer posible, cuando lo consideren apropiado, la realización de operaciones encubiertas o la infiltración de grupos delictivos en su territorio con objeto de combatir la delincuencia organizada. Las notas interpretativas que figuran en los *Travaux Préparatoires* de la Convención confirman que lo establecido en el párrafo 1 del artículo 20 no impone a los Estados partes la obligación de disponer la utilización de todas las técnicas especiales de investigación que se mencionan⁷⁸.

Es esencial que los redactores de los textos legislativos consideren la cuestión de si las pruebas obtenidas mediante la infiltración o las operaciones encubiertas podrán presentarse ante los tribunales y, en ese caso, si el agente encubierto deberá revelar su identidad real. La solución empleada en Francia consiste en recurrir al funcionario investigador, que no es el agente encubierto, para que actúe en nombre de este. El investigador está a cargo de la operación y es la persona que se encargará de redactar los informes y comparecer ante los tribunales. El agente encubierto podrá testificar a través de medios especiales destinados a proteger su identidad real. Otra cuestión importante que tendrán que considerar los redactores de los textos legislativos nacionales es el peso de las pruebas obtenidas mediante la infiltración. En algunos países, por ejemplo, una sentencia condenatoria no puede basarse únicamente en pruebas obtenidas mediante la infiltración. En todo esto, es importante equilibrar los intereses de la justicia (incluida la necesidad de combatir la delincuencia organizada transnacional) con la necesidad de garantizar un juicio justo al acusado.

Ejemplo

En el Código Penal de Francia se establece lo siguiente:

Artículo 706-81

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, art. 1, Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de octubre de 2004)

Cuando las necesidades de la instrucción o la investigación de alguno de los delitos menores o graves previstos en el artículo 706-73 lo justifiquen, el fiscal del distrito o, tras escuchar la opinión de este, el juez de instrucción encargado del caso, podrá autorizar que se lleve a cabo una operación de infiltración, bajo su supervisión, de acuerdo con las condiciones que se establecen en la presente sección.

Se entenderá por infiltración una operación en la que un funcionario o agente de la policía judicial especialmente autorizado con arreglo a las condiciones establecidas en la ley y actuando bajo la autoridad de un funcionario de la policía judicial designado para supervisar la operación, lleve a cabo la vigilancia de personas sospechosas de haber cometido un delito menor o grave haciéndose pasar ante esas personas por uno de los autores o cómplices del delito o uno de los receptores de artículos robados. Con ese fin se autorizará a un funcionario o agente de la policía judicial a utilizar una identidad falsa y, cuando sea necesario, cometer los actos mencionados en el artículo 706-82. Esos actos no podrán, so pena de nulidad de la autorización, constituir incitación a la comisión de un delito.

⁷⁸ *Travaux Préparatoires de las Negociaciones para la Elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 218.

El funcionario de la policía judicial encargado de coordinar la operación habrá de preparar un informe sobre la infiltración, que contendrá únicamente los elementos estrictamente necesarios para dejar constancia de la comisión de un delito, sin poner en peligro la seguridad del agente infiltrado o de las personas reclutadas con arreglo a lo establecido en el artículo 706-82.

Artículo 706-82

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, art. 1, Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de octubre de 2004)

Los funcionarios o agentes de la policía judicial autorizados para llevar a cabo una operación de infiltración podrán realizar en cualquier parte del territorio nacional de Francia, sin ser objeto de responsabilidad penal, los siguientes actos:

1. Adquirir, poseer, transportar, dispensar o entregar cualesquiera sustancias, artículos, productos, documentos o información derivados de la comisión de cualquier delito o utilizados para la comisión de un delito;

2. Utilizar o facilitar a las personas que lleven a cabo esos delitos asistencia jurídica o financiera, así como medios de transporte, almacenamiento, alojamiento, depósito y telecomunicaciones.

La exención de responsabilidad prevista en el párrafo 1 se aplicará también, con respecto a los actos cometidos con el único propósito de favorecer la infiltración, a las personas reclutadas por los funcionarios o agentes de la policía judicial para hacer posible la realización de la operación.

Artículo 706-83

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, art. 1, Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de octubre de 2004)

So pena de nulidad, la autorización concedida con arreglo a lo establecido en el artículo 706-81 se dará por escrito y deberá estar especialmente fundamentada.

En ella se detallarán el delito o delitos que justifiquen la adopción de ese procedimiento y la identidad del funcionario de la policía judicial bajo cuya responsabilidad haya de llevarse a cabo la operación.

En la autorización se establecerá la duración de la operación de infiltración, que no podrá exceder de cuatro meses. La operación podrá prorrogarse bajo las mismas condiciones de forma y duración. El juez que hubiera autorizado la operación podrá ordenar su suspensión en cualquier momento antes de la expiración del plazo establecido.

La autorización se adjuntará al expediente una vez completada la operación de infiltración.

Artículo 706-84

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, art. 1, Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de octubre de 2004)

La verdadera identidad de los funcionario o agentes de la policía judicial que hayan llevado a cabo operaciones de infiltración bajo una identidad falsa no deberá divulgarse en ninguna etapa del proceso.

La divulgación de la identidad de esos funcionarios o agentes de la policía judicial se castigará con una pena de prisión de cinco años y multa de 75.000 euros.

Si la revelación de esa identidad condujera a actos de violencia o agresión contra esas personas o sus cónyuges, hijos o ascendientes directos, las penas se aumentarán a siete años de prisión y multa de 100.000 euros.

Si la revelación de esa identidad condujera a la muerte de esas personas o sus cónyuges, hijos o ascendientes directos, las penas se incrementarán a diez años de prisión y multa de 150.000 euros, sin perjuicio, cuando proceda, de la aplicación de lo dispuesto en el capítulo 1 del título II del libro II del Código Penal.

Artículo 706-85

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, art. 1, Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de octubre de 2004)

Cuando se adopte la decisión de suspender la operación o expire el período fijado en la autorización de la infiltración y no se prorrogue, el agente encubierto podrá seguir realizando las actividades mencionadas en el artículo 706-82, sin ser objeto de responsabilidad penal, únicamente durante el tiempo estrictamente necesario para poner fin a sus actividades de vigilancia en condiciones que garanticen su seguridad, que no podrá exceder de cuatro meses. Se informará lo antes posible de esa circunstancia al juez o fiscal que hubiera otorgado la autorización prevista en el artículo 706-81. Si, al finalizar el período de cuatro meses, el agente encubierto infiltrado no hubiera podido poner fin a su actividad en condiciones que garanticen su seguridad, el juez o fiscal podrá autorizar una prórroga de cuatro meses de ese plazo.

Artículo 706-86

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, art. 1, Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de octubre de 2004)

Solo podrá declarar en relación con una operación de infiltración, en calidad de testigo, el funcionario de la policía judicial bajo cuya autoridad se hubiera llevado a cabo la operación.

No obstante, si del informe que se menciona en el tercer párrafo del artículo 706-81 se desprendiera que la persona objeto de investigación judicial o que comparezca ante un tribunal haya sido imputada a consecuencia de los informes presentados por un agente que haya llevado a cabo personalmente operaciones de infiltración, dicha persona podrá solicitar el interrogatorio

del agente en las condiciones previstas en el artículo 706-61. Las preguntas que se formulen al agente encubierto en ese interrogatorio no podrán tener por objeto revelar, directa o indirectamente, su verdadera identidad.

Artículo 706-87

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, art. 1, Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de octubre de 2004)

No podrá dictarse una sentencia condenatoria únicamente sobre la base de las declaraciones formuladas por funcionarios o agentes de la policía judicial que hayan llevado a cabo una operación de infiltración.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará, sin embargo, cuando los funcionarios o agentes de la policía judicial presten testimonio bajo su verdadera identidad.

Ejemplo

En el Código de Procedimiento Penal de los Países Bajos se establece lo siguiente:

Operaciones encubiertas (incluidas las investigaciones encubiertas)

Marco jurídico:

Artículo 126h del Código de Procedimiento Penal (sobre la comisión de un delito por funcionarios de la policía de los Países Bajos), 126h 4) (sobre la comisión de un delito por funcionarios de policía extranjeros);

Artículo 126p del Código de Procedimiento Penal (no necesariamente después de la comisión de un delito, y solo en caso de relación con la planificación o comisión de delitos graves por grupos delictivos organizados; por funcionarios de la policía holandesa);

Artículo 126p 4) (por funcionarios de policía extranjeros);

Artículo 126w del Código de Procedimiento Penal (después de la comisión de un delito; por personas civiles);

Artículo 126x Código de Procedimiento Penal (no necesariamente después de la comisión de un delito, y solo en caso de relación con la planificación o comisión de delitos graves por grupos delictivos organizados; por personas civiles).

Código de Procedimiento Penal

TÍTULO IV A. FACULTADES ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

PRIMERA PARTE. VIGILANCIA

Artículo 126g

1. Si se sospechara que se ha cometido un delito grave o muy grave, la fiscalía podrá, en interés de la investigación, ordenar que un funcionario investigador haga un seguimiento de una persona u observe su presencia o comportamiento de manera sistemática.

2. Si las sospechas se refiriesen a un delito definido en el artículo 67, párrafo 1, que por su naturaleza o relación con otros delitos cometidos por el sospechoso constituyera una vulneración grave del orden jurídico, la fiscalía podrá, en interés de la investigación, autorizar, para llevar a cabo la orden que se menciona en el párrafo 1, el acceso a un lugar cerrado, que no sea un domicilio, sin el permiso de su propietario.
3. La fiscalía podrá autorizar, para llevar a cabo la orden a que se hace referencia en el párrafo 1, la utilización de un dispositivo electrónico, siempre que no se emplee para grabar comunicaciones confidenciales. No podrá fijarse un dispositivo electrónico a una persona sin su consentimiento.
4. La orden tendrá una duración no superior a tres meses y podrá prorrogarse por períodos sucesivos de tres meses.
5. La orden de vigilancia deberá expedirse por escrito y en ella se harán constar:
 - a) El delito de que se trate y, si se conociera, el nombre o la designación más precisa posible del sospechoso;
 - b) Los hechos o circunstancias que demuestren que se cumplen las condiciones establecidas en el párrafo 1;
 - c) El nombre o la designación más precisa posible de la persona a que se hace referencia en el párrafo 1;
 - d) En caso de que se aplique lo dispuesto en el párrafo 2, los hechos y circunstancias que demuestren que se cumplen las condiciones establecidas en ese párrafo, así como el lugar al que se haya de acceder;
 - e) La forma en que ha de ejecutarse la orden; y
 - f) El período de validez de la orden.
6. Cuando sea urgente, la orden podrá darse verbalmente. En ese caso, la fiscalía deberá plasmar la orden por escrito en el plazo de tres días.
7. Tan pronto como dejen de cumplirse las condiciones establecidas en el párrafo 1, la fiscalía pondrá fin a la ejecución de la orden.
8. La orden podrá ser modificada, complementada, prorrogada o finalizada, siempre por escrito y de forma razonada. Cuando sea urgente, la decisión de adoptar alguna de esas medidas podrá darse verbalmente. En ese caso, la fiscalía deberá plasmar esa decisión por escrito en el plazo de tres días.
9. Una orden del tenor que se menciona en el párrafo 1 podrá darse también a un funcionario de otro Estado. Podrán imponerse determinados requisitos a esa persona para la ejecución de la orden. Se aplicará, *mutatis mutandis*, lo establecido en los párrafos 2 a 8.

SEGUNDA PARTE. INFILTRACIÓN

Artículo 126h

1. Si se sospechara que se ha cometido un delito según se define en el artículo 67, párrafo 1, que por su naturaleza o relación con otros delitos cometidos por el sospechoso constituyera una vulneración grave del orden jurídico, la fiscalía podrá, si hubiera una necesidad urgente de ello en interés de la investigación, ordenar a un funcionario investigador, según se indica en el artículo 141b, que se una o preste asistencia a un grupo de personas del que quepa razonablemente sospechar que planea o comete delitos.
2. Al ejecutar la orden a que se hace referencia en el párrafo 1, el funcionario investigador no podrá inducir a una persona a cometer un delito que no estuviese ya en su intención cometer.
3. La orden de infiltración deberá expedirse por escrito y en ella se harán constar:
 - a) El delito de que se trate y, si se conoce, el nombre o la designación más precisa posible del sospechoso;
 - b) Una descripción del grupo de personas;
 - c) Los hechos o circunstancias que demuestren que se cumplen las condiciones establecidas en el párrafo 1;
 - d) La forma en que haya de ejecutarse la orden, incluidas las actividades que pudieran ser constitutivas de delito, en la medida en que sea posible preverlas en el momento de emitir la orden; y
 - e) El período de validez de la orden.
4. Una orden como las que se mencionan en el párrafo 1 podrá darse también a:
 - a) un funcionario de otro Estado que satisfaga los requisitos establecidos;
 - b) un funcionario investigador, según se indica en el artículo 142, que esté cooperando con arreglo a lo establecido en el artículo 11, párrafo 2, de la Ley de Policía de 1993 con otros funcionarios investigadores, según se indica en el artículo 141 b).

Se aplicará, *mutatis mutandis*, lo establecido en los párrafos 2 y 3.

5. El artículo 126g, párrafos 7 y 8, se aplicará *mutatis mutandis*, en el entendimiento de que una orden de infiltración no podrá prorrogarse verbalmente.

Artículo 126p

1. En un caso como el que se menciona en el artículo 126o, párrafo 1, la fiscalía podrá, si hubiera una necesidad urgente de ello en interés de la investigación, ordenar a un funcionario investigador, según se indica en el artículo 141 b), que se una o preste asistencia a la organización en cuestión.
2. Al ejecutar la orden a que se hace referencia en el párrafo 1, el funcionario investigador no podrá inducir a una persona a cometer un delito que no estuviese ya en su intención cometer.

3. La orden de infiltración deberá expedirse por escrito y en ella se harán constar:
 - a) Una descripción de la organización;
 - b) Los hechos o circunstancias que demuestren que se cumplen las condiciones establecidas en el párrafo 1;
 - c) La forma en que haya de ejecutarse la orden, incluidas las actividades que pudieran ser constitutivas de delito, en la medida en que sea posible preverlas en el momento de emitir la orden; y
 - d) El período de validez de la orden.
4. Una orden como las que se mencionan en el párrafo 1 podrá darse también a:
 - a) un funcionario de otro Estado que satisfaga los requisitos establecidos;
 - b) un funcionario investigador, según se indica en el artículo 141 c) o en el artículo 142, siempre que satisfaga los requisitos establecidos en materia de entrenamiento y cooperación con otros funcionarios investigadores, según se indica en el artículo 141 b).

Se aplicará, *mutatis mutandis*, lo establecido en los párrafos 2 y 3.
5. El artículo 126g, párrafos 7 y 8, se aplicará *mutatis mutandis*, en el entendimiento de que una orden de infiltración no podrá prorrogarse verbalmente⁷⁹.

Ejemplo

En el Código de Procedimiento Penal de Suiza, de 5 de octubre de 2007, se establece lo siguiente:

Sección 5: Investigaciones encubiertas

Art. 286 Requisitos

1. La fiscalía podrá ordenar que se realice una investigación encubierta si:
 - a) Se sospecha que se han cometido algunos de los delitos enumerados en el párrafo 2;
 - b) La gravedad del delito justifica la investigación encubierta; y
 - c) Las actividades de investigación realizadas anteriormente no hubieran tenido éxito o de otro modo las indagaciones no tuvieran posibilidades de éxito o fueran extraordinariamente complicadas.

...

Art. 287 Requisitos relativos a la participación

1. Podrán participar en investigaciones encubiertas las siguientes personas:
 - a) Los miembros de una fuerza policial suiza o extranjera;

⁷⁹Puede consultarse en inglés en www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/pcti_questionnaireReplies/Netherlands%20reply.pdf

- b)* Las personas empleadas temporalmente en funciones policiales, incluso si no hubieran recibido entrenamiento policial.
2. Solo podrán ser designados como personal de mando los miembros de una fuerza policial.
3. Si participan miembros de una fuerza policial extranjera, normalmente estarán al mando de su comandante habitual.

Art. 288 Cobertura y garantía del anonimato

1. La fiscalía podrá proporcionar a los investigadores encubiertos una cobertura para que adopten una identidad diferente de la suya propia.
2. La fiscalía podrá garantizar a los investigadores encubiertos que su verdadera identidad no se divulgará, incluso si hubieran de comparecer ante los tribunales para proporcionar información o en calidad de testigos.
3. Si un investigador encubierto cometiera un delito durante la realización de la investigación, el tribunal de medidas obligatorias habrá de adoptar una decisión acerca de la identidad contra la cual deberá abrirse un proceso penal.

Art. 289 Procedimiento de autorización

1. La realización de una investigación encubierta requerirá la autorización del tribunal de medidas obligatorias.
2. La fiscalía habrá de presentar al tribunal de medidas obligatorias, en el plazo de 24 horas desde que se ordenase la investigación encubierta, los siguientes documentos:
 - a)* La propia orden;
 - b)* Una declaración de los motivos y los documentos del caso que justifiquen la autorización.
3. El tribunal de medidas obligatorias adoptará una decisión y redactará una breve declaración de motivos en el plazo de cinco días desde que se hubiese ordenado la investigación encubierta. Podrá conceder la autorización con sujeción a un plazo límite u otras condiciones, o solicitar una investigación o una información complementaria.
4. En la autorización se hará constar expresamente si estará permitido:
 - a)* Elaborar o alterar documentos oficiales a fin de crear o mantener una cobertura;
 - b)* Garantizar el anonimato;
 - c)* Designar para la operación a personas sin entrenamiento policial.
5. El tribunal de medidas obligatorias concederá la autorización por un período máximo de 12 meses. La autorización podrá prorrogarse sucesivamente por períodos máximos de seis meses. Si fuera necesaria una prórroga, la fiscalía habrá de presentar una solicitud en ese sentido, en la que habrán de constar los motivos, antes de que expire la autorización vigente.

6. Si no se concediera la prórroga o no se autorizara la operación, la fiscalía pondrá fin a la operación inmediatamente. Se destruirán sin tardanza todos los archivos, y lo que se hubiera descubierto por medio de la investigación encubierta no podrá utilizarse.

Art. 290 Información previa a la realización de la operación

La fiscalía dará instrucciones al oficial al mando y al investigador encubierto antes del inicio de la operación.

Art. 291 Oficial al mando

1. Durante la realización de la operación, el investigador encubierto estará sujeto a las instrucciones directas del oficial al mando. Cualquier contacto entre la fiscalía y el investigador encubierto se realizará exclusivamente por conducto del oficial al mando.
2. El oficial al mando desempeñará, en particular, las siguientes funciones:
 - a) Informará detallada y continuamente al investigador encubierto de la operación y las facultades con que cuenta y cómo actuar al amparo de la cobertura;
 - b) Dará instrucciones y asesoramiento al investigador encubierto y evaluará el riesgo de forma continua;
 - c) Mantendrá un registro escrito de los informes verbales que presente el investigador encubierto y un expediente completo sobre la operación.
 - d) Informará periódicamente y cabalmente a la fiscalía sobre la operación.

Art. 292 Funciones de los investigadores encubiertos

1. Los investigadores encubiertos llevarán a cabo la operación con arreglo a sus funciones y a las instrucciones recibidas.
2. Los investigadores encubiertos informarán regularmente al oficial al mando sobre todas sus actividades y descubrimientos.

Art. 293 Alcance de la influencia permitida

1. Los investigadores encubiertos no podrán en general alentar a otros a realizar delitos o inducir a personas que ya estuvieran dispuestas a delinquir a cometer delitos más graves. Solo podrán fortalecer una decisión previa de cometer de un delito.
2. Sus actividades solo podrán tener una influencia mínima en la decisión de cometer un delito concreto.
3. Si fuera necesario para llevar a cabo la transacción principal, podrán hacer compras preliminares o facilitar pruebas de su capacidad de pago.
4. Si un investigador encubierto sobrepasara el alcance de la operación autorizada, el tribunal tendrá en cuenta esa circunstancia a la hora de determinar la condena que haya de imponerse a la persona sobre la que haya influido el investigador, o podrá abstenerse de imponer condena alguna.

Art. 294 Realización de investigaciones al amparo de la Ley de Estupeficientes

Los investigadores encubiertos no podrán ser condenados por los delitos contemplados en los artículos 19 y 20 a 22 de la Ley de Estupeficientes, de 3 de octubre de 1951, si hubieran actuado en el curso de una investigación encubierta autorizada.

Art. 295 Dinero para realizar transacciones simuladas

1. A petición de la fiscalía, la Confederación podrá facilitar, a través del Banco Nacional, en las cantidades, fórmulas y denominaciones necesarias, dinero para llevar a cargo transacciones simuladas y dar prueba de la capacidad de pago.
2. La solicitud habrá de presentarse a la Oficina Federal de la Policía junto con un resumen de los hechos del caso.
3. La fiscalía adoptará las precauciones necesarias para proteger el dinero facilitado. En caso de pérdida, será responsable la Confederación o el cantón al que pertenezca la fiscalía.

Art. 296 Descubrimientos accidentales

1. Cuando en el transcurso de una investigación encubierta salgan a la luz pruebas de un delito distinto al objeto de la investigación, dichas pruebas podrán utilizarse siempre que, de haberse solicitado, se hubiera aprobado una investigación encubierta para investigar el nuevo delito descubierto.
2. La fiscalía ordenará inmediatamente que se lleve a cabo una investigación encubierta e iniciará el procedimiento de autorización.

Art. 297 Conclusión de la operación

1. La fiscalía pondrá fin a la operación inmediatamente si:
 - a) Dejaran de cumplirse los requisitos;
 - b) Se denegara la autorización o una prórroga de esta; o
 - c) El investigador encubierto o el oficial al mando no siguieran las instrucciones o incumplieran sus obligaciones de cualquier otro modo, en particular proporcionando de manera intencionada información falsa a la fiscalía.
2. En los casos contemplados en los apartados a) y c) del párrafo 1, la fiscalía dará cuenta al tribunal de medidas obligatorias para que ponga fin a la operación.
3. Cuando concluya una operación, habrá de garantizarse que ni el investigador encubierto ni ninguna otra persona que hubiera participado en la investigación queden expuestos a un riesgo que pueda evitarse.

Art. 298 Información

1. La fiscalía informará al acusado, a más tardar a la conclusión de la instrucción preliminar, de que ha sido objeto de una investigación encubierta.

2. Esa información podrá retrasarse o suspenderse, con sujeción a la aprobación del tribunal de medidas obligatorias, si:
 - a) Los hechos descubiertos no se llegaran a utilizar como prueba; y
 - b) Resultara necesario retrasar o suspender esa información para proteger intereses superiores de carácter público o privado.
3. Las personas que hayan sido objeto de una investigación encubierta podrán presentar un recurso contra ella de conformidad con lo establecido en los artículos 393 a 397. El plazo para la presentación del recurso empezará a contar al recibirse la información sobre la investigación.

Ejemplo

En el Código de Procedimiento Penal de Alemania se establece lo siguiente:

Artículo 110a [Investigadores encubiertos]

- 1) Podrá recurrirse al uso de investigadores encubiertos para esclarecer delitos cuando existan indicios suficientes de que se haya cometido un delito penal de gran importancia:
 1. En el ámbito del comercio ilícito de drogas o armas o la falsificación de moneda o sellos oficiales;
 2. En el ámbito de la seguridad nacional (artículos 74a y 120 de la Ley de Constitución de Tribunales);
 3. De índole comercial o habitual; o
 4. Por un miembro de una banda u otro grupo organizado. También podrá recurrirse a la utilización de investigadores encubiertos para esclarecer delitos cuando de los hechos se desprenda que hay un riesgo de reincidencia. Su utilización solo será admisible cuando los demás métodos que puedan utilizarse para esclarecer el delito grave de que se trate no ofrezcan perspectivas de éxito o presenten una dificultad mucho mayor. También se podrá recurrir a la utilización de investigadores encubiertos para esclarecer delitos cuando la especial importancia de estos haga necesario ese tipo de operación y no haya otras medidas con perspectivas de éxito.
- 2) Los investigadores encubiertos serán funcionarios de la policía que llevarán a cabo las investigaciones bajo una identidad falsa (alias) que les será facilitada. Podrán tomar parte en transacciones legales utilizando su alias.
- 3) Cuando sea imprescindible para crear o mantener un alias, podrán redactarse, modificarse y utilizarse los documentos que sean necesarios.

Sección 110b [Consentimiento de la fiscalía; consentimiento del tribunal; no divulgación de la identidad]

- 1) La utilización de un investigador encubierto solo será admisible cuando se haya obtenido el consentimiento de la fiscalía. En circunstancias urgentes, y si la decisión de la fiscalía no pudiera

obtenerse a tiempo, esa autorización habrá de obtenerse sin demora; se pondrá fin a la medida si la fiscalía no diera su consentimiento en el plazo de tres días laborables. El consentimiento se otorgará por escrito y para un período determinado. Podrán aprobarse prórrogas siempre que sigan cumpliéndose las condiciones para la utilización de investigadores encubiertos.

- 2) La utilización de investigadores encubiertos:
 1. En relación con un acusado concreto, o
 2. Que entrañe el acceso del investigador encubierto a locales privados que no sean accesibles al público

requerirá el consentimiento de los tribunales. En circunstancias urgentes, bastará el consentimiento de la fiscalía. Cuando no pueda obtenerse a tiempo la autorización de la fiscalía, dicha autorización se obtendrá lo antes posible. Se pondrá fin a la medida si el tribunal no otorgara su consentimiento en el plazo de tres días laborables. Se aplicarán *mutatis mutandis* las oraciones tercera y cuarta del párrafo 1.

- 3) La identidad de los investigadores encubiertos deberá mantenerse en secreto incluso después de concluida la operación. La fiscalía y el tribunal que hayan dado su autorización para la utilización de los investigadores encubiertos podrán pedir que se les revele su identidad. En los demás casos, podrá mantenerse en secreto la identidad durante el procedimiento penal con arreglo al artículo 96, en particular si hubiera motivos para temer que la divulgación de la identidad del investigador encubierto podría poner en peligro su vida, su integridad física o su libertad o la de cualquier otra persona, o pudiera poner en peligro la utilización del investigador encubierto en el futuro⁸⁰.

Artículo 16. Vigilancia electrónica

1. A los efectos del presente artículo, la vigilancia electrónica incluirá el control, la interceptación, la copia o la manipulación de mensajes o señales transmitidos por medios electrónicos.
2. La vigilancia electrónica será legal cuando haya sido autorizada con arreglo a lo establecido en el presente artículo.
3. Los funcionarios, así como las personas naturales o jurídicas que les presten asistencia, no incurrirán en responsabilidad civil o penal por los actos que se hayan autorizado de conformidad con lo establecido en el presente artículo.

⁸⁰Véase www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/german_code_of_criminal_procedure.pdf.

4. Un [funcionario superior] de [*introdúzcase el nombre de los organismos designados*] podrá solicitar a [*introdúzcase el nombre de las autoridades oficiales u otras autoridades competentes*] una [orden] para llevar a cabo la vigilancia electrónica. En la solicitud deberá especificarse:

- a) El tipo de vigilancia que se proponga;
- b) El propósito para el que se pretenda realizar la vigilancia;
- c) La naturaleza de la información que esté previsto obtener;
- d) Las personas o dispositivos que hayan de ser objeto de la vigilancia; y
- e) Las medidas que se hubieran adoptado para garantizar que la intimidad y demás derechos humanos de las personas queden protegidos en la mayor medida posible.

5. La [autoridad judicial/competente] podrá, de manera discrecional, emitir una orden por la que se autorice el uso de la vigilancia electrónica.

6. La [orden] podrá incluir cualesquiera condiciones que se apliquen a la autorización.

7. En la [orden] se deberá especificar el plazo de validez, que no podrá exceder de [*introdúzcase un plazo razonable*]. Las órdenes podrán prorrogarse cuando así se solicite.

8. Al ejercer su facultad discrecional con arreglo a lo establecido en el párrafo 2, la [autoridad competente] [autoridad judicial] tendrá en cuenta si:

- a) La autorización solicitada es razonable y proporcionada en todas las circunstancias;
- b) En la autorización se garantiza que los derechos humanos de todas las personas interesadas, incluido el derecho a la intimidad, queden protegidos en la mayor medida posible en esas circunstancias.

9. Se remitirá una copia de cada orden a [*introdúzcase el nombre del órgano de supervisión*].

10. El jefe del organismo podrá autorizar por escrito a los funcionarios y a otras personas a que lleven a cabo las actividades contempladas en la orden.

11. Un funcionario podrá solicitar asistencia de cualquier persona, como un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas, para llevar a cabo la vigilancia autorizada.

12. La información obtenida gracias a la vigilancia electrónica no podrá divulgarse fuera de [el organismo encargado de hacer cumplir la ley pertinente] sin la aprobación de [el jefe de ese organismo o su delegado]. Esa aprobación solo se concederá para los siguientes fines:

a) Evitar [delitos graves] o enjuiciar a sus autores;

b) Promover la cooperación internacional en materia de prevención [de delitos graves] o enjuiciamiento de sus autores; o

c) Asegurar la supervisión apropiada de las actividades del organismo.

13. El [jefe del organismo encargado de hacer cumplir la ley] habrá de velar por que la información que se haya obtenido al amparo de una orden de vigilancia electrónica pero que no sea de interés para la prevención [de un delito grave] o el enjuiciamiento de sus autores se destruya tan pronto como sea posible en la práctica, a más tardar transcurridos seis meses desde la expiración de la orden.

14. El [jefe del organismo encargado de hacer cumplir la ley] deberá velar por que, dentro del plazo de seis meses contados a partir de la expiración de una orden de vigilancia electrónica, se facilite un informe a [*introdúzcase la autoridad apropiada, como el Fiscal General*] acerca de las actividades realizadas al amparo de la orden y la utilidad de la información obtenida. Deberá facilitarse copia del informe a [*introdúzcase el nombra del órgano de supervisión*].

15. El [jefe del organismo encargado de hacer cumplir la ley] habrá de informar anualmente al [Parlamento/a un Comité Parlamentario/al público] sobre:

a) El número de órdenes de vigilancia solicitadas;

b) El número de órdenes emitidas; y

c) El número de casos llevados ante los tribunales en los que se hubieran utilizado pruebas o información obtenidas al amparo de una orden de vigilancia.

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 20.

La presente disposición se ha redactado en la inteligencia de que la mayoría de los Estados ya cuentan con leyes que permiten la vigilancia física. El propósito de la disposición es complementar la legislación existente sobre la cuestión.

La vigilancia electrónica en forma de dispositivos de escucha o interceptación de las comunicaciones cumple una función similar y es a menudo preferible cuando un grupo muy unido no puede ser penetrado por una persona de fuera o cuando la infiltración o la vigilancia física representarían un riesgo inaceptable para la investigación o la seguridad de los investigadores. Dado su carácter invasivo, la vigilancia electrónica está por lo general sujeta a un estricto control judicial y numerosas salvaguardias legales para prevenir su uso indebido⁸¹.

Al definir la vigilancia electrónica en la legislación nacional, es importante utilizar un lenguaje neutro con respecto a la tecnología. Así pues, en las presentes disposiciones legislativas modelo se recomienda hacer referencia a “mensajes y señales transmitidos por medios electrónicos”. Si se especificara una lista de tecnologías, convendría también utilizar una redacción de carácter incluyente (“tales como ...”), a fin de dar cabida a los futuros avances tecnológicos.

Nunca será posible mantener un escrutinio público total de las operaciones encubiertas, ya que eso podría poner en peligro las operaciones y los métodos y fuentes que es necesario proteger y que podría ser necesario volver a utilizar. Así pues, en el presente proyecto de artículo se proponen dos niveles de escrutinio del uso de la vigilancia electrónica. El primer nivel entraña la presentación de informes a un órgano encargado de supervisar el uso de esas técnicas. En los informes que se presenten a ese órgano se podrá entrar en detalles acerca de las operaciones, y el órgano de supervisión determinará luego de manera independiente si se están utilizando los procesos apropiados. El segundo nivel entraña una función más general de presentación de informes al Parlamento sobre el número de órdenes solicitadas y emitidas, sin divulgar información acerca de los métodos y las fuentes.

Ejemplo

Con respecto a la vigilancia electrónica, véase la Ley de Reglamentación de los Poderes de Investigación (2000) del Reino Unido (www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents).

⁸¹ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 186.

Artículo 17. Cooperación en materia de cumplimiento de la ley

1. Entre las funciones de [*introdúzcanse los nombres de todas las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley pertinentes*] figura la de prestar asistencia y cooperación, en consonancia con los sistemas jurídicos y administrativos nacionales, a los organismos extranjeros encargados de hacer cumplir la ley y a las organizaciones internacionales y regionales competentes a fin de prevenir, detectar y combatir los delitos a los que se aplican las presentes disposiciones legislativas modelo.

2. No obstante lo que pueda disponerse en otras leyes, el [*introdúzcase el nombre de la autoridad nacional encargada de hacer cumplir la ley*] podrá prestar cooperación y proporcionar personal o información a una autoridad extranjera encargada de hacer cumplir la ley de otro Estado y, cuando proceda, a las organizaciones regionales e internacionales competentes, a fin de prevenir, detectar y combatir los delitos a los que se aplican las presentes disposiciones legislativas modelo en cualquiera de las jurisdicciones.

3. El [*introdúzcase el nombre de la autoridad nacional encargada de hacer cumplir la ley*] podrá cooperar también con una autoridad extranjera encargada de hacer cumplir la ley o con una organización internacional o regional en lo que respecta a:

a) El suministro de artículos, sustancias, documentos o archivos con fines de análisis o investigación;

b) La adscripción o el intercambio de personal, incluidas la provisión de expertos y la designación de funcionarios de enlace;

c) [La realización de investigaciones conjuntas;]

d) La protección de testigos, incluido el traslado de testigos protegidos;

e) La asistencia administrativa de otro tipo.

4. El [*introdúzcase el nombre de la autoridad nacional encargada de hacer cumplir la ley*] podrá negociar y celebrar acuerdos con autoridades extranjeras encargadas de hacer cumplir la ley o con organizaciones regionales o internacionales con el fin de promover la cooperación en materia de cumplimiento de la ley para prevenir, detectar y combatir los delitos a los que se aplican las presentes disposiciones legislativas modelo.

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 27.

En el artículo 27, párrafo 1, de la Convención se pide a los Estados que colaboren entre sí, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la Convención. También se exige a los Estados que adopten medidas más específicas con respecto a:

a) La mejora de los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes, o el establecimiento de esos canales, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información (artículo 27, párrafo 1 a));

b) La cooperación en la identificación y localización de los sospechosos, el producto y los instrumentos del delito (artículo 27, párrafo 1 b)).

En algunos contextos puede existir el problema de que la cooperación con organismos extranjeros encargados de hacer cumplir la ley escape a la competencia de la autoridad o las autoridades nacionales encargadas de hacer cumplir la ley. En esos casos, podría ser de utilidad que el Estado especifique en la ley que una de las funciones de la autoridad es cooperar con sus contrapartes extranjeras, incluidos los organismos de otros Estados partes en la Convención contra la Delincuencia Organizada, así como la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) y otras organizaciones regionales pertinentes.

Aunque en el artículo 27, párrafo 1, únicamente se habla de combatir los delitos comprendidos en la Convención, en consonancia con la importancia que la Convención atribuye a la prevención (véase el artículo 1), en las presentes disposiciones legislativas modelo se recomienda que se faculte a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley para que cooperen con sus contrapartes a fin de “prevenir, detectar y combatir” los delitos a los que se aplican las presentes disposiciones legislativas modelo.

El párrafo 2 del presente proyecto de artículo tiene por objeto soslayar las disposiciones relativas a la privacidad y la confidencialidad, pero sin obligar a proporcionar información. El párrafo se refiere a la cooperación en materia de información. El propósito es facilitar la cooperación en todos los asuntos enumerados de forma más específica en el artículo 27, párrafo 1 b), de la Convención, incluidos, entre otros:

a) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados (artículo 26, párrafo 1 a) i));

b) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados (artículo 26, párrafo 1 a) ii));

c) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer (artículo 26, párrafo 1 a) iii));

d) Los medios y métodos concretos empleados por los grupos delictivos organizados, incluidos las rutas y los medios de transporte y el uso de identidades falsas, documentos alterados o falsificados u otros medios de encubrir sus actividades (artículo 27, párrafo 1 e)).

En la Convención se hace referencia a la concertación por los Estados partes de acuerdos bilaterales para facilitar la cooperación en materia de cumplimiento de la ley en general (para combatir los delitos a los que se aplican las presentes disposiciones legislativas modelo), así como con respecto a:

a) La mejora de los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes, o el establecimiento de esos canales, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en las presentes disposiciones legislativas modelo;

b) La promoción del intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de funcionarios de enlace;

c) El intercambio de información sobre los medios y métodos concretos empleados por los grupos delictivos organizados, incluidos las rutas y los medios de transporte y el uso de identidades falsas, documentos alterados o falsificados u otros medios de encubrir sus actividades.

El párrafo 3 del presente proyecto de disposición tiene por objeto facultar a los organismos encargados de hacer cumplir la ley especificados para concertar esos acuerdos. Los redactores de los textos legislativos tal vez deseen también considerar la forma en que habrán de llevarse a cabo la transmisión de solicitudes de cooperación y el intercambio de información, por ejemplo a través del sistema I-24/7 de la INTERPOL u otros canales regionales.

Ejemplos

En la Ley de la Policía Federal de Australia de 1979 (Commonwealth) figura específicamente, entre las funciones de la policía, la prestación de apoyo y asistencia a los organismos extranjeros encargados de hacer cumplir la ley:

8 Funciones

1) Las funciones de la Policía Federal de Australia son:

a) ...

b) Prestar servicios policiales y servicios de apoyo policial con el fin de brindar asistencia o cooperación a:

i) Un organismo encargado de hacer cumplir la ley; o

ii) Un organismo de inteligencia o seguridad; o

iii) Un organismo normativo gubernamental; [...]

sea australiano o extranjero.

Artículo 18. Investigaciones conjuntas

1. Cuando proceda, el [*introdúzcase el nombre de la autoridad encargada de hacer cumplir la ley*] podrá concertar acuerdos con organismos extranjeros

encargados de hacer cumplir la ley y con organizaciones internacionales o regionales pertinentes en relación con el establecimiento de un órgano mixto de investigación.

2. Además de lo establecido en el párrafo 1, el [introdúzcase el nombre de la autoridad nacional encargada de hacer cumplir la ley] podrá concertar acuerdos o arreglos con autoridades extranjeras encargadas de hacer cumplir la ley y con organizaciones internacionales o regionales pertinentes en relación con la prevención, la investigación y el enjuiciamiento o las actuaciones judiciales por delitos a los que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo en uno o más Estados.

3. Cuando se haya concertado un acuerdo o arreglo de esas características [o cuando así se decida caso por caso, incluso sin la existencia de un acuerdo], el [autoridad nacional encargada de hacer cumplir la ley] podrá llevar a cabo [operaciones/investigaciones] conjuntas con el Estado o con la organización internacional o regional de que se trate.

COMENTARIO

Disposición facultativa.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 19.

Mientras que el artículo 27 de la Convención se centra en el fomento y la facilitación de la cooperación transfronteriza para el cumplimiento de la ley en general, el artículo 19 se orienta de forma más específica a las investigaciones conjuntas.

En el artículo 19 de la Convención contra la Delincuencia Organizada se alienta, aunque no se obliga, a los Estados partes a que concierten acuerdos o arreglos para facilitar la creación de órganos mixtos de investigación. Podría tratarse de un centro de coordinación a través del cual los Estados llevaran a cabo investigaciones conjuntas en asuntos que fueran objeto de investigación, enjuiciamiento o instrucción de procesos judiciales en uno o más Estados. En ausencia de esos acuerdos, los Estados partes en la Convención convienen en que esas investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Se pide a los Estados partes que velen por que se respete plenamente la soberanía del Estado en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación.

En las *Guías Legislativas* se da a entender que se necesita poca legislación para aplicar el artículo 19 de la Convención contra la Delincuencia Organizada mediante investigaciones conjuntas. Sin embargo, es necesario examinar este aspecto a la luz del modelo de investigación conjunta que los Estados deseen adoptar.

Del 2 al 4 de septiembre de 2008, antes del cuarto período de sesiones de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se celebró en Viena una reunión de un grupo de trabajo oficioso de expertos en investigaciones conjuntas. Los expertos presentes en la reunión establecieron dos modelos principales de investigaciones conjuntas:

a) *Investigaciones paralelas, coordinadas, con un objetivo común.* En este modelo, las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en cada Estado realizan investigaciones paralelas en sus respectivos territorios, tal vez con la ayuda de una red de enlace o de contactos personales. Esas investigaciones se complementan con solicitudes de asistencia judicial recíproca para el traslado de pruebas. En este modelo, los investigadores no están ubicados en el mismo lugar. La necesidad de establecer una base jurídica para las investigaciones paralelas y coordinadas puede ser escasa o nula;

b) *Equipos de investigación mixtos e integrados.* En este modelo, el equipo de investigación está integrado por funcionarios de al menos dos Estados. Los equipos de esta naturaleza pueden ser pasivos (por ejemplo, un funcionario de un Estado se integra con funcionarios del Estado anfitrión, pero se limita a desempeñar una función consultiva) o activos (por ejemplo, el equipo está integrado por funcionarios de al menos dos jurisdicciones y todos están facultados legalmente para desempeñar al menos ciertas funciones operativas en el territorio o jurisdicción en que opere el equipo). Para estos equipos es probable que sea necesario establecer una base jurídica.

Como señaló el grupo de trabajo oficioso de expertos en investigaciones conjuntas:

Normalmente los equipos integrados están ubicados en un mismo lugar. En el caso de un equipo integrado/pasivo, la base jurídica puede ser una ley nacional que permita la adscripción de un funcionario extranjero o un acuerdo de asistencia técnica. En el caso de los equipos integrados/activos, los funcionarios extranjeros también pueden adscribirse sobre la base de la legislación nacional vigente, si esta así lo dispone. La legislación pertinente en los Estados miembros de la Unión Europea se basa en el concepto del funcionario extranjero adscrito facultado, con sujeción a la discrecionalidad establecida en la ley, para ejercer funciones bajo el control de un jefe de equipo que pertenecerá al Estado en que se esté llevando a cabo la operación. Un experto describió el modelo integrado/activo como una infraestructura creada especialmente para que funcionarios de al menos dos países trabajen en una jurisdicción desempeñando por lo menos algunas funciones operativas equivalentes. Los funcionarios autorizados a participar en un equipo de esa naturaleza dependerán del sistema de que se trate; por ejemplo, en los equipos formados por funcionarios procedentes de ordenamientos jurídicos inquisitorios de tradición romanista figurará normalmente un juez o fiscal además de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

El grupo de trabajo de expertos detectó varias dificultades legales relativas al establecimiento de investigaciones conjuntas, entre las que cabe mencionar:

- La falta de un marco jurídico claro de legislación específica que permita el establecimiento de investigaciones conjuntas;
- La falta de claridad en cuanto al control operacional, por ejemplo, en lo que se refiere a los funcionarios encubiertos;

- La responsabilidad por los costos de la investigación conjunta.

Es probable que se requiera legislación para el establecimiento del modelo integrado/activo, puesto que entraña el despliegue operativo de funcionarios de jurisdicciones extranjeras. A los fines del modelo integrado/activo, se determinó que sería necesario disponer de legislación sobre los siguientes aspectos:

- La equivalencia de facultades de los funcionarios extranjeros encargados de hacer cumplir la ley;
- El control operativo y quién debe mantenerlo;
- La reunión de pruebas por los funcionarios extranjeros encargados de hacer cumplir la ley (especialmente mediante medios coercitivos) y, posteriormente, la admisibilidad de esas pruebas ante los tribunales;
- La posibilidad de que un miembro del equipo recoja pruebas en su jurisdicción de origen sin necesidad de una solicitud oficial de asistencia judicial recíproca;
- Las responsabilidades civiles y penales de los funcionarios extranjeros encargados de hacer cumplir la ley;
- El intercambio de información operativa y el control de esa información una vez intercambiada.

En la reunión del grupo de trabajo de expertos en investigaciones conjuntas se señaló que la cuestión de la equivalencia de facultades debía abordarse en la legislación de los Estados para que pudieran llevarse a cabo investigaciones conjuntas integradas. Había diversas alternativas para hacerlo. Como se señaló en el grupo de trabajo de expertos:

La experiencia del grupo de trabajo de expertos demostraba que los funcionarios extranjeros adscritos en países con arreglo a las facultades previstas en la legislación (aunque no resultasen suficientes, en general, para las necesidades de un equipo integrado/activo), y sobre la base de la legislación de la Unión Europea para funcionarios adscritos, ejercían sus facultades bajo el control del Estado anfitrión. Dentro de la Unión Europea, la cuestión de si un funcionario (extranjero) adscrito podía participar en acciones de investigación o estar presente cuando esas acciones se llevasen a cabo, o si debía quedar excluido de ellas, era una cuestión discrecional que, en la mayoría de los casos, quedaba a juicio del jefe del equipo encargado de la investigación conjunta, y no había ejemplos específicos de funcionarios que hubieran empleado medidas coercitivas.

Otros ejemplos proporcionados por expertos de Estados miembros de la Unión Europea mostraban que los funcionarios adscritos no podían sobrepasar sus facultades nacionales. En otras palabras, no podían tener en el Estado anfitrión facultades más amplias que las que hubieran tenido en su jurisdicción de origen, y los Estados miembros de la Unión Europea representados en el grupo de trabajo de expertos no contaban con disposiciones legislativas específicas sobre la posibilidad de llevar armas; ese aspecto debía contemplarse en el acuerdo operacional sobre la base de la legislación nacional aplicable.

Ejemplos

Irlanda cuenta con una ley específica en la que se regulan la formulación y recepción de peticiones para el establecimiento de equipos mixtos de investigación y las funciones y facultades de esos equipos (la Ley de Justicia Penal (equipos mixtos de investigación) de 2004⁸²). Esa Ley contiene criterios acerca de cuándo pueden establecerse equipos mixtos de investigación, y también se especifica en ella la información que debe proporcionar el Estado que desee establecer uno de esos equipos. La disposición relativa a la formulación de una solicitud figura en el artículo 3, que se reproduce a continuación, y en el artículo 4 (que no se reproduce) figura una exposición equivalente para la recepción de solicitudes:

3. 1) Cuando la Autoridad Competente esté convencida de que:
 - a) Se ha:
 - i) Cometido un delito en el Estado, o hay motivos razonables para sospecharlo, y la investigación correspondiente tenga ramificaciones en otros Estados miembros; o
 - ii) Procedido a realizar actos que serían constitutivos de delito si se hubieran cometido en el Estado, o hay motivos razonables para sospecharlo, y esos actos se cometieron en parte en el Estado y en parte en otros Estados miembros;
 - y
 - b) Hay motivos razonables para creer que redundará en el interés público, teniendo en cuenta las ventajas que puede suponer para la investigación del delito o los actos que se hayan cometido, o se sospeche que se hayan cometido, que se establezca un equipo mixto de investigación con esos otros Estados miembros porque:
 - i) Parte de la investigación se está realizando, o se prevé que habrá de realizarse, en esos otros Estados miembros, o
 - ii) La investigación requiere una acción concertada y coordinada de los Estados miembros (incluido el Estado) interesados,

la Autoridad Competente podrá solicitar a las autoridades competentes de esos otros Estados miembros el establecimiento de un equipo mixto para investigar el delito o los actos que se hayan cometido, o se sospeche que se han cometido.

- 2) En la solicitud que se contempla en el párrafo 1 se especificará lo siguiente:
 - a) La autoridad competente que formula la solicitud;
 - b) El objeto de la solicitud;
 - c) Los actos que hayan de investigarse;
 - d) La identidad y la nacionalidad (si se conocieran) de la persona o personas cuyos actos hayan de investigarse;

⁸²Véase www.irishstatutebook.ie/pdf/2004/en.act.2004.0020.pdf (en inglés).

- e) Propuestas en cuanto a la composición del equipo mixto de investigación; y
 - f) El período en que el equipo mixto de investigación haya de operar.
- 3) La Autoridad Competente proporcionará a las demás autoridades competentes cualquier otra información que se le solicite y que sea razonablemente necesaria para que esas autoridades decidan acordar o no el establecimiento de un equipo mixto de investigación;
- 4) Cuando alguna de las autoridades competentes interesadas acceda a una solicitud formulada con arreglo a lo establecido en el párrafo 1, la Autoridad Competente podrá, con sujeción a lo establecido en la presente Ley, acordar con dicha autoridad, y con cualquier otra autoridad competente interesada, el establecimiento de un equipo mixto para investigar el delito o los actos cometidos o que se sospeche se hayan cometido;
- 5) La Autoridad Competente y las autoridades competentes interesadas podrán, en el marco de un acuerdo concertado con arreglo a lo estipulado en el párrafo 4, establecer un equipo mixto de investigación.

En la legislación nacional de Irlanda se especifican también los requisitos que ha de reunir un acuerdo para el establecimiento de un equipo mixto de investigación:

8. 1) Los acuerdos concertados al amparo de lo establecido en los artículos 3, párrafo 4, o 4, párrafo 3, sobre el establecimiento de un equipo mixto de investigación deberán celebrarse por escrito, y en ellos se especificará lo siguiente:
- a) Las partes en el acuerdo;
 - b) Los fines para los que se establezca el equipo;
 - c) La identidad y la nacionalidad (si se conocieran) de la persona o personas cuyos actos hayan de investigarse;
 - d) La composición del equipo, incluida la identidad (si se conociera) del miembro que haya de dirigirlo en cada uno de los Estados miembros (incluido el Estado) que establezcan el equipo y en que este vaya a operar;
 - e) El período en que el equipo haya de operar;
 - f) Los arreglos financieros para el funcionamiento del equipo, incluidos los arreglos para el pago de la remuneración y los gastos de sus miembros (si los hubiera) y el pago de cualesquiera otros gastos que pudiera realizar el equipo en el desempeño de sus funciones;
 - g) Los participantes en el equipo (si los hubiera) y si les será de aplicación lo establecido en el artículo 7, párrafo 5; y
 - h) Cualesquiera otras condiciones (si las hubiera) que acuerden la Autoridad Competente y las demás autoridades competentes interesadas.
- 2) Si el período en que haya de operar un equipo mixto de investigación se prorrogara con arreglo a lo establecido en el artículo 5, párrafo 1, se modificará en consecuencia el acuerdo contemplado en el párrafo 1, relativo al establecimiento del equipo;

- 3) Si la Autoridad Competente acordara con las demás autoridades competentes, con arreglo a lo establecido en el artículo 5, párrafo 3, modificar el acuerdo para el establecimiento del equipo mixto de investigación, se modificará en consecuencia el acuerdo que se contempla en el párrafo 1, relativo al establecimiento del equipo;
- 4) Si, en virtud de un acuerdo establecido al amparo del párrafo 4 del artículo 5, el Estado se uniera a un equipo mixto de investigación, el acuerdo relativo al establecimiento del equipo, en su forma modificada por el acuerdo concertado con arreglo a ese párrafo, deberá ajustarse, en la medida de lo razonablemente posible, a lo establecido en el párrafo 1;
- 5) Si, en virtud de un acuerdo concertado al amparo del artículo 5, párrafo 5, otro Estado miembro se uniera a un equipo mixto de investigación, el acuerdo concertado con arreglo a lo establecido en el párrafo 1, relativo al establecimiento del equipo, se modificará para tener en cuenta ese acuerdo concertado con arreglo al artículo 5, párrafo 5.

Ejemplo

La legislación nacional de Rumania contiene disposiciones relativas a la cooperación internacional y permite el establecimiento de equipos mixtos de investigación. En la Ley núm. 39/2003, destinada a prevenir y combatir la delincuencia organizada, se establece lo siguiente:

- Art. 26.** 1) Cuando lo soliciten las autoridades competentes de Rumania o las de otros Estados, podrán realizarse investigaciones conjuntas en el territorio de Rumania con el fin de prevenir y combatir los delitos transnacionales cometidos por grupos delictivos organizados;
- 2) Las investigaciones conjuntas que se mencionan en el párrafo 1 se realizarán con arreglo a lo establecido en los convenios bilaterales o multilaterales firmados por las autoridades competentes;
 - 3) Los representantes de las autoridades competentes de Rumania podrán participar en investigaciones conjuntas que se lleven a cabo en el territorio de otros Estados, durante las cuales deberán respetar la legislación de esos Estados⁸³.

Ejemplo

La legislación nacional de Suecia contiene una disposición por la que se regula el establecimiento de equipos mixtos de investigación (Ley sobre los Equipos Mixtos de Investigación para Investigaciones Penales, promulgada el 18 de diciembre de 2003)⁸⁴:

Establecimiento de un equipo mixto de investigación

⁸³ Puede consultarse en www.diicot.ro/pdf/legislatie/en/law_39_2003.pdf.

⁸⁴ Puede obtenerse más información en www.imolin.org/doc/amlid/Sweden_Act%20on%20Joint%20Investigation%20Teams.pdf; véase también la ordenanza sobre los equipos mixtos de investigación para las investigaciones penales (Ordinance on Joint Investigation Teams for Criminal Investigations) promulgada el 18 de diciembre de 2003 (www.imolin.org/doc/amlid/Sweden_Ordinance%20on%20Joint%20Investigation%20Teams%20.pdf).

Artículo 2.

El establecimiento de un equipo mixto de investigación obedecerá a un propósito específico y se extenderá por un plazo limitado.

Artículo 3.

Si se estuviera desarrollando en Suecia una investigación preliminar con respecto a una actividad delictiva que vaya a investigar un equipo mixto de investigación, corresponderá a la fiscalía o a la autoridad encargada de dirigir esa investigación preliminar concertar el acuerdo relativo al establecimiento del equipo mixto de investigación.

Si no pudiera establecerse un equipo mixto de investigación con arreglo a lo establecido en el párrafo anterior, podrán concertar un acuerdo relativo a su establecimiento:

1. La Fiscalía General o la fiscalía regional que esta designe;
2. La Junta de la Policía Nacional o la autoridad policial que esta designe;
3. El Servicio Aduanero de Suecia; o
4. La Guarda Costera de Suecia.

En el acuerdo deberá hacerse constar claramente qué funcionarios formarán parte del equipo mixto de investigación y durante qué plazo habrá de operar el equipo.

Artículo 19. Atribución de facultades a los funcionarios extranjeros encargados de hacer cumplir la ley que participen en investigaciones conjuntas

1. Cuando [los Estados de que se trate/los Estados interesados hayan concertado un acuerdo relativo a la atribución de facultades durante las investigaciones conjuntas], podrán atribuirse a los funcionarios de los organismos extranjeros encargados de hacer cumplir la ley una o más de las facultades que se enumeran a continuación, que podrán ejercer en [*introdúzcase el nombre del Estado*], con sujeción a la legislación de [*introdúzcase el nombre del Estado*]:

a) [La facultad de recibir información y tomar declaraciones, de conformidad con la legislación del Estado, siempre que ello no esté prohibido por la legislación de [*introdúzcase el nombre del Estado*]];

b) [La facultad de formular cargos/consignar cargos en el registro oficial, incluso de la forma exigida en la legislación nacional, siempre que ello no esté prohibido por la legislación de [*introdúzcase el nombre del Estado*]];

c) [La autorización para realizar operaciones de vigilancia u operaciones encubiertas o de infiltración].

2. Cuando se hayan atribuido a un funcionario de un organismo extranjero encargado de hacer cumplir la ley algunas de las facultades especificadas en el párrafo 1, ese funcionario tendrá derecho a la misma protección que tienen los funcionarios nacionales encargados de hacer cumplir la ley al amparo de [*introdúzcase el nombre de las leyes nacionales pertinentes*].

COMENTARIO

Disposición facultativa.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 19.

En el artículo 19 se pide a los Estados partes que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con respecto al establecimiento de órganos mixtos de investigación. En el artículo 19 se establece que, a falta de acuerdos o arreglos de esa índole, "las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados partes participantes velarán por que la soberanía del Estado parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada".

Aunque en rigor el artículo 19 de la Convención no lo exige, desde el punto de vista práctico los Estados que deseen emprender investigaciones conjuntas tal vez necesiten estudiar la forma de asegurarse de que los funcionarios extranjeros encargados de hacer cumplir la ley puedan participar legalmente en operaciones locales. La atribución de facultades por un período de tiempo breve puede ser una opción útil.

Otros aspectos que se han de tener en cuenta son:

a) La necesidad de que haya claridad con respecto a la supervisión y a las funciones y responsabilidades de los funcionarios adscritos;

b) La necesidad de establecer los límites de las actividades que los funcionarios adscritos podrán realizar.

Otra cuestión es si los funcionarios que realicen actos autorizados en el marco de una investigación conjunta serán civil o penalmente responsables de esos actos. En las presentes disposiciones legislativas modelo se sugiere que esta cuestión se aborde otorgando a los funcionarios extranjeros adscritos ciertas protecciones, equivalentes a las que asisten a los funcionarios nacionales encargados de hacer cumplir la ley.

Ejemplo

En la Ley de Justicia Penal (equipos mixtos de investigación) de 2004 de Irlanda se aborda la cuestión de la responsabilidad civil y penal de los miembros de equipos mixtos de investigación:

- 13.1) El Estado será responsable de cualquier lesión, pérdida o daño causado en otro Estado miembro por los integrantes de un equipo mixto de investigación o una parte de ese equipo en el desempeño de sus funciones como miembros adscritos a ese equipo o a esa parte de conformidad con lo establecido en la legislación del Estado miembro en que esté operando el equipo o la parte del equipo de que se trate;
- 2) El Estado reembolsará íntegramente a los demás Estados miembros cualquier suma que hubieran hecho efectiva a cualquier persona con respecto a las lesiones, daños o pérdidas a que se hace referencia en el párrafo 1;
- 3) Cuando los miembros adscritos a un equipo mixto de investigación o a una parte de ese equipo que opere en el Estado, en el desempeño de sus funciones, causen alguna lesión, daño o pérdida, el Estado será responsable del pago de una indemnización u otra reparación apropiada con respecto a esas lesiones, pérdidas o daños del mismo modo y en la misma medida (en su caso) en que sería responsable de pagar una indemnización u otra reparación respecto a esas lesiones, pérdidas o daños si hubieran sido causados por los miembros del equipo o parte del equipo mencionado anteriormente en el desempeño de sus funciones;
- 4) Lo establecido en el párrafo 3 no impedirá al Estado solicitar el reembolso de las indemnizaciones que haya hecho efectivas o cualquier otra pérdida que haya sufrido con arreglo a lo establecido en ese párrafo a:
- a) La autoridad competente del Estado miembro que hubiera designado a los miembros adscritos al equipo mixto de investigación o parte de él que hubieran causado las lesiones, pérdidas o daños de que se trate; o
 - b) Las personas, que no sean otro Estado miembro o su autoridad competente, que pudieran ser responsables de las lesiones, pérdidas o daños de que se trate.

Ejemplos

Francia utiliza y establece equipos mixtos de investigación con regularidad. En 2004 participó por primera vez, con España, en un equipo de esa naturaleza. A fines de 2008, Francia había participado en 20 equipos mixtos de investigación. Once de esos 20 equipos habían guardado relación con la delincuencia organizada y nueve con actividades terroristas (se habían organizado 12 equipos mixtos de investigación con España, cuatro con Bélgica, dos con Alemania, uno con los Países Bajos y uno con Rumania). Bélgica (operación Nougato) y Francia (operación Artigat) fueron los primeros países en establecer un equipo mixto de investigación para combatir el terrorismo⁸⁵.

Las leyes que se exponen a continuación, que figuran en el Código de Procedimiento Penal de Francia, conforman la base jurídica necesaria para el establecimiento de equipos mixtos de investigación en el contexto de Francia:

⁸⁵Informe anual de Europol 2007, pág. 55.

Artículo 695-2

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, artículo 17, I Diario Oficial de 10 de marzo de 2004)

Cuando, en el contexto de una actuación judicial que se lleve a cabo en Francia, sea necesario realizar investigaciones complejas que entrañen la movilización de recursos importantes y que afecten a otros Estados miembros o cuando varios Estados miembros estén realizando investigaciones de delitos que requieran una acción coordinada y concertada entre ellos, la autoridad judicial competente, con el acuerdo previo del Ministro de Justicia y el consentimiento de los Estados miembros interesados, podrá establecer un equipo mixto de investigación.

Los agentes extranjeros adscritos por otro Estado miembro a un equipo mixto de investigación podrán, dentro de los límites de las facultades que se les hayan atribuido para el desempeño de sus funciones, y bajo la supervisión de las autoridades competentes, llevar a cabo en todo el territorio nacional las siguientes actividades:

1. El esclarecimiento de delitos muy graves, graves o menos graves y su consignación en los registros oficiales, si es necesario en las formas previstas en la legislación de su Estado de procedencia;
2. La recepción de los informes oficiales de la declaración que formule ante ellos cualquier persona que hubiera de facilitar información sobre los hechos en cuestión, si es necesario en las formas previstas en la legislación de su Estado de procedencia;
3. La adscripción de funcionarios de la policía judicial de Francia en el ejercicio de sus funciones;
4. La realización de tareas de vigilancia y, si estuvieran autorizados para ello, también de infiltración, en las condiciones establecidas en los artículos 706-81 y siguientes, y que sean necesarias para la aplicación de los artículos 694-7 y 694-8.

Los funcionarios extranjeros adscritos a un equipo mixto de investigación podrán llevar a cabo esas actividades siempre que cuenten con el consentimiento del Estado miembro que haya decidido su adscripción.

Esos funcionarios solo podrán realizar las operaciones para las que hayan sido designados. No podrá delegarse en ellos ninguna de las facultades que incumban al funcionario de la policía judicial de Francia que esté a cargo del equipo.

Se adjuntará al expediente del caso copia original de los documentos oficiales que preparen, que deberán redactarse en francés o ser traducidos a ese idioma.

Artículo 695-3

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, artículo 17, I Diario Oficial de 10 de marzo de 2004)

En el contexto de un equipo mixto de investigación, los funcionarios y agentes de la policía judicial de Francia adscritos a uno de esos equipos podrán realizar las operaciones que

ordene el jefe del equipo, en todo el territorio del Estado en que estén operando, con la limitación de las facultades que se les hayan atribuido en virtud del presente Código.

La definición de sus tareas corresponderá a las autoridades del Estado miembro competente para dirigir el equipo mixto de investigación en el territorio en que el equipo esté operando.

Podrán recibir declaraciones y consignar delitos en las formas previstas en el presente Código, con sujeción al consentimiento del Estado en cuyo territorio estén operando.

Capítulo V.

Enjuiciamiento por delitos comprendidos en la Convención

COMENTARIO INTRODUCTORIO

El presente capítulo contiene disposiciones que tienen por objeto abordar algunos de los aspectos de procedimiento que se plantean en los enjuiciamientos por delitos comprendidos en la Convención, incluidos el ejercicio de la facultad discrecional de enjuiciar y la concesión de inmunidad en determinadas circunstancias.

Artículo 20. Ejercicio de las facultades discrecionales en relación con el enjuiciamiento

La [autoridad competente], en el ejercicio de sus facultades discrecionales en relación con el enjuiciamiento por delitos a los que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo, tendrá en cuenta que estos delitos se considerarán de gravedad suficiente para ser objeto de un acuerdo internacional vinculante sobre la materia.

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 11, párrafo 2.

No todos los Estados tienen un sistema que otorgue a los fiscales facultades discrecionales para decidir cuándo procede el enjuiciamiento. Sin embargo, como se señala en las *Guías Legislativas*, respecto de aquellos Estados en que se dispone de dichas facultades discrecionales, en el artículo 11, párrafo 2, se exige lo siguiente:

Esos Estados deben esforzarse por alentar la aplicación de la ley en la mayor medida posible a fin de prevenir la comisión de los cuatro principales delitos comprendidos en la Convención, los delitos tipificados con arreglo a los tres Protocolos (en la medida en que los Estados sean parte en los Protocolos) y los delitos graves⁸⁶.

En los Estados en que se dispone de esas facultades discrecionales, será muy importante que se pongan en vigor medidas, tales como directrices, para asegurar la coherencia en la adopción de decisiones y garantizar que toda decisión sobre quién ha de ser acusado y sobre qué cargos imputar se adopte de forma cuidadosa, tomando plenamente en consideración los hechos y teniendo debidamente en cuenta lo que se requiere en el interés público, respecto de todo delito comprendido en las presentes disposiciones legislativas modelo.

Artículo 21. Clemencia e inmunidad judicial

1. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 5, la [autoridad competente] podrá, a su discreción, [otorgar inmunidad judicial a] [decidir abstenerse de enjuiciar a] personas que proporcionen información útil y demuestren que cooperan de manera efectiva en la investigación o el enjuiciamiento relacionados con un delito al que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo, o con otros delitos descubiertos como consecuencia de esa cooperación.
2. El presente artículo se aplicará con independencia de si la cooperación prestada guardó relación con una investigación o un enjuiciamiento realizados en [*introdúzcase el nombre del Estado*] o en cualquier otro Estado.
3. De existir un acuerdo entre [*introdúzcase el nombre del Estado*] y otro Estado, una cooperación sustancial puede incluir la cooperación con las autoridades competentes de ese Estado. El acuerdo entre Estados puede concertarse antes o después del comienzo del enjuiciamiento de que se trate.
4. En el caso de una persona que haya cooperado voluntariamente proporcionando información útil y ayudando a los organismos encargados de hacer cumplir la ley a investigar y/o perseguir otros delitos a los que se aplican las presentes disposiciones legislativas modelo, el juez podrá decidir ser más clemente a la hora de dictar sentencia si la cooperación resultó eficaz para identificar a otros integrantes del grupo delictivo organizado o probar su participación, localizar a víctimas sobrevivientes de los delitos o recuperar en su totalidad o en parte, el producto del delito.

⁸⁶ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 135.

5. En ningún caso se otorgará inmunidad judicial a los acusados que organizaron o dirigieron la comisión de un delito grave en que haya participado un grupo delictivo organizado, o que fueron los dirigentes de dicho grupo.

COMENTARIO

Disposición facultativa.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 26, párrafo 3.

Como se señala en las *Guías Legislativas*, las investigaciones relativas a la delincuencia organizada pueden beneficiarse mucho con la cooperación de los miembros y otros participantes en el grupo delictivo. Lo mismo se aplica a la prevención de la delincuencia organizada: la información confidencial puede frustrar la realización de las actividades delictivas previstas⁸⁷. Por consiguiente, la Convención requiere que los Estados tomen medidas para alentar la cooperación de quienes tengan acceso a información confidencial, en consonancia con los principios jurídicos fundamentales de cada Estado. En algunos Estados, la cooperación con las autoridades se promueve mediante el otorgamiento de inmunidad judicial, y en otros, mediante una reducción de la sentencia para los infractores que presten esa cooperación. En las *Guías Legislativas* se afirma que “las medidas específicas que deben adoptarse quedan a discreción de los Estados, a los que se pide, pero sin obligarlos a ello, que adopten disposiciones sobre inmunidad o clemencia”⁸⁸.

En las *Guías Legislativas* se declara, además, lo siguiente:

La concesión de inmunidad judicial (art. 26, párr. 3) puede requerir, si se aplica, la promulgación de legislación para crear la facultad discrecional de no enjuiciar en casos apropiados, o para estructurar la discreción de la que ya dispongan los fiscales. Será necesario prever alguna forma de revisión y ratificación judicial a fin de establecer las condiciones de cualesquiera arreglos oficiosos y garantizar que las decisiones de concesión de inmunidad sean vinculantes⁸⁹.

Al abordar la cuestión de la inmunidad judicial, los redactores deben tener presentes varias consideraciones. En la mayoría de los países en que se otorga inmunidad, esta es condicional o está limitada de alguna manera. Por ejemplo, puede existir el requisito de que la cooperación prestada refleje honestamente las opiniones de quien la presta (incluso si la información resulta ser incorrecta), o el requisito de que exista un vínculo entre el delito para el que se otorga la inmunidad y el delito sobre el que testifica el sospechoso. Pueden necesitarse respuestas diferentes según el valor de la evidencia aportada por el sospechoso y su efecto real (por ejemplo, detener la comisión de un delito o evitar que ocurra). Algunos países disponen de inmunidad transaccional, lo que significa que la actitud clemente a la hora de dictar sentencia dependerá de que se ofrezca un testimonio veraz y completo. Esto no es una forma de mitigación.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 167.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*, pág. 177.

Los Estados Miembros no deben tomar medidas que impidan la rendición de cuentas, como, por ejemplo, el otorgamiento o respaldo de amnistías por delitos internacionales o violaciones manifiestas de los derechos humanos.

Ejemplo

En el artículo 371.1 del Código de Procedimiento Penal de la Federación de Rusia se estipula que el sospechoso o acusado tiene derecho a presentar una moción para la concertación de un acuerdo de cooperación con anterioridad al juicio. En esa moción, el sospechoso o acusado indica qué acciones se compromete a realizar para contribuir a la indagación dirigida a detectar e investigar el delito y a inculpar y enjuiciar a otros cómplices de su comisión, así como a la búsqueda de los bienes adquiridos como resultado del delito.

El Código Penal de la Federación de Rusia estipula, además, que la persona que voluntariamente deje de participar en una asociación delictiva o en una división estructural de esta, o en encuentros con organizadores, gestores (líderes) u otros representantes de grupos organizados, y que ayude activamente a la revelación o prevención de tales delitos, será exonerada de responsabilidad penal si no hay otro *corpus delicti* en sus actos.

Capítulo VI.

Normas procesales y probatorias especiales

COMENTARIO INTRODUCTORIO

El presente capítulo contiene disposiciones destinadas a proporcionar una base jurídica para las normas procesales y probatorias especiales que pueden facilitar el enjuiciamiento efectivo en los casos de delincuencia organizada transnacional, como la ampliación del plazo para iniciar las acciones judiciales y la admisión de pruebas obtenidas mediante técnicas especiales de investigación.

Artículo 22. Prescripción

1. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2, las actuaciones penales a las que se aplican estas disposiciones legislativas modelo prescriben [*introdúzcase el número de años*] después de la comisión del delito.
2. [Cuando un sospechoso haya intentado deliberadamente eludir la administración de la justicia por un delito al que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo, el plazo de prescripción estipulado en el párrafo 1 quedará suspendido.]

COMENTARIO

Disposición facultativa.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 11, párrafo 5.

Los Estados tienen diferentes enfoques de la cuestión de los plazos dentro de los cuales puede iniciarse un proceso. Algunos Estados tienen leyes de prescripción que estipulan los plazos dentro de los cuales deben iniciarse las actuaciones judiciales. Otros Estados no tienen tales plazos.

Como se señaló en las *Guías Legislativas*, la Convención pide a los Estados que tienen plazos de prescripción que establezcan períodos prolongados para todos los delitos comprendidos en la Convención, especialmente cuando los delincuentes hayan intentado deliberadamente eludir la administración de la justicia. El artículo 11, párrafo 5, no tiene efecto de exigir el establecimiento de plazos de prescripción en los Estados en que no existan⁹⁰.

En algunos Estados, los plazos de prescripción pueden suspenderse o prorrogarse si el acusado huye o no comparece en cualquier fase del procedimiento. En las *Guías Legislativas* se dice lo siguiente:

Estos factores deben tenerse en cuenta al establecer los plazos de prescripción, cuando existan, y los Estados que los establezcan deberán prever períodos mayores para los casos en que el acusado haya eludido la justicia. En esos casos, el retraso adicional, que puede dificultar la defensa contra las acusaciones, se justifica por la mala conducta del acusado⁹¹.

Ejemplos

En el Código Penal de Finlandia 39/1189, capítulo 8 (Prescripción), artículo 1 (Prescripción del derecho a presentar cargos (297/2003)), se dispone lo siguiente:

- 1) El derecho a presentar cargos por un delito para el cual la condena más severa es la privación de libertad de por vida no prescribe (212/2008).
- 2) El derecho a presentar cargos prescribe si el proceso no se inicia:
 - 1) en un plazo de 20 años, cuando la pena más severa prevista para el delito es la prisión por un período fijo superior a ocho años,
 - 2) en un plazo de 10 años, cuando la pena más severa es la prisión por más de dos años y no más de ocho años,
 - 3) en un plazo de cinco años, cuando la pena más severa es la prisión por más de un año y no más de dos años, y
 - 4) en un plazo de dos años, cuando la pena más severa es la prisión por no más de un año, o una multa.
- 3) La pena más severa se refiere a la pena máxima prevista para el delito en la disposición aplicable.
- 4) Sin embargo, el plazo mínimo de prescripción del derecho a presentar cargos por delitos cometidos en el ejercicio de un cargo público es de cinco años. El plazo mínimo de prescripción del derecho a presentar cargos por daños ecológicos, delitos medioambientales y delitos contra la protección edilicia es de 10 años. El derecho a presentar cargos por daños al medio ambiente causados por un buque extranjero en la zona económica finlandesa a que se hace referencia en el artículo 28 de la Ley de Prevención de la Contaminación Causada por Buques (300/1979), daño agravado al medio ambiente, infracción ambiental y daño por negligencia al medio ambiente

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 137.

⁹¹ *Ibid.*

prescribe al cabo de tres años. El plazo mínimo de prescripción de los delitos de pesca cometidos por buques extranjeros en la zona económica finlandesa es de tres años (1161/2005).

5) El derecho a presentar cargos por el abuso sexual de un niño y el abuso sexual agravado de un niño no prescribe antes de que el demandante haya cumplido los 28 años de edad. Lo mismo se aplica a la violación, la violación agravada y la coacción para mantener relaciones sexuales dirigidas a una persona menor de 18 años de edad (1161/2005).

El Código Penal de Alemania, en su Capítulo Quinto, sección 78 (Plazo de prescripción), dispone lo siguiente:

- 1) La prescripción excluye la sanción del hecho y el ordenamiento de medidas (sección 11, inciso primero, numeral 8). La sección 76a, inciso segundo, primera oración, numeral 1, queda invariable.
- 2) Los delitos previstos en la sección 211 (asesinato con determinados agravantes) no prescriben.
- 3) En tanto que la persecución prescriba, el plazo de prescripción asciende a:
 1. Treinta años en el caso de los delitos punibles con pena privativa de la libertad de por vida;
 2. Veinte años en el caso de los delitos punibles con pena privativa de la libertad de más de 10 años;
 3. Diez años en el caso de los delitos punibles con pena privativa de la libertad de más de cinco años pero no más de 10 años;
 4. Cinco años en el caso de los delitos punibles con pena privativa de la libertad de más de un año pero no más de cinco años;
 5. Tres años en el caso de los restantes delitos.
- 4) El plazo se ajustará a la sanción penal establecida en la ley en que se definen los elementos del delito, sin consideración de los agravantes o atenuantes que estén previstos en los preceptos de la parte general o para los delitos agravados o de menor gravedad de la parte especial.

Artículo 23. Remisión de actuaciones penales

1. Con respecto a la remisión de actuaciones penales desde una jurisdicción extranjera:

a) [El Fiscal, el Fiscal General, la Autoridad Central, el Ministerio de Justicia ...] podrá decidir hacerse cargo del enjuiciamiento por un delito comprendido en las presentes disposiciones legislativas modelo que esté siendo juzgado

en una jurisdicción extranjera y respecto del cual [sean competentes los tribunales nacionales] [se aplique la ley de [...]], cuando se estime que esa remisión obrará en beneficio de la debida administración de justicia [y cuando así lo soliciten las autoridades extranjeras];

b) Sin embargo, la remisión de un enjuiciamiento no será posible cuando se trate de una persona que ya haya sido condenada y haya cumplido una pena por los mismos hechos.

2. Con respecto a la remisión de las actuaciones penales a una jurisdicción extranjera:

a) [El Fiscal, el Fiscal General, la Autoridad Central, el Ministerio de Justicia...] podrá decidir remitir el enjuiciamiento por un delito comprendido en las presentes disposiciones legislativas modelo a una jurisdicción extranjera cuando se estime que esa remisión obrará en beneficio de la debida administración de justicia y cuando así lo soliciten las autoridades de la jurisdicción extranjera. La remisión de las actuaciones penales podrá limitarse a determinados hechos, delitos o individuos [personas/sospechosos];

b) La remisión de un enjuiciamiento se decidirá antes de [*indicar la fase de los procedimientos a partir de la cual no es razonable trasladar una causa, por ejemplo, la inculpación*];

c) [El Fiscal, el Fiscal General, la Autoridad Central, el Ministerio de Justicia...] permitirá, si es posible, que el sospechoso [acusado] presente sus opiniones sobre el presunto delito y sobre la remisión prevista;

d) [El Fiscal, el Fiscal General, la Autoridad Central, el Ministerio de Justicia...] permitirá, si es posible, que las víctimas del presunto delito presenten sus opiniones sobre el presunto delito y sobre la remisión prevista para asegurarse de que sus derechos [a la debida indemnización y restitución] no se vean afectados negativamente o de manera injustificable;

e) La decisión de remitir suspenderá el proceso, sin perjuicio de la ulterior investigación y asistencia judicial recíproca;

f) La actuación judicial se cerrará cuando [el Fiscal, el Fiscal General, la Autoridad Central, el Ministerio de Justicia...] sea informado de que la jurisdicción extranjera ha resuelto definitivamente la causa remitida.

COMENTARIO

Disposición facultativa.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículos 15, párrafo 5, y 21.

Puede haber situaciones en que más de un Estado pueda iniciar y llevar a cabo una investigación y un proceso por el mismo delito. En el artículo 21 se establece que los Estados considerarán la posibilidad de remitirse las actuaciones judiciales cuando se estime que esa remisión obrará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concertar las actuaciones del proceso.

En la práctica, para remitir efectivamente el enjuiciamiento a otro país pueden ser necesarios varios pasos. En primer lugar, tendría que haber consultas entre los dos Estados sobre asuntos tales como el intercambio y la transferencia de información y pruebas. En el artículo 15, párrafo 5, de la Convención se dispone que si dos Estados están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, deberán consultarse, según proceda, a fin de coordinar sus medidas. En segundo lugar, si el asunto ya ha llegado a los tribunales, sería necesario que el tribunal “detuviera” o suspendiera el procedimiento, en espera de su solución en otro país. Este proyecto de artículo tiene por objeto facilitar ese proceso. Es importante señalar asimismo que la resolución de una causa, mencionada en el párrafo 2 f), comprende la absolución, la condena y el sobreseimiento.

También está disponible el Tratado Modelo de las Naciones Unidas sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal (resolución 45/118 de la Asamblea General, anexo).

En este contexto puede ser de interés la cuestión de la cosa juzgada. El principio de la cosa juzgada (o *ne bis in idem*) forma parte del derecho internacional, incluida la normativa internacional sobre derechos humanos. En el artículo 14, párrafo 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo) se establece lo siguiente:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Como se señala en el Manual sobre Cooperación Internacional de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN):

Aunque el principio de la cosa juzgada es antiguo, los debates sobre su aplicación son frecuentes. El asunto que más se discute es si un presunto “segundo enjuiciamiento” se refiere efectivamente al mismo delito o motivo y si cabe, por lo tanto, invocar el principio de la cosa juzgada. Esta cuestión se plantea a menudo cuando una acusación posterior se refiere a una conducta ya juzgada anteriormente pero el delito se ha clasificado en otra categoría, o cuando salen a relucir nuevas pruebas sustanciales⁹².

⁹²Pauline David, Fiona David y Anne Gallagher, *ASEAN Handbook on International Legal Cooperation in Trafficking in Persons Cases*, pág. 122. Disponible en www.aseansec.org.

Esta dificultad puede evitarse o reducirse al mínimo redactando cuidadosamente la legislación pertinente. El Manual revisado sobre el Tratado Modelo de Extradición, por ejemplo, recomienda en su párrafo 52 que, al preparar la legislación para dar efecto al principio de la cosa juzgada:

Los Estados tal vez deseen considerar qué criterios e información probatoria son adecuados y necesarios para determinar si un segundo enjuiciamiento es por el mismo delito, particularmente cuando se trate de delitos complejos y continuados cometidos en grupo⁹³.

Ejemplo

El Código Penal de Eslovaquia dispone lo siguiente:

Título Tres: Traslado y remisión de la causa penal

Traslado de una causa penal desde el extranjero

Artículo 383a

La fiscalía general decidirá sobre una solicitud del órgano competente de un país extranjero de que el enjuiciamiento penal de un ciudadano de la República Eslovaca por delitos cometidos en el territorio de ese país sea asumido por los órganos pertinentes de la República Eslovaca y, en caso de que la decisión sea favorable, presentará inmediatamente una petición al órgano pertinente con competencia sustantiva y territorial para que inicie un proceso penal conforme a las disposiciones de la presente ley.

Remisión de una causa penal a un país extranjero

Artículo 383b

Si se entabla un proceso penal contra un ciudadano de un país extranjero por un delito cometido en el territorio de la República Eslovaca, la fiscalía general y, tras la inculpación, el ministerio de justicia, podrá remitir el proceso penal al órgano apropiado del país extranjero del que sea ciudadano el acusado.

Transporte a efectos del enjuiciamiento en el extranjero

Artículo 383c

Si un país extranjero solicita el transporte de una persona a efectos de su enjuiciamiento penal en el extranjero, el tribunal supremo decidirá sobre la admisibilidad del transporte a petición del país extranjero. Las disposiciones del Título Dos se aplican, según proceda, a la decisión sobre la admisibilidad del transporte y las medidas de seguridad.

Traslado de una persona desde un país extranjero para celebrar un proceso en el territorio de la República Eslovaca y devolución de esa persona

⁹³Disponible en inglés en www.unodc.org.

Artículo 383d

/1/ Si la presencia de una persona es necesaria, para su comparecencia como testigo o para una confrontación, a los fines de un proceso penal en el territorio de la República Eslovaca y esa persona se encuentra detenida o cumpliendo una pena de prisión en el extranjero, el juez de instrucción, a petición del fiscal, y el juez que presida el tribunal en las actuaciones judiciales determinarán que esa persona permanecerá en detención en el territorio de la República Eslovaca durante el traslado temporal y pedirán al Ministerio de Justicia de la República Eslovaca que adopte otras medidas.

/2/ En la decisión que se tome con arreglo al párrafo 1, el juez y, en las actuaciones judiciales, el presidente del tribunal, declararán que la detención comenzará el día en que las autoridades se hagan cargo de esa persona.

/3/ La persona temporalmente trasladada desde un país extranjero quedará a cargo de órganos del Cuerpo de Guardia de Prisiones y Tribunales, que notificarán de ello sin demora al órgano que haya decidido la detención.

/4/ Tras la realización de los procedimientos necesarios, sin embargo, y a más tardar en el plazo estipulado por el país extranjero, la persona será devuelta a dicho país.

/5/ La devolución de la persona al país extranjero tras la decisión de poner fin a la detención ordenada con arreglo al párrafo 1 será organizada por el Ministerio de Justicia de la República Eslovaca.

Traslado de un extranjero acusado o una persona acusada sin ciudadanía para la realización de actuaciones judiciales en el extranjero

Artículo 383e

/1/ A petición de un país extranjero, una persona extranjera acusada o una persona acusada sin ciudadanía que se encuentre detenida o cumpliendo una pena de prisión podrá ser trasladada temporalmente al territorio del país extranjero a fin de prestar testimonio o participar en una confrontación.

/2/ Tal persona podrá ser trasladada temporalmente siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) la persona a que se refiere el párrafo 1 haya dado su consentimiento,
- b) la ausencia de la persona no modifique el propósito de la detención o la ejecución de la condena aplicada en el territorio de la República Eslovaca,
- c) el traslado temporal no aumente indebidamente la duración de la privación de libertad aplicada en el territorio de la República Eslovaca,
- d) el traslado temporal no aumente indebidamente la duración de la ejecución de la pena de prisión aplicada en el territorio de la República Eslovaca.

/3/ En la fase de instrucción, la Fiscalía General de la República Eslovaca, y en las actuaciones ante un tribunal, el Ministerio de Justicia de la República Eslovaca, decidirán sobre la autorización de un traslado temporal de la persona a que se refiere el párrafo 1, una vez que se cumplan las condiciones estipuladas en los párrafos 1 y 2. El Ministerio de Justicia de la República Eslovaca organizará el traspaso de la persona a los órganos del país extranjero.

/4/ El órgano que decida sobre el traslado temporal de la persona a que se refiere el párrafo 1 deberá, al mismo tiempo, determinar el plazo adecuado en que la persona temporalmente trasladada deberá ser devuelta al territorio de la República Eslovaca. Dicho plazo no será superior a 30 días.

/5/ La persona trasladada permanecerá en detención en el territorio del país extranjero, y ello constará en la decisión prevista en el párrafo 3. Lo mismo se aplicará cuando tal persona sea trasladada bajo escolta a través del territorio de un tercer país.

/6/ El tiempo que la persona permanezca en detención en el extranjero no se incluirá en la duración de los plazos establecidos con arreglo al artículo 71, párrafos 1 y 2. La decisión a este respecto será tomada por el tribunal y, en la fase de instrucción, por el juez a petición del fiscal (artículo 71, párrafo 7). Sin embargo, el tiempo que la persona permanezca privada de libertad en el extranjero se incluirá en la duración de la ejecución de una condena que se cumpla en la República Eslovaca. El tribunal que haya ordenado la ejecución de la condena decidirá a este respecto.

Artículo 24. Medidas para impedir la fuga de los autores de delitos comprendidos en la Convención

1. Cuando se acuse a un sospechoso de un delito al que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo, [el tribunal/la autoridad competente] deberá considerar la posibilidad de ordenar la prisión preventiva.
2. La prisión preventiva deberá limitarse a un período de [*introdúzcase el límite de tiempo*].
3. Cuando considere la cuestión de la prisión preventiva, [el tribunal/la autoridad competente] deberá examinar el riesgo de que:
 - a) El sospechoso no comparezca en los procedimientos penales ulteriores;
 - b) Se influya en los testigos por medios ilícitos o se alteren las pruebas;
 - c) El sospechoso obstruya de otro modo el curso de la justicia.

4. Si no se ordena la prisión preventiva, la [autoridad judicial/autoridad competente] podrá imponer condiciones a los sospechosos en espera de juicio o de la apelación para asegurar su comparecencia en los procedimientos penales ulteriores y la administración de la justicia, lo que podrá incluir:

- a) La confiscación de los pasaportes de viaje u otros documentos de identidad;
- b) La notificación de las autoridades competentes en los puertos de entrada y salida;
- c) La imposición de una fianza sustancial;
- d) La imposición de restricciones al movimiento;
- e) Otras medidas para impedir la influencia indebida en los testigos y la obstrucción de la justicia.

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 11, párrafos 3 y 4.

En el artículo 11, párrafo 3, se pide que, cuando se trate de los delitos comprendidos en la Convención, cada Estado adopte medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o de la apelación se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.

Como se señala en las *Guías Legislativas*, las operaciones ilegales de los grupos delictivos organizados pueden generar ganancias considerables y, en consecuencia, los acusados pueden disponer de grandes sumas de dinero. En estas situaciones, la eficacia de una fianza como medio de asegurarse de que los acusados no se den a la fuga antes del juicio puede verse menoscabada. Por ello, como se observa en las *Guías Legislativas*, en el artículo 11, párrafo 3, de la Convención

se señala este riesgo de un uso imprudente de la concesión de la libertad en espera de juicio o de la apelación, y se pide a cada Estado que adopte medidas apropiadas, conforme a su legislación y a los derechos de la defensa, para evitar que los acusados se fuguen⁹⁴.

Aunque en rigor la Convención no lo exige, la capacidad del sospechoso de influir en los testigos por medios ilícitos, de alterar las pruebas o de adoptar otras medidas que menoscaben la administración de la justicia puede tener que tomarse en consideración al adoptar una decisión sobre la concesión de la libertad antes del juicio o la detención. Por consiguiente, estos factores se mencionan para que se tengan en cuenta en esta opción de redacción de las disposiciones legislativas modelo.

⁹⁴ *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, pág. 136.

Artículo 25. Pruebas de condenas anteriores por delitos comprendidos en la Convención

En todo enjuiciamiento por un delito al que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo, el tribunal tendrá la facultad discrecional de admitir pruebas de condenas anteriores por [*introdúzcase una lista de los delitos comprendidos en la Convención*] [u otros delitos graves] en [cualquier Estado] [cualquier Estado parte en la Convención], [cuando el valor probatorio de esa información prevalezca sobre su probable efecto perjudicial en el procedimiento].

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 22.

Las pruebas de condenas anteriores pueden tener un efecto perjudicial, por cuanto pueden inducir al tribunal o al jurado a pensar que si la persona cometió ya un delito en el pasado tiene que haber cometido también el delito que se está juzgando. Sin embargo, en algunas circunstancias puede ser adecuado presentar pruebas de que un sospechoso tiene antecedentes penales en otra jurisdicción. Por ejemplo, puede ser útil para el juez que dicte la sentencia saber que el delincuente ya incurrió en esas actividades con anterioridad en otros países. En tales situaciones, el valor probatorio de esa información deberá sopesarse cuidadosamente con su probable efecto perjudicial en el curso de la justicia. Por ello, estas consideraciones se señalan específicamente en esta opción relativa a la aplicación del artículo 22 de la Convención.

En la práctica, puede ser necesario que los Estados establezcan un procedimiento administrativo por el que pueda obtenerse información sobre las condenas anteriores en otros Estados. Ello podría realizarse a través del proceso de asistencia judicial recíproca, pero también podría estudiarse la posibilidad de establecer otro proceso para este fin.

Ejemplo

La Decisión Marco 2009/315/JHA del Consejo de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros, en su artículo 6, dispone lo siguiente:

Quando se necesite información del registro de antecedentes penales de un Estado miembro tanto para un procedimiento penal como para cualquier otro fin, la autoridad central de dicho Estado miembro, de acuerdo con su derecho nacional, podrá presentar una solicitud de extracto de antecedentes penales y de información sobre dichos antecedentes a la autoridad central de otro Estado miembro.

Capítulo VII.

Protección de los testigos

COMENTARIO INTRODUCTORIO

En el artículo 24, párrafo 1, se exige a los Estados partes que adopten “medidas apropiadas dentro de sus posibilidades” para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos (y, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas) que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la Convención. Como se desprende del artículo 24, párrafo 4, una víctima puede ser un testigo en determinadas circunstancias, en cuyo caso será de aplicación lo establecido en el artículo 24.

En el artículo 24, párrafo 2, de la Convención se presentan dos ejemplos de esas medidas: en primer lugar, los procedimientos que se centran en proporcionar seguridad física mediante protección policial o programas oficiales de protección de testigos y, en segundo lugar, las normas probatorias que permitan que los testigos puedan prestar testimonio en condiciones de seguridad. Además de esas, hay muchas otras estrategias que pueden ser de utilidad. En las presentes disposiciones legislativas modelo figuran varios ejemplos de estrategias legislativas que podrían utilizarse. La UNODC está elaborando una ley modelo sobre protección de los testigos.

Como se señala en el *Manual de Buenas Prácticas para la Protección de los Testigos en las Actuaciones Penales que Guarden Relación con la Delincuencia Organizada*, para mantener el estado de derecho es esencial que un testigo pueda prestar testimonio en un entorno judicial y cooperar con las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley sin miedo a la intimidación o las represalias. El concepto de protección de los testigos abarca muchas medidas distintas, que van desde medidas simples y económicas hasta programas de protección de testigos de carácter más oficial:

La protección puede consistir sencillamente en proporcionar una escolta policial hasta el tribunal, ofrecer una residencia temporal en un hogar seguro o utilizar las tecnologías de las comunicaciones modernas (como la videoconferencia) para prestar testimonio. Existen otros casos, en cambio, en los que la cooperación de un testigo es decisiva para que el enjuiciamiento logre sus objetivos, pero el alcance y la fuerza del grupo delictivo que amenaza son tan poderosos

que se necesitan medidas extraordinarias para garantizar la seguridad del testigo. En esos casos, el reasentamiento del testigo con una nueva identidad en un lugar de residencia nuevo y secreto del mismo país o incluso del extranjero puede ser la única alternativa viable⁹⁵.

Artículo 26. Seguridad de los testigos

1. La [autoridad competente] adoptará todas las medidas necesarias para garantizar que las víctimas o testigos de un delito al que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo, así como sus familias, gocen de una protección adecuada si su seguridad estuviera en peligro, incluidas medidas para protegerles de la intimidación y las represalias que pudieran ejercer los sospechosos, los delincuentes y sus cómplices.
2. Las víctimas y los testigos de delitos a los que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo tendrán acceso a cualquier programa o medida que pueda existir en materia de protección de los testigos.

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 24.

Disposición obligatoria.

La adopción de medidas para proteger de manera eficaz a los testigos contra eventuales actos de represalia o intimidación tiene carácter obligatorio. No obstante, está sujeta a lo que se considere razonable dentro de los medios de que disponga el país de que se trate. El objeto de la disposición es simplemente establecer el requisito de que los testigos (y las personas cercanas) han de tener acceso, cuando sea necesario, a los programas de protección de testigos y se pretende que los detalles de los programas se establezcan en instrumentos normativos complementarios.

En el presente artículo se hace referencia a la definición de “testigo” que figura en la sección relativa a las definiciones de las presentes disposiciones legislativas modelo.

Como se señala en *Manual de Buenas Prácticas para la Protección de los Testigos en las Actuaciones Penales que Guarden Relación con la Delincuencia Organizada*, el objeto de interés es el propio testigo —como persona que posee información importante para las actuaciones judiciales o penales— más que su condición jurídica o la forma del testimonio. Los testigos pueden dividirse en tres categorías principales: colaboradores con la justicia (informantes u otros participantes en los actos delictivos), testigos-víctimas y otros tipos de testigos (transeúntes inocentes, testigos-expertos y otros).

⁹⁵ *Manual de Buenas Prácticas para la Protección de los Testigos en las Actuaciones Penales que Guarden Relación con la Delincuencia Organizada* (2008), pág. 6.

Como se señala en el *Manual de Buenas Prácticas para la Protección de los Testigos en las Actuaciones Penales que Guarden Relación con la Delincuencia Organizada*, es necesario distinguir entre un programa de protección de testigos y las medidas de asistencia o apoyo a los testigos. En el *Manual* se define un programa de protección de testigos de la siguiente manera:

Por “*programa de protección de testigos*” se entenderá un programa de ocultamiento oficialmente establecido y supeditado a criterios de admisión estrictos en el que se prevea la reubicación y el cambio de identidad de los testigos cuyas vidas estén amenazadas por un grupo delictivo por motivo de su cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

Es importante tener en cuenta si existen medidas de protección para el personal como los funcionarios judiciales, intérpretes, taquígrafos, informadores judiciales, jueces y jurados. En la mayoría de los países, solo en circunstancias especiales se puede incluir a jueces, fiscales, agentes encubiertos, peritos e intérpretes en un programa de protección de testigos. Se considera que la intimidación o las amenazas contra su vida son inherentes a su puesto y el desempeño de sus funciones. Puede que tengan derecho a una protección policial especial, un traslado laboral o la jubilación anticipada, pero su protección es de un carácter distinto a las medidas de protección orientadas a los testigos en peligro.

Información: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de Buenas Prácticas para la Protección de los Testigos en las Actuaciones Penales que Guarden Relación con la Delincuencia Organizada* (2008).

Artículo 27. Protección judicial de los testigos

Un tribunal que entienda de un caso relacionado con un delito al que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo podrá dictar autos relativos a la protección de los testigos [antes, durante y después] de las actuaciones, como:

- a) El desalojo de la sala;
- b) La prestación de testimonio desde detrás de un biombo u otro elemento de separación;
- c) La prestación de testimonio mediante un enlace de vídeo u otro sistema de transmisión a distancia;
- d) El uso de traductores e intérpretes;
- e) La [supresión/no divulgación] de la identidad;
- f) La distorsión de la voz y ocultación del rostro;

- g) La asistencia de personas de apoyo;
- h) El sellado de los archivos del juicio; y
- i) Cualquier otra que el tribunal considere necesaria o conveniente.

COMENTARIO

Disposición facultativa.

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 24.

Es importante garantizar que los testigos puedan participar en cualquier proceso de justicia penal en condiciones de seguridad y sin intimidación.

Si el tribunal no goza ya de una capacidad discrecional propia para proporcionar protección “en la sala” a los testigos en casos relacionados con la delincuencia organizada transnacional, esa capacidad se le otorga en virtud del presente proyecto de artículo. La disposición se ha redactado en términos muy generales para que el tribunal pueda adoptar discrecionalmente las medidas que considere necesarias para proteger a los testigos. Eso puede incluir, por ejemplo, dictar autos no solo para que no se divulguen los nombres y señas de los testigos, sino también para permitir el uso de disfraces para ocultar el rostro⁹⁶.

Ejemplo

En el Código de Procedimiento Penal de la Federación de Rusia, artículos 376 y 389, así como en la Ley Federal núm. 39-FZ, de 2011, se permite el uso de videoconferencias. Como garantía de procedimiento, en la ley federal se prevé la presencia de un juez en ambos lados de la transmisión de vídeo.

En la Ley Federal núm. 119-FZ (“Sobre la protección que brinda el Estado a las víctimas, testigos y otros participantes en procedimientos penales”), de 2004, se contemplan las siguientes medidas de seguridad:

- a) Proporcionar seguridad personal, así como de la vivienda y los bienes;
- b) Dictar medidas especiales de protección individual, comunicaciones y alerta de peligro;
- c) Mantener la confidencialidad de la información acerca de las personas protegidas;
- d) Facilitar el traslado a otro lugar de residencia;
- e) Facilitar el cambio de documentación;
- f) Facilitar el cambio de apariencia física;

⁹⁶Puede obtenerse más información en el *Manual de Buenas Prácticas para la Protección de los Testigos en las Actuaciones Penales que Guarden Relación con la Delincuencia Organizada*.

- g)* Facilitar el cambio de lugar de trabajo (servicio) y estudio;
- h)* Facilitar el alojamiento temporal en un lugar seguro;
- i)* Aplicar medidas adicionales de seguridad con respecto a las personas protegidas que se encuentren bajo custodia o cumpliendo condena, incluido el traslado a otro lugar de custodia o de cumplimiento de condena.

Capítulo VIII.

Restitución e indemnización para las víctimas de los delitos comprendidos en la Convención

COMENTARIO INTRODUCTORIO

El presente capítulo contiene disposiciones que tienen por objeto ayudar a los Estados a aplicar el artículo 25, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada. En este artículo se pide a los Estados partes que establezcan procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la Convención obtener indemnización y restitución.

Artículo 28. Indemnización y/o restitución por el autor del delito

1. Cuando una persona sea declarada culpable de un delito al que se apliquen las presentes disposiciones legislativas modelo, el tribunal podrá ordenar que el autor del delito pague una indemnización o restitución a la víctima, además de cualquier otra pena que imponga el tribunal o en su lugar.
2. Cuando el tribunal dicte una orden de indemnización o restitución, tendrá en cuenta la capacidad del delincuente para hacer frente a la indemnización o restitución [y dará prioridad a la indemnización o restitución sobre una posible multa].
3. El propósito de la orden de restitución será devolver a la víctima el valor de la ganancia ilícitamente obtenida por el delincuente.

4. El propósito de la indemnización será compensar a la víctima por los daños sufridos. La orden de indemnización podrá incluir pagos para sufragar:

a) El costo del tratamiento médico, físico, psicológico o psiquiátrico requerido por la víctima;

b) El costo de la terapia o rehabilitación física u ocupacional requerida por la víctima;

c) Los gastos necesarios de transporte, cuidado temporal de niños, vivienda temporal o desplazamientos de la víctima a un lugar de residencia provisional seguro;

d) El lucro cesante y el sueldo debido de conformidad con la ley y los reglamentos nacionales relativos a los sueldos;

e) Las costas judiciales y otros gastos o costos en que la víctima haya incurrido, incluidos los gastos relacionados con su participación en la investigación penal y el proceso judicial;

f) Los pagos por daños no materiales, resultantes de lesiones morales, físicas o psicológicas, el estrés emocional, el dolor y el sufrimiento de la víctima como resultado del delito cometido contra ella; y

g) Cualquier otro gasto o pérdida en que haya incurrido la víctima como resultado directo de los actos cometidos por el autor del delito, debidamente determinados por el tribunal.

5. La condición de inmigrante de la víctima, o su regreso a su país de origen o su ausencia del ámbito jurisdiccional, no serán óbice para el pago de una indemnización o restitución con arreglo al presente artículo.

6. Cuando el autor del delito no deba hacer frente a la indemnización o restitución, la víctima tendrá derecho a indemnización con cargo a [*introdúzcase el nombre del fondo público*].

7. Cuando el autor del delito sea un funcionario público cuyas acciones constitutivas de delito en virtud de las presentes disposiciones legislativas modelo hayan sido realizadas bajo la autoridad real o aparente del Estado, el tribunal podrá ordenar al Estado que pague una indemnización a la víctima [de

conformidad con la legislación nacional]. Una orden de indemnización por el Estado en virtud del presente artículo podrá incluir el pago total o parcial de los costos enunciados en los apartados a) a g) del párrafo 4.

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 25, párrafo 1.

Disposición obligatoria.

La presente disposición tiene por objeto proporcionar orientación acerca de las cuestiones que los Estados podrían tener en cuenta al elaborar leyes sobre la restitución y la indemnización para las víctimas de la delincuencia organizada. La restitución es una forma de devolución de las pérdidas sufridas por la víctima por parte del autor del delito. En algunos sistemas jurídicos, el pago de restitución puede depender de que se pronuncie una sentencia condenatoria. Por el contrario, el pago de la indemnización corresponde generalmente al Estado y puede o no depender de que se pronuncie una sentencia condenatoria. Solo será necesario incluir disposiciones que garanticen el acceso a la restitución y la indemnización si la legislación nacional no cuenta ya con procedimientos que aseguren la indemnización o restitución.

Ejemplo

En la Ley de Facultades de los Tribunales Penales (pronunciación de sentencia) de 2000 del Reino Unido se establece lo siguiente:

130 Órdenes de indemnización contra las personas declaradas culpables.

1) Un tribunal que haya declarado a una persona culpable de un delito podrá, además de imponerle cualquier otra pena o en lugar de ella, a petición de parte o no, dictar una orden (a la que se hará referencia en la presente Ley como “orden de indemnización”) en virtud de la cual le requiera:

a) El pago de una indemnización por las pérdidas, daños o lesiones personales producidos como consecuencia del delito juzgado o de cualquier otro delito que el tribunal haya tenido en cuenta a la hora de dictar sentencia; o

b) El pago de los gastos del duelo o del funeral con respecto a un fallecimiento ocurrido como resultado de ese delito, a no ser que se trate de un fallecimiento por accidente derivado de la presencia de un vehículo a motor en una carretera;

con sujeción a las disposiciones siguientes del presente artículo y del artículo 131 *infra*.

Capítulo IX.

Traslado de personas condenadas

COMENTARIO INTRODUCTORIO

En el artículo 17 de la Convención contra la Delincuencia Organizada se alienta a los Estados partes a que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos sobre el traslado de personas condenadas por algún delito comprendido en la Convención. El traslado de personas condenadas es una cuestión compleja que puede requerir la celebración de acuerdos bilaterales o de otro tipo y el apoyo de la legislación nacional. En el presente capítulo se muestran los aspectos básicos que puede ser necesario abordar en una ley nacional sobre la materia. Esos aspectos podrían constituir la base para elaborar una ley aparte sobre el traslado de reclusos, o bien podrían incorporarse a las leyes penales ya existentes.

Hay muchas razones pragmáticas en favor del traslado de las personas condenadas a cumplir una pena. Como se señala en el Manual sobre el Traslado Internacional de Personas Condenadas de la UNODC,

En igualdad de las demás condiciones, la rehabilitación, resocialización y reinserción en la comunidad de las personas condenadas es más fácil cuando cumplen la pena en su país de origen que cuando la hacen en otro lugar. Esa es una razón a favor del traslado de las personas condenadas para que cumplan su pena en un Estado con el que tengan vínculos sociales. El encarcelamiento en un país extranjero, lejos de la familia y los amigos, puede ser también contraproducente, por cuanto las familias pueden proporcionar a los reclusos un apoyo y un capital social que eleva la probabilidad de conseguir el éxito en el reasentamiento y la reinserción⁹⁷.

Aunque los objetivos relacionados con la rehabilitación revisten gran importancia, el traslado de las personas condenadas puede atender también a otras razones de carácter práctico y diplomático. El traslado puede contribuir, por ejemplo, a relajar la tensión diplomática que a veces surge cuando se encierra en un país a un nacional de otro. El traslado es también un mecanismo al que los Estados pueden recurrir para conseguir el regreso de sus nacionales que puedan encontrarse encarcelados

⁹⁷ *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons.*

en condiciones duras o inhumanas. El traslado reduce asimismo la carga que supone en la práctica la encarcelación de nacionales extranjeros, debido, por ejemplo, a los obstáculos lingüísticos y a la necesidad de atender a las necesidades religiosas, culturales y alimentarias de los reclusos extranjeros. El traslado tiene también importantes ventajas desde el punto de vista del cumplimiento de la ley, puesto que el país administrador recibe una información valiosa sobre la persona que regresa, que no conocería si esa persona simplemente cumpliera su condena en el extranjero e intentara luego regresar al país. Por último, cuando un delincuente especialmente peligroso es devuelto a su país de origen, el proceso de traslado puede también dar a ese país la posibilidad de utilizar todas las leyes y procedimientos disponibles para vigilarlo.

El traslado de personas condenadas se asienta firmemente en la normativa internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, en el artículo 10, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que al 31 de agosto de 2012 contaba con la adhesión o ratificación de 167 países, se especifica que la “finalidad esencial” de un régimen penitenciario ha de ser “la reforma y la readaptación social” de los penados. Además, la rehabilitación de las personas condenadas por los delitos comprendidos en la Convención contra la Delincuencia Organizada es también uno de los objetivos declarados de la Convención, en cuyo artículo 31, párrafo 3, se afirma que “los Estados partes procurarán promover la reintegración social de las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención”.

Como se señala en el Manual sobre el Traslado Internacional de Personas Condenadas, muchos Estados se han adherido a sistemas multilaterales y han concertado acuerdos bilaterales que facilitan el traslado de personas condenadas⁹⁸. Aunque buena parte del marco relativo a esta cuestión puede encontrarse en los tratados pertinentes, como sucede con otras formas de cooperación internacional, la legislación nacional puede servir para complementar y garantizar la administración eficiente del traslado de personas condenadas. Como se señala en el Manual sobre el Traslado Internacional de Personas Condenadas:

La aplicación de la legislación nacional puede ayudar también a crear un régimen eficaz de traslado. Un marco normativo nacional establece la autoridad, aporta claridad en relación con los principios que rigen los traslados y da legitimidad al proceso de traslado⁹⁹.

Para asegurar la eficiencia en el traslado de las personas condenadas, las leyes nacionales deben contener como mínimo los siguientes elementos: definiciones de todos los términos esenciales; la identificación y designación de una autoridad central encargada de recibir las solicitudes y darles respuesta; un listado de los requisitos para el traslado; una explicación clara de la aplicación y otros procedimientos; y una enumeración de los procedimientos y medidas que el país ha de seguir para administrar el programa, tramitar las solicitudes y adoptar decisiones relativas al traslado. En esas leyes no deberían establecerse requisitos específicos que sean exclusivos del contexto nacional de un Estado determinado.

⁹⁸ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*.

⁹⁹ *Ibid.*

Otras consideraciones de interés se refieren a si los reclusos tienen derecho a estar representados por un letrado y, de ser así, en qué etapa del procedimiento; si los menores y las personas con enfermedades mentales puede ser objeto de traslado y, en ese caso, si han de adoptarse salvaguardias y procedimientos especiales; la posibilidad de trasladar a reclusos que se encuentren en libertad bajo palabra, en libertad vigilada u otras formas de libertad condicional; los efectos que el traslado pueda tener en los derechos civiles o políticos de los nacionales que regresen y la situación relativa a la migración de los reclusos trasladados; la limitación del posible enjuiciamiento posterior por los actos que hubieran constituido el delito por el que el recluso es objeto del traslado; y cualquier requisito específico en materia de presentación de informes del país en el que hubiera dictado sentencia contra esa persona o del país administrador.

Artículo 29. Objetivo

El objeto del presente capítulo es facilitar el traslado de los reclusos a los que se haya impuesto una condena penal firme [por delitos graves] y que satisfagan los demás requisitos establecidos para el traslado.

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 17.

Disposición facultativa.

Una declaración de objetivos puede ser útil para orientar la interpretación de las disposiciones relativas al traslado de reclusos.

Ejemplo

En la Ley sobre el Traslado Internacional de Reclusos de 1997 (Commonwealth) de Australia se establece lo siguiente:

3 Objetivos de la Ley

Los objetivos de la presente Ley son:

- a) Facilitar el traslado de reclusos entre Australia y algunos países con los que Australia ha celebrado acuerdos para el traslado de reclusos con el fin de que los reclusos puedan cumplir su pena de prisión en el país del que son nacionales o en el país con el que tengan lazos; y
- b) Facilitar el traslado a Australia de reclusos que se encuentren en determinados países cumpliendo penas de prisión impuestas por algunos tribunales encargados de juzgar crímenes de guerra.

Artículo 30. Definiciones y uso de los términos

En el presente capítulo:

a) Por país “administrador” o “receptor” se entenderá el Estado que acepta administrar o hacer cumplir la condena del recluso trasladado;

b) Por “Autoridad Central” se entenderá [*introdúzcase el nombre de la autoridad u órgano pertinente del Estado que actúe como autoridad nacional competente en el traslado de personas condenadas*];

c) Por “doble incriminación” se entenderá que, en el momento en que se proceda al traslado de un delincuente, el delito por el que hubiera sido condenado siga siendo un delito en el país que procede al traslado y lo sea también en el país receptor. [En el caso de los países con un gobierno de tipo federal, se entenderá que un acto es constitutivo de delito en ese país si lo es en virtud de la legislación federal o de la de cualquiera de los estados o provincias que componen el país];

d) Por “condenado en sentencia firme” se entenderá un recluso contra el que se ha dictado una sentencia firme en la que se le ha impuesto una condena, que no tiene pendiente ninguna apelación o alegato de nulidad contra esa sentencia o condena, y cuyo plazo para presentar esa apelación ha expirado;

e) Por “encarcelamiento” se entenderá una pena impuesta por un tribunal en virtud de la cual la persona condenada permanece reclusa en una institución;

f) Por “recluso” se entenderá una persona que cumple una pena de prisión en la cárcel o en alguna forma de libertad condicional;

g) Por “condena” se entenderá cualquier sanción o medida que conlleve la privación de libertad ordenada por un juzgado o tribunal durante un período determinado o indeterminado en el ejercicio de su jurisdicción penal;

h) Por Estado “en el que se dictó la sentencia” o “que procede al traslado” se entenderá el Estado en el que se dictó la sentencia por la que se impuso la pena de prisión;

i) Por “traslado” se entenderá la reubicación de una persona a los fines de ejecutar en un país una condena impuesta por los tribunales de otro país.

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 17.

Ejemplo

En la Ley sobre el Traslado de Reclusos de 2001 de Mauricio se establece lo siguiente:

El “encarcelamiento” incluye:

- a) El internamiento de un menor en uno de los lugares de detención a los que se hace referencia en el artículo 25 de la Ley de Menores Infractores;
- b) El internamiento a raíz de una orden dictada con arreglo a lo establecido en el artículo 115 de la Ley de Procedimiento Penal;
- c) Cualquier otra forma similar de limitación de la libertad que se aplique en un país determinado;

Por “infractor” se entiende:

- a) Una persona que:
 - i) Es nacional de Mauricio o cuyo traslado resulte apropiado, en opinión del Ministro, teniendo en cuenta los lazos estrechos que esa persona pueda tener con Mauricio; y
 - ii) Ha sido declarada culpable y condenada en alguno de los países designados a:
 - A) Una pena de prisión cuya parte por cumplir en el momento en que se haga la solicitud no sea inferior a seis meses; o
 - B) Un período de encarcelamiento indeterminado;
- b) Una persona que cumpla esa condena en libertad condicional;

Por “recluso” se entiende un infractor nacional o extranjero¹⁰⁰.

Ejemplo

En la Ley sobre el Traslado Internacional de Reclusos de 1997 (Commonwealth) de Australia se establece lo siguiente:

Por “pena de prisión” se entiende cualquier sanción o medida que entrañe la privación de libertad ordenada por un juzgado o tribunal durante un período determinado o indeterminado en ejercicio de su jurisdicción penal, con inclusión de cualquier instrucción u orden dictada o indicada por el juzgado o tribunal con respecto al inicio del cumplimiento de la sanción o medida de que se trate.

¹⁰⁰Puede consultarse en www.unodc.org.

Por recluso se entiende una persona (cualquiera que sea la forma en que se describa) que se encuentre cumpliendo una pena de prisión, pudiendo ser también:

- a) Una persona con una enfermedad mental; o
- b) Una persona que haya sido puesta en libertad condicional.

Artículo 31. Requisitos para el traslado

Un recluso podrá ser objeto de traslado si:

- a) Es nacional del Estado administrador o receptor; o
- b) Tiene lazos importantes con el país administrador o receptor, por ejemplo por la presencia de miembros cercanos de su familia, [por haber residido durante varios años en el país, haber trabajado o estudiado en él, ser poseedor de bienes inmuebles o licencias profesionales, u otros vínculos];
- c) Y se cumplen todas las condiciones siguientes:
 - i) El fallo y la condena son firmes;
 - ii) El Estado en el que dictó la sentencia, el Estado administrador y el recluso aceptan el traslado;
 - iii) Se da la circunstancia de la doble incriminación;
 - iv) Se han resuelto, en su caso, todas las solicitudes de extradición;
 - v) Le quedan por cumplir al menos seis meses de la condena.

COMENTARIO

Fuente: Convención contra la Delincuencia Organizada, artículo 17; véanse también el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Como se señala en el *Manual sobre el Traslado Internacional de Personas Condenadas*, el consentimiento de la persona condenada ha sido siempre un requisito para la realización de traslados internacionales. En el *Manual* se señala lo siguiente:

El requisito de que los reclusos deban dar su consentimiento para el traslado garantiza que este no se utilice como método para expulsarlos o como una forma encubierta de extradición. Además, como las condiciones de reclusión varían considerablemente de un país a otro, y el recluso puede tener razones muy personales para no desear ser trasladado, parece preferible vincular los acuerdos de traslado al requisito del consentimiento. Es habitual también que la rehabilitación social de un recluso solo mejore con el traslado si los reclusos dan su consentimiento¹⁰¹.

A los fines de determinar si el consentimiento se ha prestado de manera consciente y voluntaria, es necesario que el recluso pueda consultar con un abogado.

Corresponde a los Estados determinar hasta qué punto desean extender la cobertura del sistema también a personas que no sean nacionales suyos. Por ejemplo, en el Tratado Modelo sobre el Traspaso de la Vigilancia de los Delincuentes bajo Condena Condicional o en Libertad Condicional se establece que solo podrán ser objeto de traslado las personas condenadas que sean “residentes habituales” en el Estado administrador.

Ejemplo

En el artículo 469 del Código de Procedimiento Penal de la Federación de Rusia se establece que es necesaria una decisión judicial para que una persona condenada pueda cumplir la pena en el Estado de su nacionalidad. El traslado puede ser denegado si no se da la circunstancia de la doble incriminación. La pena no puede cumplirse en un Estado extranjero si no se dan garantías de que será ejecutada, si el recluso no da su consentimiento o si el recluso tiene un lugar de residencia permanente en la Federación de Rusia.

Ejemplo

En la Ley sobre el Traslado de Reclusos de la República Unida de Tanzania, de 2004, se establece lo siguiente:

- 4) Cuando un recluso haya solicitado su traslado a Tanzania o cuando otra persona haya dado su consentimiento en nombre de un recluso para el traslado de este a Tanzania, si se trata de un residente habitual en Zanzíbar, el Ministro, antes de adoptar una decisión, consultará con el Ministro del Gobierno Revolucionario de Zanzíbar responsable de la custodia de los delincuentes acerca de la cuestión y, si se llega a un acuerdo afirmativo, lo dispuesto en la presente Ley se aplicará *mutatis mutandis* a ese traslado.
- 5) Al adoptar una decisión acerca de una solicitud de traslado formulada con arreglo a lo establecido en el párrafo 1, el Ministro no dará su autorización para el traslado, salvo que concurren circunstancias excepcionales, si quedaran menos de seis meses de condena por cumplir.

¹⁰¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*.

Artículo 32. Notificación del derecho a solicitar el traslado

Los reclusos que cumplan los requisitos necesarios para solicitar el traslado tendrán derecho a ser informados de ello en el plazo de [*introdúzcase un plazo razonable*] a partir del momento en que el fallo y la condena sean firmes.

COMENTARIO

Es importante que los reclusos extranjeros que reúnan los requisitos para solicitar el traslado conozcan ese proceso y la forma en que pueden solicitarlo.

Artículo 33. Solicitud de traslado

1. El recluso o su representante [legal] o el país del que el recluso sea nacional podrán solicitar a la [autoridad central] que inicie el traslado del recluso a otro Estado con arreglo a lo establecido en el presente capítulo.
2. En la solicitud se hará constar:
 - a) El nombre del país al que se solicita el traslado;
 - b) Información relativa a la nacionalidad o los lazos que el recluso mantenga con la comunidad en ese Estado.

COMENTARIO

El traslado de reclusos debe realizarse con arreglo a un proceso de adopción de decisiones administrativas. Debe tenerse en cuenta la necesidad de elaborar un modelo de solicitud uniforme que incluya, entre otras cosas, información sobre la nacionalidad, el lugar en que se encuentran los miembros de la familia, los antecedentes de residencia, educativos o laborales, otros vínculos con la comunidad y si el recluso tiene doble nacionalidad.

Ejemplos

En el Código de Procedimiento Penal de Francia se establece lo siguiente con respecto al traslado de personas condenadas:

Artículo 728-2

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, artículo 162, I IV Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de enero de 2005)

Cuando, con arreglo a un convenio o acuerdo internacional, una persona internada para la ejecución de una condena impuesta por un tribunal extranjero sea trasladada a territorio francés para cumplir el resto de la pena, la ejecución de la condena se llevará a cabo con arreglo a lo establecido en el presente Código y, en particular, en el presente capítulo.

Artículo 728-3

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, artículo 162, I Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de enero de 2005)

Tan pronto como llegue a suelo francés, la persona condenada comparecerá ante el fiscal del distrito del punto de entrada, quien la interrogará sobre su identidad y redactará el correspondiente documento oficial. No obstante, si el interrogatorio no pudiera tener lugar de forma inmediata, la persona condenada será enviada provisionalmente a prisión, donde no podrá permanecer durante más de 24 horas. Transcurrido ese plazo, el alcaide, actuando por iniciativa propia, llevará a esa persona ante el fiscal del distrito.

Tras analizar los documentos relativos al acuerdo entre los Estados para el traslado y el consentimiento de la persona condenada, así como el original o una copia de la sentencia impuesta en el extranjero, acompañada, en caso necesario, por una traducción oficial, el fiscal del distrito ordenará el inmediato ingreso en prisión de la persona condenada.

Artículo 728-4

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, artículo 162, I Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de enero de 2005)

La pena impuesta en el extranjero se ejecutará en el territorio de Francia, de manera directa e inmediata, en lo que respecta a la parte que quedara por cumplir en el Estado extranjero, en cumplimiento del convenio o acuerdo internacional de que se trate.

No obstante, cuando la naturaleza o la duración de la pena impuesta sea más grave que la que se contemple en la legislación francesa para el mismo delito, el tribunal de lo penal del lugar de internamiento, al que el fiscal del distrito o la persona condenada remitirán el caso, la sustituirá por la pena más próxima contemplada en la legislación francesa o la reducirá al máximo legal. El tribunal determinará la naturaleza y, sin superar el período que quedara por cumplir en el Estado extranjero, la duración de la sentencia que haya de ejecutarse.

Artículo 728-5

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, artículo 162, I Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de enero de 2005)

El tribunal dictará su fallo en una audiencia pública, tras oír a la fiscalía, a la persona condenada y, en su caso, al abogado que esta haya elegido o al abogado de oficio que se hubiera designado. El fallo se cumplirá de inmediato, aun cuando se presentara una apelación.

Artículo 728-6

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, artículo 162, I Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de enero de 2005)

El tiempo empleado en el traslado se deducirá íntegramente de la duración de la condena que haya de cumplirse en Francia.

Artículo 728-7

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, artículo 162, I Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de enero de 2005)

Cualquier objeción de procedimiento que pudiera plantearse con respecto a la ejecución del resto de la condena de privación de libertad que haya de cumplirse en Francia se presentará ante el tribunal de lo penal del lugar de detención.

Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 711 del presente Código.

Artículo 728-8

(Introducido en virtud de la Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004, artículo 162, I Diario Oficial de 10 de marzo de 2004, en vigor desde el 1 de enero de 2005)

La ejecución de la condena se registrará por lo dispuesto en el presente Código.

Artículo 34. Protección de los reclusos durante el traslado

La autoridad central velará por que el traslado [previsto o efectivo] de un recluso sea conforme con el derecho internacional, incluidos los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho humanitario, en particular el principio de no devolución, el principio de no discriminación, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y, en el caso de los niños, el interés superior de estos.

COMENTARIO

Fuentes: Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre los Derechos del Niño y Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

El traslado de reclusos puede plantear problemas relacionados con los derechos humanos y el derecho de los refugiados. Así pues, es esencial que los Estados tengan en cuenta esas obligaciones cuando consideren la posibilidad de proceder al traslado de reclusos.

Artículo 35. Ejecución o administración de la condena del recluso trasladado

1. Cuando se proceda al traslado de un recluso, el [Fiscal General/*introdúzcase la autoridad competente que se encargará de administrar la condena del recluso trasladado*] podrá ordenar:

a) Que la condena impuesta por la jurisdicción extranjera se ejecute como si hubiera sido impuesta por un tribunal de [*introdúzcase el nombre del Estado*], siempre que la duración de la condena no sea mayor que la de la pena máxima que por el mismo delito se hubiera impuesto en [*introdúzcase el nombre del Estado*]; o

b) Que se imponga una pena de prisión distinta de la que se impuso en el país desde el que se realizó el traslado, sobre la base de los hechos establecidos por el tribunal de ese Estado, pero de acuerdo con las leyes de [*introdúzcase el nombre del Estado*].

2. Ni la sentencia condenatoria ni la condena impuesta al recluso en el país desde el que se realizó el traslado podrán ser objeto de apelación o revisión de ninguna índole en [*introdúzcase el nombre del Estado*].

3. El período de privación de libertad cumplido en el Estado desde el que se realizó el traslado se deducirá íntegramente de la duración de la condena que haya de cumplirse en [*introdúzcase el nombre del Estado*].

COMENTARIO

Es probable que sea necesario también promulgar leyes nacionales para garantizar que cualquier condena impuesta en otro país pueda ser reconocida y ejecutada legalmente en el país que reciba a la persona condenada. Como se señala en el *Manual sobre el Traslado Internacional de Personas Condenadas* de la UNODC, hay dos formas de reconocimiento de las sentencias extranjeras: la ejecución continuada y la conversión. Como se explica en el *Manual*:

La “ejecución continuada” hace referencia a un proceso en virtud del cual, a través de una orden judicial o administrativa, el Estado administrador ejecuta una sentencia impuesta por otro Estado. El Estado administrador normalmente no modifica la sentencia. No obstante, si por su naturaleza o por su duración, la condena fuera incompatible con la legislación del Estado administrador, o si así se hubiera establecido en la ley, este Estado podrá adaptar la condena a la prescrita en su propia legislación para un delito similar. La condena adaptada deberá corresponderse, en la medida de lo posible, con la condena inicialmente impuesta. No deberá, por su naturaleza o duración, suponer un agravamiento de la pena impuesta por el Estado en el que se dictó la sentencia ni sobrepasar la pena máxima prescrita en la legislación del Estado administrador. En la práctica, eso significa que cuando se sigue el proceso de la ejecución continuada, la capacidad del Estado administrador para modificar la sentencia inicial es bastante limitada.

En el *Manual* se explica también el proceso de conversión de una condena extranjera:

La “conversión de la sentencia” se refiere a un proceso en virtud del cual el Estado administrador, por medio de un procedimiento judicial o administrativo, impone una nueva sentencia basada en los hechos tal como fueron establecidos por el tribunal del Estado en que se dictó la sentencia. El Estado administrador está obligado a reconocer esos hechos, pero impone la nueva condena con arreglo a su legislación nacional. Dicha condena puede ser menos grave, pero no más, que la impuesta inicialmente por el Estado que dictó la sentencia. Normalmente hay también otras restricciones. Por ejemplo, en el Convenio Europeo relativo a la vigilancia de las personas condenadas en suspenso o en libertad condicional se establece que el Estado administrador no puede sustituir una pena de prisión por una sanción económica y que debe deducir de la nueva condena el tiempo ya cumplido en prisión. El Estado administrador no está obligado a aplicar las condenas mínimas contempladas en su legislación por delitos similares. El Estado administrador puede, sin embargo, adaptar una sentencia por un delito concreto reduciéndola a la pena máxima contemplada en la legislación nacional para ese delito.

En el presente capítulo se incluyen opciones de redacción relativas a ambos modelos.

Ejemplo

En el Código §4105 (Traslado de reclusos que cumplen pena de prisión) de los Estados Unidos de América se establece lo siguiente:

- a) Sin perjuicio de lo que se prescriba en otras disposiciones de la presente sección, un recluso que cumpla pena de prisión en un país extranjero y sea trasladado y puesto bajo la custodia del Fiscal General permanecerá bajo la custodia de este en las mismas condiciones y durante el mismo período de tiempo que un delincuente que hubiera sido puesto bajo la custodia del Fiscal General por un tribunal de los Estados Unidos durante el período de tiempo establecido por el tribunal que hubiera dictado la sentencia.

Ejemplo

En la Ley sobre el Traslado de Reclusos de 2001 de Mauricio se establece lo siguiente:

6. Efectos del traslado

- 1) Cuando un infractor sea trasladado a Mauricio, la sentencia dictada y la condena impuesta por el tribunal del país desde el que se realiza el traslado se considerarán, a todos los efectos, con sujeción a lo establecido en el párrafo 2, como una sentencia dictada y una condena impuesta por un tribunal competente de Mauricio.
- 2) Con sujeción a lo establecido en el párrafo 3, la sentencia dictada y la condena impuesta a un infractor que haya sido objeto de traslado no podrá ser objeto de apelación o revisión en Mauricio.
- 3) Cuando una condena impuesta a un infractor trasladado sea, por su naturaleza o duración, incompatible con la legislación de Mauricio, el infractor podrá solicitar judicialmente que se modifique la condena con arreglo a la legislación de Mauricio y el juez competente, tras oír la solicitud, emitirá el fallo que considere apropiado teniendo en cuenta todas las circunstancias.
- 4) Cuando el tribunal decida modificar la condena impuesta:
 - a) Estará obligado a reconocer los hechos tal como aparecen en la sentencia dictada en el país desde el que se realizó el traslado;
 - b) No podrá convertir una pena de privación de libertad en una sanción económica;
 - c) Deberá deducir íntegramente de la pena de prisión que se imponga el período de privación de libertad que ya hubiera cumplido el infractor;
 - d) No estará obligado a imponer la pena mínima de prisión que se contemple en la legislación de Mauricio por el delito o los delitos cometidos.

Ejemplo

En la Ley sobre el Traslado Internacional de Reclusos de 2004 del Canadá se establece lo siguiente:

- 13) La ejecución de la condena de un infractor canadiense que haya sido trasladado continuará con arreglo a las leyes del Canadá como si la sentencia hubiera sido dictada y la condena impuesta por un tribunal del Canadá;
- 14) Con sujeción a lo establecido en el artículo 17, párrafo 1, y en el artículo 18, si, en el momento en que el Ministro reciba una solicitud para el traslado de un infractor canadiense, la condena impuesta en el país extranjero fuese superior a la condena máxima contemplada en la legislación canadiense para un delito equivalente, el infractor habrá de cumplir solo la condena más corta;
- 15) A los fines de la aplicación de cualquier ley federal a un infractor canadiense, el Ministro determinará cuál es el delito penal que, en el momento en que reciba la solicitud de traslado, sea equivalente al delito por el que se condenó al infractor¹⁰².

¹⁰² Puede consultarse en francés e inglés en <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/I-20.6.pdf>.

Ejemplo

La Ley sobre el Traslado Internacional de Reclusos de 1997 (Commonwealth) de Australia permite tanto la ejecución directa como la conversión de las condenas con sujeción a una instrucción del Fiscal General:

42. Ejecución de sentencias en Australia

El Fiscal General podrá ordenar que una condena de prisión impuesta a un recluso por un juzgado o tribunal del país desde el que se realice un traslado, o por un tribunal a un recluso bajo su jurisdicción, se ejecute, cuando tenga lugar el traslado del recluso a Australia, con arreglo a la presente Ley:

a) Sin ninguna adaptación de la duración de la pena de prisión o de su naturaleza jurídica, o únicamente con las adaptaciones de la duración o de la naturaleza jurídica de la condena que el Fiscal General considere necesarias para que la ejecución de la sentencia sea compatible con la legislación australiana (lo que en la presente Ley se denominará el método de la ejecución continuada); o

b) Con la sustitución de la condena impuesta por el tribunal o el país desde el que se produzca el traslado por una pena de prisión distinta (lo que en la presente Ley se denominará el método de conversión de la ejecución)¹⁰³.

Otras referencias

Véase también el Tratado Modelo sobre el Traspaso de la Vigilancia de los Delincuentes bajo Condena Condicional o en Libertad Condicional (resolución 45/119 de la Asamblea General, anexo).

¹⁰³ Puede consultarse en inglés en www.comlaw.gov.au.



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Centro Internacional de Viena, Apartado postal 500, 1400 Viena, Austria
Tel.: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org