

GUÍAS LEGISLATIVAS PARA LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS



OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS
CONTRA LA DROGA Y EL DELITO
DIVISIÓN PARA ASUNTOS DE TRATADOS

**GUÍAS LEGISLATIVAS
PARA LA APLICACIÓN
DE LA CONVENCIÓN
DE LAS NACIONES UNIDAS
CONTRA LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA TRANSNACIONAL
Y SUS PROTOCOLOS**



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2004

Nota

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

La información acerca de vínculos con sitios en Internet contenida en la presente publicación se brinda para comodidad del lector y es correcta en la fecha de publicación. Las Naciones Unidas no asumen ninguna responsabilidad por la exactitud constante de dicha información ni por el contenido de ningún sitio externo en Internet.

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta S.05.V.2

ISBN 92-1-333359-5

Agradecimientos

Las presentes Guías legislativas son fruto de un amplio proceso de participación en cuyo marco realizaron una valiosa contribución los numerosos expertos, instituciones y representantes de gobiernos de todas las regiones del mundo, que aportaron vastos conocimientos y experiencia así como gran entusiasmo y dedicación personal y profesional. La Secretaría agradece profundamente sus esfuerzos.

La Secretaría desea también expresar su agradecimiento a los Sres. Nikos Passas, Freddy Gazan y Christopher Ram, así como a la Sra. Karen Kastner, que dedicaron largas horas a la investigación del material y su actualización, y agradece asimismo a los grupos de expertos su activa participación a lo largo de todo proyecto (la lista de expertos figura más adelante).

Se agradece también de modo especial a los Gobiernos de Bélgica, el Canadá, Francia, Italia y Mónaco, así como al Centro Internacional de Reforma del Derecho Penal y de Política de la Justicia Penal y al Consejo Consultivo Internacional Científico y Profesional, la generosidad con que proporcionaron la financiación y los servicios que hicieron posible la celebración de las siguientes reuniones de grupos de expertos:

a) Reuniones del grupo de expertos encargado de elaborar la Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional celebradas en Vancouver (Canadá) del 8 al 10 de abril de 2002 y el 22 y 23 de febrero de 2003. Organizó las reuniones, para las que se contó con financiación del Gobierno del Canadá, el Centro Internacional de Reforma del Derecho Penal y de Política de la Justicia Penal en colaboración con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito;

b) Reunión del grupo de expertos encargado de elaborar las Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, celebrada en París del 18 al 20 de noviembre de 2002. Organizó la reunión la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en colaboración con el Gobierno de Francia;

c) Reunión del grupo de expertos encargado de elaborar las Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, celebrada en Courmayeur (Italia) del 6 al 8 de diciembre de 2002. Organizó la reunión, que contó con financiación del Gobierno de Italia, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito en colaboración con el Consejo Consultivo Internacional Científico y Profesional;

d) Reunión del grupo de expertos encargado de elaborar las Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, celebrada en Montecarlo (Mónaco) el 5 y 6 de septiembre de 2003. Organizó la reunión la Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito en colaboración con el Gobierno de Mónaco.

Lista de expertos

Los siguientes expertos participaron en la elaboración de las Guías legislativas:

A. Redactores

1. *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*

Nikos Passas
Catedrático, Facultad de Justicia Penal
Northeastern University
Estados Unidos de América

2. *Guías legislativas para la aplicación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*

Freddy Gazan
Asesor General Adjunto de Política Penal, Servicio de Política Penal
Ministerio de Justicia
Bélgica

Christopher Ram
Antiguo funcionario de la Subdivisión de Prevención
del Delito y Justicia Penal
Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito

**3. *Guía legislativa para la aplicación del Protocolo
contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego,
sus piezas y componentes y municiones, que complementa
la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia
Organizada Transnacional***

Karen Kastner
Analista de políticas
Centro de Armas de Fuego del Canadá
Ministerio de Justicia
Canadá

B. Expertos que integraron los Grupos

Tom Burrows
Oficina de Asuntos Internacionales
Ministerio de Justicia de los Estados Unidos
Estados Unidos de América

Chen, Peijie
Primer Secretario, Dirección de Tratados y Derecho
Ministerio de Asuntos Exteriores
China

Suphanvasa Chotikajan
Dirección de Tratados y Asuntos Jurídicos
Ministerio de Asuntos Exteriores
Tailandia

Eugenio María Curia
Asesor Legal Principal, Ministerio de Relaciones Exteriores,
Comercio Internacional y Culto
República Argentina

Yvon Dandurand
Decano, Facultad de Investigaciones y Relaciones con la Industria
de la Universidad de Fraser Valley
Asociado Principal, Centro Internacional de Reforma del Derecho
Penal y de Política de la Justicia Penal
Canadá

Pedro David
Juez, Ministerio de Justicia
República Argentina

Julien Deruffe
Subdirección de Seguridad
Ministerio de Relaciones Exteriores
Francia

Bernard Fréry
Magistrado, Oficina de Negociaciones Penales
Servicio de Asuntos Europeos e Internacionales
Ministerio de Justicia
Francia

Peter Gastrow
Director (Ciudad del Cabo)
Instituto de Estudios de Seguridad
Sudáfrica

Kenneth Harris
Director Asociado, Oficina de Asuntos Internacionales
Ministerio de Justicia de los Estados Unidos
Estados Unidos de América

Erica Hemtke
Jueza de Apelación, Tribunal de Apelación de Svea
Suecia

Joel Hernández
Consultor Jurídico Adjunto, Secretaría de Relaciones Exteriores
México

Egbe Hillmann
Magistrado, Encargado de la misión ante la Presidencia
de la República, Secretaría General
Camerún

Tufan Höbek
Asesor Jurídico
Misión Permanente de Turquía ante las Naciones Unidas (Viena)
Turquía

Mathew Joseph
Procurador General del Estado Adjunto, División de Asuntos
Internacionales
Oficina del Procurador General
Singapur

Stan Joubert
Superintendente Principal, Armas de Fuego Ilícitas
y Operaciones Especiales
Policía de Sudáfrica
Sudáfrica

Delphine Lida
Subdirección de Seguridad
Ministerio de Relaciones Exteriores
Francia

Sergei Maximov
Catedrático, Facultad de Derecho
Miembro del Consejo de Expertos de la Duma del Estado
Federación de Rusia

Sabine-Anne Minazzoli
Magistrada, Dirección de Órganos de Justicia
Mónaco

Enrique Pérez
Asistente Ejecutivo, Oficina de Armas de Fuego, Explosivos
y Delitos de Incendio
Departamento de Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego
y Explosivos
Estados Unidos de América

Gioacchino Polimeni
Consejero, Asesor Jurídico de la Misión Permanente de Italia
ante las Naciones Unidas (Viena)
Italia

Daniel C. Préfontaine, Procurador General de la Corona
Catedrático, Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia
Británica
Asociado Principal, Centro Internacional de Reforma del Derecho
Penal y de Política de la Justicia Penal
Canadá

Tahar Fellous Réfai
Director General de Relaciones Exteriores y de Cooperación
Internacional

Ministerio del Interior
Túnez

Janusz Rydzkowski
Director, Ministerio de Asuntos Exteriores
Polonia

Abdellatif Saadi
Cónsul, Consulado de Marruecos en Villemomble
(Francia)
Marruecos

Luis Ivaldo Villafaña Gomes Santos
Asesor Internacional, Secretaría Nacional Antidrogas
Brasil

Takashi Garcia Sato
División de Armas de Fuego
Departamento de Seguridad Comunitaria
Organismo Nacional de Policía
Japón

Carole Sheppard
Abogada, Grupo de Asistencia Internacional
Sección de Derecho Penal
Ministerio de Justicia
Canadá

Mariusz Skowronski
Fiscal, Fiscalía de la Nación
Departamento de Delincuencia Organizada
Ministerio de Justicia
Polonia

Hirokazu Urata
División de Asuntos Internacionales
Departamento de Asuntos Penales
Ministerio de Justicia
Japón

C. Representantes de gobiernos y de organizaciones internacionales

Anne-Marie Ancian
Dirección de Órganos de Justicia
Mónaco

Simon Claisse
Servicio Público Federal de Justicia
Dirección General de Legislación Penal y Derechos Humanos
Bélgica

Linda Conings
Asesora Adjunta, Servicio de Política Penal
Ministerio de Justicia
Bélgica

Louis Forget
Abogado Asesor, Departamento Jurídico
Fondo Monetario Internacional

Claude Girard
Redactor, Subdirección de Derechos Humanos y Asuntos
Humanitarios y Sociales
Ministerio de Relaciones Exteriores
Francia

Frances Gordon
Directora Ejecutiva, Centro Internacional de Reforma del Derecho
Penal y de Política de la Justicia Penal
Canadá

Stephanie Grant
Directora, Subdivisión de Investigación y del Derecho
al Desarrollo
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos

Alain Guillou
Director, Dirección de Órganos de Justicia
Mónaco

Bill Kullman
Asesor Principal en materia de Armas de Fuego
Oficina de Armas de Fuego, Explosivos y Delitos de Incendio

Departamento de Alcohol, Tabaco, Armas de Fuego y Explosivos
Estados Unidos de América

Eric Liotard
Dirección de Órganos de Justicia
Mónaco

Bruno Nedelec
Dirección de Órganos de Justicia
Mónaco

Yoshie Noguchi
Oficial Jurídica Superior, Programa Internacional de la OIT
para la Erradicación del Trabajo Infantil
Organización Internacional del Trabajo
Ginebra

Ariane Picco-Margossian
Dirección de Órganos de Justicia
Mónaco

Darryl Plecas
Centro Internacional de Reforma del Derecho Penal y de Política
de la Justicia Penal
Canadá

Michael O'Flaherty
Oficial Superior de Proyectos
Centro de Investigaciones Innocenti del UNICEF

Daniel Serdet
Dirección de Órganos de Justicia
Mónaco

Danièle Spengler
Encargada de Misión, Subdirección de Cooperación Institucional
Departamento de Imperio de la Ley y Libertades Públicas
Ministerio de Relaciones Exteriores
Francia

Shalin M. Sugunasiri
Abogado, Sección de Política del Derecho Penal
Ministerio de Justicia
Canadá

**D. Oficina de las Naciones Unidas
contra la Drogas y el Delito**

Catherine Volz
Dimitri Vlassis
Jean-Paul Laborde
Burkhard Dammann
Keebong Paek
Junko Hirakawa

Índice

	<i>Página</i>
Prólogo	XV
Primera parte	
Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	1
Segunda parte	
Guía legislativa para la aplicación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	245
Tercera parte	
Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	323
Cuarta parte	
Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	407

Prólogo

Objetivo de las Guías legislativas

La finalidad principal de las Guías legislativas contenidas en la presente publicación es prestar asistencia a los Estados interesados en ratificar o aplicar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (la “Convención contra la Delincuencia Organizada”, resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo I) y sus Protocolos complementarios, a saber, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (el “Protocolo contra la trata de personas”, resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo II), el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (el “Protocolo contra el tráfico de migrantes”, resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo III) y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones (el “Protocolo sobre armas de fuego”, resolución 55/255 de la Asamblea General, anexo).

Si bien las Guías elaboradas se dirigen principalmente a los encargados de la adopción de decisiones y a los legisladores de países que se preparan para ratificar y aplicar la Convención y sus Protocolos, también tienen por objeto servir de base para proyectos de asistencia técnica bilateral y otras iniciativas que se pondrán en marcha como parte de los esfuerzos internacionales para promover la amplia ratificación y aplicación de la Convención y sus Protocolos.

Las Guías se han elaborado de modo tal que contemplan distintos ordenamientos jurídicos y diversos niveles de desarrollo institucional y ofrecen, cuando procede, opciones de aplicación. En vista de que las Guías han sido concebidas fundamentalmente para que las utilicen los encargados de elaborar leyes nacionales de los países que se preparan para la ratificación y aplicación de la Convención y de sus Protocolos, no se abordan todas las disposiciones contenidas en cada instrumento. La atención se centrará en las disposiciones que exijan modificaciones legislativas o en las que exijan la adopción de medidas previas a la entrada en vigor de la Convención y sus Protocolos en el Estado Parte interesado, o medidas que coincidan con dicha entrada en vigor.

En las Guías se exponen los requisitos fundamentales de la Convención y de sus Protocolos, así como las cuestiones que cada Estado Parte debe abordar, y se ofrece al mismo tiempo una gama de opciones y ejemplos que los legisladores nacionales tal vez deseen tener en cuenta al intentar aplicar la Convención y sus Protocolos. Las Guías no abarcan artículos que no contienen obligaciones legislativas relacionadas con la aplicación.

Quienes participaron en la negociación de la Convención y sus Protocolos fueron plenamente conscientes de la necesidad de flexibilidad, así como de coherencia y de cierto grado de armonización en el plano internacional. Con ese espíritu, las Guías enumeran las cuestiones obligatorias o facultativas para los Estados Parte y relacionan cada artículo y disposición con otros instrumentos regionales o internacionales y con ejemplos de cómo Estados con diferentes ordenamientos jurídicos han aplicado la Convención y sus Protocolos.

Cabe observar que las Guías no tienen por finalidad ofrecer una interpretación legal definitiva de los artículos de la Convención y sus Protocolos. Habida cuenta de que las Guías no tienen fuerza legal, al evaluar cada requisito específico, deberá consultarse el texto de las disposiciones. También hay que actuar con cautela al incorporar literalmente las disposiciones de la Convención y sus Protocolos en el derecho interno, que suele exigir niveles más altos de claridad y especificidad con miras a permitir su aplicación en los tribunales. Se recomienda también que los encargados de elaborar leyes nacionales verifiquen, antes de basarse en formulaciones o términos empleados en la Convención y sus Protocolos, la coherencia de éstos con otros delitos y definiciones contenidos en la legislación nacional vigente.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ofrece asistencia en relación con la aplicación de la Convención y sus Protocolos. La Oficina tiene sede en Viena y los interesados pueden dirigir sus consultas por teléfono al: +(43) (1) 26060-4534 ó 26060-4281, o por correo electrónico a: <mailto:crimeconventions@unodc.org>. Se puede consultar el texto de la Convención y de sus Protocolos, así como información adicional pertinente, en el sitio de la Oficina en la web: http://www.unodc.org/unodc/en-crime_cicp_convention.html.

Finalidad de la Convención y sus Protocolos

A medida que crece la inquietud en torno a los grupos delictivos organizados y las operaciones delictivas transfronterizas, un número cada vez mayor de países ha elaborado y promulgado nuevas leyes, medidas y estra-

tegias para hacer frente al problema. El hecho de que los autores de delitos, las víctimas, los instrumentos y el producto del delito se sitúen en varias jurisdicciones, o circulen a través de ellas, hace que el enfoque tradicional de aplicación coercitiva de la ley, centrado en el nivel local, resulte infructuoso. Ya que parecen ir en aumento los tipos de delitos transnacionales y el número de grupos delictivos, no hay ningún país que sea inmune y los Estados deben, por consiguiente, prestarse asistencia en la lucha contra delitos complejos que provocan daños graves. La aplicación coercitiva de la ley no puede ir a la zaga cuando delincuentes astutos que actúan solos o, lo que es más peligroso, con la ayuda de cómplices aprovechan el adelanto de la tecnología y la notable movilidad transfronteriza de personas, bienes y capitales. Cuando los delincuentes pueden obtener ganancias extraordinarias generadas por empresas ilícitas de su propiedad y transferirlas y ocultarlas a las autoridades, se inflige en muchos aspectos un grave daño a la comunidad internacional.

La riqueza de los grupos delictivos organizados y la influencia que pueden ejercer socavan los procesos políticos, las instituciones democráticas, los programas sociales, el desarrollo económico y los derechos humanos. Está también en juego la integridad del sistema financiero, en particular en regiones del mundo en que se oculta el producto del delito. Las víctimas y los testigos sufren intimidación y resultan doblemente victimizados si no se hace justicia. El mensaje que se transmite es que hay, en realidad, crimen sin castigo, incluso cuando se descubre a quienes lo perpetran, si es que se imponen entonces penas inadecuadas.

Los acuerdos y arreglos bilaterales, regionales y mundiales reflejan la convicción de que los delitos transnacionales sólo podrán abordarse eficazmente mediante la colaboración de los organismos encargados de hacer cumplir la ley de los Estados interesados o afectados. Si bien en algunos casos los arreglos especiales, los tratados de asistencia judicial recíproca y los tratados de extradición pueden dar resultados positivos, la complejidad de los marcos legislativos y procesales en determinadas jurisdicciones y de una jurisdicción a otra hace que en otros casos esos arreglos y tratados no basten para responder a los retos actuales. Las convenciones internacionales sobre delitos específicos como el tráfico de drogas, el terrorismo, la corrupción y el blanqueo de dinero han allanado el camino para una coordinación más estrecha y una mayor colaboración entre los Estados*. Urge, sin embargo, adoptar un

*Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, la Convención Interamericana contra la Corrupción y el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. En las Guías aparecen citados muchos más instrumentos bilaterales, regionales e internacionales, que se enumeran en las secciones sobre recursos de información.

enfoque más integrado y sincronizado que contenga mecanismos eficaces de aplicación. Este enfoque debe obtener el máximo apoyo posible.

Con la Convención, la comunidad internacional atiende la necesidad de un enfoque verdaderamente global. El propósito de la Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional (artículo 1 de la Convención). La Convención tiene por objeto ampliar el número de Estados que adoptan medidas eficaces contra la delincuencia organizada transnacional, así como forjar vínculos entre los Estados y afianzarlos. La Convención respeta las diferencias y las características específicas de los distintos ordenamientos jurídicos y culturas, fomentando a la vez un idioma común y ayudando a eliminar algunos de los obstáculos actuales para la colaboración internacional eficaz.

Mientras que la Convención contra la Delincuencia Organizada se ocupa principalmente de delitos que facilitan las actividades lucrativas de los grupos delictivos organizados, los tres Protocolos que la complementan se centran en determinados tipos de operaciones delictivas organizadas que exigen disposiciones específicas.

El Protocolo contra la trata de personas tiene tres fines básicos, a saber: prevenir y combatir la trata de personas; proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, y promover la cooperación entre los Estados Parte (artículo 2 del Protocolo contra la trata de personas).

El Protocolo contra el tráfico de migrantes tiene el propósito de prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como de promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico (artículo 2 del Protocolo contra el tráfico de migrantes).

La finalidad del Protocolo sobre armas de fuego es promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados Parte con el propósito de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones (artículo 2 del Protocolo sobre armas de fuego).

El párrafo 2 del artículo 37 de la Convención establece que, para pasar a ser parte en un Protocolo que la complementa, los Estados o las organizaciones regionales de integración económica también deberán ser parte en la Convención. Las disposiciones de todos los Protocolos de la Convención se interpretarán juntamente con ésta, teniendo en cuenta la finalidad del Protocolo específico (artículo 37, párrafo 4). No obstante, las disposiciones contenidas en los tres Protocolos sólo serán vinculantes para los Estados Parte que sean, a su vez, parte en los Protocolos.

Descargo de responsabilidad

La Secretaría de las Naciones Unidas ha elaborado las Guías legislativas atendiendo al pedido que la Asamblea General hizo al Secretario General en el sentido de impulsar y secundar los esfuerzos de los Estados Miembros por pasar a ser Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Las Guías no tienen por finalidad ofrecer análisis ni comentarios interpretativos más allá de lo estrictamente necesario para prestar asistencia a los legisladores nacionales y a otros funcionarios idóneos en la tarea de formular las medidas legislativas y de otra índole necesarias para que cada país pase a ser parte en esos instrumentos. La interpretación de los instrumentos, así como el ejercicio de toda facultad discrecional expuesta en cualesquiera de sus disposiciones, es un tema que compete a los Estados Parte individualmente y en el marco de la Conferencia de las Partes en cada instrumento. Para obtener información autorizada acerca del tenor de cada disposición, se deberá consultar el texto oficial apropiado. El Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional proporcionó a la Asamblea General información interpretativa a propósito de algunas disposiciones que puede consultarse en el informe del Comité Especial sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 12.º (A/55/383 y Add. 1 a 3)*.

*En fecha posterior se publicarán como documento de las Naciones Unidas los *travaux préparatoires* del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional.

Primera parte

**GUÍA LEGISLATIVA PARA LA APLICACIÓN
DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA
TRANSNACIONAL**

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.....	1-13	5
A. Estructura de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.....	1-4	5
B. Estructura de la Convención contra la Delincuencia Organizada.....	5-13	6
II. Disposiciones y obligaciones aplicables a toda la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	14-35	9
A. Aplicación de la Convención.....	16-22	9
B. Definiciones	23-28	11
C. Ámbito de aplicación	29-31	14
D. Protección de la soberanía	32-35	16
III. Derecho penal sustantivo.....	36-209	19
A. Requisitos generales.....	36-47	19
B. Penalización de la participación en un grupo delictivo	48-76	22
C. Penalización del blanqueo del producto del delito	77-162	38
D. Penalización de la corrupción y medidas contra la corrupción	163-194	79
E. Penalización de la obstrucción de la justicia ..	195-209	92
IV. Enmiendas de procedimiento y otras enmiendas legislativas para asegurar la penalización eficaz	210-393	105
A. Jurisdicción respecto de los delitos	210-239	105
B. Responsabilidad de las personas jurídicas	240-260	117
C. Proceso, fallo y sanciones	261-286	131
D. Identificación, localización, embargo preventivo o incautación de bienes y decomiso del producto del delito.....	287-340	139

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
E. Protección de los testigos y las víctimas	341-383	164
F. Técnicas especiales de investigación	384-393	184
V. Medidas legislativas y administrativas para mejorar la asistencia judicial y el cumplimiento de la ley y otras formas de cooperación internacional	394-511	195
A. Extradición.....	394-449	195
B. Asistencia judicial recíproca en cuestiones penales	450-499	213
C. Otras formas de cooperación internacional ...	500-511	235
<i>Anexo.</i> Requisitos de notificación por los Estados Parte al Secretario General de las Naciones Unidas	242	

I. Introducción

A. Estructura de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

1. La presente Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (la “Convención contra la Delincuencia Organizada”; resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo I) consta de tres partes principales que presentan: cuestiones de derecho penal sustantivo relativas a la penalización de diversos delitos (capítulo III); cuestiones de procedimiento y enmiendas legislativas para garantizar una penalización eficaz (capítulo IV), y medidas legislativas y administrativas para aumentar la asistencia judicial, la cooperación en materia de aplicación de la ley y otras formas de cooperación internacional (capítulo V).

2. La secuencia de los capítulos y el formato interno se ajustan a un criterio temático y no al orden de los párrafos en la Convención a fin de que el uso de la Guía resulte más fácil para los legisladores nacionales que tal vez deban centrarse en asuntos o cuestiones particulares. Las secciones de la Guía que tratan de artículos concretos de la Convención se inician con una cita del artículo o los artículos pertinentes y se estructuran de la siguiente manera:

1. Introducción;
 2. Resumen de los principales requisitos;
 3. Requisitos obligatorios;
 4. Otras medidas, incluidos aspectos facultativos;
 5. Recursos de información.
3. Al final de la Guía figura un anexo donde se enumeran los requisitos a los que con arreglo a la Convención deben ajustarse los Estados Parte para la presentación de informes al Secretario General de las Naciones Unidas.
4. Deberá prestarse particular atención a las secciones que contienen un resumen de los principales requisitos correspondientes a cada artículo, donde se presenta información sobre los requisitos esenciales del artículo.

B. Estructura de la Convención contra la Delincuencia Organizada

5. La Convención contra la Delincuencia Organizada:

- a) Define y normaliza determinados términos que se utilizan con diferentes significados en diversos países o círculos;
- b) Pide que los Estados tipifiquen determinados delitos;
- c) Pide la introducción de medidas de control específicas como, por ejemplo, la protección de las víctimas y de los testigos;
- d) Prevé el decomiso del producto del delito;
- e) Promueve la cooperación internacional mediante, por ejemplo, la extradición, la asistencia judicial y las investigaciones conjuntas;
- f) Estipula la adopción de medidas respecto de la capacitación, la investigación y el intercambio de información;
- g) Alienta la adopción de políticas y medidas de prevención;
- h) Contiene disposiciones de carácter técnico, como las relativas a la firma y a la ratificación.

6. El proceso para cumplir las disposiciones de la Convención variará de un Estado a otro. Los Estados con un sistema jurídico monista podrían ratificar la Convención e incorporar sus disposiciones en el derecho interno mediante la publicación oficial, mientras que en los sistemas dualistas habría que promulgar la legislación de aplicación.

7. Al examinar las prioridades y obligaciones dimanantes de la Convención, los encargados de preparar proyectos de ley deberán tener en cuenta la orientación presentada en los párrafos que figuran a continuación.

8. Al establecer sus prioridades, los legisladores nacionales deberán tener presente que las disposiciones de la Convención y de sus Protocolos no tienen todas el mismo grado de obligación. En general, las disposiciones pueden agruparse en las tres categorías siguientes:

- a) Medidas que son obligatorias (ya sea absolutamente o cuando se hayan cumplido determinadas condiciones);
- b) Medidas cuya aplicación los Estados Parte deben considerar o procurar;
- c) Medidas que son facultativas.

9. Siempre que se emplee la expresión “los Estados deberán” se hace referencia a una disposición obligatoria. De lo contrario, la expresión que se utiliza en la Guía es “deberán considerar la posibilidad de”, lo que significa

que se pide encarecidamente a los Estados que estudien con detenimiento la posibilidad de adoptar una medida específica y que hagan un esfuerzo real para determinar si tal medida sería compatible con su propio ordenamiento jurídico. Para las disposiciones que son totalmente facultativas se emplea la expresión “tal vez deseen considerar la posibilidad de”. En algunas ocasiones los Estados “deberán” elegir una u otra opción (por ejemplo, en el caso de los delitos a que se refiere el artículo 5). En esos casos, los Estados son libres de elegir una u otra opción, o ambas.

10. En el resumen de los principales requisitos que figura en cada sección, se enumeran las medidas que son obligatorias y aquellas cuya aplicación los Estados Parte deben considerar o procurar. En el análisis que sigue a continuación se tratan en primer lugar las medidas que son obligatorias y a continuación se examinan juntas las medidas cuya aplicación los Estados Parte deben considerar o procurar y las que son facultativas.

11. En general, los artículos de la Convención y los Protocolos describen una conducta que debe ser penalizada por el derecho interno, castigarse con las sanciones apropiadas y ser objeto de las diversas disposiciones que rigen la extradición, la asistencia judicial recíproca y otras formas de asistencia y cooperación.

12. En varios lugares de la Convención y los Protocolos se alude a la penalización con la expresión “las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias”. La intención de la referencia a medidas “de otra índole” no es pedir o permitir la penalización sin legislación. Tales medidas complementan la legislación y presuponen su existencia (A/55/383/Add.1, párrafo 9).

13. Se recomienda que los legisladores verifiquen la coherencia con otros delitos, definiciones y usos legislativos antes de emplear las formulaciones o la terminología de la Convención. La Convención se redactó con fines generales y va dirigida a los gobiernos nacionales. Por consiguiente, su nivel de abstracción es mayor que el necesario para la legislación interna. De ahí que los legisladores deban tener cuidado de no incorporar literalmente partes del texto. En lugar de ello, se les anima a que capten el espíritu y el significado de los distintos artículos. Para ayudarles en esa labor, a lo largo de la Guía se citarán una serie de notas interpretativas examinadas por el Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional durante el proceso de negociación del proyecto de convención (A/55/383/Add.1) que proporcionarán un contexto más amplio y una idea de las intenciones e inquietudes de quienes negociaron la Convención.

II. Disposiciones y obligaciones aplicables a toda la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

14. Los gobiernos deben tener en cuenta una serie de disposiciones y requisitos generales que tal vez no resulten evidentes al leer un artículo determinado de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Los responsables de la redacción de leyes y de la formulación de políticas deben comprender claramente esas disposiciones y requisitos generales y velar por que se incorporen en la legislación que se prepare para llevar a efecto los artículos específicos a los que se apliquen. De otra manera, la medida de aplicación podría no ser conforme a los requisitos de la Convención.

15. Debe observarse asimismo que estas disposiciones generales, que a continuación se describen, también se aplican a los delitos tipificados con arreglo a los Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada (véase el párrafo 3 del artículo 1 de cada Protocolo).

A. Aplicación de la Convención

“Artículo 34

“Aplicación de la Convención

“1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.

“2. Los Estados Parte 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.

“3. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.”

16. La finalidad del párrafo 1 del artículo 34 es impedir que las nuevas leyes que se promulguen para dar aplicación a las disposiciones de la Convención se conviertan en letra muerta o se impugnen por anticonstitucionales, lo cual obstaculizaría tanto la aplicación interna como la cooperación internacional.

17. La aplicación puede llevarse a cabo por conducto de nuevas leyes o de enmiendas a las existentes. Los delitos tipificados en la legislación interna para dar efecto a la Convención, ya sea que se basen en leyes preexistentes o en las que acaben de promulgarse, corresponderán a menudo a los delitos de la Convención en cuanto al nombre y los términos empleados, pero esto no es esencial. Es deseable que haya una estrecha conformidad (por ejemplo, para simplificar los procedimientos de extradición), pero no se requiere, siempre que se penalice toda la amplitud de la conducta contemplada en la Convención. En el párrafo 6 del artículo 11 se afirma el principio de que la descripción de los delitos queda reservada al derecho interno de los Estados Parte (véase también la sección A.3 del capítulo III, Sanciones y disuasión, *infra*). Puede muy bien ocurrir que los países tipifiquen delitos que tienen un alcance diferente (por ejemplo, dos o más delitos de la legislación interna que abarquen uno contemplado en la Convención), especialmente cuando ello refleja una legislación y jurisprudencia preexistentes.

18. Debe recalarse claramente que, si bien para que se apliquen las disposiciones de la Convención y de la cooperación internacional los delitos deben tener carácter transnacional y entrañar la participación de grupos delictivos organizados, ninguno de estos factores debe ser elemento de la tipificación del delito en el derecho interno (artículo 34, párrafo 2). Una nota interpretativa (A/55/383/Add.1, párrafo 59) indica que la finalidad de este párrafo 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 penalización. El párrafo tiene por objeto señalar a los Estados Parte que, al aplicar la Convención, no tienen que incluir, en la penalización del blanqueo del producto del delito (artículo 6), de la corrupción (artículo 8) y de la obstrucción de la justicia (artículo 23), los elementos de transnacionalidad y de participación de un grupo delictivo organizado, ni, en la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado (artículo 5), el elemento de transnacionalidad. Esta disposición se propone asimismo dar una orientación clara a los Estados Parte en cuanto a su cumplimiento de los artículos sobre

penalización de la Convención sin que ello repercuta en forma alguna en la interpretación de los artículos de la Convención relativos a la cooperación (artículos 16, 18 y 27). En otras palabras, los delitos de participación en un grupo delictivo organizado, corrupción, blanqueo de dinero y obstrucción de la justicia tipificados con arreglo a la Convención y los delitos de trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y tráfico ilícito de armas de fuego tipificados con arreglo a los Protocolos deben aplicarse de todas maneras en el derecho interno, independientemente de que el caso pertinente entrañe el elemento de transnacionalidad o sea exclusivamente interno. Cabe observar también que si se halla presente la doble incriminación, los delincuentes pueden ser extraditados por alguno de los cuatro delitos o por un delito grave, incluso si el delito no es de carácter transnacional (artículo 16, párrafo 1).

19. El mismo principio se aplica a la participación de grupos delictivos organizados. Para invocar las obligaciones de asistencia internacional y de extradición, las autoridades tendrán que determinar tal participación a satisfacción del otro Estado Parte, pero no tendrán que demostrar la participación de un grupo delictivo organizado como elemento de un enjuiciamiento interno. Así, por ejemplo, los delitos relativos al blanqueo de dinero o a la obstrucción de la justicia deberían aplicarse por igual independientemente de si el delito fue cometido por una persona o por personas asociadas a un grupo delictivo organizado, e independientemente de si esa circunstancia puede o no probarse.

20. Este concepto se vuelve a describir en la sección C, Ámbito de aplicación, *infra*.

21. Debe destacarse que las disposiciones de la Convención y de sus Protocolos establecen sólo normas mínimas (véase también la sección A.1 del capítulo III, Normas mínimas de aplicación) que los Estados deben cumplir a efectos de conformidad. Siempre que se cumplan las normas mínimas, los Estados Parte son libres de excederse de esas normas, y en varias disposiciones se les alienta expresamente a hacerlo (párrafo 3 del artículo 34 y, por ejemplo, apartado *b*) del párrafo 2 del artículo 6).

22. La Convención reconoce que la aplicación plena exigirá la cooperación técnica y la asistencia y que, sin la aplicación plena por casi todos los países, dejará de ser un instrumento eficaz. Se alienta a los Estados a que soliciten esa asistencia a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito.

B. Definiciones

23. El artículo 2 define, para los fines de la Convención, una serie de términos clave que se repiten a lo largo del texto. Los Estados Parte no están

obligados a introducir una definición jurídica en la legislación interna. El objeto de las disposiciones del artículo 2 es explicar los términos utilizados de manera obligatoria, a fin de definir el alcance de la aplicación y los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención.

“Artículo 2
“Definiciones

“Para los fines de la presente Convención:

“a) 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 o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;

“b) Por ‘delito grave’ se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;

“c) Por ‘grupo estructurado’ se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;

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

“e) Por ‘producto del delito’ se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

“f) 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;

“g) Por ‘decomiso’ se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;

“h) Por ‘delito determinante’ se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención;

“i) Por ‘entrega vigilada’ se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o

más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos;

“j) Por ‘organización regional de integración económica’ se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencia en las cuestiones regidas por la presente Convención y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella; las referencias a los ‘Estados Parte’ con arreglo a la presente Convención se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia.”

24. Las definiciones que figuran en el artículo 2 deben comprenderse claramente para aplicar adecuadamente las disposiciones de la Convención en que aparecen los términos definidos. Las definiciones que se refieren sólo a cuestiones particulares, como el blanqueo de dinero y el decomiso de los bienes, se tratan por lo general en la explicación del artículo al que se refieren. Sin embargo, debe prestarse particular atención a las definiciones de los términos usados más generalmente en la Convención, que a continuación se exponen.

25. La Convención define “grupo delictivo organizado” como un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo, cuyos miembros actúen concertadamente con el propósito de cometer delitos graves con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (artículo 2, apartado *a*)).

26. La definición de “grupo delictivo organizado” no incluye a los grupos que no pretenden obtener algún “beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Esta definición no abarcaría a grupos tales como algunos grupos terroristas o grupos insurgentes, siempre que sus objetivos fueran exclusivamente de orden no material. No obstante, la Convención puede todavía aplicarse a los delitos cometidos por esos grupos en el caso de que se trate de delitos comprendidos en la Convención (por ejemplo, si se comete un robo para obtener beneficios económicos y beneficios materiales). Si bien la referencia al “beneficio económico u otro beneficio de orden material” tenía por objeto excluir a los grupos con motivos exclusivamente políticos o sociales, el término “beneficio de orden material” no se limita a los beneficios económicos, monetarios o equivalentes. En las notas interpretativas acordadas sobre las que se basaran los *travaux préparatoires* se establece que dicha expresión debería entenderse de forma amplia a fin de incluir beneficios personales tales como la gratificación sexual. Con ello se pretende asegurar que las organizaciones de trata de seres humanos o de pornografía infantil

por razones sexuales y no monetarias no queden excluidas (A/55/383/Add.1, párrafo 3).

27. Muchas disposiciones de la Convención pueden invocarse respecto de los delitos “graves” en que interviene un grupo delictivo organizado. En el apartado *b*) del artículo 2 se define como delito grave el que es punible con una pena máxima de al menos cuatro años de privación de libertad o más. Esta definición no exige que los Estados Parte creen en su código penal una definición de “delito grave”. Sin embargo, debe señalarse que si los Estados Parte 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 apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 3).

28. La expresión “grupo estructurado” debe utilizarse en un sentido amplio, para que incluya tanto a los grupos con una estructura jerarquizada u otro tipo de estructura compleja como a los grupos no jerarquizados en los que no es necesario especificar expresamente la función de sus miembros (A/55/383/Add.1, párrafo 4). Por consiguiente, “grupo estructurado” no responde necesariamente a las características de un tipo oficial de organización, con una estructura, continuidad en la condición de miembro y una definición de los papeles y funciones de sus miembros. Sin embargo, debe ser algo más que un grupo formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito (artículo 2, apartado *c*)). Esta norma se aprobó a fin de evitar la inclusión de delitos cometidos por grupos constituidos con un fin específico. No obstante, abarca todos los casos de delitos que entrañen algún elemento de preparación organizada.

C. Ámbito de aplicación

29. Las principales disposiciones de la Convención que rigen su ámbito de aplicación son los artículos 3 y 34.

“Artículo 3 Ámbito de aplicación

“1. A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de:

“a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y

“b) Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención;

“cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

“2. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si:

“a) Se comete en más de un Estado;

“b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;

“c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o

“d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.”

30. Con arreglo al artículo 3, la Convención puede invocarse en los siguientes tipos de delito:

a) Los delitos establecidos en el ordenamiento interno con arreglo a lo dispuesto en los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención (es decir, delitos relativos a la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo de dinero, la corrupción y la obstrucción de la justicia si son de carácter transnacional y entrañan la participación de un grupo delictivo organizado (artículo 2, apartados a) y b), y artículo 3, párrafo 1, apartado a));

b) Los delitos graves definidos anteriormente, si son de carácter transnacional y entrañan la participación de un grupo delictivo organizado (artículo 2, apartados a) y b), y artículo 3, párrafo 1, apartado b)). Qué se entiende por delito grave es algo que varía según épocas y lugares, pero para los efectos de la Convención se define en el artículo 2 como todo delito punible con una pena máxima de cuatro años de privación de libertad o más;

c) El delito es de carácter transnacional (artículo 3, párrafo 2) si:

i) Se comete en más de un Estado;

ii) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;

iii) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o

iv) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado;

d) Los delitos tipificados en cualquiera de los Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada en los que los Estados son parte (artículo 1, párrafos 2 y 3, de cada Protocolo).

31. Sin embargo, es fundamental que las instancias legislativas y normativas tengan en cuenta que, según el párrafo 1 del artículo 3, esas limitaciones del ámbito sólo se aplican a menos que la Convención contenga una disposición en contrario. Como quedó claro en el párrafo 2 del artículo 34 (del que ya se trató en el presente capítulo), los factores limitadores del carácter transnacional y de la participación de un grupo delictivo organizado no se aplican a todos los artículos de la Convención. Además, las secciones *infra* sobre los artículos 16 (Extradición) y 18 (Asistencia judicial recíproca) contienen disposiciones específicas que rigen su ámbito de aplicación (véase el capítulo V, secciones A y B) y deberían examinarse con más detalle.

D. Protección de la soberanía

32. Por último, la Convención respeta y protege la soberanía de los Estados Parte:

“Artículo 4 “Protección de la soberanía

“1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

“2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.”

33. El artículo 4 es el instrumento principal de protección de la soberanía nacional en el cumplimiento de la Convención. Sus disposiciones son suficientemente claras por sí mismas.

34. En otras partes de la Convención hay también disposiciones que protegen las prerrogativas y la soberanía nacionales. Por ejemplo, según el párrafo 6 del artículo 11 (véase también el capítulo III, sección A.3, Sanciones y disuasión), nada de lo dispuesto en la Convención afectará al principio de que el derecho interno de los Estados Parte rige:

a) La descripción de los delitos tipificados con arreglo a la Convención;

b) Los medios jurídicos de defensa aplicables;

c) Los principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta;

d) El enjuiciamiento y la sanción.

35. Además, conforme al párrafo 1 del artículo 11, es de la incumbencia del Estado Parte de que se trate determinar las sanciones apropiadas teniendo en cuenta la gravedad del delito.

III. Derecho penal sustantivo

A. Requisitos generales

36. Los Estados Parte deberán adoptar determinadas medidas legislativas y administrativas con miras a aplicar la Convención contra la Delincuencia Organizada. Esas medidas las adoptarán de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, como se enuncia en el párrafo 1 del artículo 34, que dispone lo siguiente:

“Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.”

37. En el capítulo III de la presente Guía se exponen los requisitos de la Convención en materia de derecho penal sustantivo. Fundamentalmente se dice que los Estados Parte deben tipificar cierto número de delitos en su derecho interno, si es que todavía no lo han hecho. Los Estados que ya dispongan de la legislación pertinente deberán cerciorarse de que las disposiciones vigentes concuerdan con los requisitos de la Convención y, si fuera necesario, enmendar su legislación.

38. Las disposiciones del derecho penal sustantivo tipifican como delitos la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo del producto del delito, la corrupción y la obstrucción de la justicia. En las secciones B a E del presente capítulo se abordan, respectivamente, cada uno de esos delitos.

39. Las actividades que abarcan esos delitos son vitales para el éxito de las operaciones delictivas complejas y para la capacidad de los delincuentes de operar eficazmente, generar ganancias importantes y protegerse, junto con sus ganancias ilícitas, frente a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. Por consiguiente, esas actividades constituyen la piedra angular de una intervención global y coordinada para luchar contra empresas, actividades y mercados delictivos importantes y bien organizados.

40. En el artículo 2 de la Convención se definen varios términos que son esenciales para las cuestiones tratadas en el presente capítulo de la Guía, como

“grupo delictivo organizado”, “grupo estructurado”, “delito grave” y “delito determinante”. El lector deberá examinar muy atentamente la sección B del capítulo II de la presente Guía en lo que se refiere a las definiciones de los términos usados en estos artículos.

1. *Norma mínima de aplicación*

41. La Convención presenta normas mínimas que los Estados Parte deben adoptar, pero cada Estado Parte es libre de superar ese mínimo. En el párrafo 3 del artículo 34, se reconoce que el derecho interno de los Estados para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional puede ser más riguroso e incluir sanciones más severas que las que se requieren si se cumplen estrictamente las disposiciones del párrafo 3 del artículo 34 de la Convención, que establece lo siguiente:

“Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.”

42. La penalización de la conducta prohibida debe hacerse con arreglo al derecho penal. Cualquier medida que deba tomarse tendrá que ser complementaria de la legislación sobre los delitos. La única excepción es cuando se trata de personas jurídicas, cuya responsabilidad puede ser de índole penal, civil o administrativa, según los principios jurídicos del Estado en cuestión (artículo 10, párrafo 2).

43. Los legisladores nacionales deberán concentrarse en la sustancia y el espíritu de la Convención, y no intentar traducir simplemente su texto o incluirlo literalmente en nuevas leyes o enmiendas. La redacción de leyes sobre nuevos delitos y su aplicación, incluidos los medios jurídicos de defensa y demás principios jurídicos, quedan reservadas a los Estados Parte (véase el párrafo 6 del artículo 11). Por consiguiente, los legisladores deben cerciorarse de que los nuevos artículos estén en consonancia con la tradición jurídica, los principios y las leyes fundamentales del propio país. Así se evitará el riesgo de conflictos e incertidumbre acerca de la interpretación de las nuevas disposiciones por parte de los tribunales o los jueces.

44. Los delitos tipificados por la Convención pueden aplicarse conjuntamente con otras disposiciones de la legislación interna de los Estados o con las leyes promulgadas con arreglo a los Protocolos. Por consiguiente, hay que cerciorarse de que los nuevos delitos estén en consonancia con el derecho interno vigente.

2. Ámbito de aplicación

45. En general, la Convención se aplica cuando los delitos son de carácter transnacional y entrañan la participación de un grupo delictivo organizado (véase el párrafo 2 del artículo 34). Sin embargo, como se describió más detalladamente en la sección A del capítulo II de la presente Guía, hay que insistir en que ello no significa que esos mismos elementos tengan que convertirse en elementos de la legislación interna sobre el delito. Por el contrario, los legisladores no deben incluirlos en la definición de los delitos, a menos que expresamente lo requieran la Convención o sus Protocolos. Todo requisito de transnacionalidad o de participación de grupo delictivo organizado complicaría innecesariamente y obstaculizaría la labor de aplicación de la ley. La única excepción de este principio en la Convención es el delito de participación en un grupo delictivo organizado, en cuyo caso la participación de un grupo delictivo organizado va a ser naturalmente un elemento de la legislación interna sobre el delito. Sin embargo, incluso en este caso la transnacionalidad no debe ser un elemento a nivel del ordenamiento jurídico interno.

3. Sanciones y disuasión

“Artículo 11

“Proceso, fallo y sanciones

“1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.

“2. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión.

“...

“4. Cada Estado Parte velará por que sus tribunales u otras autoridades competentes tengan presente la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la presente Convención al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos.

“...

“6. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos han de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.”

46. La gravedad del castigo de los delitos estipulados por la Convención se deja a los Estados Parte, pero las sanciones deben tener en cuenta la gravedad del delito (artículo 11, párrafo 1). La primacía del derecho nacional a este respecto se afirma en el párrafo 6 del artículo 11. Asimismo, los Estados deben procurar que la naturaleza grave del delito y la necesidad de disuadir su comisión se tengan en cuenta en el proceso, el fallo y las prácticas y decisiones correccionales.

47. Al mismo tiempo, dado que debe aspirarse a una disuasión eficaz mediante el enjuiciamiento y la sanción, los Estados deben alentar a las personas que hayan participado en grupos delictivos organizados a que cooperen con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y les presten ayuda (artículo 26, párrafo 1). A fin de facilitar esta cooperación, los Estados Parte deberán considerar la posibilidad de prever la mitigación de la pena de esas personas (artículo 26, párrafo 2) o la concesión de inmunidad judicial (artículo 26, párrafo 3). Ésta es una opción que los Estados podrán adoptar o no, según sus principios fundamentales (artículo 26, párrafo 3). Sin embargo, es importante señalar que en los ordenamientos jurídicos en que el enjuiciamiento es obligatorio para todos los delitos, tales medidas pueden requerir una legislación adicional (véase también un examen más detallado en la sección E del capítulo IV, Protección de los testigos y las víctimas).

B. Penalización de la participación en un grupo delictivo

“Artículo 5

“Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

“a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

“i) El acuerdo con una o más personas de 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 y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

“ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

“a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;

“b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

“b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

“2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

“3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.”

1. *Introducción*

48. La comunidad internacional ha observado un aumento de las actividades de grupos delictivos que acarrea importantes consecuencias económicas y humanas negativas en prácticamente todos los países. Con frecuencia hay personas que ayudan a los grupos delictivos organizados en la planificación y ejecución de delitos graves sin una participación directa en la perpetración de tales actos. En respuesta a este problema, muchos países han adoptado

leyes penales que proscriben una participación en menor grado en grupos delictivos.

49. Los criterios que los países han adoptado hasta ahora varían en función de sus antecedentes históricos, políticos y jurídicos. En términos generales, la penalización de la participación en grupos delictivos organizados se ha llevado a efecto de dos maneras diferentes: los países con sistemas basados en el derecho anglosajón han recurrido al delito de conspiración, y los países de tradición jurídica romanista a los delitos que proscriben una participación en organizaciones delictivas. Otros países combinan ambos criterios. La Convención no se ocupa de la prohibición de formar parte de determinadas organizaciones.

50. Como los grupos delictivos atraviesan las fronteras nacionales y sus actividades afectan con frecuencia a muchos países al mismo tiempo, hay una clara necesidad de coordinar y armonizar las leyes. Ya se han tomado algunas iniciativas en ese sentido a nivel regional, como la Acción común adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, aquí no se trata de un asunto meramente regional sino de uno que exige una respuesta eficaz a nivel mundial.

51. La Convención tiene por objeto responder a esa necesidad de una respuesta global y asegurar la penalización eficaz de los actos de participación en grupos delictivos. El artículo 5 de la Convención reconoce como equivalentes los dos enfoques principales de ese tipo de penalización que se han citado antes. Así se crearon las dos opciones alternativas de los incisos i) y ii) del apartado a) del párrafo 1 del artículo 5, que reflejan el hecho de que algunos países tienen leyes sobre la conspiración y otros sobre la asociación para delinquir (*association de malfaiteurs*). Estas opciones permiten una actuación eficaz contra los grupos delictivos organizados sin necesidad de introducir ninguna de esas dos nociones —conspiración o asociación para delinquir— en los Estados que no tienen el concepto jurídico pertinente. El artículo 5 abarca también a las personas que de otra manera ayudan a la perpetración de los delitos graves de un grupo delictivo organizado, o los facilitan.

2. Resumen de los principales requisitos

52. De conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 5, los Estados Parte deberán tipificar los siguientes delitos:

- a) Una de las conductas siguientes; o ambas:

- i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave para obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material;
- ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:
 - a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; o en
 - b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;
- b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

53. Con arreglo al párrafo 2 del artículo 5, los Estados Parte deberán cerciorarse de que el conocimiento, la intención y el propósito pueden inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

54. En el párrafo 3 del artículo 5 se establece que los Estados que requieran la participación de grupos delictivos organizados para la penalización del delito de acuerdo de cometer un delito grave deberán:

- a) Velar por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados; y
- b) Informar a ese respecto al Secretario General de las Naciones Unidas.

3. Requisitos obligatorios

a) Artículo 5, párrafo 1, apartado a)

55. El apartado a) del párrafo 1 del artículo 5 estipula que los Estados deben tipificar como delitos una de las conductas establecidas en los incisos i) y ii), o ambas.

56. El delito mencionado en primer lugar es similar al modelo de conspiración del sistema basado en el derecho anglosajón y se describe de la siguiente manera en el inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del artículo 5:

“El acuerdo con una o más personas de 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 y, cuando así

lo prescriba el derecho interno, que entraña un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entraña la participación de un grupo delictivo organizado.”

57. 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 material.

58. Sin embargo, los Estados Parte pueden incluir como elemento del delito ya sea: *a*) un acto cometido por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo, o *b*) la participación de un grupo delictivo organizado, si así lo exige su derecho interno.

59. Ha de observarse que la frase “un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material” deberá interpretarse de forma amplia, para que pueda abarcar delitos que tienen objetivos tangibles pero no monetarios, por ejemplo, cuando el motivo predominante sea 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 redes (A/55/383/Add.1, párrafo 3). No es necesario que este delito abarque la conspiración con objetivos exclusivamente no materiales, como los objetivos ideológicos.

60. La segunda opción está más en concordancia con la tradición jurídica romanista y los países cuya legislación no reconoce la conspiración o no permiten la penalización de un simple acuerdo para cometer un delito. En esta opción se penaliza la conducta de una persona, que se describe de la siguiente manera en el inciso *ii*) del apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 5:

“La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

- “*a*. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;
- “*b*. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita.”

61. Esas otras actividades pueden no constituir delito, pero desempeñan una función de apoyo para las actividades y objetivos delictivos del grupo.

62. Ambas conductas mencionadas son delitos distintos de los que entrañan el intento o la consumación de una actividad delictiva.

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

64. 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 grupo.

65. Con arreglo al párrafo 2 del artículo 5, el conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo mencionados antes podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas. Los legisladores tal vez deseen considerar la posibilidad de establecer normas y aclarar con precisión qué habría que demostrar.

b) *Artículo 5, párrafo 1, apartado b)*

66. Los Estados Parte están también obligados a tipificar el delito de organizar, dirigir, ayudar, incitar, facilitar o asesorar en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado. Este tipo de delito tiene por objeto, entre otras cosas, asegurar la responsabilidad de los dirigentes de organizaciones delictivas que sólo imparten las órdenes pero no participan personalmente en la perpetración de los delitos en cuestión.

c) *Artículo 5, párrafo 2*

67. Cada Estado Parte debe disponer del marco jurídico que permite inferir de circunstancias fácticas objetivas el conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del artículo 5. Si la legislación en materia de pruebas de un país no permite que se utilice ese tipo de pruebas circunstanciales para demostrar la intencionalidad, el país en cuestión deberá revisar su legislación para armonizarla con el requisito de este párrafo.

d) *Otros requisitos generales*

68. Al redactar la legislación para cumplir estas obligaciones de penalización, los legisladores deberían tener en cuenta las siguientes obligaciones generales dimanantes de la Convención, que se relacionan en particular con la tipificación de delitos penales:

- a) *La no inclusión de la transnacionalidad en los delitos tipificados en el derecho interno.* El carácter transnacional no debe constituir un elemento del delito en el derecho interno (artículo 34, párrafo 2);
- b) *La penalización debe establecerse mediante medidas legislativas y de otra índole.* Los delitos deben tipificarse en el derecho penal y no simplemente mediante medidas de otra índole, que complementarían la legislación que ya establece la penalización (A/55/383/Add.1, párrafo 9);
- c) *Los delitos deben ser cometidos intencionalmente.* El elemento de intencionalidad requerido para cada delito es que se haya cometido intencionalmente;
- d) *El delito debería penalizarse con sanciones que tengan en cuenta su gravedad.* La severidad de las sanciones debería corresponder a la gravedad de la conducta que se ha de penalizar (artículo 11, párrafo 1);
- e) *La descripción del delito queda reservada al derecho interno de los Estados Parte.* El delito tipificado en el derecho interno por un Estado para cumplir los requisitos de penalización establecidos en la Convención no debe estar descrito por fuerza exactamente de la misma manera que en la Convención, con tal de que la conducta en cuestión quede penalizada (artículo 11, párrafo 6);
- f) *Responsabilidad de las personas jurídicas.* En cuanto a las personas jurídicas, los delitos y la responsabilidad podrán ser de índole penal, civil o administrativa (artículo 10, párrafo 2);
- g) *Prescripción.* La Convención estipula que los legisladores deberán establecer un plazo de prescripción prolongado para el delito, en particular cuando los presuntos delincuentes hayan eludido la justicia (artículo 11, párrafo 5);
- h) *Mitigación de la pena e inmunidad.* La Convención alienta a los Estados Parte a que consideren la posibilidad de mitigar las penas y de conceder inmunidad y/o clemencia a las personas que decidan cooperar con las autoridades (artículo 26, párrafos 2 y 3). Estas medidas son facultativas y dependen de las tradiciones y los principios jurídicos internos. Sin embargo, en los ordenamientos en que la actuación judicial respecto de los delitos es obligatoria, se requerirá legislación para poder conceder la inmunidad judicial.

69. En el momento de la firma o el depósito, los Estados Parte deben notificar al Secretario General de las Naciones Unidas que su derecho interno comprende todos los delitos graves que entrañan la participación de grupos delictivos organizados, si su derecho interno exige la participación de grupos delictivos organizados para tipificar como delito el acuerdo de cometer un delito grave (artículo 5, párrafo 3). Esta información deberá facilitarse a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito.

4. Otras medidas, incluidos aspectos facultativos

70. Aparte de los elementos facultativos de que se requiera la comisión de un acto para llevar adelante el acuerdo o la participación de un grupo delictivo organizado, previstos en el inciso i) del apartado a) del párrafo 1, el artículo 5 no contiene disposiciones facultativas.

71. Por último, en virtud de la Convención, los Estados deberán tipificar como delito la primera o la segunda conducta que se menciona en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 5. Los Estados tal vez deseen considerar la posibilidad de introducir ambos delitos para abarcar diferentes tipos de conducta.

5. Recursos de información

72. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información enumeradas a continuación.

a) Disposiciones e instrumentos conexos

Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 2 (Definiciones)

Artículo 10 (Responsabilidad de las personas jurídicas)

Artículo 11 (Proceso, fallo y sanciones)

Artículo 15 (Jurisdicción)

Artículo 26 (Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley)

Artículo 31 (Prevención)

Artículo 34 (Aplicación de la Convención)

b) *Ejemplos de legislación nacional*

73. Los Estados Parte en la Convención contra la Delincuencia Organizada se han ocupado de diversas maneras de la cuestión de la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado. Chile, por ejemplo, penaliza incluso el hecho de no notificar a las autoridades las actividades de una organización delictiva (salvo si uno de los miembros es un familiar). Nueva Zelanda, por otra parte, no penaliza la participación en una organización delictiva sino el fomento o el estímulo deliberados de sus actividades.

74. Varios países han tipificado delitos específicos relativos a diversas maneras de prestar asistencia o apoyo financiero a una organización delictiva, incluidos, Alemania, Colombia, el Ecuador, el Uruguay y Venezuela. En algunas legislaciones se tienen en cuenta a los individuos que proporcionan a la organización armas o munición (por ejemplo, Colombia, el Ecuador, Haití, Hungría, el Paraguay, el Uruguay y Venezuela), los instrumentos del delito (por ejemplo, Haití), el lugar para reunirse (por ejemplo, el Ecuador), o algunos otros servicios (por ejemplo, el Ecuador y el Paraguay). El hecho de ayudar a los participantes en una organización delictiva a eludir el castigo está también a veces directamente penalizado en algunos países (por ejemplo, en el Uruguay). En el caso de tales delitos, a menudo se conceden algunas excepciones en favor de los miembros de la familia inmediata, un cónyuge u otros familiares (por ejemplo, en Chile y en Venezuela). Para varios países (por ejemplo, Italia y el Uruguay), la participación en una organización relativamente grande se considera circunstancia agravante.

75. En lo que se refiere a la cuestión de la prueba, está el ejemplo de Nueva Zelanda, donde la ley especifica que la prueba de que una persona ha sido advertida al menos en dos ocasiones de que una determinada banda es una banda delictiva es prueba suficiente de que sabía que la banda era delictiva.

76. Los Estados Parte que estén preparando legislación con respecto a las disposiciones del artículo 5 de la Convención contra la Delincuencia Organizada tal vez deseen remitirse para mayor orientación, entre otras cosas, a la legislación presentada a continuación.

Canadá

<http://laws.justice.gc.ca/en/c-46/text.html>

El derecho penal del Canadá combina la tradición del sistema anglosajón en lo que respecta a la confabulación (art. 465) y delitos análogos, como el propósito en común de lograr un objetivo ilícito (art. 21), ayudar e incitar (art. 21) y asesorar (art. 22) a una persona para que cometa un delito, con los delitos relativos a la asociación delictiva. El Código Penal del Canadá establece lo siguiente:

467.1

- 1) En la presente Ley se aplican las definiciones siguientes.

Por “organización delictiva” se entiende un grupo, como quiera que esté organizado, que

- a) Esté integrado por tres o más personas dentro o fuera del Canadá; y
- b) Tenga como uno de sus principales objetivos o principales actividades la facilitación o perpetración de uno o más delitos graves que, si se cometieran, probablemente reportarían directa o indirectamente un beneficio material, incluido un beneficio financiero, al grupo o a cualquiera de sus miembros.

Esta definición no abarca al grupo de personas que se constituya aleatoriamente para la comisión inmediata de un único delito.

Por “delito grave” se entiende todo delito grave o muy grave tipificado en esta o cualquier otra ley, que sea punible con una pena máxima de cinco años o más de cárcel, u otro delito tipificado como tal por algún reglamento.

- 2) A los efectos del presente artículo y del artículo 467.11, la facilitación de un delito no exige el conocimiento de un delito particular cuya comisión se facilita, o de que efectivamente se está cometiendo un delito.

- 3) En el presente artículo, así como en los artículos 467.11 a 467.13, por comisión de un delito se entiende ser parte en la comisión o asesorar a una persona para que sea parte en ella.

- 4) El Gobernador en Consejo podrá elaborar reglamentos que prescriban los delitos que están incluidos en la definición de “delito grave” del párrafo 1).

(S.C. 1997, c. 23, s. 11; 2001, c. 32, s. 27).

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.

- 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;

- 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 constituyan la organización delictiva.

- 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.

(S.C.2001, c. 32, s. 27)

467.12

1) Toda persona que cometa un delito grave con arreglo a esta o a cualquier otra ley en beneficio o por orden de una organización delictiva, o en asociación con ella, será culpable de un delito grave punible con una pena de hasta 14 años de cárcel.

2) En un proceso por un delito comprendido en el párrafo 1), no es necesario que el fiscal demuestre que el acusado conocía la identidad de alguna de las personas que constituyan la organización delictiva.

(S.C.2001, c. 32, s. 27)

467.13

1) Toda persona que sea miembro de una organización delictiva y que a sabiendas ordene, directa o indirectamente, a una 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.

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 constituyan la organización delictiva.

(S.C.2001, c. 32, s. 27)

Francia

http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_penal_textan.htm

Código Penal

Título V. Participación en una asociación delictiva

Artículo 450-1

(Ley No. 2001-420 de 15 de mayo de 2001, artículo 45, Diario Oficial de 16 de mayo de 2001; Ordenanza No. 2000-916 de 19 de septiembre de 2000, artículo 3, Diario Oficial de 22 de septiembre de 2000; entró en vigor el 1.º de enero de 2002)

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 diez años de prisión y multa de 75.000 euros.

Italia

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 participación en la asociación es de diez o más.

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 parcialmen-

te 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.

Polonia

El Código Penal polaco contiene las siguientes disposiciones sobre ayuda e incitación:

Artículo 18

§1. No sólo la persona que haya cometido el acto prohibido, ella misma, o conjuntamente y de acuerdo con otra persona, sino también la persona que haya ordenado la comisión de un acto prohibido por un tercero, o aprovechando la subordinación de un tercero le haya ordenado que cometa tal acto prohibido, será responsable de la perpetración.

§2. Toda persona que, deseando que otra persona cometa un acto prohibido, la induce a ello, será responsable de instigación.

§3. Toda persona que, con la intención de que otra persona cometa un acto prohibido, facilita con su conducta la comisión del acto, en particular proporcionando el instrumento o los medios de transporte, o facilitando asesoramiento o información, será responsable de ayuda e incitación. Además, toda persona que, actuando en contra de un deber legal particular de prevenir el acto prohibido, facilite por omisión la comisión del acto por otra persona, será responsable de ayuda e incitación.

Artículo 19

§1. El tribunal impondrá la pena correspondiente a la instigación, la ayuda y la incitación, dentro de los límites de la sanción prevista en la ley para la perpetración.

§2. Al imponer la pena por ayuda e incitación, el tribunal podrá aplicar una atenuación extraordinaria de la pena.

El Código penal polaco contiene las siguientes disposiciones relativas a 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.

§3. Toda persona que instituya el grupo o asociación especificado en § 1 ó 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 años.

Federación de Rusia

El Código Penal ruso define de la siguiente manera la expresión “asociación delictiva”:

Artículo 35, párrafo 4

Se considera que un delito ha sido cometido por una asociación delictiva (organización delictiva), si fue perpetrado por un grupo organizado (u organización) creado para la comisión de delitos graves o especialmente graves, o por una combinación de grupos organizados creados para la misma finalidad.

Estados Unidos de América

<http://uscode.house.gov/download.htm>

Código de los Estados Unidos

Título 18. Delitos y procedimiento penal

Parte I. Delitos

Capítulo 19. Conspiración

Artículo 371. Conspiración para cometer un delito o defraudar a los Estados Unidos

Si dos o más personas conspiran para cometer un delito contra los Estados Unidos o para defraudar a los Estados Unidos o a alguno de sus organismos, cualquiera que sea la manera y la finalidad, y una o más de esas personas realiza algún acto para lograr el objeto de la conspiración, cada una de ellas será sancionada con una multa con arreglo a este título o con una pena de cárcel de cinco años como máximo, o con ambas. Sin embargo, si el delito cuya comisión es el objeto de la conspiración es sólo una falta, el castigo de tal conspiración no excederá de la pena máxima prevista para dicha falta.

Título 18. Delitos y procedimiento penal

Parte 1. Delitos

Capítulo 96. O

Artículo 1962. Actividades prohibidas

a) Se considerará ilegal que una persona que haya recibido algún ingreso derivado directa o indirectamente de una red de actividades de extorsión, o del cobro de una deuda ilegal en el que dicha persona haya participado como principal en el sentido del artículo 2, título 18 del Código de los Estados Unidos, utilice o invierta, directa o indirectamente, cualquier parte de dicho ingreso, o su producto, en la adquisición de intereses en una empresa, o en el establecimiento o funcionamiento de ella, si tal empresa participa en el comercio interestatal o extranjero, o desarrolla actividades que afectan a dicho comercio. La compra de valores en el mercado

abierto con fines de inversión, y sin la intención de controlar o de participar en el control del emisor, o de ayudar a otro a hacerlo, no será ilegal con arreglo al presente párrafo si los valores del emisor en posesión del comprador, de los miembros de su familia inmediata y de sus cómplices en alguna red o actividad de extorsión, o el cobro de una deuda ilegal después de dicha compra, no equivalen en total al 1% de los valores pendientes de alguna clase, y no confieren, por derecho o de hecho, la facultad de elegir a uno o más directores del emisor.

b) Se considerará ilegal que una persona, mediante una red de actividades de extorsión o el cobro de una deuda ilegal adquiera o mantenga, directa o indirectamente, intereses en una empresa, o el control de ella, si tal empresa participa en el comercio interestatal o extranjero, o desarrolla actividades que afectan a dicho comercio.

c) Se considerará ilegal que una persona empleada por una empresa que participa en el comercio interestatal o extranjero o cuyas actividades afectan a dicho comercio, o que esté asociada con ella, dirija o participe, directa o indirectamente, en la marcha de los asuntos de dicha empresa por medio de una red de actividades de extorsión o el cobro de una deuda ilegal.

d) Se considerará ilegal que una persona se confabule con otras para violar alguna de las disposiciones de los párrafos *a), b) o c)* del presente artículo.

Artículo 1963. Sanciones penales

a) Cualquier persona que infrinja alguna disposición del artículo 1962 del presente capítulo será sancionada con una multa con arreglo a este título o con una pena de cárcel de hasta 20 años (o de prisión a perpetuidad si la infracción se basa en una actividad de extorsión cuya pena máxima es la prisión perpetua), o con ambas sanciones, y perderá a favor de los Estados Unidos, independientemente de cualquier disposición de la legislación del Estado:

1) Todo interés que la persona haya adquirido o mantenido en violación del artículo 1962;

2) Cualesquiera —A) intereses en; B) valores de; C) denuncias contra; o D) bienes o derechos contractuales de cualquier tipo que supongan una fuente de influencia sobre cualquier empresa que la persona haya establecido, puesto en marcha, controlado, dirigido, o en cuya dirección haya participado, en violación del artículo 1962; y

3) Todo bien que forme parte o se derive del producto que la persona haya obtenido, directa o indirectamente, de la actividad de extorsión o del cobro de una deuda ilegal en violación del artículo 1962. Al imponer la condena a tal persona, el tribunal ordenará que, además de cualquier otra sentencia que se haya dictado en aplicación del presente artículo, la persona pierda en favor de los Estados Unidos todos los bienes descritos en el presente párrafo. En lugar de la multa autorizada en el presente artículo, un acusado que obtenga beneficios u otro producto de un delito podrá ser multado con una suma no superior al doble de la ganancia bruta u otros ingresos.

b) Los bienes sujetos a decomiso penal con arreglo al presente artículo abarcan:

1) Los bienes inmuebles, incluidas las cosas que crecen en ellos, están fijadas a ellos o se encuentran en la tierra; y

- 2) Los bienes personales tangibles e intangibles, incluidos derechos, privilegios, intereses, reclamaciones y valores.

c) *Otras fuentes de información*

Acción común del Consejo de Europa, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal en la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, 1988.

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/1998/l_351/l_35119981229en00010002.pdf

Artículo 1

A efecto de la presente Acción común, se entenderá por “organización delictiva” una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública. Los delitos a que se refiere el párrafo primero incluyen los mencionados en el artículo 2 del Convenio Europol y en su anexo y que pueden ser sancionados con una pena al menos equivalente a la mencionada en el párrafo primero.

Artículo 2

Para facilitar la lucha contra las organizaciones delictivas, los Estados miembros se comprometerán, conforme al procedimiento contemplado en el artículo 6, a garantizar que uno o los dos comportamientos contemplados a continuación estén sujetos a sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias:

- a) El comportamiento de toda persona que, de forma intencional y teniendo conocimiento bien del objetivo y de la actividad delictiva general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente:
- En las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1, aun cuando esta persona no participe en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate y, sin perjuicio de los principios generales del derecho penal del Estado miembro, incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución,
 - En las demás actividades de la organización teniendo, además, conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1;
- b) El comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de los delitos contemplados en el artículo 1, aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad.

C. Penalización del blanqueo del producto del delito

“Artículo 6

“Penalización del blanqueo del producto del delito

“1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- “a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
- “ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;
- “b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:
 - “i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;
 - “ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

“2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

- “a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;
- “b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;
- “c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera

de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;

“d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;

“e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;

“f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.”

“Artículo 7

“Medidas para combatir el blanqueo de dinero

“1. Cada Estado Parte:

“a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas;

“b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18 y 27 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

“2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo

de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

“3. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

“4. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.”

1. *Introducción*

a) *El problema del blanqueo de dinero*

77. Muchas actividades de grupos delictivos organizados internacionales tienen por objetivo acumular riqueza por medios ilegales como el tráfico de drogas, el contrabando y el fraude. Para disfrutar de los beneficios de esas actividades, estos grupos deben ocultar el origen ilícito de sus fondos. Éste es el blanqueo de dinero, que técnicamente se define como la ocultación o disimulación del origen ilegal del producto del delito. A medida que se han intensificado los esfuerzos nacionales e internacionales para privar a los delincuentes de sus ganancias ilícitas, los grupos delictivos organizados han procurado cada vez más convertir esas ganancias en activos aparentemente legítimos. Ello se realiza introduciendo el producto en el sistema financiero, realizando diversas transacciones encaminadas a ocultar el origen y confundir la pista del dinero y, de esa manera, mediante transacciones aparentemente legales, integrar los fondos en la economía legítima.

78. Las consecuencias negativas del blanqueo de dinero son innumerables. Aunque no se dispone de estimaciones precisas, es indudable que unas ganancias ilegales muy cuantiosas entran en las economías pequeñas y grandes. Como consecuencia de ello, la influencia y el poder de los grupos delictivos organizados aumenta, con el consiguiente menoscabo del control y la integridad de los gobiernos y de las principales instituciones públicas. Si se deja proliferar sin control, el blanqueo de dinero puede socavar la integridad del sistema político y judicial y la estabilidad de los sectores financieros na-

cionales o internacionales. También puede corromper las operaciones de las empresas y los mercados legítimos, interferir con las políticas económicas y de otra índole, perturbar las condiciones del mercado y, en último término, generar graves riesgos sistémicos. Por ejemplo, incluso si en el blanqueo de dinero participan instituciones financieras aisladas, esta actividad puede menoscabar la integridad de sus funciones hasta el punto de provocar su hundimiento, lo que puede dar lugar a una crisis financiera importante, especialmente en los países relativamente pequeños.

79. En el contexto de la globalización, los delincuentes sacan partido de la fácil circulación de capitales, de los adelantos de la tecnología y del aumento de la movilidad de las personas y los productos, así como de la considerable diversidad de las disposiciones jurídicas de las diferentes jurisdicciones. Gracias a todo ello, los activos pueden transferirse muy rápidamente de un lugar a otro y, aprovechando las asimetrías jurídicas existentes, aparecer finalmente como activos legítimos que están así a disposición de los grandes delincuentes y las organizaciones delictivas en cualquier parte del mundo. Esos activos pueden utilizarse para financiar operaciones delictivas, para recompensar delitos ya cometidos y como incentivo para delitos futuros.

b) *El fundamento de los artículos 6 y 7*

80. El problema del blanqueo de dinero requiere claramente una solución internacional. Es fundamental que los países y las regiones procuren armonizar sus criterios, sus normas y sus sistemas jurídicos en relación con este delito, a fin de poder cooperar entre sí en la lucha contra el blanqueo internacional del producto del delito. Las jurisdicciones en que los mecanismos de control son débiles o inexistentes facilitan la tarea de los autores del blanqueo de dinero. Así pues, la Convención se propone establecer una norma mínima que todos los países observen como parte de sus esfuerzos para controlar el producto del delito. Las disposiciones de la Convención relativas al embargo preventivo, la incautación y el decomiso del producto del delito son una medida conexa importante (véanse los artículos 12 a 14).

81. Combatir el blanqueo de dinero es una parte importante de la lucha contra el delito organizado trasnacional grave. Uno de los principales motivos que mueven a los grupos delictivos organizados internacionales es el lucro. Eliminar el lucro es, pues, decisivo. Atacando los beneficios y las finanzas de los grupos delictivos se reducen sus incentivos para participar en esas actividades y se socavan sus operaciones delictivas, su crecimiento y su expansión. Además de eso, la lucha contra el blanqueo de dinero ayuda a preservar la integridad de las instituciones financieras, tanto oficiales como oficiales, y a

proteger el buen funcionamiento del sistema financiero internacional en su conjunto.

82. La Convención tiene en cuenta el vínculo estrecho entre las actividades delictivas organizadas y el blanqueo de dinero, y procura abordarlo aprovechando lo que se ha logrado en iniciativas internacionales anteriores a ese respecto. Esas iniciativas trataron el asunto mediante una combinación de medidas represivas y preventivas, y la Convención aplica el mismo criterio. En lo que respecta a la represión del blanqueo de dinero, unos 167 Estados son ahora parte en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, que exige la penalización del blanqueo de dinero en el contexto del tráfico de drogas. Muchas iniciativas regionales y de las Naciones Unidas han abordado estos problemas concentrándose en zonas geográficas o delitos específicos. Como se observa en la sección 3, Requisitos obligatorios, *infra*, en una serie de foros se han adoptado iniciativas para ampliar la obligación de penalizar el blanqueo de dinero más allá de los delitos determinantes. Entre esos foros cabe mencionar la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, de 1994; el vigésimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General dedicado a la acción común para contrarrestar el problema mundial de las drogas, de 1998; el Grupo de Acción Financiera sobre el blanqueo de capitales (GAFI); el Grupo del Asia y del Pacífico sobre blanqueo de dinero; el Grupo de Acción Financiera del Caribe; la Unión Europea, y el Comité de Basilea sobre Reglamentación y Supervisión Bancaria. Con respecto a la financiación del terrorismo se ha hecho un esfuerzo similar con la aprobación del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (resolución 54/109 de la Asamblea General, anexo) y de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad.

83. La penalización no sólo permite a las autoridades nacionales organizar la detección, las actuaciones judiciales y la represión en relación con el delito, sino que también sienta la base jurídica para la cooperación internacional entre la policía y las autoridades judiciales y administrativas, incluidas la asistencia judicial recíproca y la extradición. Como consecuencia de las iniciativas nacionales o internacionales, muchos países ya tienen leyes sobre el blanqueo de dinero. Sin embargo, en muchos Estados los delitos determinantes se limitan al tráfico de drogas y algunos otros delitos.

84. La Convención pide que se amplíe esta lista a la gama más amplia posible de delitos determinantes, incluidos los delitos comprendidos en la Convención y sus Protocolos, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados y todos los delitos graves (artículo 6, párrafo 2, apartados *a* y *b*).

85. Una parte decisiva del blanqueo de dinero consiste en colocar los fondos ilícitos en el sistema financiero. Una vez hecho esto, localizar los fondos se vuelve mucho más difícil, o incluso imposible. Por lo tanto, es fundamental impedir que los grupos delictivos organizados den ese primer paso y desarrollar la capacidad de seguir de cerca el movimiento de los fondos. También aquí, la cooperación y la armonización internacionales son indispensables.

86. Por estos motivos, en el artículo 7 de la Convención se establecen nuevas medidas encaminadas a prevenir esas actividades y a conseguir la asistencia de las instituciones financieras y de otra índole para impedir la introducción de los fondos derivados del delito en el sistema financiero, detectar las transacciones realizadas en el sistema que puedan tener un origen delictivo y facilitar la localización de los fondos involucrados en esas transacciones. Esas medidas han sido recomendadas por el GAFI y otros órganos regionales similares. Los artículos 12 a 14, relativos a la incautación y el decomiso de activos delictivos, también son pertinentes a este respecto.

87. Los Estados deben adoptar e integrar en su infraestructura financiera medidas específicas, por ejemplo procedimientos para que las instituciones financieras identifiquen a los clientes, establezcan registros y denuncien las transacciones sospechosas a las autoridades nacionales. Estos procedimientos deben formar parte de un régimen de reglamentación amplio, que facilite las necesarias relaciones de cooperación interna e internacional. Muchos países han establecido dependencias de inteligencia financiera para reunir, analizar e intercambiar eficientemente la información pertinente, cuando sea necesario y de conformidad con sus leyes. En la Convención se pide a los Estados Parte que consideren la posibilidad de establecer dependencias de ese tipo, lo que entraña una consignación de recursos más sustancial.

88. En la Convención se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero. Desde la entrada en vigor en 1990 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, otras convenciones e iniciativas han procurado promover la cooperación internacional en la lucha contra el blanqueo de dinero a nivel mundial y regional. Entre ellas cabe citar el establecimiento del GAFI en 1990 y el Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito, aprobado en 1990. Recientemente, la financiación del terrorismo ha pasado a ser motivo de mayor preocupación y se han desplegado esfuerzos internacionales para penalizar esas actividades y prevenir la utilización de los sistemas financieros con ese fin. Las medidas preventivas se basan en la legislación contra el blanqueo de dinero, en particular en el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo,

que contiene disposiciones detalladas sobre el blanqueo de dinero, y en las recomendaciones especiales del GAFI sobre la financiación del terrorismo, aprobadas en octubre de 2001.

89. Los Estados deberían examinar las disposiciones internas contra el blanqueo de dinero que estén en vigor para cerciorarse de que cumplen con esos artículos y con los que tratan de la identificación, el embargo preventivo y el decomiso del producto del delito (artículos 12 a 14) y de la cooperación internacional (artículos 16 a 19, 26 y 27). Al realizar tal examen, los Estados podrían aprovechar la oportunidad para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en virtud de otros instrumentos e iniciativas regionales o internacionales.

2. Resumen de los principales requisitos

90. En el artículo 6 se requiere que los Estados Parte tipifiquen como delito lo siguiente:

- a)* La conversión o la transferencia del producto del delito (párrafo 1, apartado *a*), inciso i));
- b)* La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad del “producto del delito” (párrafo 1, apartado *a*), inciso ii)).

91. Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, los Estados también deberán tipificar como delito:

- a)* La adquisición, posesión o utilización del producto del delito (párrafo 1, apartado *b*), inciso i));
- b)* La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos arriba mencionados, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión (párrafo 1, apartado *b*), inciso ii)).

92. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6, cada Estado Parte deberá además:

- a)* Aplicar estos delitos al producto generado por una amplia gama de conductas delictivas (párrafo 2, apartados *a* a *c*));
- b)* Proporcionar a las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación a este artículo (y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes) (párrafo 2, apartado *d*));

c) Velar por que el conocimiento, la intención o la finalidad puedan inferirse de circunstancias fácticas objetivas (párrafo 2, apartado *f*)).

93. En virtud del artículo 7, los Estados Parte deberán adoptar medidas adicionales. Cada Estado Parte deberá:

a) Establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias haciendo hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas (párrafo 1, apartado *a*));

b) Garantizar que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional (párrafo 1, apartado *b*));

c) Esforzarse por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera (párrafo 4);

d) Utilizar como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero (párrafo 3).

94. Con arreglo al artículo 7, los Estados Parte deberán asimismo:

a) Considerar la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, por ejemplo, la exigencia de notificar las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables (párrafo 2);

b) Esforzarse por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades a fin de combatir el blanqueo de dinero (párrafo 4).

3. *Requisitos obligatorios*

95. Hay términos importantes que se relacionan con este artículo. La Convención define el producto del delito como los “bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito” (artículo 2, apartado *e*)). Por bienes se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos (artículo 2, apartado *d*)).

96. Las expresiones “blanqueo del producto del delito” y “blanqueo de dinero” deben considerarse sinónimas (A/55/383/Add.1, párrafo 10).

97. Las disposiciones de cada artículo se examinarán por separado, *infra*, bajo los epígrafes penalización y medidas preventivas.

a) *Penalización (artículo 6)*

i) *Los delitos*

98. En virtud del artículo 6 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, cada Estado deberá tipificar como delito relacionado con el blanqueo de dinero, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las cuatro conductas que se describen a continuación, cuando se cometan intencionalmente¹:

a. *La conversión o la transferencia del producto del delito*

99. El primer delito de blanqueo de dinero es la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (artículo 6, párrafo 1, apartado a), inciso i)). Los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otra índole para la tipificación de este delito.

100. La expresión “la conversión o la transferencia” comprende los casos en que los activos financieros se convierten de un tipo o forma a otro, por ejemplo, utilizando efectivo generado ilícitamente para adquirir un bien inmueble o vendiendo un bien inmuble adquirido ilícitamente, así como los casos en que los mismos activos se transfieren de un lugar o sistema jurídico a otro, o de una cuenta bancaria a otra.

101. En lo que respecta a los elementos de intencionalidad requeridos, la conversión o la transferencia deben ser intencionales, el acusado debe tener conocimiento en el momento de la conversión o la transferencia de que los bienes son producto del delito y el acto o los actos deben realizarse con la finalidad ya sea de ocultar o disimular su origen delictivo (por ejemplo, ayudando a impedir su descubrimiento) o de ayudar a una persona a eludir la responsabilidad penal por el delito que generó el producto.

¹Con excepción de la definición de los delitos determinantes, el lenguaje utilizado en el párrafo 1 del artículo 6 es similar al que se emplea en las disposiciones correspondientes de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

102. Como en el caso de todas las medidas que se estipulan en la Convención, éstos son los requisitos mínimos, y los Estados son libres de adoptar medidas más estrictas o severas (artículo 34, párrafo 3).

103. En las notas interpretativas se establece que los términos “ocultar o disimular” y “ocultación y disimulación” (utilizados en el inciso ii) del apartado *a*) del párrafo 1) han de entenderse de manera que incluyan la obstrucción del descubrimiento del origen ilícito de los bienes (A/55/383/Add.1, párrafo 1). Esta nota interpretativa se aplica a los cuatro actos que deben tipificarse como delito en virtud de los apartados *a*) y *b*) del párrafo 1 del artículo 6.

b. Ocultación o disimulación del producto del delito

104. El segundo delito de blanqueo de dinero es la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito (artículo 6, párrafo 1, apartado *a*), inciso ii)).

105. Los elementos de este delito son muy amplios, ya que incluyen la ocultación o disimulación de casi todos los aspectos de los bienes o de la información sobre éstos.

106. Aquí, en lo que respecta a los elementos de intencionalidad requeridos, la ocultación o disimulación deben ser intencionales, y el acusado debe tener conocimiento de que los bienes constituyen el producto del delito en el momento del acto. Este requisito de intencionalidad es menos riguroso que el que se establece en el inciso i) del apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 6. En consecuencia, los legisladores no deberían exigir pruebas de que la finalidad de la ocultación o disimulación haya sido frustrar la localización del bien u ocultar su verdadero origen. En las notas interpretativas se especifica que debe entenderse que la ocultación del origen ilícito queda comprendida en los apartados *a*) y *b*) del párrafo 1 del artículo 6. No obstante, los legisladores deberían considerar que está incluida también la ocultación con otros fines, o en casos en que no se haya establecido ningún fin (A/55/383/Add.1, párrafo 11).

107. Los dos delitos de blanqueo de dinero establecidos en el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 6 han de tipificarse con sujeción a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado.

c. Adquisición, posesión o utilización del producto del delito

108. El tercer delito es la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito (artículo 6, párrafo 1, apartado *b*), inciso i)). Este delito es la imagen espectral

de los delitos previstos en los incisos i) y ii) del apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 6, por cuanto estas últimas disposiciones establecen la responsabilidad de los proveedores de fondos ilícitos, mientras que este párrafo establece la responsabilidad de los receptores que adquieran, poseen o utilizan esos bienes.

109. Los elementos de intencionalidad son los mismos que en el caso del delito del inciso ii) del apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 6: debe existir la intención de adquirir, poseer o utilizar, y el acusado debe tener conocimiento, en el momento del acto, de que los bienes son producto del delito. No se requiere que el acto tenga un fin particular.

d. *Participación en la comisión de cualesquiera de los delitos antes mencionados, asociación y confabulación para cometerlos, intento de cometerlos y ayuda, incitación, facilitación y asesoramiento en aras de su comisión*

110. El cuarto conjunto de delitos comprende la participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión (artículo 6, párrafo 1, apartado *b*), inciso ii)).

111. Estos términos no se definen en la Convención, lo que deja cierta flexibilidad a la legislación interna. Los Estados Parte deberían remitirse a la forma en que estos delitos accesorios están estructurados en otras partes de sus ordenamientos internos y velar por que se apliquen a los nuevos delitos tipificados de conformidad con este artículo.

112. El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren para estos delitos podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas (artículo 6, párrafo 2, apartado *f*)). Los legisladores podrían velar por que sus disposiciones relativas a las pruebas permitan esa inferencia respecto de la intencionalidad, en lugar de exigir pruebas directas, como una confesión, para que la intencionalidad se considere demostrada (véase también la sección 4, Otras medidas, incluidos aspectos facultativos, *infra*).

e. *Otros requisitos generales*

113. Los Estados Parte deben proporcionar al Secretario General de las Naciones Unidas copias de sus leyes destinadas a dar aplicación al artículo 6 (y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes), o la descripción de éstas (artículo 6, párrafo 2, apartado *d*)). Esos documentos deben proporcionarse a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito.

114. Al redactar la legislación para cumplir estas obligaciones de penalización, los legisladores deberían tener en cuenta también las siguientes obligaciones generales dimanantes de la Convención que se relacionan en particular con la tipificación de delitos penales:

- a) *La no inclusión de la transnacionalidad en los delitos tipificados en el derecho interno.* El carácter transnacional no debe constituir un elemento del delito en el derecho interno (artículo 34, párrafo 2);
- b) *La no inclusión del “grupo delictivo organizado” en los delitos tipificados en el derecho interno.* Como en el caso anterior de la transnacionalidad, la participación de un grupo delictivo organizado no debe constituir un elemento del delito en el derecho interno (artículo 34, párrafo 2);
- c) *La penalización debe establecerse mediante medidas legislativas y de otra índole.* Los delitos han de tipificarse en el derecho penal y no mediante medidas de otra índole, que complementan la legislación que ya establece la penalización (A/55/383/Add.1, párrafo 9);
- d) *Los delitos deben ser cometidos intencionalmente.* El elemento de intencionalidad requerido para cada delito es que se haya cometido intencionalmente;
- e) *El delito debería penalizarse con sanciones que tengan en cuenta su gravedad.* La severidad de las sanciones debería corresponder a la gravedad de la conducta que se ha de penalizar (artículo 11, párrafo 1);
- f) La descripción del delito queda reservada al derecho interno de los Estados Parte. El delito tipificado en el derecho interno por un Estado para cumplir los requisitos de penalización establecidos en la Convención no debe estar descrito por fuerza exactamente de la misma manera que en la Convención, con tal de que la conducta en cuestión quede penalizada (artículo 11, párrafo 6);
- g) *Responsabilidad de las personas jurídicas.* Con respecto a las personas jurídicas, los delitos y la responsabilidad podrán ser de índole penal, civil o administrativa (artículo 10, párrafo 2);
- h) *Prescripción.* La Convención estipula que los legisladores deberán establecer un plazo de prescripción prolongado para el delito, en particular cuando los presuntos delincuentes hayan eludido la justicia (artículo 11, párrafo 5);
- i) *Mitigación de la pena e inmunidad.* La Convención alienta a los Estados Parte a que consideren la posibilidad de mitigar las penas y de conceder inmunidad y/o clemencia en el caso de las personas que decidan cooperar con las autoridades (artículo 26, párrafos 2 y 3). Estas medidas son facultativas y dependen de las tradiciones y los principios jurídicos internos. Sin embar-

go, en los ordenamientos en que la actuación judicial respecto de los delitos es obligatoria, se requerirá legislación para poder conceder la inmunidad judicial.

ii) Delitos determinantes

115. En la Convención, el “delito determinante” se define como “todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia” de cualquiera de los delitos de blanqueo de dinero definidos en el artículo 6 (artículo 2, apartado *h*))².

116. Muchos países ya tienen leyes sobre el blanqueo de dinero, pero hay grandes variaciones en la definición de los delitos determinantes. Algunos Estados limitan los delitos determinantes al tráfico de drogas, o a este y unos cuantos otros delitos. Otros Estados tienen una lista exhaustiva de delitos determinantes en su legislación. Otros aun definen los delitos determinantes en forma genérica e incluyen en ellos todos los delitos, o todos los delitos graves, o todos los delitos sancionados con una pena mínima definida.

117. En el apartado *a*) del párrafo 2 del artículo 6 se establece que los delitos de blanqueo de dinero deberán aplicarse a “la gama más amplia posible de delitos determinantes”³. En el apartado *b*) del párrafo 2 se pide que en los delitos determinantes se incluyan los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la Convención y al párrafo 3 del artículo 1 de cada uno de los Protocolos en que los Estados sean parte o estén considerando la posibilidad de serlo, así como todos los “delitos graves” (artículo 6, párrafo 2, apartado *b*); véase también el apartado *b*) del artículo 2 para la definición de “delitos graves”).

118. Los Estados que limitan la aplicación de las medidas relativas al blanqueo de dinero a una lista exhaustiva de delitos determinantes deben modificar esa lista en consecuencia y, “como mínimo”, incluir “una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados” (artículo 6, párrafo 2, apartado *b*)). En una nota interpretativa se añade que la frase “relacionados con grupos delictivos organizados” tiene por objeto indicar “actividades ilícitas como las que suelen realizar los grupos delictivos organizados” (A/55/383/Add.1, párrafo 12).

²A los efectos de definir los delitos de blanqueo de dinero, los bienes en cuestión son “el producto del delito”. En cambio, las disposiciones sobre la incautación y el decomiso se aplican también a “los instrumentos”, además del producto del delito, es decir, a los bienes utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión del delito (artículo 12, párrafo 1, apartado *b*)).

³Véanse, entre otros, el artículo 6 del Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito, de 1990, y la recomendación 1 de las cuarenta recomendaciones del GAFI.

119. Los delitos determinantes pueden no ser exclusivamente delitos cometidos en el territorio del Estado que aplica la Convención. Los Estados deben incluir los delitos cometidos en otros territorios, pero el acto en cuestión debe ser delito tanto en el lugar en que se cometió como en el Estado que aplica la Convención (artículo 6, párrafo 2, inciso *c*)). En otras palabras, se exige la doble incriminación⁴.

iii) Casos en que los delitos determinantes y los delitos de blanqueo de dinero no pueden aplicarse al mismo delincuente

120. Las constituciones o los principios jurídicos fundamentales de algunos Estados (por ejemplo, Suecia) no permiten enjuiciar y castigar a un delincuente a la vez por el delito determinante y por el blanqueo del producto de ese delito. La Convención tiene en cuenta esta situación y prevé la posibilidad de que los delitos de blanqueo de dinero no se apliquen a quienes hayan cometido el delito determinante, pero sólo en los países cuyos principios fundamentales así lo requieran (artículo 6, párrafo 2, apartado *e*))⁵.

121. En una nota interpretativa se informa que, durante la negociación de la Convención, los Estados en que no está permitido enjuiciar a la misma persona por el delito determinante y el delito de blanqueo de dinero a la vez confirmaron que no denegaban la extradición, la asistencia judicial recíproca o la cooperación para fines de decomiso por el solo hecho de que la solicitud se basara en un delito de blanqueo de dinero respecto del cual el delito determinante fuese cometido por la misma persona (A/55/383/Add.1, párrafo 13; véanse también los artículos 12, 13, 16 y 18 de la Convención).

b) *Medidas preventivas (artículo 7)*

122. En el artículo 7 se establecen varias medidas —algunas obligatorias, algunas basadas en el máximo empeño y otras facultativas— que tienen por objeto garantizar que los Estados Parte establezcan un régimen jurídico y administrativo amplio para prevenir y detectar el blanqueo de dinero. El objetivo general es establecer un régimen amplio que facilite la identificación de la

⁴La doble incriminación no se requiere en el marco del Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito, de 1990, que establece, en el apartado *a*) del párrafo 2 del artículo 6, que no importará que el delito determinante esté o no sujeto a la jurisdicción penal de la Parte.

⁵Esta práctica se denomina a veces “autoblanqueo”. La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 guarda silencio a este respecto. El Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito, de 1990, permite a los Estados Parte establecer que los delitos de blanqueo de dinero no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante (artículo 6, párrafo 2, apartado *b*)).

actividad de blanqueo de dinero y promueva el intercambio de información entre las diversas autoridades dedicadas a combatir el blanqueo de dinero. Las instituciones financieras (y otras entidades designadas) deberán adoptar medidas para prevenir la introducción de fondos ilícitos en el sistema financiero, y establecer los medios para identificar y localizar esos fondos cuando ya hayan entrado en el sistema financiero, así como para vincularlos con sus propietarios a fin de facilitar su arresto y enjuiciamiento⁶.

123. En los Estados que no participan actualmente en la labor del GAFI o de organizaciones conexas de lucha contra el blanqueo de dinero el cumplimiento de estas obligaciones legislativas, reglamentarias y administrativas puede requerir más tiempo que en los Estados que ya cuentan con estructuras de lucha contra el blanqueo de dinero. Por ejemplo, las medidas que se exigen en este artículo deben integrarse en la infraestructura financiera general de cada país. Por lo tanto, el tiempo requerido para dar efecto a estas medidas dependerá en gran parte de la naturaleza y la complejidad de las instituciones financieras locales, así como del grado en que participen en transacciones transfronterizas. En este proceso, la atención debería centrarse en el contexto y las vulnerabilidades específicas de cada Estado. En los Estados que no cuentan actualmente con ese tipo de medidas, el proceso de aplicación podrá proceder contemporáneamente con la ratificación, siempre que las medidas previstas en este artículo se hayan implantado cuando la Convención entre en vigor para el Estado Parte en cuestión.

124. El artículo 7 contiene dos requisitos obligatorios principales:

- a) Que se establezca un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión para prevenir y detectar el blanqueo de dinero (artículo 7, párrafo 1, apartado a));
- b) Que se garantice que los organismos encargados de combatir el blanqueo de dinero sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional (artículo 7, párrafo 1, apartado b)).

125. Además, los Estados considerarán la posibilidad de aplicar medidas para vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo (artículo 7, párrafo 2) y se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional y bilateral entre los organismos pertinentes a fin de combatir el blanqueo de dinero (artículo 7, párrafo 4).

⁶Los requisitos establecidos en los artículos 12 a 14 de la Convención relativos a la identificación o a la localización y el decomiso del producto del delito y de otros bienes relacionados con delitos forman también parte de las medidas preventivas generales requeridas para combatir eficazmente el blanqueo de dinero.

126. Como ya se ha señalado, la Convención aprovecha las iniciativas internacionales creadas para combatir el blanqueo de dinero. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero (artículo 7, párrafo 3). En una nota interpretativa se declara que en las negociaciones se entendió que la frase “las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales” se refería en particular a las 40 nuevas recomendaciones del GAFI, aprobadas en 2003, y además a otras iniciativas en curso a cargo de organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero, como el Grupo Especial de Expertos Financieros del Caribe, el Commonwealth, el Consejo de Europa, el Grupo contra el blanqueo de dinero de África oriental y meridional, la Unión Europea y la Organización de los Estados Americanos (A/55/383/Add.1, párrafo 17). En última instancia, los Estados son libres de determinar la mejor manera de aplicar este artículo. Sin embargo, el establecimiento de una relación con una de las organizaciones de lucha contra el blanqueo de dinero será importante para una aplicación eficaz.

127. Las medidas obligatorias se exponen a continuación bajo dos epígrafes: establecimiento de un régimen de reglamentación y cooperación interna e internacional. El requisito establecido en este artículo de considerar la posibilidad de adoptar otras medidas, como la creación de una dependencia de inteligencia financiera, se examinará en la sección 4, Otras medidas, incluidos aspectos facultativos, *infra*.

i) Establecimiento de un régimen de reglamentación

128. Los Estados deberán establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión en su territorio, a fin de prevenir y detectar las actividades de blanqueo de dinero (artículo 7, párrafo 1, apartado *a*)). Este régimen debe ser amplio, pero la naturaleza precisa y los elementos particulares del régimen se dejan a la discreción de los Estados, siempre que, como mínimo, se exija a los bancos y a las instituciones financieras no bancarias que garanticen:

- a) La efectiva identificación del cliente;*
- b) El establecimiento de registros precisos;*
- c) La creación de un mecanismo para denunciar las transacciones sospechosas.*

129. Las notas interpretativas contienen una serie de declaraciones relacionadas con las medidas para combatir el blanqueo de dinero.

a. *Instituciones a las que se aplican los requisitos*

130. Los requisitos se aplican a los bancos, las instituciones financieras no bancarias, es decir, compañías de seguro y sociedades de valores, y, cuando proceda, otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero (artículo 7, párrafo 1, apartado a)). En las notas interpretativas se añade que las palabras “otros órganos” podrán entenderse de forma que incluyan a intermediarios, que en algunas jurisdicciones pueden comprender corredores de bolsa, otros corredores de valores y casas o agentes de cambio.

131. Así pues, este régimen debería aplicarse no sólo a las instituciones bancarias, sino también a los sectores del comercio en que las altas cifras de negocios y los grandes volúmenes hacen probable el blanqueo de dinero. La experiencia demuestra que se han realizado actividades de blanqueo de dinero en el sector inmobiliario y en el comercio de productos tales como oro, piedras preciosas y tabaco.

132. En muchos foros, la lista de instituciones se está ampliando para incluir, además de las instituciones financieras, esas otras actividades comerciales y profesiones. Por ejemplo, la recomendación 12 de las 40 nuevas recomendaciones del GAFI hace extensivos los requisitos de la debida diligencia respecto del cliente y del mantenimiento de registros cuando se cumplen ciertas condiciones a los casinos, los agentes inmobiliarios, los corredores de metales y piedras preciosos, los abogados, los notarios, otras profesiones jurídicas independientes y contables y los proveedores de servicios fiduciarios y empresariales. Se establecen requisitos similares en la Directiva 2001/97/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2001. Más recientemente, se ha prestado mayor atención a las empresas de servicios de dinero y a los sistemas oficiosos de transferencia de valores, tales como *hawala* y *hundi*. En un número creciente de ordenamientos, éstos también están sujetos a un régimen de reglamentación con el fin de detectar el blanqueo de dinero u otros delitos⁷.

b. *Transacciones sospechosas*

133. Según las notas interpretativas, las transacciones sospechosas podrán incluir las transacciones poco usuales que, por su cuantía, características y frecuencias, no son congruentes con la actividad comercial del cliente, rebasan los parámetros mercantiles habitualmente aceptados o carecen de fun-

⁷Véanse ejemplos de ese tipo de reglamentación en Alemania, Australia, los Emiratos Árabes Unidos, los Estados Unidos de América, Hong Kong (Región administrativa especial de China) y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

damento jurídico claro y en general podrían constituir actividades ilícitas o estar vinculadas con éstas (A/55/383/Add.1, párrafo 15). El Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo define las transacciones sospechosas, sobre la base de la definición del GAFI, como toda transacción compleja, de magnitud inusual, y todas las pautas inusuales de las acciones que no tengan, al parecer, una finalidad económica u obviamente lícita (resolución 54/109 de la Asamblea General, anexo, artículo 18, párrafo 1, apartado *b*, inciso *iii*)).

134. Al dar efecto al párrafo 3 del artículo 7, los Estados tal vez deseen considerar algunos elementos específicos relativos a las medidas que el régimen de reglamentación amplio debe incluir. Las cuarenta recomendaciones son útiles a este respecto, así como los reglamentos modelo preparados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Organización de los Estados Americanos (OEA) (véase la sección 5, Recursos de información, *infra*).

c. Identificación del cliente

135. La identificación del cliente comporta el requisito de que los titulares de cuentas en instituciones financieras y todas las partes en las transacciones financieras estén identificados y documentados. Los registros deberían tener suficiente información para identificar a todas las partes y la naturaleza de la transacción, identificar los bienes concretos y las cantidades o valores de que se trate y permitir la determinación del origen y el destino de todos los fondos u otros bienes.

d. Establecimiento de registros

136. El requisito de establecimiento de registros significa que deberían mantenerse registros de los clientes y las transacciones por un período de tiempo mínimo especificado. En las cuarenta recomendaciones se recomienda que se conserven los registros al menos por cinco años, mientras que los Estados Parte en el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo tienen la obligación de mantener los registros por un mínimo de cinco años.

e. Denuncia de las transacciones sospechosas

137. Las transacciones sospechosas que deben denunciarse a la dependencia de inteligencia financiera u otra autoridad designada deben definirse. Los criterios para identificar las transacciones sospechosas deberían elaborarse y

revisarse periódicamente en consulta con expertos que conozcan los nuevos métodos o redes utilizados para el blanqueo de dinero.

138. Las facultades que deben concederse a las autoridades de reglamentación y al personal de la dependencia de inteligencia financiera para inspeccionar los registros requeridos y para exigir la asistencia de los encargados de los registros en la localización de éstos también deben definirse. Como algunos de esos registros pueden estar amparados por requisitos de confidencialidad y normas de secreto bancario que prohíben su divulgación, podría considerarse la posibilidad de establecer disposiciones que liberen a las instituciones financieras del cumplimiento de esos requisitos y normas. Los legisladores deberían velar también por que los requisitos de inspección y divulgación se redacten de tal manera que se proteja a las instituciones financieras contra denuncias civiles o de otra índole por la revelación de los registros de los clientes a las autoridades de reglamentación y las dependencias de inteligencia financiera.

f. *Consideraciones generales*

139. El incumplimiento de los requisitos relativos a la lucha contra el blanqueo de dinero debería sancionarse con penas administrativas o del derecho penal o civil, de conformidad con las leyes y principios fundamentales del país.

140. La aplicación de tales medidas requerirá probablemente la promulgación de legislación. En particular, el requisito de que las instituciones financieras denuncien las transacciones sospechosas y la protección de quienes hagan revelaciones de buena fe exigirán la promulgación de legislación que anule las normas de secreto bancario.

ii) *Cooperación interna e internacional*

141. En virtud de la Convención contra la Delincuencia Organizada, las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero deben ser capaces de cooperar a nivel nacional e internacional. Esto incluye el intercambio de información de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno (artículo 7, párrafo 1, apartado *b*), y debe efectuarse sin limitar o reducir o, como se establece en la Convención, “sin perjuicio de” la aplicación de los requisitos dimanantes del artículo 18 sobre asistencia judicial recíproca y el artículo 27 sobre cooperación en materia de cumplimiento de la ley.

142. Además, los Estados deben esforzarse por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero (artículo 7, párrafo 4).

143. Para cumplir este objetivo, la Convención no ordena pero sí pide a los Estados que consideren la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que recopile, analice y difunda, según proceda, la información relativa a las actividades de blanqueo de dinero (artículo 7, párrafo 1, apartado *b*)).

144. Además, como parte de los esfuerzos para desarrollar la capacidad de cooperar eficazmente a nivel internacional, los Estados deberán considerar la posibilidad de aplicar medidas encaminadas a vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y otros instrumentos monetarios (véase el artículo 7, párrafo 2).

145. Para que esta cooperación sea posible, debe crearse en primer lugar la capacidad interna para identificar, reunir e interpretar toda la información pertinente. Esencialmente, la Convención propone la intervención de tres tipos de entidades que podrían formar parte de una estrategia de lucha contra el blanqueo de dinero y cuyo establecimiento los Estados podrían, por lo tanto, tomar en consideración:

a) Organismos de reglamentación, encargados de la supervisión de las instituciones financieras, como los bancos y las entidades de seguros, con facultades para inspeccionar las instituciones financieras y exigir el cumplimiento de los requisitos reglamentarios imponiendo recursos o sanciones reglamentarios o administrativos;

b) Organismos de cumplimiento de la ley, encargados de realizar investigaciones penales y con atribuciones para investigar y para arrestar y detener a los sospechosos, y que están sujetos a salvaguardias judiciales o de otra índole;

c) Dependencias de inteligencia financiera, cuyo establecimiento no se exige, sin embargo, en la Convención contra la Delincuencia Organizada y cuyas atribuciones se limitan por lo general a recibir informes sobre transacciones y actividades sospechosas, analizarlos y presentar información a las autoridades judiciales, aunque algunas de estas dependencias tienen atribuciones más amplias.

146. La autoridad de cada entidad encargada de cooperar con otros órganos nacionales o con organismos análogos de otros países se suele especificar en la legislación pertinente. Si los Estados tienen entidades de este tipo, puede ser necesario promulgar legislación para enmendar los mandatos ya exis-

tentes y la división del trabajo entre esas entidades, de conformidad con sus principios constitucionales o de otra índole y con las características específicas del sector de los servicios financieros de cada Estado.

147. Algunas de estas medidas pueden constituir un reto importante para los países en que el sector financiero no está estrictamente reglamentado y hay que crear la legislación y la infraestructura legislativa necesarias. Es esencial señalar, sin embargo, que estos arreglos no son convenientes y útiles sólo para combatir el blanqueo de dinero, sino también para la lucha contra la corrupción (artículo 7). Además, refuerzan la confianza en la infraestructura financiera, lo que contribuye al desarrollo social y económico sostenible.

148. La coordinación de los esfuerzos y la cooperación internacional son tan importantes en el caso del blanqueo de dinero como en el de los otros delitos de que trata la Convención. Más allá de las medidas generales y de procedimientos tales como la extradición, la asistencia judicial recíproca y las investigaciones conjuntas (que se examinan más detalladamente en las secciones sobre cooperación internacional en el capítulo V *infra*), la Convención procura fortalecer esa coordinación y cooperación.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

149. A continuación se esbozan dos tipos de medidas, las destinadas a vigilar el movimiento transfronterizo de fondos y las que conciernen a las dependencias de inteligencia financiera.

a) *Vigilancia de las transacciones transfronterizas*

150. Como parte del esfuerzo para desarrollar la capacidad de cooperar eficazmente a nivel internacional, los Estados deberán considerar seriamente la posibilidad de establecer medidas encaminadas a vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y otros valores monetarios. En virtud del artículo 7, los Estados deberán considerar la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Estas medidas podrán incluir las exigencias de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes (artículo 7, párrafo 2). En general, las estructuras de vigilancia o supervisión requerirán atribuciones legales que den a los inspectores o in-

vestigadores acceso a la información sobre transacciones transfronterizas, en particular en los casos en que haya sospechas de conducta delictiva.

b) *Dependencias de inteligencia financiera*

151. A tenor del apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 7, los Estados Parte deberán considerar la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero. Desde el decenio de 1990, muchos Estados han establecido este tipo de organismos en el marco de la policía o de otras autoridades. Esas dependencias tienen una gran variedad de estructuras, responsabilidades y funciones, y pueden estar adscritas a distintos departamentos o ser independientes. De acuerdo con las notas interpretativas, la solicitud de establecimiento de una dependencia de inteligencia financiera que figura en el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 7 se aplica a los casos en que aún no exista un mecanismo de esa índole (A/55/383/Add.1, párrafo 16).

152. El Grupo Egmont (asociación oficiosa de dependencias de inteligencia financiera) ha definido esas dependencias como organismos nacionales centrales encargados de recibir (y, cuando esté permitido, solicitar), analizar y difundir entre las autoridades competentes información financiera: i) relativa al posible producto del delito, o ii) exigida por la legislación o la reglamentación nacional para combatir el blanqueo de dinero⁸.

153. La Convención no exige que se establezca por ley una dependencia de inteligencia financiera, pero de todos modos puede ser necesario promulgar legislación para instituir la obligación de denunciar las transacciones sospechosas a una dependencia de esa índole y para proteger a las instituciones financieras que revelen esa información de buena fe. En la práctica, la gran mayoría de las dependencias de inteligencia financiera se establecen por ley. Si se deciden a elaborar esta legislación, los Estados podrían considerar la posibilidad de incluir los siguientes elementos:

- a)* La especificación de las instituciones sujetas a la obligación de denunciar las transacciones sospechosas y la definición de la información que se ha de notificar a la dependencia;
- b)* Una legislación que defina las facultades en virtud de las cuales la dependencia podrá exigir la asistencia de las instituciones informantes para hacer averiguaciones en relación con los informes incompletos o insuficientes;

⁸Véase el sitio web del Grupo Egmont (<http://egmontgroup.org/>).

c) La autorización de la Dependencia de inteligencia financiera para dar información a los organismos encargados de hacer cumplir la ley, cuando tenga pruebas que justifiquen el enjuiciamiento, y su autorización a comunicar información de inteligencia financiera a organismos extranjeros, en determinadas condiciones;

d) La protección de la confidencialidad de la información recibida por la dependencia, que establezca límites a la utilización que se puede dar a esa información y exima a la dependencia de la obligación de divulgarla;

e) La definición de los arreglos para la notificación a la dependencia y la relación de ésta con otros organismos gubernamentales, incluidos los encargados de hacer cumplir la ley y los de reglamentación financiera.

154. Los Estados pueden tener ya tipificados los delitos de blanqueo de dinero y contar con controles que pueden ampliarse o modificarse para cumplir los requisitos de los artículos 6 y 7 relativos al blanqueo de dinero, así como los de los artículos 12 a 14, relativos al decomiso, la incautación y la disposición del producto del delito, si es necesario.

155. Vale la pena señalar que con las medidas adoptadas para hacer efectivos los artículos 6 y 7 los Estados pueden dar cumplimiento también a otras convenciones e iniciativas, como la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo y las ocho recomendaciones especiales del GAFI sobre la financiación del terrorismo.

156. Los Estados podrían examinar también otros aspectos, enteramente facultativos, relativos al elemento de intencionalidad del delito de blanqueo de dinero.

157. La Convención exige en algunos ordenamientos el dolo para los delitos establecidos en el artículo 6, es decir, que el autor supiera que los bienes en cuestión eran producto del delito. Los Estados pueden ampliar definición de estos delitos para incluir los casos en que el autor creía, aun equivocadamente, que los fondos eran producto del delito (*dolus eventualis*). Algunos Estados, como el Canadá, han incluido esta ampliación en su legislación.

158. En algunos ordenamientos o iniciativas regionales, el elemento de intencionalidad requerido es que la persona supiera o debiera haber sabido. También puede emplearse el concepto de ignorancia intencional o ceguera intencional. Aunque no es un requisito, este concepto es particularmente eficaz en los casos de blanqueo de dinero, cuando los legisladores consideren posible tipificarlo como delito.

159. En la Dependencia de Lucha contra el Blanqueo de Dinero de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito y en las fuentes que

se citan en la sección 5 c), Otras fuentes de información, *infra* puede obtenerse más información sobre las diversas opciones que pueden incluirse en las leyes, los reglamentos y los procedimientos de lucha contra el blanqueo de dinero.

5. Recursos de información

a) Disposiciones e instrumentos conexos

i) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 2 (Definiciones)

Artículo 11 (Proceso, fallo y sanciones)

Artículo 12 (Decomiso e incautación)

Artículo 13 (Cooperación internacional para fines de decomiso)

Artículo 14 (Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados)

Artículo 16 (Extradición)

Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)

Artículo 27 (Cooperación en materia del cumplimiento de la ley)

Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

ii) Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 1, párrafos 2 y 3, de cada Protocolo

iii) Otros instrumentos

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1582, No. 27627

http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

Convenio sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito de 1990

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 141

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/141.htm>

Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, 1999

Resolución 54/109 de la Asamblea General, anexo

<http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/251/28/PDF/N0025128.pdf?OpenElement>

b) *Ejemplos de legislación*

160. Los Estados Parte que estén preparando legislación con respecto a las disposiciones de los artículos 6 y 7 de la Convención contra la Delincuencia Organizada tal vez deseen remitirse para mayor orientación, entre otras cosas, a la legislación presentada a continuación.

Brasil

Capítulo I—Delitos de blanqueo de dinero u ocultación de bienes, derechos y objetos de valor

Artículo 1

La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos y objetos de valor que sean resultado directo o indirecto de los siguientes delitos:

- I. Tráfico ilícito de estupefacientes o drogas análogas;
- II. Terrorismo;
- III. Contrabando o tráfico de armas, municiones o materiales utilizados para su producción;
- IV. Extorsión mediante secuestro;
- V. Actos contra la administración pública, incluida la exigencia directa o indirecta de beneficios para sí mismo o para otros como condición o precio para la realización u omisión de cualquier acto administrativo;
- VI. Actos contra el sistema financiero brasileño;
- VII. Actos cometidos por una organización delictiva.

Condena: encarcelamiento (1) por un período de 3 (tres) a 10 (diez) años y una multa.

Párrafo 1

La misma pena se aplicará a toda persona que, para ocultar o disimular la utilización de bienes, derechos y objetos de valor que sean producto de los delitos indicados en este artículo:

- I. Los convierta en bienes lícitos;
- II. Adquiera, reciba, intercambie, comercie, dé o reciba en garantía, mantenga, almacene, traslade o transfiera cualquiera de esos bienes, derechos y objetos de valor;
- III. Importe o exporte artículos a precios que no corresponden a su verdadero valor;

Párrafo 2

La misma pena se aplicará también a toda persona que:

- I. Mediante una actividad económica o financiera, haga uso de un bien, derecho u objeto de valor a sabiendas de que es producto de los delitos mencionados en este artículo;
- II. Participe a sabiendas en cualquier grupo, asociación u oficina establecidos con el fin principal o secundario de cometer los delitos mencionados en esta Ley.

Párrafo 3

Las tentativas de cometer algunos de los delitos mencionados en esta Ley son punibles de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo único del artículo 14 del Código Penal.

Párrafo 4

La condena se aumentará en uno a dos tercios en todos los casos previstos en los apartados I a VI de este artículo cuando el delito forme parte de un patrón constante o sea cometido por una organización delictiva.

Párrafo 5

En el caso de que el acusado o sus cómplices acepten libremente cooperar con las autoridades proporcionando información que conduzca a la detección de un delito y a la identificación de sus autores, o al descubrimiento de los bienes, derechos y objetos de valor que fueron el objeto del delito, la condena podrá reducirse en uno o dos tercios. El acusado podrá ser autorizado también a comenzar a cumplir la condena en un sistema de cárcel abierta (2). El magistrado podrá asimismo decidir si aplicar la pena o sustituirla por un régimen de restricción de derechos.

Canadá

<http://laws.justice.gc.ca/en/p-24.501/92769.html>

China

<http://www.imolin.org/lawchina.htm>

Emiratos Árabes Unidos

<http://www.emirates-banking.com/regulate.htm>

Estados Unidos

<http://www.fincen.gov/>

Federación de Rusia

<http://www.imolin.org/lawruss.htm>

Italia

<http://www.imolin.org/lawitaly.htm>

Artículo 648. Recepción de bienes robados

Salvo en caso de participación en el delito [determinante], toda persona que adquiera, reciba u oculte dinero o bienes que sean producto de un delito, o que en todo caso intente hacer posible que ese dinero o esos bienes sean adquiridos, recibidos u ocultados con el fin de obtener beneficios para sí mismo o para terceros, será punible con una pena de prisión de dos a ocho años y una multa de entre un millón y 20 millones de liras italianas.

Si el delito no es grave, la sanción será una pena de prisión de hasta seis años y una multa de hasta un millón de liras italianas.

Las disposiciones de este artículo se aplicarán también cuando el autor del delito del cual el dinero o los bienes son el producto no sea enjuiciable o no sea punible, o cuando el delito no sea susceptible de actuación judicial.

Artículo 648 bis. Blanqueo de dinero

Salvo en caso de participación en el delito [determinante], toda persona que sustituya o transfiera dinero, bienes o activos obtenidos mediante delitos penales intencionales, o toda persona que intente ocultar el hecho de que dicho dinero, bienes o activos son el producto de esos delitos, será punible con una pena de prisión de cuatro a doce años y una multa de entre dos millones y 30 millones de liras italianas.

La sanción aumentará cuando el delito se haya cometido en el ejercicio de una actividad profesional.

La sanción se reducirá si el dinero, los bienes o los activos son producto de un delito punible con una pena de prisión de un máximo de cinco años.

Se aplicará el último párrafo del artículo 648.

Artículo 648 ter. Utilización de dinero, bienes o activos de origen ilícito

Excepto en caso de participación en el delito [determinante] y en los casos previstos en los artículos 648 y 648 bis, toda persona que utilice para actividades económicas o financieras dinero, bienes o activos obtenidos mediante un delito penal será punible con una pena de prisión de cuatro a doce años y una multa de entre dos millones y 30 millones de liras italianas.

La sanción se aumentará cuando el delito se haya cometido en el ejercicio de una actividad profesional.

La sanción se reducirá de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 648.

Se aplicará el último párrafo del artículo 648.

Japón

<http://www.imolin.org/lawjapan.htm>

Letonia

Ley sobre la prevención del blanqueo del producto de la actividad delictiva
(La Ley entró en vigor el 1.º de junio de 1998)

Sección I. Disposiciones generales**Artículo 1**

En la presente ley se utilizan los siguientes términos:

- 1) Transacción financiera (en lo sucesivo también transacción):
 - a) Recepción de depósitos u otros fondos reembolsables;
 - b) Préstamos;
 - c) Servicios de transmisión de dinero;
 - d) Emisión y servicio de instrumentos de pago distintos del efectivo;
 - e) Instrumentos comerciales del mercado de capitales (cheques, billetes, certificados de depósito;
 - f) Cambio de divisas, contratos financieros y valores para cuentas propias o de clientes;
 - g) Operaciones fiduciarias;
 - h) Custodia y administración de valores, incluida la administración de fondos de inversión colectivos y fondos de pensiones;
 - i) Emisión de garantías y otras promesas por escrito, por las que alguien asume la responsabilidad ante el acreedor por la deuda de un tercero;
 - j) Custodia de objetos de valor;
 - k) Emisión de acciones y prestación de los servicios conexos;
 - l) Consulta con clientes sobre servicios financieros;
 - m) Intermediación en el mercado de instrumentos monetarios;
 - n) Suministro de información sobre la liquidación de pasivos de clientes;
 - o) Seguros;
 - p) Creación y gestión de loterías y juegos de azar;
 - q) Otras transacciones de naturaleza similar a lo anterior.
- 2) Institución financiera: una empresa (operación comercial) inscrita en el Registro de empresas de la República de Letonia, una sucursal o una oficina de representación establecidas para realizar una o varias de las transacciones mencionadas en esta Ley, con excepción de la recepción de depósitos y otros fondos reembolsables, o para adquirir una participación en el capital de otras empresas (operaciones comerciales). A los efectos de la presente Ley, las personas jurídicas o naturales, o las asociaciones de esas personas, cuyas actividades financieras incluyan la realización y certificación de transacciones financieras y el asesoramiento al respecto serán consideradas también instituciones financieras.

- 3) Recursos financieros: efectivo e instrumentos de pago distintos del efectivo, metales preciosos y valores según se definen en la Ley sobre valores de la República de Letonia.
- 4) Cliente: una persona jurídica o natural, o una asociación de personas jurídicas o naturales que realiza al menos una transacción financiera con una institución financiera o de crédito.
- 5) Institución de crédito: un banco, una asociación de ahorro y préstamo o una sucursal de un banco extranjero.
- 6) Lista de indicadores de transacciones inhabituales: lista de indicadores aprobada por el Gabinete de Ministros por los cuales una transacción puede designarse como blanqueo del producto de una actividad delictiva (blanqueo de dinero) o tentativa de blanqueo de dinero.

Artículo 2

1) La presente Ley establece las responsabilidades y los derechos de las asociaciones financieras, las instituciones de crédito y sus autoridades de supervisión y control a efectos de prevenir el blanqueo del producto de la actividad delictiva. La Ley estipula asimismo el procedimiento para establecer la Oficina para la Prevención del Blanqueo del Producto de la Actividad Delictiva (en lo sucesivo el Servicio de Control) y el Consejo Consultivo, sus responsabilidades y sus derechos.

2) La presente Ley se aplicará también a otras personas jurídicas o naturales, o a las asociaciones de personas jurídicas o naturales, cuya actividad profesional comprenda la realización y certificación de transacciones financieras y el asesoramiento al respecto.

Artículo 3

El objetivo de la presente Ley es prevenir el posible uso del sistema financiero de Letonia para el blanqueo del producto de la actividad delictiva.

Artículo 4

El producto de la actividad delictiva consiste en recursos financieros y otros bienes derivados de los siguientes tipos de actividad delictiva:

- 1) La distribución ilegal de sustancias sicoactivas o estupefacientes tóxicas y muy efectivas;
- 2) El bandidaje (actividad delictiva relacionada con bandas);
- 3) El contrabando;
- 4) El transporte transfronterizo ilegal de personas;
- 5) La fabricación o distribución de dinero o valores falsificados, o el comercio ilícito de valores o documentos en efectivo;
- 6) La toma de rehenes, el secuestro;
- 7) La violación de derechos de autor y derechos conexos;
- 8) Los delitos relacionados con bienes cometidos en gran escala o por un grupo organizado;

- 9) La actividad empresarial no autorizada o no registrada, la quiebra fraudulenta, el fraude contra una institución de crédito;
- 10) El soborno y la aceptación de soborno, la intermediación en el soborno;
- 11) La violación de las normas relativas a la importación, la fabricación o la distribución de material pornográfico;
- 12) La adquisición, el almacenamiento, la utilización, la transferencia o la destrucción ilegales de materiales radiactivos;
- 13) La fabricación o venta ilegales (no autorizadas) de dispositivos, armas, municiones y explosivos especiales;
- 14) La escisión y el comercio ilegales de órganos y tejidos internos de un cuerpo humano vivo o muerto.

Artículo 5

Se considerarán blanqueo del producto de la actividad delictiva las siguientes actividades cuando se cometan intencionalmente con el fin de ocultar o disimular el origen delictivo de recursos financieros u otros bienes:

- 1) La conversión de recursos financieros u otros bienes en otros objetos de valor, su traslado a otro lugar o el cambio del título de propiedad;
- 2) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, colocación o movimiento de recursos financieros u otros bienes o del derecho a ellos;
- 3) La adquisición, posesión o utilización de recursos financieros u otros bienes a sabiendas, en el momento de adquirir el derecho sobre ellos, de que proceden de una actividad delictiva;
- 4) La asistencia en la comisión de los actos mencionados en los párrafos 1 a 3 del presente artículo.

Sección II. Identificación del cliente

Artículo 6

Ninguna institución de crédito o financiera tendrá derecho a abrir una cuenta o aceptar recursos financieros en custodia sin obtener del cliente la siguiente información:

- 1) En el caso de un residente:
 - a) Si es persona jurídica, el nombre, domicilio, número de registro y lugar de registro;
 - b) Si es persona natural, el nombre, apellido y número de identidad;
- 2) En el caso de un no residente, datos sobre el certificado de identificación emitido por el país extranjero correspondiente:
 - a) Si es persona jurídica, el nombre, domicilio, número de registro y lugar de registro;
 - b) Si es persona natural, el nombre, el apellido y la fecha de emisión, el número y la autoridad emisora del certificado de identificación.

Artículo 7

1) La institución de crédito o financiera identificará también al cliente con arreglo al procedimiento especificado en el artículo 6 en el caso de que realice cualquier otra transacción financiera en que el volumen de una única operación o de varias operaciones claramente vinculadas entre sí totalice o supere los 10.000 lats y el cliente no haya sido identificado en el momento de abrir la cuenta o de aceptar sus recursos financieros en custodia.

2) Cuando el volumen de la transacción se desconozca en el momento de la ejecución, el cliente será identificado tan pronto como se haya evaluado el volumen, si éste totaliza o supera 10.000 lats. Independientemente del volumen de la transacción, la institución de crédito o financiera identificará al cliente siempre que la transacción se caracterice por al menos uno de los indicadores de transacciones habituales o existan otras circunstancias sospechosas que indiquen que pueda tratarse de blanqueo de dinero o de tentativa de blanqueo de dinero.

Artículo 8

Cuando una institución de crédito o financiera sepa o sospeche que se está realizando alguna de las transacciones mencionadas en los artículos 6 y 7 en nombre de un tercero, adoptará medidas razonables para identificar a esa persona.

Artículo 9

Los requisitos de identificación prescritos en la presente Ley no se aplicarán a lo siguiente:

1) Las transacciones financieras en que el cliente de una institución de crédito o financiera sea:

a) Una institución de crédito o financiera en posesión de una licencia de la República de Letonia;

b) Una institución de crédito o financiera en posesión de una licencia de un país incluido en la lista de países establecida por el Servicio de Control. La lista comprende los países en que las leyes sobre el blanqueo de dinero son conformes a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 o a la Directiva 91/308/CEE del Consejo de la Unión Europea relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales;

2) Una parte inscrita en una bolsa que sea miembro de la Federación Internacional de Bolsas de Valores y que esté radicada en un Estado miembro de la Unión Europea u otro país especificado por el Servicio de Control;

3) Las compañías de seguro (aseguradores) en que la prima periódica total del cliente durante un año no exceda de 500 lats o una prima única no exceda de 1.500 lats, independientemente de la cuantía del seguro.

Artículo 10

1) Cuando identifique a un cliente con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 6, la institución de crédito o financiera mantendrá copias de los certificados de identificación por al menos cinco años después de concluida la relación con el cliente.

2) Cuando identifique a un cliente con arreglo al procedimiento establecido en los artículos 7 y 8, la institución de crédito o financiera conservará copias de los certificados de identificación y los registros de la transacción por al menos cinco años después de realizada la transacción. El plazo de conservación de los documentos se aplica también a los documentos de identidad de terceros mencionados en el artículo 8, si se han conseguido.

Sección III. Denuncia de transacciones financieras inhabituales y sospechosas

Artículo 11

Las instituciones de crédito y financieras tendrán la obligación de:

1) Informar sin demora al Servicio de Control de toda transacción financiera que se caracterice por al menos uno de los indicadores de transacciones inhabituales. La lista de indicadores de transacciones inhabituales es establecida por el Servicio de Control, teniendo en cuenta las propuestas del Consejo Consultivo, y es aprobada por el Gabinete de Ministros;

2) Facilitar prontamente, cuando lo solicite por escrito el Servicio de Control, la información adicional sobre cualquier transacción financiera notificada que pueda necesitar esa Oficina para su funcionamiento correcto en virtud de la presente Ley. Los funcionarios y empleados de las instituciones de crédito y financieras también estarán obligados a notificar al Servicio de Control todo hecho descubierto que, aunque no figure en la lista de indicadores de transacciones inhabituales, suscite la sospecha, debido a otras circunstancias, de que pueda tratarse de blanqueo de dinero o tentativa de blanqueo de dinero.

Artículo 12

El informe que la institución de crédito o financiera presente al Servicio de Control contendrá, en lo posible, los siguientes elementos:

- 1) La identificación del cliente;
- 2) Copia del certificado de identificación del cliente;
- 3) Una descripción de la transacción realizada o prevista, incluidos el destino del dinero y el volumen de la transacción, y una indicación de cuándo y dónde se realizó o está previsto realizar la transacción;
- 4) Pruebas que indiquen que la transacción es sospechosa o puede calificarse de inhabitual sobre la base de la lista de indicadores de transacciones inhabituales.

Artículo 13

La información revelada de conformidad con los requisitos de la presente Ley será utilizada por el Servicio de Control con el único fin de desempeñar sus funciones según se especifican en esta Ley. Todo empleado del Servicio de Control que utilice esta información con fines distintos de los arriba mencionados o divulgue esa información a personas no autorizadas será susceptible de enjuiciamiento penal conforme a la ley.

Artículo 14

La institución de crédito o financiera, sus funcionarios y sus empleados no tendrán derecho a comunicar al cliente o a un tercero que se ha facilitado información sobre el cliente o sus transacciones al Servicio de Control.

Artículo 15

La investigación previa al juicio de un acto de blanqueo de dinero no tendrá por objeto a la persona que haya notificado el hecho al Servicio de Control.

Artículo 16

Cuando una notificación al Servicio de Control por parte de una institución de crédito o financiera (o de un funcionario o empleado de ésta) se efectúe en cumplimiento de los requisitos de la presente Ley, no recaerá responsabilidad jurídica o material alguna sobre la institución o persona que haga la notificación independientemente de que el acto de blanqueo de dinero se pruebe o no durante la investigación previa al juicio o en los tribunales y de las condiciones del contrato que hayan firmado la institución de crédito o financiera y el cliente.

Sección IV. Abstención de la realización de transacciones financieras sospechosas**Artículo 17**

Las instituciones de crédito y financieras se abstendrán de realizar cualquier transacción de la que sospechen que pueda entrañar blanqueo de dinero o una tentativa de blanqueo de dinero.

Artículo 18

Cuando una institución de crédito o financiera no pueda abstenerse de realizar una transacción sospechosa, o cuando dicha abstención pueda constituir una fuente de información para las personas involucradas en el blanqueo de dinero y ayudarlas a eludir las consecuencias jurídicas de esa actividad, la institución tendrá derecho a realizar la mencionada transacción y a notificarla después al Servicio de Control, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 12 de la presente Ley.

Artículo 19

Cuando una institución de crédito o financiera se haya abstenido de realizar una transacción en cumplimiento del artículo 17 de la presente Ley, este hecho o el retraso de la transacción no supondrán para la institución (o sus funcionarios o empleados) responsabilidad jurídica o material alguna, independientemente de las consecuencias que acarree la utilización de la información revelada.

Sección V. Procedimientos de control interno de las instituciones de crédito y financieras**Artículo 20**

1) Para cumplir con los requisitos de la presente Ley, las instituciones de crédito y financieras establecerán procedimientos de control interno y garantizarán su aplicación.

2) Las instituciones de crédito y financieras velarán por que sus empleados conozcan los requisitos establecidos en la presente Ley. Los empleados recibirán capacitación para detectar los indicadores de transacciones financieras inhabituales o sospechosas y desempeñar las tareas especificadas en los procedimientos de control interno.

3) Las instituciones de crédito y financieras estarán obligadas a designar una dependencia o una o varias personas que serán directamente responsables del cumplimiento por parte de la institución de crédito o financiera de los requisitos de la presente Ley, así como de los contactos con el Servicio de Control. El nombre de esa dependencia o persona(s) se comunicará al Servicio de Control y a las autoridades de supervisión y control de la institución.

Artículo 21

1) Las instituciones de crédito y financieras, sus autoridades de supervisión y control, el Servicio de Control y los funcionarios y empleados de estas entidades no tendrán derecho a revelar a terceros información acerca de las personas o dependencias que se designen para mantener el contacto con el Servicio de Control.

2) El Servicio de Control no tendrá derecho a revelar información acerca de las personas que hayan notificado transacciones financieras inhabituales o sospechosas. Esta restricción no se aplicará a los casos mencionados en el artículo 33 de la presente Ley.

Sección VI. Responsabilidades de las autoridades de supervisión y control de las instituciones de crédito y financieras

Artículo 22

Las autoridades de supervisión y control de las instituciones de crédito y financieras estarán obligadas a notificar al Servicio de Control todo hecho descubierto durante sus exámenes e inspecciones que corresponda a alguno de los indicadores de transacciones inhabituales y que la institución de crédito o financiera no haya señalado al Servicio de Control.

Artículo 23

Las autoridades de supervisión y control de las instituciones de crédito y financieras tendrán derecho a notificar al Servicio de Control los hechos que descubran durante sus exámenes e inspecciones, aun cuando no correspondan a ninguno de los indicadores de transacciones inhabituales, si suscitan la sospecha de que pueda tratarse de blanqueo de dinero o de tentativa de blanqueo de dinero.

Artículo 24

Las autoridades de supervisión y control y sus empleados no tendrán derecho a informar a los clientes de una institución de crédito o financiera o a terceros de las notificaciones hechas al Servicio de Control con arreglo al procedimiento estipulado en los artículos 11, 12, 22 y 23 de la presente Ley.

Artículo 25

La notificación al Servicio de Control con arreglo al procedimiento estipulado en esta sección no constituirá divulgación de información confidencial y por lo tanto

no entrañará responsabilidad jurídica o material alguna para las autoridades de supervisión y control (o sus empleados), independientemente de que el hecho del blanqueo de dinero se pruebe o no durante la investigación judicial preliminar o en los tribunales.

Artículo 26

Cuando así lo solicite el Servicio de Control, las autoridades de supervisión y control de las instituciones de crédito y financieras estarán obligadas a prestar la asistencia metodológica que dicha Oficina necesite para desempeñar correctamente sus funciones a tenor de la presente Ley.

Sección VII. Oficina para la Prevención del Blanqueo del Producto de la Actividad Delictiva (Servicio de Control)**Artículo 27**

La Oficina para la Prevención del Blanqueo del Producto de la Actividad Delictiva (el Servicio de Control) es una institución estatal especialmente establecida, conforme a la presente Ley, para controlar las transacciones financieras inhabituales y sospechosas, adquirir, recibir, registrar, procesar, resumir, almacenar y analizar información y proporcionarla a los órganos encargados de la investigación judicial preliminar y a los tribunales, según el caso, a fin de prevenir, detectar, investigar o juzgar en un tribunal un acto o una tentativa de blanqueo de dinero o cualquier otra actividad delictiva relacionada con el blanqueo de dinero.

Artículo 28

1) El Servicio de Control es una persona jurídica situada bajo la supervisión de la Fiscalía de la República de Letonia. Esta supervisión es ejercida directamente por el Fiscal General y los fiscales especialmente autorizados para ello. Los reglamentos del Servicio de Control son aprobados por el Consejo del Fiscal General.

2) El Servicio de Control se financia con cargo al presupuesto del Estado. El Fiscal General determina la estructura orgánica y el tamaño del Servicio de Control, en función de la cuantía de los fondos asignados.

3) El Director del Servicio de Control cumple un mandato de cuatro años y es nombrado y puede ser destituido por el Fiscal General. El Director puede ser destituido del cargo sólo por la comisión de un delito o una violación deliberada de la ley; el desempeño de sus funciones profesionales con negligencia o de manera tal que se generen consecuencias graves, y una conducta vergonzosa que sea incompatible con su condición.

4) Los empleados del Servicio de Control son contratados o despedidos por el Director del Servicio de Control. La determinación de los sueldos del personal incumbe al Gabinete de Ministros.

5) El Director y los empleados del Servicio de Control deben cumplir los requisitos estipulados en la Ley sobre el secreto de Estado para tener derecho a obtener permisos especiales para acceder a la información altamente confidencial. La Oficina de Defensa Constitucional examina y verifica el cumplimiento de esos requisitos.

Artículo 29

- El Servicio de Control tiene las siguientes responsabilidades:
- 1) Recibir, reunir, almacenar y analizar los informes de las instituciones de crédito y financieras y otra información con el fin de determinar si puede constituir un indicio de blanqueo de dinero o tentativa de blanqueo de dinero;
 - 2) Proporcionar a los órganos encargados de la investigación judicial preliminar y a los tribunales toda información que pueda ser de interés para prevenir, detectar, investigar o juzgar en los tribunales un acto o una tentativa de blanqueo de dinero, o un acto delictivo relacionado con el blanqueo de dinero;
 - 3) Analizar la calidad de la información recibida y la eficiencia de su utilización, y notificar los resultados a las instituciones de crédito y financieras;
 - 4) Realizar análisis e investigaciones de los medios por los que se ha realizado o se ha intentado realizar el blanqueo de dinero y mejorar los métodos para prevenir y detectar esas actividades;
 - 5) De conformidad con el procedimiento estipulado en la presente Ley, cooperar con las instituciones internacionales que luchan contra el blanqueo de dinero o la tentativa de blanqueo de dinero.

Artículo 30

El Servicio de Control adoptará las medidas administrativas, técnicas y de organización necesarias para garantizar la confidencialidad de la información y prevenir el acceso no autorizado, la alteración, la divulgación o la destrucción de la información. El procedimiento de registro, procesamiento, almacenamiento y destrucción de la información notificada al Servicio de Control será establecido por el Consejo del Fiscal General, teniendo en cuenta las recomendaciones del Consejo Consultivo. El Servicio de Control conservará la información sobre las transacciones financieras por un mínimo de cinco años.

Artículo 31

Todas las instituciones estatales estarán obligadas a proporcionar información al Servicio de Control con arreglo al procedimiento establecido por el Gabinete de Ministros y cuando dicha Oficina lo requiera para el desempeño de sus funciones.

Sección VIII. Cooperación entre el Servicio de Control y las instituciones estatales

Artículo 32

El Servicio de Control podrá, por iniciativa propia, facilitar información a los órganos encargados de la investigación judicial preliminar o a los tribunales cuando dicha información justifique razonablemente la suposición de que la persona en cuestión ha realizado un acto de blanqueo de dinero con el fin de disimular u ocultar la adquisición ilegal de recursos financieros u otros bienes.

Artículo 33

Si, con el consentimiento del Fiscal General o de fiscales especialmente facultados para ello, las personas autorizadas para realizar investigaciones sobre el terreno, los órganos encargados de la investigación previa al juicio o los tribunales

solicitan información, el Servicio de Control proporcionará esa información conforme a lo dispuesto en la presente Ley en los casos en que la actividad penal haya conducido al menos a uno de los siguientes resultados:

- 1) La institución, en su momento, de una causa penal según lo establecido en el Código de Procedimiento Penal de la República de Letonia, o
- 2) El inicio, en su momento, de investigaciones sobre el terreno conforme a lo establecido en el artículo 22 de la Ley de investigaciones sobre el terreno respecto de las actividades delictivas descritas en el artículo 4 de la presente Ley.

Artículo 34

Cuando lo solicite la Oficina de Impuestos Internos, con el consentimiento del Fiscal General o de los fiscales especialmente autorizados para ello, el Servicio de Control facilitará la información de que disponga si es necesaria para examinar las declaraciones de impuestos de funcionarios del Estado con arreglo a lo dispuesto en la Ley de prevención de la corrupción y si existe una sospecha razonable de que la persona ha presentado información falsa sobre sus bienes o ingresos.

Artículo 35

- 1) La validez de la petición de información será responsabilidad de la persona que la presente y del fiscal que autorice la petición.
- 2) La información facilitada por el Servicio de Control dejará de ser confidencial cuando se entable una causa penal contra la persona en cuestión.
- 3) En los casos especificados en los artículos 32 a 34 de la presente Ley, el Servicio de Control presentará todo el material al Fiscal General o a los fiscales especialmente autorizados para que lo transmitan a las instituciones autorizadas.

Artículo 36

- 1) El Servicio de Control tendrá derecho a utilizar la información de que disponga sólo para los fines del procedimiento establecido por la presente Ley y de la forma estipulada en dicho procedimiento.
- 2) La información que el Fiscal General y los fiscales especialmente autorizados obtengan del Servicio de Control y que sea esencial para el desempeño de la función de supervisión no se transmitirá a las instituciones de investigación o a los tribunales ni se utilizará para sus propósitos.
- 3) Las instituciones estatales especificadas en la presente Ley que hayan obtenido información del Servicio de Control estarán autorizadas a utilizarla sólo con los fines para los que la hayan solicitado. La copia de dicha información o su introducción en una base de datos estarán prohibidas.

Sección IX. El Consejo Consultivo del Servicio de Control

Artículo 37

Para facilitar el trabajo del Servicio de Control y coordinar su cooperación con los órganos encargados de hacer cumplir la ley, así como con las instituciones de crédito y financieras, se establecerá un Consejo Consultivo al que se confiarán las siguientes tareas:

- 1) Coordinar la cooperación entre las instituciones estatales, de crédito y financieras a fin de dar efecto a lo dispuesto en la presente ley;
- 2) Elaborar recomendaciones para el Servicio de Control acerca del desempeño de sus funciones según se establecen en la presente Ley;
- 3) Preparar y presentar al Servicio de Control propuestas para modificar o complementar la lista de indicadores de transacciones inhabituales;
- 4) A petición del Fiscal General o por iniciativa propia, prestar a éste asesoramiento sobre el desempeño del Servicio de Control y formular propuestas para mejorar el trabajo de este Servicio.

Artículo 38

- 1) Las siguientes entidades o personas nombrarán un representante cada una ante el Consejo Consultivo:
 1. El Ministro de Finanzas,
 2. El Ministro de Interior,
 3. El Ministro de Justicia,
 4. El Banco de Letonia,
 5. La Comisión del Mercado de Valores,
 6. La Asociación de Bancos Comerciales,
 7. La Asociación de Aseguradores,
 8. El Tribunal Supremo.
- 2) Las reuniones del Consejo Consultivo serán presididas por el Fiscal General.
- 3) Se invitará a participar en las reuniones del Consejo Consultivo al Director del Servicio de Control y a expertos.
- 4) La labor administrativa del Consejo Consultivo correrá a cargo del Servicio de Control.

Sección X. Intercambio internacional de información

Artículo 39

- 1) El Servicio de Control tendrá derecho, por iniciativa propia o en respuesta a una solicitud, a intercambiar libremente información con las instituciones extranjeras autorizadas que tengan responsabilidades análogas a las definidas en el artículo 27 de la presente Ley, con sujeción a las siguientes condiciones:
 1. La confidencialidad de los datos deberá estar garantizada y los datos se utilizarán sólo para los fines mutuamente acordados;
 2. Se garantizará que la información se utilice para prevenir y detectar sólo los tipos de actividad delictiva especificados en el artículo 4 de la presente Ley;
- 2) La información de que disponga el Servicio de Control se facilitará a las instituciones de investigación y los tribunales extranjeros a su debido tiempo, conforme a lo establecido en los acuerdos internacionales sobre la cooperación en las causas penales, con la mediación de las instituciones estatales de la República

de Letonia especificadas en dichos acuerdos y sólo en relación con los delitos indicados en el artículo 4 de la presente Ley que puedan ser objeto de actuaciones penales en virtud del derecho de Letonia.

Polonia

<http://www.gbld.org/topicresults.aspx?country=29&topic=16>

Rumanía

<http://www.imolin.org/lawroman.htm>

Suecia

<http://www.imolin.org/lawswede.htm>

c) Otras fuentes de información

161. El sitio en la web (<http://www.imolin.org/map.htm>) de la Red Informática Internacional sobre Blanqueo de Dinero (IMoLIN), elaborado por la Dependencia de Lucha contra el Blanqueo de Dinero de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, contiene enlaces con legislación nacional de diversa índole y con sitios en la web de dependencias nacionales de inteligencia financiera.

162. A continuación se presenta una lista de importantes recomendaciones y declaraciones emitidas por organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que se dedican a combatir el blanqueo de dinero.

i) Naciones Unidas

Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad

<http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement>

Declaración política aprobada por la Asamblea General en su vigésimo período extraordinario de sesiones

Resolución S-20/2 de la Asamblea General, anexo

<http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/775/09/PDF/N9877509.pdf?OpenElement>

Medidas contra el blanqueo de dinero aprobadas por la Asamblea General en su vigésimo período extraordinario de sesiones

Resolución S-20/4 D de la Asamblea General

<http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/775/15/PDF/N9877515.pdf?OpenElement>

La legislación modelo elaborada por las Naciones Unidas está destinada a facilitar la redacción de disposiciones legislativas especialmente adaptadas por parte de los Estados que deseen aprobar leyes contra el blanqueo de dinero o modernizar su legislación al respecto. La legislación modelo incorpora las disposiciones más pertinentes establecidas en las leyes nacionales y las enmienda, refuerza o complementa de forma práctica. También propone disposiciones innovadoras encaminadas a mejorar la eficacia de las medidas preventivas y punitivas contra el blanqueo de dinero y ofrece a los Estados mecanismos jurídicos apropiados relacionados con la cooperación internacional.

Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito, 1999 (para Estados con ordenamientos jurídicos de tradición romanista)

<http://www.imolin.org/ml99eng.htm>

2000 United Nations model money-laundering and proceeds of crime bill (para Estados con ordenamientos jurídicos basados en el derecho anglosajón)

http://www.unodc.org/pdf/lap_money-laundering-proceeds_2000.pdf

2003 United Nations model money-laundering, proceeds of crime and terrorist financing bill (para Estados con ordenamientos jurídicos basados en el derecho anglosajón)

<http://www.imolin.org/poctf03.htm>

ii) Otras organizaciones internacionales

Statement on Prevention of Criminal Use of the Banking System for the Purpose of Money-Laundering

Comité de Basilea de Supervisión Bancaria del Banco de Pagos Internacionales

<http://www.imolin.org/basle98.pdf>

Debida diligencia con la clientela de los bancos

Comité de Basilea de Supervisión Bancaria del Banco de Pagos Internacionales

<http://www.bis.org/publ/bcbs85.pdf>

19 Aruba Recommendations

Grupo de Acción Financiera del Caribe

<http://www.imolin.org/cfatf19.htm>

Commonwealth model law for the prohibition of money-laundering

<http://www.imolin.org/Comsecml.pdf>

Sitio en la web del Consejo de Europa sobre el Blanqueo de Dinero

http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Combating_economic_crime/Money_laundering/

Sito en la web del Grupo contra el Blanqueo de Dinero de África oriental y meridional

<http://www.esaamlg.org/>

Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de las Comunidades Europeas, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2001/l_344/l_34420011228_en00760081.pdf

Directiva 91/308/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales

<http://www.imolin.org/eudireng.htm>

Las cuarenta recomendaciones (revisadas en 2003)

Grupo de Acción Financiera sobre el blanqueo de capitales

http://www.fatf-gafi.org/pdf/40Recs-2003_en.pdf

Recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo

Grupo de Acción Financiera sobre el blanqueo de capitales

http://www.fatf-gafi.org/pdf/SRecTF_en.pdf

Anti-money laundering guidance notes for insurance supervisors and insurance entities

Asociación Internacional de Supervisores de Seguros

<http://www.iaisweb.org/02money.pdf>

Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado (en español únicamente)

Organización de los Estados Americanos

http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/eng/Main.htm

Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves (enmendado en 1998)

Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de los Estados Americanos

http://www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/eng/legal-regulations-money.htm

Global Banking Law Database, tema “money laundering and prevention of bank use by criminal elements”

Proyecto conjunto del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional

<http://www.gbld.org/topicsearch.aspx>

iii) Gobiernos

Declaración de Kingston sobre el lavado de dinero

Aprobada por ministros y otros representantes de gobiernos de América Latina y el Caribe en Kingston el 6 de noviembre de 1992

<http://www.imolin.org/cfatfdec.htm>

Declaración de Riga

Aprobada por los Gobiernos de Estonia, Letonia y Lituania en noviembre de 1996

<http://www.imolin.org/riga.htm>

D. Penalización de la corrupción y medidas contra la corrupción

“Artículo 8

“Penalización de la corrupción

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se comentan intencionalmente:

“a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

“b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio

provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

“2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.

“3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo.

“4. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo y del artículo 9 de la presente Convención, por ‘funcionario público’ se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función.”

“Artículo 9
“Medidas contra la corrupción

“1. Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos.

“2. Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación.”

1. *Introducción*

163. Los grupos delictivos organizados recurren frecuentemente a la corrupción en sus operaciones. El soborno y otros actos de corrupción se utilizan para crear o aprovechar oportunidades y para proteger las operaciones contra la injerencia de los sistemas de justicia penal y de otras estructuras de control. La corrupción reduce los riesgos, aumenta las ganancias proceden-

tes de la actividad delictiva y tiene menos probabilidades de provocar una reacción que otros medios de influir en el Estado, como la intimidación o la violencia efectiva.

164. Los efectos de la corrupción van mucho más allá del hecho de facilitar la comisión de delitos graves. Al haber funcionarios públicos comprometidos, que actúan en contra del interés público, la estabilidad de los sistemas de gobierno en general se debilita y el público pierde la confianza en ellos. Cuando llega a los altos niveles del gobierno, la corrupción afecta a las relaciones entre los Estados y menoscaba la calidad de vida de la población, ya que obstaculiza el progreso económico y social de las sociedades.

165. A las consecuencias políticas y económicas, que son innumerables, se añaden otros efectos que conciernen a la lucha contra la delincuencia transnacional grave. Por una parte, la corrupción estimula la demanda de mercados ilegales, tales como la inmigración ilegal, la trata de personas y el tráfico ilícito de armas. De estos temas se ocupan los tres Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Además, los funcionarios corruptos facilitan los esfuerzos de los grupos delictivos organizados para obstruir la justicia (artículo 23), intimidar a testigos y víctimas, y de otra manera obstaculizar los procesos de cooperación internacional que la Convención procura fomentar (artículos 24 a 26), lo que puede incluir la denegación de la extradición de importantes delincuentes transnacionales (artículo 15).

166. Ningún país ha sido inmune a cierto grado de prácticas corruptas. La comunidad internacional y el público en general de todas las sociedades han exigido sistemáticamente más apertura y rendición de cuentas a los titulares de cargos públicos. Por esta razón, numerosas iniciativas nacionales, regionales e internacionales se han centrado en diversos aspectos del problema de la corrupción en los últimos años, como el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, del Consejo de Europa, y la Convención Interamericana contra la Corrupción. Estos dos instrumentos utilizan un lenguaje similar, pero no idéntico, al del artículo 8 de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Desde la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Mundial hasta la Unión Europea y las organizaciones no gubernamentales, prácticamente todo órgano importante se ha ocupado de este problema (véase también la sección 5, Recursos de información, *infra*).

167. Las Naciones Unidas ocupan un lugar destacado entre las organizaciones internacionales que se encargan de elaborar medidas de lucha contra la corrupción. En 1996, en su resolución 51/191 de 16 de diciembre de 1996, la Asamblea General aprobó la Declaración contra la corrupción y el sobor-

no en las transacciones comerciales internacionales. En su resolución 51/59 de 12 de diciembre de 1996, la Asamblea aprobó el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos. Más recientemente, en su resolución 56/261 de 31 de enero de 2002, la Asamblea General invitó a los gobiernos a que estudiaran y utilizaran, según procediera, planes de acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI, y publicó un proyecto de manual sobre la política contra la corrupción. Más importante aún fue la aprobación por la Asamblea, en su resolución 58/4 de 31 de octubre de 2003, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, primer instrumento jurídico universal contra la corrupción.

168. Debe reconocerse que una parte importante del complejo problema de la corrupción no se relaciona necesariamente con grupos delictivos organizados. No obstante, la Convención contra la Delincuencia Organizada no deja de lado ese componente vital de la delincuencia organizada transnacional grave. Si bien numerosos Estados son partes en las iniciativas señaladas en el párrafo anterior, algunos tal vez requieran apoyo para aplicar las medidas acordadas. La Convención contra la Delincuencia Organizada reconoce que una lucha eficaz contra ese grave delito sólo es posible si todos los que contribuyen a ese esfuerzo mundial adoptan medidas activas para armonizar su legislación y penalizar las prácticas corruptas.

169. Siguiendo las líneas de otras iniciativas, la Convención contra la Delincuencia Organizada comprende tres tipos de delitos de corrupción: el que puede denominarse soborno activo, consistente en sobornar; el soborno pasivo, consistente en la aceptación del soborno, y la participación como cómplice en el soborno. Además de estos delitos de penalización obligatoria, se pide a los Estados que estudien la posibilidad de penalizar otras formas de corrupción, incluido el soborno de funcionarios extranjeros, con respecto al cual los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar el Convenio sobre lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de la OCDE, de 1997. En la Convención contra la Delincuencia Organizada también se pide la introducción de medidas legislativas y de otra índole destinadas a prevenir las prácticas de corrupción y aumentar la detección y la rendición de cuentas.

170. Los Estados que ya estén aplicando alguna de las mencionadas iniciativas tal vez ya estén en conformidad con las disposiciones de los artículos 8 y 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o pueden tener que cambiar relativamente poco para llevar a efecto esos artículos.

2. Resumen de los principales requisitos

171. Los delitos de tipificación obligatoria en virtud del artículo 8 son los siguientes:

a) Soborno activo, definido como la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público de un beneficio indebido con el fin de que actúe o se abstenga de actuar en asuntos pertinentes a sus funciones oficiales. Se requiere legislación para llevar a efecto esta disposición;

b) Soborno pasivo, definido como la solicitud o aceptación por un funcionario público de un beneficio indebido con el fin de actuar o abstenerse de actuar en asuntos pertinentes a sus funciones oficiales. También se requiere legislación a este respecto;

c) La participación como cómplice en cualquiera de los mencionados delitos.

172. Las medidas obligatorias en virtud del artículo 9 son las siguientes:

a) La adopción de medidas de carácter legislativo o de otra índole, en la medida en que proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico del Estado, para:

- i)* Promover la integridad;
- ii)* Prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos;
- iii)* Garantizar la intervención eficaz de las autoridades;

b) La dotación a las autoridades de lucha contra la corrupción de suficiente independencia para disuadir de cualquier influencia indebida.

173. Los Estados Parte también deberán considerar la posibilidad de tipificar como delitos penales en el propio ordenamiento la corrupción de funcionarios públicos extranjeros o internacionales y otras formas de corrupción.

3. Requisitos obligatorios

174. Los delitos cuya tipificación es obligatoria en virtud del párrafo 1 del artículo 8 se refieren sólo a la promesa, el ofrecimiento, la concesión, la solicitud o la aceptación de soborno por funcionarios públicos nacionales y, en el caso de algunos países, por las personas que prestan un servicio público.

175. La Convención contra la Delincuencia Organizada no crea una definición autónoma de “funcionario público”. A los efectos del párrafo 1 del artículo 8 y del artículo 9, la Convención define al funcionario público como

todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función (artículo 8, párrafo 4). El concepto de persona que presta un servicio público se aplica a ordenamientos jurídicos específicos. La razón por la que se menciona expresamente en este artículo es que los negociadores quisieron facilitar la cooperación entre los Estados cuyo ordenamiento jurídico incluye dicho concepto (A/55/383/Add.1, párrafo 19). Las definiciones de funcionario público extranjero y funcionario de una organización internacional pública contenidas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción también presentan interés.

176. La cuestión del soborno que afecta a funcionarios de otros países (“funcionarios públicos extranjeros”) y a funcionarios internacionales se trata en el párrafo 2 del artículo 8, en virtud del cual los Estados sólo deberán considerar la posibilidad de tipificar ese delito.

177. La Convención no abarca las cuestiones relativas a la corrupción en el sector privado.

a) *Penalización del soborno activo y pasivo y de la participación (artículo 8)*

178. El párrafo 1 del artículo 8 exige la tipificación de dos delitos relacionados con la corrupción: el soborno activo y el pasivo. En el párrafo 3 del artículo 8 se exige además la tipificación como delito de la participación como cómplice.

i) *Soborno activo*

179. El primer delito que los Estados Parte deben tipificar es el siguiente:

“La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público [directa o indirectamente] de un beneficio indebido [que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad] con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;” (artículo 8, párrafo 1, apartado a)).

180. Los elementos requeridos de este delito son los de la promesa, el ofrecimiento o la concesión efectiva de algo a un funcionario público. El delito debe abarcar los casos en que lo que se ofrece no es un regalo o algo tangible. Así pues, un beneficio indebido puede ser algo tangible o intangible.

181. El beneficio indebido no tiene que darse por fuerza inmediatamente o directamente al funcionario público del Estado. Puede ser prometido, ofre-

cido o concedido directa o indirectamente. Puede tratarse de un regalo, una concesión u otro beneficio que puede darse a alguna otra persona, como un familiar o una organización política. El beneficio indebido o el soborno deben estar vinculados a las funciones del funcionario.

182. El elemento de intencionalidad requerido para este delito es que la conducta sea intencional. Además, ha de establecerse algún tipo de vínculo entre el ofrecimiento o el beneficio y el hecho de inducir al funcionario a que actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. Habida cuenta de que la conducta abarca los casos en que meramente se ofrece un soborno (es decir, aun los casos en que el soborno no se acepta y, por lo tanto, no puede afectar la conducta), el vínculo debe ser que el acusado tuviera la intención no sólo de ofrecer el soborno sino también de influir en la conducta del destinatario, con independencia de que esto haya ocurrido realmente o no.

ii) Soborno pasivo

183. El segundo delito que los Estados deberán penalizar por ley es el del soborno pasivo:

“La solicitud o aceptación por un funcionario público [directa o indirectamente] de un beneficio indebido [que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad] con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;” (artículo 8, párrafo 1, apartado *b*)).

184. Este delito es la versión pasiva del primero. Los elementos requeridos son la solicitud o aceptación del soborno. Debe establecerse también el vínculo con la influencia en la conducta del funcionario.

185. Al igual que en el delito anterior, el beneficio indebido puede ser en provecho del propio funcionario o de otra persona o entidad. La solicitud o aceptación debe ser hecha por el funcionario público o por conducto de un intermediario, es decir, directa o indirectamente.

186. El elemento de intencionalidad es sólo que se tenga la intención de solicitar o aceptar el beneficio indebido con el fin de modificar la propia conducta en el desempeño de funciones oficiales.

iii) Participación como cómplice en delitos de soborno

187. Además, los Estados Parte deberán asegurar que se penalice también la participación como cómplice en cualquiera de los delitos que se han de tipificar. Los Estados que ya cuentan con leyes de aplicación general en que se

establece la responsabilidad por la ayuda y la incitación, la participación como cómplice y otras formas análogas de responsabilidad pueden tener que asegurar que tan sólo esas leyes se apliquen a los nuevos delitos de corrupción.

b) *Otros requisitos generales*

188. Al redactar la legislación para cumplir estas obligaciones de penalización, los legisladores deberían tener en cuenta las siguientes obligaciones generales dimanantes de la Convención, que se relacionan en particular con la tipificación de delitos penales:

- a) *La no inclusión de la transnacionalidad en los delitos tipificados en el derecho interno.* El carácter transnacional no debe constituir un elemento del delito en el derecho interno (artículo 34, párrafo 2);
- b) *La no inclusión de “grupo delictivo organizado” en los delitos tipificados en el derecho interno.* Al igual que en el caso de la transnacionalidad que acaba de citarse, la participación en un grupo delictivo organizado no debe constituir un elemento del delito en el derecho interno (artículo 34, párrafo 2);
- c) *La penalización debe establecerse mediante medidas legislativas y de otra índole.* Los delitos deben tipificarse en el derecho penal y no mediante medidas de otra índole, que complementarían la legislación que ya establece la penalización (A/55/383/Add.1, párrafo 9);
- d) *El delito debería penalizarse con sanciones que tengan en cuenta su gravedad.* La severidad de las sanciones debería corresponder a la gravedad de la conducta que se ha de penalizar (artículo 11, párrafo 1);
- e) *La descripción del delito queda reservada al derecho interno de los Estados Parte.* El delito tipificado en el derecho interno por un Estado para cumplir los requisitos de penalización establecidos en la Convención no debe estar descrito por fuerza exactamente de la misma manera que en la Convención, con tal de que la conducta en cuestión quede penalizada (artículo 11, párrafo 6);
- f) *Responsabilidad de las personas jurídicas.* Con respecto a las personas jurídicas, los delitos y la responsabilidad podrán ser de índole penal, civil o administrativa (artículo 10, párrafo 2);
- g) *Prescripción.* La Convención estipula que los legisladores deberán establecer un plazo de prescripción prolongado para el delito, en particular cuando los presuntos delincuentes hayan eludido la justicia (artículo 11, párrafo 5);
- h) *Mitigación de la pena e inmunidad.* La Convención alienta a los Estados Parte a que consideren la posibilidad de mitigar las penas y con-

ceder inmunidad y/o clemencia en el caso de las personas que decidan cooperar con las autoridades (artículo 26, párrafos 2 y 3). Estas medidas son facultativas y dependen de las tradiciones y los principios jurídicos internos. Sin embargo, en los ordenamientos en que la actuación judicial respecto de los delitos es obligatoria, se requerirá legislación para poder conceder la inmunidad judicial.

c) *Otras medidas obligatorias contra la corrupción (artículo 9)*

189. El artículo 9 contiene algunos requisitos generales relativos a los mecanismos contra la corrupción que los Estados Parte deben establecer para llevar a efecto la Convención. En 2003 terminaron las negociaciones para la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Es importante tener en cuenta las obligaciones dimanantes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en la labor de aplicación de la presente Convención, ya que es probable que en aquélla se incluyan requisitos más amplios que los Estados Parte estarán obligados a cumplir. El sitio en la web de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito sobre cuestiones relativas a la corrupción es <http://www.unodc.org/unodc/corruption.html>.

190. Además de las medidas legislativas y de otra índole previstas en el artículo 8, los Estados Parte deberán adoptar medidas encaminadas a promover la integridad y a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos. A tal fin, el párrafo 1 del artículo 9 estipula que los Estados deben adoptar medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico.

191. Además, la Convención exige a los Estados que adopten medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades a fin de prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación (artículo 9, párrafo 2).

192. Estos requisitos no son necesariamente de carácter legislativo y dependerán de las tradiciones, leyes y procedimientos de cada Estado (véase también la sección 4, Otras medidas, incluidos aspectos facultativos, *infra*).

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

a) *Delitos de tipificación facultativa*

193. Además de los tres delitos cuya tipificación es obligatoria, descritos en la sección 3 *supra*, Requisitos obligatorios, la Convención contra la De-

lincuencia Organizada pide también a los Estados que consideren la posibilidad de tipificar otros delitos de corrupción de funcionarios extranjeros o de funcionarios de organizaciones internacionales, así como otras formas de corrupción (artículo 8, párrafo 2). Según el párrafo 2 del artículo 8, los Estados deben considerar la posibilidad de hacer extensivos los delitos previstos en el párrafo 1 del artículo a los casos en que esté involucrado un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Los Estados deben asimismo estudiar la posibilidad de penalizar otras formas de corrupción, de conformidad con sus principios jurídicos fundamentales y teniendo en cuenta su contexto histórico. En cuanto a diversas opciones, los Estados pueden consultar la carpeta de documentos de las Naciones Unidas para la lucha contra la corrupción titulada *Anti-Corruption Toolkit* (<http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/toolkit/toolkitv5.pdf>) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

5. Recursos de información

194. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información enumeradas a continuación.

a) Disposiciones e instrumentos conexos

i) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 6 (Penalización del blanqueo del producto del delito)
Artículo 7 (Medidas para combatir el blanqueo de dinero)
Artículo 10 (Responsabilidad de las personas jurídicas)
Artículo 11 (Proceso, fallo y sanciones)
Artículo 16 (Extradición)
Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)
Artículo 23 (Penalización de la obstrucción de la justicia)
Artículo 24 (Protección de los testigos)
Artículo 34 (Aplicación de la Convención)

ii) Otros instrumentos

Convenio sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito, 1990
Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 141
<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/141.htm>

Convenio de la Unión Europea relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, 1995, y protocolos conexos (1996 y 1997)
<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/133019.htm>

Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996
Organización de los Estados Americanos
<http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html>

Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, 1997
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, DFFE/IME/BR(97)20
http://www.oecd.org/document/21/0,2340,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html

Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, 1998
Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 195, de 25 de junio de 1997
<http://europa.eu.int/scadplus/printversion/en/lvb/l33027.htm>

Convenio de derecho penal sobre la corrupción, 1999
Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 173
<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>

Convenio de Derecho Civil sobre la Corrupción, 1999
Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 174
<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/174.htm>

Protocolo relativo al Mecanismo de la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental para la prevención y solución de conflictos, el mantenimiento de la paz y la seguridad regional, 1999
http://www.iss.co.za/AF/RegOrg/unity_to_union/pdfs/ecowas/Conflict_Mecha.pdf

Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, 2001
http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_corruption

Protocolo adicional del Convenio de derecho penal sobre la corrupción, 2003

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 191
<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>

Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, de 2003
http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties%20Conventions%20Protocols/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003
Resolución 58/4 de la Asamblea General
<http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/453/15/PDF/N0345315.pdf?OpenElement>

b) *Ejemplos de legislación nacional*

Estados Unidos

<http://uscode.house.gov/download.htm>

18.U.S.C. §§ 201-225. Soborno y tráfico de influencias
Ley de prácticas corruptas extranjeras de 1977, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.

Hong Kong (Región administrativa especial de China)

<http://www.icac.org.hk/eng/main/>

Pulsar el enlace “*anti-bribery legislation*” para llegar a las disposiciones pertinentes.

Comisión Independiente contra la Corrupción

Kenya

http://www.lawafrica.com/Bills/acecb2003/acecb_toc.asp
http://www.lawafrica.com/Bills/poeb2003/poeb_toc.asp

Ley contra la corrupción y los delitos económicos, de 2003

Ley de ética de los funcionarios públicos, de 2003

Singapur

Ley de prevención de la corrupción

Cap. 224. 25/81. Sanción de la corrupción

5. Toda persona que, ella misma o conjuntamente con otra persona:

a) Solicite o reciba, o esté de acuerdo en recibir, por medios corruptos, en beneficio propio o de cualquier otra persona; o

b) Dé, prometa u ofrezca, por medios corruptos, a cualquier persona, en provecho de esa persona o de un tercero, algún tipo de gratificación como incitación o recompensa, o a cualquier otro título, para que una persona:

- i) Haga o se abstenga de hacer algo respecto de algún asunto o cualquier transacción, real o propuesto;
- ii) Se abstenga de hacer algo respecto de algún asunto o cualquier transacción, real o propuesto, que concierne a tal órgano público,

será culpable de un delito y podrá ser condenado a una multa de hasta 100.000 dólares, o a una pena de hasta cinco años de cárcel, o a ambas sanciones.

c) Otras fuentes de información

Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos
Resolución 51/59 de la Asamblea General, anexo

<http://www.un.org/documents/ga/res/51/a51r059.htm>

Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales

Resolución 51/191 de la Asamblea General, anexo

<http://www.un.org/documents/ga/res/51/a51r191.htm>

Planes de acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI

Resolución 56/261 de la Asamblea General, anexo

<http://daccess-ods.un.org/TMP/3119396.html>

United Nations Anti-Corruption Toolkit version 5

http://www.unodc.org/unodc/corruption_toolkit.html

Draft United Nations manual on anti-corruption policy

<http://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/manual.pdf>

Pueden obtenerse otros materiales relativos al desarrollo de estrategias nacionales contra la corrupción en la Dependencia de Lucha contra la Corrupción de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

<http://www.undcp.org/corruption.html>

Página de acceso del Banco Mundial sobre la lucha contra la corrupción

<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/>

Acción común 98/742/JAI del Consejo de Europa adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado, 1998

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 358, de 31 de diciembre de 1998

<http://europa.eu.int/scadplus/printversion/en/lvb/l33074.htm>

Veinte Principios Rectores de la Lucha contra la Corrupción

Resolución (97) 24 del Comité de Ministros del Consejo de Europa

<http://cm.coe.int/ta/res/1997/97x24.htm>

Recomendaciones revisadas del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos sobre la lucha contra el soborno en las transacciones comerciales internacionales, 1997

http://www.oecd.org/document/32/0,2340,en_2649_34855_2048160_1_1_1_1,00.html

Anti-corruption ring online (AnCorR Web)

<http://www1.oecd.org/daf/nocorruptionweb/index.htm>

Utstein Anti-Corruption Resource Centre

<http://www.u4.no/>

E. Penalización de la obstrucción de la justicia

“Artículo 23

“Penalización de la obstrucción de la justicia

“Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

“a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir al falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la presente Convención;

“b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente apartado menoscastrará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.”

1. *Introducción*

195. Los grupos delictivos organizados mantienen o aumentan su riqueza, poder e influencia procurando socavar los sistemas de justicia. No puede hacerse justicia si los jueces, los jurados, los testigos o las víctimas son objeto de intimidación, amenazas o corrupción. No cabe esperar ningún tipo de cooperación nacional e internacional eficaz si tales participantes decisivos en el proceso de investigación y de cumplimiento de la ley no están suficientemente protegidos para desempeñar sus funciones y presentar sus informes sin trabas. Ningún delito grave puede detectarse ni castigarse si se impide que las pruebas lleguen a los investigadores, los fiscales y los tribunales.

196. Lo que está en juego es la legitimidad de todo el sistema de hacer cumplir la ley, desde el nivel local hasta el mundial, que debe ser protegido frente a la poderosa influencia corrupta de los grupos delictivos organizados. La Convención misma quedaría profundamente mermada si no prestara atención a las medidas encaminadas a asegurar la integridad del proceso de la justicia. Los inocentes serían erróneamente castigados y los culpables quedarían libres de pena si el curso de la justicia se subvirtiera por obra de hábiles manipuladores asociados a grupos delictivos.

197. Como se indicó antes, la Convención aborda principalmente los delitos que desempeñan una función de facilitación en la comisión de otros delitos transnacionales graves. Los delitos generadores de ganancias de los grupos delictivos organizados están comprendidos fundamentalmente en los delitos tipificados con arreglo a los Protocolos y los delitos graves que los Estados han definido. Por consiguiente, es apropiado y necesario que el artículo 23 aborde el problema de la obstrucción de la justicia, complementando las disposiciones que se ocupan de los problemas íntimamente vinculados de la corrupción, la protección de los testigos y las víctimas y la cooperación internacional.

198. Así pues, la Convención exige que los Estados Parte penalicen específicamente el recurso a la instigación, las amenazas o el uso de la fuerza para obstaculizar la labor de los testigos y los funcionarios, cuyo cometido sería la aportación de pruebas exactas y la prestación de testimonio.

2. *Resumen de los principales requisitos*

199. El artículo 23 exige la tipificación de los dos delitos siguientes:

a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas

en un proceso en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la Convención (artículo 23, apartado *a*));

b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la Convención (artículo 23, apartado *b*)).

3. *Requisitos obligatorios*

200. La Convención exige que los Estados tipifiquen dos delitos que figuran en el artículo 23.

a) Artículo 23, apartado a)

201. El primer delito se relaciona con el intento de influir sobre posibles testigos y otros que estén en situación de proporcionar a las autoridades pruebas pertinentes. La obligación es la de penalizar el empleo tanto de medios corruptos, como el soborno, como de medios coercitivos, como la utilización o la amenaza de la violencia: los Estados Parte deberán penalizar el uso de la fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la Convención (artículo 23, apartado *a*)).

202. El uso de fuerza, amenazas o intimidación para inducir a falso testimonio puede ocurrir en cualquier momento antes del comienzo de juicio, esté en marcha o no el proceso oficial. Por consiguiente, el término proceso debe interpretarse ampliamente para que abarque todas las actuaciones oficiales de la autoridad pública, incluida la etapa prejudicial de un caso. Sin embargo, no es necesario que el artículo 23 se aplique a los procesos privados relacionados con la conducta que abarca la Convención como, por ejemplo, los procedimientos de arbitraje (A/55/383/Add.1, párrafo 46).

203. Los Estados deberán aplicar el delito a todos los procesos relacionados con los delitos comprendidos en la Convención. Esto incluye tres grupos de delitos: los tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención; otros delitos graves tipificados por los Estados Parte interesados, y los delitos tipificados con arreglo a alguno de los tres Protocolos en que los Estados Parte interesados sean también parte.

b) *Artículo 23, apartado b)*

204. El segundo delito que los Estados deberán tipificar es la obstaculización de la actuación de los funcionarios de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley: el uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la Convención (artículo 23, apartado *b*)). El elemento de soborno no está incluido en este párrafo porque se considera que los funcionarios de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley son funcionarios públicos, cuyo soborno ya quedaría comprendido en el artículo 8.

205. La expresión “delitos comprendidos en la presente Convención” tiene el mismo significado que el indicado anteriormente en relación con el apartado *a*).

c) *Otros requisitos generales*

206. Al redactar la legislación para cumplir estas obligaciones de penalización, los legisladores deberían tener en cuenta las siguientes obligaciones generales dimanantes de la Convención, que se relacionan en particular con la tipificación de delitos penales.

a) La no inclusión de la transnacionalidad en los delitos tipificados en el derecho interno. El carácter transnacional no debe constituir un elemento del delito en el derecho interno (artículo 34, párrafo 2);

b) La no inclusión del “grupo delictivo organizado” en los delitos tipificados en el derecho interno. Como en el caso anterior de la transnacionalidad, la participación de un grupo delictivo organizado no debe constituir un elemento del delito en el derecho interno (artículo 34, párrafo 2).

c) La penalización debe establecerse mediante medidas legislativas y de otra índole. Los delitos han de tipificarse en el derecho penal y no simplemente mediante medidas de otra índole, que complementarían la legislación que ya establece la penalización (A/55/383/Add.1, párrafo 9).

d) Los delitos deben ser cometidos intencionalmente. El elemento de intencionalidad requerido para cada delito es que se haya cometido intencionalmente y no existe la obligación de incluir los actos cometidos con un grado de intencionalidad menor;

e) El delito debería penalizarse con sanciones que tengan en cuenta su gravedad. La severidad de las sanciones debería corresponder a la gravedad de la conducta que se ha de penalizar (artículo 11, párrafo 1);

f) La descripción del delito queda reservada al derecho interno de los Estados Parte. El delito tipificado en el derecho interno por un Estado para cumplir los requisitos de penalización establecidos en la Convención no debe estar descrito por fuerza exactamente de la misma manera que en la Convención, con tal de que la conducta en cuestión quede penalizada (artículo 11, párrafo 6);

g) Responsabilidad de las personas jurídicas. En cuanto a las personas jurídicas, los delitos y la responsabilidad podrán ser de índole penal, civil o administrativa (artículo 10, párrafo 2);

h) Prescripción. La Convención estipula que los legisladores deberán establecer un plazo de prescripción prolongado para el delito, en particular, cuando los presuntos delincuentes hayan eludido la justicia (artículo 11, párrafo 5);

i) Mitigación de la pena e inmunidad. La Convención alienta a los Estados Parte a que consideren la posibilidad de mitigar las penas y de conceder inmunidad y/o clemencia en el caso de las personas que decidan cooperar con las autoridades (artículo 26, párrafos 2 y 3). Estas medidas son facultativas y dependen de las tradiciones y los principios jurídicos internos. Sin embargo, en los ordenamientos en que la actuación judicial respecto de los delitos es obligatoria, se requerirá legislación para poder conceder la inmunidad judicial.

207. En la legislación de algunos países pueden no quedar comprendidos los casos en que una persona tenga derecho a negarse a entregar pruebas y se conceda una ventaja indebida por el ejercicio de ese derecho.

4. Otras medidas, incluidos aspectos facultativos

208. No hay disposiciones facultativas en el artículo 23.

5. Recursos de información

209. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información que se enumeran a continuación.

a) Disposiciones e instrumentos conexos

Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 8 (Penalización de la Corrupción)

- Artículo 9 (Medidas contra la corrupción)
- Artículo 11 (Proceso, fallo y sanciones)
- Artículo 16 (Extradición)
- Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)
- Artículo 24 (Protección de los testigos)
- Artículo 25 (Asistencia y protección a las víctimas)
- Artículo 34 (Aplicación de la Convención)

b) *Ejemplos de legislación nacional*

Canadá

<http://www.imolin.org/lawcanad.htm>

Código Penal del Canadá

Artículo 139. Obstrucción de la justicia

Artículo 423. Intimidación

Recientemente se tipificó de la siguiente manera un nuevo delito relativo a la intimidación de un participante en el sistema judicial o un periodista:

423.1

- 1) Ninguna persona podrá, sin estar autorizada legalmente, adoptar la conducta mencionada en el apartado 2) con la intención de infundir miedo a:
 - a) Un grupo de personas o el público en general para entorpecer la administración de la justicia penal;
 - b) Un participante en el sistema judicial para obstaculizarlo en el desempeño de sus funciones; o
 - c) Un periodista para dificultarle la transmisión al público de información relativa a una organización delictiva.
- 2) La conducta mencionada en el apartado 1 consiste 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 inciso 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;

- 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 y punible con una sanción de hasta 14 años de cárcel.
- (S.C. 2001, c.32, s.11).

Francia

Código penal

Artículo 434-8 (Ordenanza No. 2000-916 de 19 de septiembre de 2000, artículo 3, Diario Oficial de 22 de septiembre de 2000; entró en vigor el 1.º 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 434-9 (Ley No. 2000-595 de 30 de junio de 2000, artículo 1, Diario Oficial de 1.º de julio de 2000)

El hecho, cometido por un magistrado, jurado o cualquier otra persona integrante de un órgano jurisdiccional, árbitro o perito nombrado bien por un órgano jurisdiccional, bien por las partes, o por persona encargada por la autoridad judicial de una misión de conciliación o de mediación, de solicitar o conceder, sin tener derecho a ello, en cualquier momento, directa o indirectamente, ofertas, promesas, dádivas, presentes o cualesquiera ventajas para la realización o abstención de un acto de su función, será castigado con diez años de prisión y multa de 150.000 euros.

El hecho de ceder, en cualquier momento, a las solicitudes de una de las personas previstas en el párrafo anterior, o de proponer ofertas, promesas, dádivas, presentes o ventajas cualesquiera con el fin de obtener de alguna de estas personas la realización o abstención de un acto de su función será castigado con las mismas penas.

Cuando la infracción definida en el primer párrafo sea cometida por un magistrado en beneficio o en detrimento de una persona contra la que se dirija la acción penal por la comisión de un delito, la pena se elevará a quince años de prisión y a 225.000 euros de multa.

Artículo 434-11 (Ordenanza No. 2000-916 de 19 de septiembre de 2000, artículo 3, Diario Oficial de 22 de septiembre de 2000; entró en vigor el 1.º de enero de 2002)

El hecho, cometido por cualquiera que conozca la prueba de la inocencia de una persona detenida en régimen de prisión preventiva o juzgada por la comisión de un delito, de abstenerse voluntariamente de aportar tan pronto como sea posible su testimonio a las autoridades judiciales o administrativas será castigado con tres años de prisión y multa de 45.000 euros.

No obstante, quedará exento de pena aquel que aporte su testimonio de forma tardía, pero espontánea.

Quedarán también al margen de las disposiciones del primer párrafo:

1. El autor o el cómplice del delito que motive el proceso, sus familiares en línea directa y sus cónyuges, así como sus hermanos y hermanas y sus cónyuges;
2. El cónyuge del autor o del cómplice del delito que motivara el proceso, o la persona que viva notoriamente en situación marital con aquél.

Asimismo quedarán exentos de las disposiciones del primer párrafo las personas obligadas al secreto en las condiciones previstas en el artículo 226-13.

Artículo 434-15 (Ordenanza No. 2000-916 de 19 de septiembre de 2000, artículo 3, Diario Oficial de 22 de septiembre de 2000; entró en vigor el 1.º 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 determinar a otro, 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.

Estados Unidos

<http://uscode.house.gov/download.htm>

18 U.S.C. §§ 1501 a 1518

Artículo 1503. La influencia o el agravio respecto de un funcionario o jurado en general

- a) Cualquiera que por medios corruptos, o por amenazas o la fuerza, o mediante alguna carta o comunicación amenazadora intente influenciar, intimidar o poner obstáculos a algún jurado, indagatorio o enjuiciador, o a un funcionario de cualquier tribunal de los Estados Unidos, o a un funcionario que pueda estar prestando servicios en alguna investigación u otro procedimiento ante algún juez de primera instancia o juez instructor de los Estados Unidos, en el desempeño de sus funciones, o agravie a alguno de los mencionados jurados, en su persona o en sus bienes, por algún veredicto o documento inculpatorio por él aceptado, o por ser o haber sido tal jurado, o agravie a cualquier funcionario, juez de primera instancia o juez instructor en su persona o en sus bienes por el desempeño de sus funciones oficiales, o por medios corruptos, o por amenazas o la fuerza, o mediante alguna carta o comunicación intimidatoria, influya, obstruya u obstaculice o intente influir, obstruir u obstaculizar la debida administración de la justicia, será castigado conforme a lo estipulado en el apartado b). Si el delito de que se trata en este artículo tiene lugar en conexión con un juicio de un caso penal y el hecho que infringe el presente artículo entraña el empleo o la amenaza de empleo de la fuerza física, el período máximo de cárcel que podrá imponerse por el delito será el que esté previsto en la ley o el período máximo que podría haberse impuesto por cualquier delito relacionado con ese caso, si éste es mayor.

- b) El castigo por un delito estipulado en el presente artículo será el siguiente:
- 1) En el caso de homicidio, el castigo previsto en los artículos 1111 y 1112;
 - 2) En el caso de homicidio frustrado, o en el caso en que el delito se haya cometido contra un jurado enjuiciador y en el que se imputó un delito de la clase A o B, la pena de cárcel por un período de hasta 20 años, una multa según lo previsto en este título, o ambas penas; y
 - 3) En cualquier otro caso, la pena de cárcel por un período máximo de 10 años, una multa según lo previsto en este título, o ambas penas.

Artículo 1510. Obstrucción de una instrucción penal

- a) Cualquiera que deliberadamente intente mediante el soborno obstruir, retrasar o impedir la comunicación de información relativa a una violación de alguna ley penal de los Estados Unidos por parte de alguna persona a un instructor penal será sancionado con una multa según lo previsto en este título o con una pena de hasta cinco años de cárcel, o con ambas sanciones.
- b) 1) Cualquiera que, en calidad de funcionario de una institución financiera, con la intención de obstruir un procedimiento judicial notifique, directa o indirectamente, a cualquier otra persona la existencia o el contenido de una citación para la presentación de los registros de esa institución financiera, o información que se haya proporcionado al jurado indagatorio en respuesta a esa citación, será sancionado con una multa según lo previsto en este título o con una pena de hasta 5 años de cárcel, o con ambas.
- 2) Cualquiera que, en calidad de funcionario de una institución financiera, notifique, directa o indirectamente:
- a) A un cliente de esa institución financiera cuyos registros son objeto de una citación de un gran jurado; o
 - b) A cualquier otra persona mencionada en esa citación; la existencia o el contenido de dicha citación, o información que se haya proporcionado al jurado indagatorio en respuesta a esa citación, será sancionado con multa según lo previsto en este título, o con una pena de hasta un año de cárcel, o con ambas.
- 3) En el presente apartado:
- a) Por “un funcionario de una institución financiera” se entiende un funcionario, director, asociado, agente o apoderado de esa institución financiera; y
 - b) Por “citación para la presentación de registros” se entiende una citación de un jurado indagatorio federal o el Departamento de Justicia (en virtud del artículo 3486 del título 18) para que se presenten los registros de clientes en relación con una violación, o una confabulación para la violación de:
- i) Los artículos 215, 656, 657, 1005, 1006, 1007, 1014, 1344, 1956, 1957, o del capítulo 53 del título 31; o
 - ii) El artículo 1341 ó 1343 que afectan a una institución financiera.
- c) En el presente artículo, por “instructor penal” se entiende cualquier persona debidamente autorizada por un departamento, organismo o fuerza

armada de los Estados Unidos para que realice investigaciones o encausamientos, o participe en ellos, respecto de violaciones del derecho penal de los Estados Unidos.

d) 1) Cualquiera que:

a) Siendo, o actuando en calidad de funcionario, director, agente o empleado de una persona que trabaja en el sector de los seguros y cuyas actividades afecten al comercio interestatal, o

b) Trabaje en el sector de los seguros y desarrolle actividades que afecten al comercio interestatal, o participe (a título distinto del de un asegurado o beneficiario de una póliza de seguro) en una transacción relativa a la administración de esa actividad, y que, con la intención de obstruir un procedimiento judicial, notifique, directa o indirectamente, a cualquier otra persona la existencia o el contenido de una citación para la presentación de los registros de la persona que realiza tal actividad, o información que se haya proporcionado a un jurado indagatorio federal en respuesta a esa citación, será sancionado con una multa según lo previsto en este título, o con una pena de hasta 5 años de cárcel, o con ambas.

2) En el párrafo 1), por "citación para la presentación de registros" se entiende la citación de un jurado indagatorio federal para que se presenten los registros en relación con una violación, o una conspiración para la violación del artículo 1033 del presente título.

Artículo 1512. Soborno de un testigo, víctima o informante

a) 1) Cualquiera que mate o intente matar a otra persona con la intención de:

a) Impedir la asistencia o el testimonio de cualquier persona en un procedimiento oficial;

b) Impedir la presentación de un registro, un documento u otro objeto en un procedimiento oficial; o

c) Impedir la comunicación por cualquier persona, a un funcionario de los servicios encargados de hacer cumplir la ley o a un juez de los Estados Unidos de información relativa a la comisión, o posible comisión de un delito federal o de una violación de las condiciones de libertad condicional, libertad bajo palabra o libertad en espera de procedimiento judicial;

será castigado de conformidad a lo estipulado en el párrafo 2).

2) El castigo de los delitos comprendidos en este párrafo será:

a) En el caso de asesinato (como se define en el artículo 1111), la pena de muerte o la prisión a perpetuidad, y en el caso de cualquier otro homicidio, la pena prevista en el artículo 1112; y

b) En el caso de una tentativa, una pena de hasta 20 años de cárcel.

b) Cualquiera que a sabiendas utilice la intimidación o la fuerza física, ameñece o persuada por medios corruptos a otra persona, o intente hacerlo, o adopte una conducta engañosa hacia otra persona, con la intención de:

1) Influenciar, retrasar o impedir el testimonio de cualquier persona en un procedimiento oficial;

- 2) Inducir a una persona a que:
 - a) Deniegue un testimonio, o retenga un registro, documento u otro objeto en un procedimiento oficial;
 - b) Modifique, destruya, mutile u oculte un objeto con la intención de deteriorar su integridad o su disponibilidad para ser usado en un procedimiento oficial;
 - c) Eluda la orden dictada por un tribunal para que esa persona comparezca como testigo, o presente un registro, documento u otro objeto en un procedimiento oficial; o
 - d) Se ausente de un procedimiento oficial al que esa persona haya sido citada por orden de un tribunal; o
- 3) Obstaculizar, retrasar o impedir la comunicación a un funcionario de los servicios encargados de hacer cumplir la ley o a un juez de los Estados Unidos de información relativa a la comisión o posible comisión de un delito federal o de una violación de las condiciones de libertad condicional, libertad bajo palabra o libertad en espera de procedimiento judicial, será sancionado con una multa según lo previsto en este título o con una pena de hasta diez años de cárcel, o con ambas.
- c) Cualquiera que intencionalmente acose a otra persona y de esa manera obstaculice, retrase, impida o disuada a cualquier persona en lo que se refiere a:
 - 1) Presentarse o testificar en un procedimiento oficial;
 - 2) Notificar a un funcionario de los servicios encargados de hacer cumplir la ley o a un juez de los Estados Unidos la comisión o posible comisión de un delito federal o de una violación de las condiciones de libertad condicional, libertad bajo palabra o libertad en espera de procedimiento judicial;
 - 3) Detener o intentar detener a otra persona en conexión con un delito federal; o
 - 4) Hacer que se solicite o se instruya un enjuiciamiento penal, o un procedimiento de revocación de la libertad condicional, o bajo palabra, o ayude a que se inicie tal enjuiciamiento o procedimiento, o intente hacerlo, será sancionado con una multa según lo previsto en este título o con una pena de hasta un año de cárcel, o con ambas.
 - d) En el enjuiciamiento por un delito estipulado en el presente artículo, constituye una defensa afirmativa, respecto de la cual el acusado tiene la carga de la prueba por preponderancia de la prueba, que la conducta haya consistido exclusivamente en una conducta legal y que la única intención del acusado haya sido lograr que la otra persona preste un testimonio veraz, o alentarla o inducirla a ello.
 - e) A los efectos del presente artículo:
 - 1) No es necesario que haya un procedimiento oficial pendiente o a punto de ser instruido en el momento del delito; y
 - 2) No es necesario que el testimonio, registro o documento u otro objeto sea admisible como prueba o esté libre de una alegación de privilegio.
 - f) En el enjuiciamiento por un delito en virtud de este artículo no hay que demostrar ningún tipo de intención respecto de la circunstancia de que:

- 1) El procedimiento oficial ante un juez, tribunal, juez de primera instancia, jurado indagatorio u organismo gubernamental tiene lugar ante un juez o tribunal de los Estados Unidos, o un juez de primera instancia de los Estados Unidos, o un juez de quiebras, un jurado indagatorio federal o un organismo del gobierno federal; o
 - 2) El funcionario de los servicios encargados de hacer cumplir la ley es un funcionario o empleado del gobierno federal o una persona autorizada a actuar para el gobierno federal o en su nombre, o que presta servicios al gobierno federal en calidad de asesor o consultor.
- g) Hay jurisdicción federal extraterritorial respecto del delito estipulado en el presente artículo.
- h) Un enjuiciamiento en virtud del presente artículo o del artículo 1503 puede incoarse en el distrito en el que se iba a efectuar el procedimiento oficial (estuviera o no pendiente o a punto de ser instruido), o en el distrito en el que tuvo lugar la conducta que constituye el presunto delito.
- i) Si el delito de que se trata en este artículo tiene lugar en conexión con un juicio de una causa penal, el período máximo de cárcel que podrá imponerse por el delito será el que prevea la ley o el período máximo que podría haberse impuesto por cualquier delito en relación con esa causa.

Artículo 1515. Definiciones de determinadas disposiciones; disposición general

- a) En los artículos 1512 y 1513 de este título y en el presente artículo:
- 1) Por “procedimiento oficial” se entiende:
 - a) Un procedimiento ante un juez o tribunal de los Estados Unidos, un juez de primera instancia de los Estados Unidos, un juez de quiebras, un juez del Tribunal Fiscal de los Estados Unidos, o un juez de sentencia especial del Tribunal Fiscal, un juez del Tribunal de Demandas Federales de los Estados Unidos, o un jurado indagatorio federal;
 - b) Un procedimiento ante el Congreso;
 - c) Un procedimiento ante un organismo del gobierno federal que esté autorizado por ley; o
 - d) Un procedimiento en el que esté involucrado el sector de los seguros, con actividades que afecten el comercio interestatal ante cualquier funcionario u organismo de regulación de seguros o cualquier agente o inspector nombrado por tal funcionario u organismo para que examine los asuntos de cualquier persona involucrada en el sector de los seguros y cuyas actividades afecten el comercio interestatal.
- 2) Por “fuerza física” se entiende una acción física contra otro, incluida la reclusión;
- 3) Por “conducta engañosa” se entiende lo siguiente:
 - a) Hacer una declaración falsa a sabiendas de que lo es;
 - b) Omitir intencionalmente información en una declaración, logrando con ello que una parte de ésta sea engañosa, u ocultar intencionalmente un hecho material, creando así una falsa impresión por tal declaración;

- c) Presentar o invitar a tener en cuenta, con ánimo de engañar y a sabiendas, un documento escrito o grabado que es falso, está falsificado o modificado, o de otra manera carece de autenticidad;
 - d) Presentar o invitar a tener en cuenta, con ánimo de engañar y a sabiendas, una muestra, espécimen, mapa, fotografía, linde u otro objeto que es engañoso en algún aspecto importante;
 - e) Utilizar a sabiendas una estratagema, plan o ardid con la intención de engañar;
- 4) Por “funcionario de los servicios encargados de hacer cumplir la ley” se entiende un funcionario o empleado del gobierno federal, o una persona autorizada a actuar para el gobierno federal o en su nombre, o que presta servicios al gobierno federal en calidad de asesor o consultor:
- a) Autorizado por ley a participar en la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento respecto de un delito, o de su supervisión; o
 - b) Que presta servicios como agente de libertad vigilada o de los servicios prejudiciales en el marco de este título;
- 5) Por “lesión corporal” se entiende:
- a) Un corte, abrasión, magulladura, quemadura o desfiguración;
 - b) Dolor físico;
 - c) Enfermedad;
 - d) Deterioro de la función de un miembro corporal, órgano o facultad mental; o
 - e) Cualquier otra lesión corporal, independientemente de su duración;
- y
- 6) La expresión “persuadir por medios corruptos” no comprende las conductas que serían engañosas si no fuera por la falta de intención.
- b) En el artículo 1505, la expresión “medios corruptos” se refiere a la actuación con una finalidad incorrecta, personalmente o mediante la influencia sobre otro, incluido el hecho de hacer una declaración falsa o engañososa, o de retener, ocultar, modificar o destruir un documento u otro tipo de información.
 - c) El presente capítulo no prohíbe ni castiga la prestación de servicios de representación jurídica lícitos y de buena fe en conexión con un procedimiento oficial o en previsión del mismo.

IV. Enmiendas de procedimiento y otras enmiendas legislativas para asegurar la penalización eficaz

A. Jurisdicción respecto de los delitos

“Artículo 15

“Jurisdicción

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención cuando:

- “a) El delito se cometa en su territorio; o
- “b) El delito se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito.

“2. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:

- “a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales;
- “b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o
- “c) El delito:
 - “i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio;
 - “ii) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o al inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención.

“3. A los efectos del párrafo 10 del artículo 16 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean nece-

sarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.

“4. Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.

“5. Si un Estado Parte que ejerce su jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del presente artículo ha recibido notificación, o tomado conocimiento por otro conducto, de que otro u otros Estados Parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, las autoridades competentes de esos Estados Parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas.

“...”

1. *Introducción*

210. En el contexto de la globalización, los delincuentes intentan a menudo evadir los regímenes nacionales desplazándose entre los Estados o desarrollando sus actividades en los territorios de más de un Estado. La principal inquietud de la comunidad internacional es que ningún delito grave quede impune y que todos los participantes en el delito sean castigados en cualquier lugar que se cometa. Hay que reducir o eliminar las lagunas jurisdiccionales que permiten que los fugitivos encuentren refugio seguro. Otra preocupación es asegurar que, en los casos en que un grupo delictivo opere activamente en varios Estados que puedan tener jurisdicción sobre la conducta del grupo, esos Estados dispongan de un mecanismo para facilitar la coordinación de sus respectivos esfuerzos.

211. La jurisdicción para someter a juicio y castigar tales delitos se aborda en el artículo 15 de la Convención. Los artículos siguientes proporcionan un marco para la cooperación entre los Estados que ya han ejercido esa jurisdicción. Se prevé que habrá casos en que se pedirá a muchos Estados Parte que cooperen en la investigación, pero sólo unos pocos de ellos estarán en condiciones de enjuiciar efectivamente a los delincuentes.

212. La Convención exige que los Estados establezcan jurisdicción cuando los delitos se cometan en su territorio o a bordo de aeronaves y buques registrados conforme a sus leyes⁹. Los Estados también deberán establecer juris-

⁹Véase también la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982 (especialmente los artículos 27, 92 (párrafo 1), 94 y 97), que entró en vigor en noviembre de 1994.

dicción en los casos en que no puedan extraditar a una persona por motivos de nacionalidad. En esos casos se aplicaría el principio general de *aut dedere aut judicare* (extraditar o enjuiciar) (véanse los artículos 15, párrafo 3, y 16, párrafo 10).

213. Además, se invita a los Estados a que estudien la posibilidad de establecer jurisdicción en los casos en que sus nacionales sean victimizados, en que el delito sea cometido por uno de esos nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia en su territorio, o en que el delito esté vinculado a delitos graves y blanqueo de dinero que esté previsto llevar a cabo en su territorio (artículo 15, párrafo 2). Por último, los Estados deberán consultar con otros Estados interesados en las circunstancias apropiadas a fin de evitar en lo posible el riesgo de que haya una superposición indebida de las jurisdicciones.

214. Disposiciones análogas a las de la Convención contra la Delincuencia Organizada pueden hallarse en otros instrumentos jurídicos internacionales, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (artículo 4), el Convenio de la OCDE sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 1997 (artículo 4), y la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996 (artículo V) (véase la sección 5 del presente capítulo, en la que se reproduce el texto de los artículos pertinentes). Los Estados que han promulgado la legislación de aplicación en calidad de partes en esas convenciones pueden no tener que hacer enmiendas importantes para cumplir los requisitos de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

2. Resumen de los principales requisitos

Jurisdicción obligatoria

215. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 15, cada Estado Parte deberá poder establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados conforme a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención contra la Delincuencia Organizada cuando se cometan:

- a)* En su territorio;
- b)* A bordo de un buque que enarbole su pabellón;
- c)* A bordo de una aeronave registrada conforme a sus leyes.

216. Además, conforme al párrafo 3 del artículo 15, en los casos en que un presunto delincuente se encuentre en el territorio de un Estado y el Esta-

do no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales (véase el artículo 16, párrafo 10), ese Estado debe poder establecer jurisdicción sobre los delitos que se mencionan a continuación cometidos incluso fuera de su territorio:

- a) Delitos tipificados conforme a los artículos 5, 6, 8 y 23, cuando entrañan la participación de un grupo delictivo organizado;
- b) Delitos graves que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, siempre que el delito por el que se pide la extradición sea punible según el derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido;
- c) Delitos incluidos en los Protocolos en los que los Estados son parte o tienen la intención de serlo.

217. Puede que los Estados ya tengan jurisdicción respecto de los delitos especificados, pero deben cerciorarse de que también la tengan cuando los delitos sean cometidos dentro y fuera de su territorio por alguno de sus nacionales. Por consiguiente, tal vez se requiera promulgar legislación.

218. Cada Estado Parte deberá, según proceda, ponerse en contacto con otros Estados Parte de los que tenga conocimiento que también ejercen jurisdicción respecto de los mismos hechos, a fin de coordinar sus medidas (artículo 15, párrafo 5).

3. Requisitos obligatorios

219. Los Estados deberán establecer jurisdicción cuando el delito en cuestión se cometa efectivamente en su territorio y a bordo de buques que enarbolen su pabellón o de aeronaves registradas conforme a sus leyes. Deberán asimismo tener jurisdicción para someter a juicio delitos cometidos fuera de su territorio si el delincuente es un nacional suyo que no puede ser extraditado para ser enjuiciado en otra parte por esa razón, es decir, deberán poder aplicar el principio de *aut dedere aut judicare* (artículos 15, párrafo 3, y 16, párrafo 10).

a) Artículo 15, párrafo 1

220. El párrafo 1 del artículo 15 exige que los Estados establezcan jurisdicción sobre la base del principio territorial. Este párrafo exige que cada Estado Parte establezca su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención contra la Delincuencia Organizada cuando el delito se cometa:

- a) En su territorio;
- b) A bordo de un buque en enarbole su pabellón;
- c) A bordo de una aeronave registrada conforme a sus leyes.

221. Los Estados Parte cuya jurisdicción penal actual no abarque todos los hechos punibles según los artículos 5, 6, 8 y 23 cometidos en su territorio o a bordo de los mencionados buques o aeronaves tendrán que complementar su régimen de jurisdicción existente. Al hacerlo, pueden obtener orientación de la legislación que se cita en la sección 5 *infra*.

222. Debe subrayarse que la obligación de establecer esta jurisdicción no está condicionada por los factores expuestos en el artículo 3 (Ámbito de aplicación), o sea, el carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado. Según lo previsto en el párrafo 2 del artículo 34, esos factores no deben tenerse en cuenta a los efectos de tipificar los delitos (salvo en la medida en que el artículo 5 exija la participación de un grupo delictivo organizado).

b) *Artículo 15, párrafo 3*

223. La Convención también exige que los Estados puedan ejercer jurisdicción respecto de los delitos cometidos fuera de su territorio por sus propios nacionales, cuando la extradición se deniega por motivos de nacionalidad.

224. Esta disposición exige que los Estados ejerzan jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la Convención a fin de que puedan cumplir la obligación prevista en el párrafo 10 del artículo 16, a saber, que deben someter el caso a las propias autoridades a efectos de enjuiciamiento si la extradición se ha rechazado debido a la nacionalidad del delincuente. Para comprender la naturaleza de la obligación impuesta por este párrafo, hay que examinar una serie de factores.

225. En primer lugar, el párrafo 1 ya exige que los Estados Parte tengan jurisdicción respecto de los delitos cometidos en su territorio y a bordo de sus buques y aeronaves.

226. Este párrafo exige que los Estados den un paso más en el establecimiento de su jurisdicción respecto de los delitos cometidos en el extranjero por sus nacionales. Como es de prever que la mayoría de las solicitudes de extradición que activarían la aplicación de este párrafo se refieran a hechos que tuvieron lugar en otro país, esta aplicación es un componente esencial de la obligación impuesta por el párrafo 10 del artículo 16.

227. En segundo lugar, la obligación de establecer jurisdicción respecto de los delitos cometidos en el extranjero se limita al establecimiento de jurisdicción respecto de los nacionales de ese Estado Parte cuando la extradición se ha rechazado exclusivamente por el motivo de la nacionalidad. Según lo dispuesto en el presente párrafo, los Estados Parte no están obligados a establecer jurisdicción respecto de los delitos cometidos por los que no son nacionales.

228. En tercer lugar, la jurisdicción debe abarcar los delitos comprendidos en la Convención. Esto significa no sólo los delitos tipificados conforme a los artículos 5, 6, 8 y 23, sino también todos los demás delitos comprendidos en la Convención. Es decir, los delitos graves, ya sea que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, de carácter transnacional o cuando la persona buscada se encuentre en el Estado requerido (lo que ocurrirá si la extradición se rechaza por motivos de nacionalidad).

229. Por consiguiente, en esencia, cada Estado Parte que no extradite a sus nacionales deberá establecer jurisdicción respecto de:

- a) Los hechos descritos en los artículos 5, 6, 8 y 23 que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado cuando los cometan en el extranjero sus nacionales;
- b) Los delitos graves (como se definen en el artículo 2, apartado b)) conforme a su legislación que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado cometidos en el extranjero por sus nacionales;
- c) Los delitos tipificados en los Protocolos en los que el Estado sea parte o tenga la intención de serlo.

c) *Artículo 15, párrafo 5*

230. Del artículo 15 dimanan nuevas obligaciones específicas respecto de la coordinación de los esfuerzos cuando más de un Estado investiga un delito particular.

231. La Convención exige que los Estados que tengan conocimiento de que otros Estados Parte están realizando una investigación o un proceso respecto de los mismos delitos celebren consultas con esos países, según proceda, a fin de coordinar sus medidas. En algunos casos, esta coordinación se traducirá en que un Estado Parte deje la labor de investigación o enjuiciamiento a otro Estado. En otros casos, los Estados interesados podrán exponer sus respectivos intereses mediante el intercambio de la información que han reunido. Asimismo, hay casos en que los Estados pueden, cada uno, acordar el sometimiento a juicio de determinados agentes o delitos, dejando otros agentes o

hechos conexos a los otros Estados interesados. Esta obligación de consultar es de carácter operacional y, en la mayoría de los casos, no exige ningún tipo de legislación de aplicación interna.

232. Deberá observarse que la expresión “según proceda” proporciona flexibilidad para no consultar, si ello no resulta aconsejable. Sin embargo, en muchos casos, los buenos resultados en la investigación y el enjuiciamiento de grandes delincuentes dependerán de la rapidez con que se coordinen las actividades entre las autoridades nacionales interesadas; además, la coordinación entre los Estados Parte puede asegurar que las pruebas susceptibles de verse afectadas por el factor tiempo no se dejen caducar (A/55/383/Add.1, párrafo 27).

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

233. Además de la jurisdicción obligatoria ya mencionada, la Convención alienta a los Estados Parte a que estudien la posibilidad de establecer jurisdicción en otros casos, en particular cuando sus intereses nacionales hayan sido perjudicados.

234. El párrafo 2 del artículo 15 menciona varias otras bases para la jurisdicción que los Estados Parte pueden considerar cuando:

- a)* El delito se cometa contra uno de sus nacionales (artículo 15, párrafo 2, apartado *a*) o contra una persona apátrida que sea residente habitual o permanente en su territorio (A/55/383/Add.1, párrafo 26);
- b)* El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por un residente habitual en su territorio (artículo 15, párrafo 2, apartado *b*);
- c)* El delito se refiera a actividades realizadas fuera de su territorio de un grupo delictivo organizado con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio (artículo 15, párrafo 2, apartado *c*), inciso i)); o
- d)* El delito consista en la participación en el blanqueo de dinero fuera de su territorio con miras a blanquear el producto del delito en su territorio (artículo 15, párrafo 2, apartado *c*), inciso ii)).

235. El párrafo 4 del artículo 15 prevé una base adicional no obligatoria respecto de la jurisdicción que los Estados Parte tal vez deseen considerar establecer. A diferencia del establecimiento obligatorio de jurisdicción estipulado en el párrafo 3, que permite el enjuiciamiento interno en lugar de la extradición de sus nacionales, el párrafo 4 permite el establecimiento de jurisdicción respecto de las personas que el Estado Parte requerido no extradita por otras razones.

236. Los Estados que traten de establecer tales bases para la jurisdicción podrán remitirse a título de orientación a la legislación que se cita en la sección 5 *infra*.

237. Por último, la Convención deja claro que la enumeración de esas bases para la jurisdicción no es exhaustiva. Los Estados Parte podrán establecer bases de jurisdicción adicionales sin perjuicio de las normas del derecho internacional general y de conformidad con los principios de su derecho interno:

“Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno” (artículo 15, párrafo 6).

238. La intención no es la de afectar a la normativa jurisdiccional general, sino más bien que los Estados Parte amplíen su jurisdicción para asegurar que los delitos trasnacionales graves de grupos delictivos organizados no escapen a la justicia debido a lagunas en materia de jurisdicción.

5. Recursos de información

239. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información que se enumeran a continuación.

a) Disposiciones e instrumentos conexos

i) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 3 (Ámbito de aplicación)

Artículo 5 (Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado)

Artículo 6 (Penalización del blanqueo del producto del delito)

Artículo 8 (Penalización de la corrupción)

Artículo 16, párrafo 10 (Extradición)

Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)

Artículo 23 (Penalización de la obstrucción de la justicia)

ii) Otros instrumentos

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1582, No. 27627

http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf

Artículo 4. Competencia

1. Cada una de las Partes:

a) Adoptará las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3:

- i) Cuando el delito se cometra en su territorio;
- ii) Cuando el delito se cometra a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito;

b) Podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 :

- i) Cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio;
- ii) Cuando el delito se cometra a bordo de una nave para cuya incautación dicha Parte haya recibido previamente autorización con arreglo a lo previsto en el artículo 17, siempre que esa competencia se ejerza únicamente sobre la base de los acuerdos o arreglos a que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo;
- iii) Cuando el delito sea uno de los tipificados de conformidad con el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3 y se cometa fuera de su territorio con miras a perpetrar en él uno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

2. Cada una de las Partes:

a) Adoptará también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 , cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte no lo extradite a otra basándose en que:

- i) El delito se ha cometido en su territorio o a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito; o
- ii) El delito ha sido cometido por un nacional suyo;

b) Podrá adoptar también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte no lo extradite a otra.

3. La presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno.

Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996, Organización de los Estados Americanos

<http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html>

Artículo V. Jurisdicción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito se cometiera en su territorio.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio.

3. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente.

4. La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en virtud de su legislación nacional.

Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, 1997, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, DAFFE/IME/BR(97)20

http://www.oecd.org/document/21/0,2340,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html

Artículo 4

1. Cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto del soborno de un funcionario público extranjero cuando el delito se cometiera total o parcialmente en su territorio.

2. Cada Parte que tenga competencia para enjuiciar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero adoptará las medidas necesarias para declararse competente respecto del soborno de un funcionario público extranjero, de acuerdo con los mismos principios.

3. Cuando más de una Parte tenga competencia respecto de la supuesta comisión de un delito descrito en este Convenio, las Partes interesadas celebrarán consultas, a petición de una de ellas, para determinar la jurisdicción más apropiada para el enjuiciamiento.

4. Cada Parte examinará si el fundamento actual de su competencia es eficaz para la lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros y, si no lo es, adoptará medidas para mejorarlo.

b) *Ejemplos de legislación nacional*

Albania

Código Penal

Artículo 6. Derecho aplicable a los actos delictivos cometidos por ciudadanos albaneses

En lo que respecta a los actos delictivos cometidos por ciudadanos albaneses dentro del territorio de la República de Albania, se aplicará el derecho penal de la República de Albania.

El derecho penal de la República de Albania se aplicará asimismo a los ciudadanos albaneses que cometan un delito en el territorio de otro país, cuando ese delito sea sancionable concurrentemente, a menos que un tribunal extranjero haya dictado sentencia definitiva.

A efectos del presente artículo, serán consideradas ciudadanos albaneses también las personas que posean otra nacionalidad, además de la albanesa.

Artículo 7. Derecho aplicable a los actos delictivos cometidos por ciudadanos extranjeros

El ciudadano extranjero que cometa un acto delictivo dentro del territorio de la República de Albania responderá de él con arreglo al derecho penal de la República de Albania.

El derecho penal de la República de Albania se aplicará también al ciudadano extranjero que, fuera de la República de Albania, cometa, contra los intereses del Estado de Albania o de un ciudadano albanés, uno de los siguientes delitos:

- a) Crímenes contra la humanidad;
- b) Delitos contra la independencia de Albania y su orden constitucional;
- c) Terrorismo;
- d) Organización de prostitución, fabricación y tráfico ilícitos de drogas, otros estupefacientes, armas, sustancias nucleares y material pornográfico;
- e) Secuestro de aeronaves o barcos;
- f) Falsificación del sello oficial de Albania, de la moneda albanesa o de bonos o acciones de Albania;
- g) Delitos que afecten a la vida o la salud de ciudadanos albaneses y que la ley castigue con una pena de prisión de cinco años o cualquier otra pena más severa.

Artículo 8. Derecho aplicable a los actos delictivos cometidos por una persona sin nacionalidad

Si una persona que no posee ninguna nacionalidad comete un acto delictivo dentro del territorio de la República de Albania o un delito fuera de él, se aplicarán las disposiciones del artículo 7 del presente Código.

Alemania

<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/germind.htm>

Código Penal**Japón**

<http://arapaho.nsuok.edu/~dreveskr/jap.html-ssi>
<http://www.law.tohoku.ac.jp/tohokulaw2.html>

Código Penal**Polonia****Capítulo XIII. Responsabilidad por delitos cometidos en el extranjero****Artículo 109**

El derecho penal polaco se aplicará a los ciudadanos polacos que hayan cometido un delito en el extranjero.

Artículo 110

§ 1. El derecho penal polaco se aplicará a los extranjeros que hayan cometido en el extranjero un delito contra los intereses de la República de Polonia, un ciudadano polaco, una persona jurídica polaca o una dependencia orgánica polaca que no tenga personalidad jurídica.

§ 2. El derecho penal polaco se aplicará a los extranjeros que hayan cometido en el extranjero un delito distinto de los enumerados en el § 1 si, en el derecho penal polaco, ese delito está sancionado con una pena superior a dos años de privación de libertad y si el autor permanece dentro del territorio de la República de Polonia y no se ha tomado ninguna decisión respecto de su extradición.

Artículo 111

§ 1. La responsabilidad por un acto cometido en el extranjero estará sujeta, sin embargo, a la condición de que la responsabilidad por ese acto esté también tipificada como delito en una ley vigente en el lugar de la comisión.

§ 2. Si hay diferencias entre el derecho penal polaco y la legislación vigente en el lugar de la comisión, el tribunal podrá tener en cuenta esas diferencias en favor del autor.

§ 3. La condición estipulada en el § 1 no se aplicará al funcionario público polaco que, mientras cumpla funciones en el extranjero, cometa allí un delito en relación con el desempeño de sus funciones, ni a la persona que cometa un delito en un lugar que no esté bajo la jurisdicción de ninguna autoridad estatal.

Artículo 112

Independientemente de las disposiciones en vigor en el lugar de la comisión del delito, se aplicará el derecho penal de Polonia al ciudadano polaco o al extranjero que cometan:

- 1) Un delito contra la seguridad interna o externa de la República de Polonia;
- 2) Un delito contra oficinas o funcionarios públicos de Polonia;
- 3) Un delito contra los intereses económicos esenciales de Polonia;
- 4) Un delito de declaración falsa en una oficina polaca.

Artículo 113

Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del delito, se aplicará el derecho penal de Polonia al ciudadano polaco o al extranjero, cuando no medie una decisión en materia de extradición, que cometan en el extranjero un delito respecto del cual la República de Polonia tenga obligación de enjuiciamiento en virtud de acuerdos internacionales.

B. Responsabilidad de las personas jurídicas

“Artículo 10

“Responsabilidad de las personas jurídicas

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.

“2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

“3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

“4. Cada Estado Parte velará 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 presente artículo.”

1. Introducción

240. En muchos casos, los delitos graves y complejos se cometen por conducto o al amparo de entidades jurídicas, como empresas u organizaciones de beneficencia. 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 cumplimiento.

241. El principio de que las personas jurídicas no pueden cometer delitos (*societas delinquere non potest*) solía gozar de aceptación universal. Esta situación cambió primero en algunos de los ordenamientos basados en el derecho anglosajón. Hoy día, el inveterado debate acerca de si las entidades jurídicas pueden o no tener responsabilidad penal ha sido sustituido también en otras partes por la cuestión de cómo definir y reglamentar esa responsabilidad.

242. Aún existe preocupación por la atribución de intención y culpa, la determinación del grado de culpabilidad colectiva, y el tipo de prueba requerido para imponer sanciones a las personas jurídicas y determinar las sanciones apropiadas a fin de evitar la penalización de partes inocentes. En todo el mundo, las autoridades responsables de la formulación de políticas siguen de cerca los continuos debates sobre cuestiones tales como el conocimiento colectivo, la regulación de los controles internos de las sociedades, la rendición de cuentas de éstas y la responsabilidad social, así como la aplicación de normas de negligencia o de otra índole.

243. Sin embargo, las legislaturas nacionales¹⁰ y los instrumentos internacionales¹¹ están complementando cada vez más la responsabilidad de las

¹⁰En el pasado, han sido esencialmente los ordenamientos basados en el derecho anglosajón los que establecían la responsabilidad de las personas jurídicas. Ahora, sin embargo, también Estados ajenos a esa tradición están adoptando medidas en esa dirección. Véanse, por ejemplo, el Código Penal de Australia de 1995, parte 2.5, Responsabilidad penal de las personas jurídicas; el Código Penal de los Países Bajos de 1976, artículo 51; el nuevo Código Penal de Francia, artículo 121, párrafo 2, que entró en vigor en 1994; la Ley de empresas de China de 1993, que establece la responsabilidad penal de las empresas. Véase también la responsabilidad penal de las *danwei* (las “unidades de trabajo”), que es anterior a la tendencia a la privatización de las empresas pero parece aplicarse a las entidades jurídicas contemporáneas. Véase asimismo la sección 5, Recursos de información, *infra*.

personas naturales con disposiciones específicas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas. Al mismo tiempo, los regímenes jurídicos nacionales siguen presentando grandes diferencias en lo que respecta a la responsabilidad de las entidades jurídicas; algunos Estados recurren a sanciones penales contra la organización misma, como multas, decomiso de bienes o privación de derechos legales, mientras que otros emplean medidas no penales o quasi penales¹². Como las principales cuestiones giran en torno a las modalidades de rendición de cuentas y al tipo de sanción que puede imponerse a las entidades jurídicas, en varios intentos de armonización previos a la Convención contra la Delincuencia Organizada se reconoció esa diversidad de enfoques¹³.

244. Por ejemplo, en su resolución 1994/15, el Consejo Económico y Social tomó nota de las recomendaciones del Grupo Especial de Expertos sobre las formas más eficaces de cooperación internacional contra la delincuencia transnacional, incluida la delincuencia ambiental, relativas a la función del derecho penal en la protección del medio ambiente, en que se establece, en la recomendación *g*), que debería apoyarse la difusión de la idea de imponer multas, penales o no, u otras medidas, a las empresas radicadas en jurisdicciones en las que el ordenamiento jurídico vigente no reconoce la responsabilidad penal de las empresas. El mismo espíritu se encuentra en el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección del medio ambiente por medio del derecho penal, de 1998, en cuyo artículo 9 se establece que podrán adoptarse sanciones o medidas penales o administrativas para que las entidades jurídicas respondan de sus actos.

245. Entre las iniciativas internacionales relacionadas con el blanqueo de dinero figura la sexta de las cuarenta recomendaciones originalmente acordadas por el GAFI en 1996, que establece que, cuando sea posible, estarán

¹¹En virtud del artículo 2 del Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997, de la OCDE, cada Estado Parte debe adoptar las medidas que sean necesarias, de acuerdo con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de soborno de un funcionario público extranjero.

¹²Véase, por ejemplo, el *Ordnungswidrigkeitengesetz*, § 30, de Alemania, sobre las personas cuyos actos comportan la responsabilidad de la entidad jurídica.

¹³El Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán (Italia) en 1985, recomendó para la adopción de medidas a nivel nacional, regional e internacional los Principios Rectores en materia de Prevención del Delito y Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo y de un Nuevo Orden Económico Internacional, en cuyo párrafo 9 se señala que los Estados Miembros deberían prestar debida atención al establecimiento de la responsabilidad penal no sólo de las personas que hubieran actuado en nombre de una institución, sociedad o empresa, o que tuvieran funciones ejecutivas o normativas en ella, sino también de la institución, sociedad o empresa misma, ideando medidas apropiadas para prevenir o sancionar la promoción de actividades delictivas. Esa recomendación fue reiterada posteriormente por la Asamblea General en el párrafo 4 de su resolución 40/32. Véase *Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán, 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985: informe preparado por la Secretaría* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.86.IV.1), cap. I, secc. B.

sujetas a responsabilidad penal también las personas jurídicas mismas, no sólo sus empleados. El Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves de la OEA contiene disposiciones similares en el artículo 15, que se reproduce en la sección 5 *infra*. La legislación modelo de la OEA sobre la responsabilidad de las entidades jurídicas en caso de soborno transnacional también puede resultar de interés.

246. Los delitos de corrupción han sido objeto de esfuerzos semejantes, por ejemplo, por parte de la OCDE en su Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, que obliga a las partes a establecer al menos la posibilidad de imponer sanciones monetarias no penales a las personas jurídicas por el soborno de funcionarios públicos extranjeros. El libro verde publicado por la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios alude a iniciativas europeas anteriores y añade que, sobre la base de esas iniciativas, los jefes de empresa o cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de las empresas podrán ser declarados penalmente responsables con arreglo a los principios definidos por su derecho interno en caso de fraude, corrupción o blanqueo del producto de estos últimos, cometidos por una persona sometida a su autoridad y por cuenta de la empresa. El documento establece asimismo que se considerará responsables a las personas jurídicas por la comisión, la participación (en calidad de cómplice o de instigador) o la tentativa en materia de actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales cometidos en su provecho por cualquier persona que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica y que su responsabilidad también deberá estar prevista cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas mencionadas haga posible la comisión de estos hechos por cuenta de dicha persona jurídica por una persona sujeta a su autoridad. En lo que respecta a la responsabilidad de la persona jurídica, se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que sean autoras, instigadoras o cómplices del fraude, la corrupción activa o el blanqueo de capitales.

247. Basándose en esas iniciativas, la Convención contra la Delincuencia Organizada pide que se establezca la responsabilidad tanto de las personas naturales o biológicas como de las personas jurídicas. En virtud del artículo 10, los Estados Parte deberán adoptar las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas. La responsabilidad podrá ser de índole penal, civil o administrativa, con lo cual se da cabida a los diferentes ordenamientos y enfoques jurídicos. Al mismo tiempo, la Convención requiere que las sancio-

nes que se impongan (monetarias o de otra índole) sean eficaces, proporcionadas y disuasivas, a fin de alcanzar el objetivo general de disuasión.

2. Resumen de los principales requisitos

248. El artículo 10 de la Convención contra la Delincuencia Organizada exige el establecimiento de la responsabilidad de las entidades jurídicas, de conformidad con los principios jurídicos del Estado, respecto de:

- a)* La participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado;
- b)* Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención;
- c)* Los delitos tipificados en virtud de los Protocolos, en la medida en que los Estados sean parte en ellos o estén considerando la posibilidad de serlo (artículo 1, párrafo 3, de cada Protocolo).

249. A ese respecto, la responsabilidad podrá ser de índole penal, civil o administrativa y las sanciones deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasivas.

3. Requisitos obligatorios

250. En virtud del párrafo 1 del artículo 10, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención.

251. Por lo tanto, los Estados Parte están obligados a establecer la responsabilidad de las entidades jurídicas, en la medida en que ello sea compatible con sus principios jurídicos, en tres tipos de casos: en el caso de participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado; en el caso de los delitos tipificados por los Estados Parte en cumplimiento de los artículos 5, 6, 8 y 23, y en el caso de los delitos tipificados en cualquiera de los Protocolos en que los Estados sean parte o tengan intención de pasar a serlo (véase el párrafo 3 del artículo 1 de cada Protocolo).

252. En el párrafo siguiente se estipula que, con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa (artículo 10, párrafo 2).

253. Como ya se señaló, esta disposición es coherente con otras iniciativas internacionales que reconocen y tienen en cuenta la diversidad de enfoques de los diferentes ordenamientos jurídicos con respecto a la responsabilidad de las entidades jurídicas. Así pues, el Estado Parte no está obligado a establecer la responsabilidad penal si ello es incompatible con sus principios jurídicos. En esos casos, una responsabilidad de índole civil o administrativa será suficiente para cumplir el requisito. Más adelante se presentan ejemplos de medidas no penales que pueden adoptarse.

254. En virtud del párrafo 3 del artículo 10 la responsabilidad de las entidades jurídicas debe establecerse sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumbe a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos. 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 entidad.

255. Por último, la Convención pide a los Estados Parte que velen 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 presente artículo (artículo 10, párrafo 4).

256. Ésta es una disposición específica que complementa el requisito más general del párrafo 1 del artículo 11 de que se tenga en cuenta la gravedad del delito al imponer las sanciones. Es bien sabido que la investigación de los delitos organizados transnacionales y los procesos correspondientes son relativamente largos. En consecuencia, los Estados con ordenamientos jurídicos que prevean la prescripción deberán velar por que los plazos de prescripción de los delitos descritos en la Convención y en los Protocolos en que sean parte sean relativamente largos, teniendo en cuenta su derecho interno y sus principios fundamentales y en consonancia con ellos (artículo 11, párrafo 5) (véase la sección C *infra*). Mientras que las disposiciones del artículo 11 se aplican tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, las del artículo 10 se aplican sólo a las personas jurídicas.

257. La sanción que se utiliza con más frecuencia es la multa, que a veces se califica de penal, a veces de no penal (como en Alemania, Bulgaria y Polonia) y a veces de híbrida (como en España y Suiza). Otras sanciones son el decomiso (véase la sección D *infra*, que abarca los artículos 12 a 14 de la Convención), la restitución o incluso el cierre de entidades jurídicas. Además, los Estados tal vez deseen considerar la posibilidad de establecer sanciones no monetarias como las que existen en algunos ordenamientos, por ejemplo, el retiro de ciertas ventajas, la suspensión de determinados dere-

chos, la prohibición de algunas actividades, la publicación del fallo y el nombramiento de un fideicomisario y la regulación directa de las estructuras de la persona jurídica (véanse, por ejemplo, las disposiciones de España, Francia y los Países Bajos).

258. La obligación de velar por que se impongan a las personas jurídicas sanciones apropiadas supone que esas sanciones estén previstas en la legislación y no debería limitar ni vulnerar la independencia judicial existente o la discreción con respecto a la imposición de penas.

259. Por último, debe tenerse presente que la Convención exige que se preste asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido en los casos en que una entidad jurídica esté sujeta a una responsabilidad de carácter penal, civil o administrativo (artículo 18, párrafo 2; véase también el capítulo V, sección B, *infra*).

5. *Recursos de información*

260. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información que se enumeran a continuación.

a) *Disposiciones e instrumentos conexos*

i) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

- Artículo 2 (Definiciones)
- Artículo 11 (Proceso, fallo y sanciones)
- Artículo 12 (Decomiso e incautación)
- Artículo 13 (Cooperación internacional para fines de decomiso)
- Artículo 14 (Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados)
- Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)

ii) *Otros instrumentos*

- Convenio de Lucha contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, 1997
Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, DAFFE/IME/BR (97) 20
http://www.oecd.org/document/21/0,2340,en_2649_34859_2017813_1_1_1,1,00.html

Convenio del Consejo de Europa sobre la protección del medio ambiente por medio del derecho penal, 1988

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 172

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/172.htm>

Convenio de derecho penal sobre la corrupción, 1999

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 173

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/173.htm>

Artículo 18. Responsabilidad de la persona jurídica

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos penales de soborno activo, tráfico de influencias y blanqueo de dinero tipificados de conformidad con este Convenio, cuando hayan sido cometidos en su provecho por cualquier persona natural, ya sea a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que tenga una posición directiva dentro de la persona jurídica, en razón de:

- Un poder de representación de la persona jurídica; o
- Una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica; o
- Una autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica;

así como de la participación de esa persona natural como cómplice o instigador en los antedichos delitos.

2. Aparte de los casos ya previstos en el párrafo 1, cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de supervisión o control por una persona natural mencionada en el párrafo 1 haya hecho posible la comisión de los delitos mencionados en el párrafo 1 en provecho de esa persona jurídica por una persona natural bajo su autoridad.

3. La responsabilidad de la persona jurídica en virtud de los párrafos 1 y 2 no excluirá el enjuiciamiento penal de las personas naturales que hayan sido autoras, instigadoras o cómplices de los delitos mencionados en el párrafo 1.

b) Ejemplos de legislación nacional

Australia

<http://www.ausimm.com.au/ohs/crimcode.pdf>

El Código Penal de Australia de 1995 contiene un análisis muy completo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Código Penal**Capítulo 2. Principios generales de la responsabilidad penal****Parte 2.5. Responsabilidad penal de las personas jurídicas****Cláusula 12****12.1 Principios generales**

1) El presente Código se aplica a las personas jurídicas de la misma manera que a los particulares, y lo hace con las modificaciones que se establecen en esta Parte y con toda otra modificación que sea necesario efectuar por el hecho de que la responsabilidad penal recae en una persona jurídica y no en un particular.

2) Una persona jurídica puede ser considerada culpable de cualquier delito, incluidos aquellos que son punibles con la reclusión.

Nota: El artículo 4B de la Ley de delitos de 1914 permite imponer una multa por los delitos para los cuales la única sanción especificada es una pena de prisión.

12.2 Elementos físicos

Si un empleado, agente o funcionario de una persona jurídica, sin rebasar el ámbito real o aparente de sus funciones, o sus facultades reales o aparentes, comete un elemento físico de un delito, ese elemento físico deberá atribuirse también a la persona jurídica.

12.3 Elementos de culpa distintos de la negligencia

1) Si la intención, el conocimiento o la imprudencia son un elemento de culpa en relación con un elemento físico de un delito, ese elemento de culpa deberá atribuirse a la persona jurídica que, de manera expresa, tácita o implícita, haya autorizado o permitido la comisión del delito.

2) Los medios por los que puede demostrarse que existió esa autorización o permiso son los siguientes:

a) La prueba de que el consejo de administración de la persona jurídica intencionalmente, a sabiendas o con imprudencia realizó la conducta de que se trata, o de manera expresa, tácita o implícita autorizó o permitió que se cometiera el delito; o

b) La prueba de que un alto funcionario de la administración de una persona jurídica intencionalmente, a sabiendas o con imprudencia realizó la conducta de que se trata, o de manera expresa, tácita o implícita autorizó o permitió la comisión del delito; o

c) La prueba de que en la persona jurídica existía una cultura empresarial que inspiró, fomentó, toleró o provocó el incumplimiento de la disposición pertinente; o

d) La prueba de que la persona jurídica no creó o no mantuvo una cultura empresarial que exigiera el cumplimiento de la disposición pertinente.

3) El apartado *b*) del párrafo 2 no se aplicará si la persona jurídica demuestra que ejerció la debida diligencia para evitar la conducta, o la autorización o permiso.

4) Los factores que interesan a efectos de la aplicación de los apartados *c*) o *d*) del párrafo 2 son:

a) Si la autorización para cometer un delito del mismo carácter o de índole parecida fue dada por un alto funcionario de la administración de la persona jurídica; y

b) Si el empleado, agente o funcionario de la persona jurídica que cometió el delito tenía motivos razonables para creer o suponer que un alto funcionario de la administración de la persona jurídica habría autorizado o permitido la comisión del delito.

5) Si la imprudencia no es un elemento de culpa en relación con un elemento físico del delito, el párrafo 2 no permite demostrar el elemento de culpa probando que el consejo de administración o un alto funcionario de la administración de la persona jurídica imprudentemente realizó la conducta o autorizó o permitió la comisión del delito.

6) En este artículo:

Por *consejo de administración* se entiende el órgano (comoquiera que se llame) que ejerce el poder ejecutivo en la persona jurídica.

Por *cultura empresarial* se entiende una actitud, política, norma, línea de acción o práctica existente dentro de la persona jurídica en general o en la parte de ella en que tienen lugar las actividades pertinentes.

Por *alto funcionario de la administración* se entiende un empleado, agente o funcionario de la persona jurídica con funciones de tal responsabilidad que puede razonablemente suponerse que su conducta representa la política de la persona jurídica.

12.4 Negligencia

1) La prueba de la negligencia de una persona jurídica es la que se establece en el artículo 5.5.

2) Si:

a) La negligencia es un elemento de culpa en relación con un elemento físico; de un delito; y

b) Ese elemento de culpa no puede atribuirse, individualmente, a ningún empleado, agente o funcionario de la persona jurídica, el elemento de culpa podrá recaer en la persona jurídica si la conducta de ésta, vista en su conjunto (es decir, sumando la conducta de los empleados, agentes o funcionarios interesados) fue negligente.

3) La negligencia puede quedar demostrada por el hecho de que la conducta prohibida se debió en medida sustancial:

a) A una deficiencia en la gestión, el control o la supervisión por parte de la empresa de la conducta de uno o más de sus empleados, agentes o funcionarios; o

- b) A que no se establecieron sistemas adecuados para transmitir la información pertinente a las personas pertinentes en la empresa.

12.5 Error de hecho (responsabilidad objetiva)

1) Una persona jurídica sólo podrá invocar el artículo 9.2 (error de hecho (responsabilidad objetiva)) respecto de una conducta que, aparte de lo dispuesto en este artículo, constituya un delito de su parte si:

- a) El empleado, agente o funcionario de la persona jurídica que realizó esa conducta tenía una idea razonable, pero equivocada, respecto de hechos que, de haber existido, habrían significado que la conducta no constituía un delito; y

- b) La persona jurídica demuestra que ejerció la debida diligencia para evitar la conducta.

2) El no ejercicio de la debida diligencia puede quedar demostrado por el hecho de que la conducta prohibida se debió en medida sustancial:

- a) A una deficiencia en la gestión, el control o la supervisión por parte de la empresa de la conducta de uno o más de sus empleados, agentes o funcionarios; o

- b) A que no se establecieron sistemas adecuados para transmitir la información pertinente a las personas pertinentes en la empresa.

12.6 Conducta o hecho interpuesto

Una persona jurídica no podrá invocar el artículo 10.1 (Conducta o hecho interpuesto) respecto de un elemento físico de un delito causado por otra persona si esa otra persona es un empleado, agente o funcionario de la persona jurídica.

China

Código Penal de China

Artículo 30

Toda compañía, empresa, institución, órgano estatal u organización que ponga en peligro a la sociedad, lo que la ley define como delito cometido por una unidad, estará sujeto a responsabilidad penal.

Dinamarca

Ley de 1993 sobre las medidas para prevenir el blanqueo de dinero

Párrafo 2

Si el delito [de blanqueo de dinero] es cometido por una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad por acciones (*anpartselskab*) u otra entidad análoga, la multa podrá imponerse a la sociedad como tal.

Francia**Código Penal****Título II. De la responsabilidad penal****Capítulo I. Disposiciones generales****Artículo 121-1**

Nadie será penalmente responsable sino de sus propios actos.

Artículo 121-2

Ley no. 2000-647 de 10 de julio de 2000, artículo 8, Diario Oficial de 11 de julio de 2000

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 a 121-7, y en los casos previstos por la ley o el reglamento.

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

Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 121-3, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos.

[Ejemplo de responsabilidad por “discriminación”]

Artículo 225-4

Las personas jurídicas podrán ser declaradas penalmente responsables de las infracciones definidas en el artículo 225-2, en las condiciones previstas en el artículo 121-2. Las penas aplicables a las personas jurídicas serán:

1. La multa, conforme a lo previsto en el artículo 131-38;
2. Las penas mencionadas en los apartados segundo, tercero, cuarto, quinto, octavo y noveno del artículo 131-39.

La prohibición mencionada en el apartado segundo del artículo 131-39 será aplicable a la actividad en cuyo ejercicio o con ocasión de la cual se haya cometido la infracción.

c) Otras fuentes de información

Principios Rectores en materia de Prevención del Delito y Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo y un Nuevo Orden Económico Internacional

Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán, 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985: informe preparado por la Secretaría (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.86.IV.1), cap. I, secc. B

<http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r032.htm>

Resolución 1994/15 del Consejo Económico y Social

<http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1994/eres1994-15.htm>

Corporate Liability Rules in Civil Law Jurisdictions

Organisation for Economic Cooperation and Development

<http://www.greco.coe.int/evaluations/seminar/HeineOLIS.pdf>

Modelo 1. Un acto de la administración como mala conducta de la propia empresa

La mayoría de los países, y también los proyectos de texto de las leyes de la mayoría de los países de Europa oriental, aplican la idea de identificar a la empresa con sus dirigentes imputando respectivamente la responsabilidad de éstos a la persona jurídica.

Modelo 2. Deficiencia de la persona jurídica, especialmente organización defectuosa de la empresa

El concepto de este segundo modelo es el siguiente: los incidentes tales como los actos de soborno en cuestiones empresariales están vinculados con deficiencias de la persona jurídica. A veces, como en el caso de Australia, la ley se centra en una cultura empresarial deficiente que estimula la comisión de determinados delitos (artículo 12.2 del Código Penal de 1995). En el contexto europeo, la responsabilidad especial de las empresas se basa cada vez más en la organización defectuosa de la empresa. En estas formas de responsabilidad de la persona jurídica no se trata ya de la responsabilidad por la mala conducta de un subordinado, sino de un tipo de culpa orgánica de la entidad como tal por haber descuidado su deber, como organización, de preocuparse de contrapesar adecuadamente los peligros posibles que acompañan la apertura y el funcionamiento de un sistema complejo. Este enfoque hace hincapié en que la responsabilidad penal de una empresa significa una responsabilidad especial de la persona jurídica como tal, que no es congruente con la responsabilidad de las personas naturales.

Modelo 3. Responsabilidad objetiva (el principio de causalidad)

En este concepto de responsabilidad se prescinde totalmente de las deficiencias reales de la organización que causan o facilitan la comisión de delitos. La creación de una organización con estructuras operativas complejas, que realiza procesos intrínsecamente peligrosos, se considera suficiente *per se* para imputar las consecuencias peligrosas a la empresa fuente de las actividades comerciales.

Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional (en español únicamente)

Organización de los Estados Americanos

<http://www.oas.org/juridico/spanish/legmodel.htm>

2. A la empresa domiciliada en el país que cometa el delito de soborno transnacional, se le impondrá una sanción de multa de (...), sin perjuicio de las demás sanciones que establezcan las leyes.

Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y Otros Delitos Graves

(Enmendado para incluir la financiación del terrorismo)

Organización de los Estados Americanos

http://www.cicad.oas.org/en/~/Lavado_Activos/eng/MODEL_REGULATIONS.htm

Artículo 15. Responsabilidades de las instituciones financieras

1. Las instituciones financieras, o sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, tengan participación en un delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, estarán sujetos a las sanciones más severas.

2. Las instituciones financieras serán responsables, conforme a derecho, por los actos de sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, tengan participación en la comisión de un delito de lavado de activos o financiamiento del terrorismo. Esta responsabilidad puede determinar, entre otras medidas, la imposición de una multa, la prohibición temporal de realizar transacciones o la suspensión del permiso de operaciones, o suspensión o revocación de la licencia para funcionar como institución financiera.

3. Cometen delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los artículos 11 a 14 del presente Reglamento, o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados artículos.

4. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiera corresponderle en relación con los delitos de tráfico ilícito u otros delitos graves, las instituciones financieras que no cumplan con las obligaciones a que se refieren los artículos 11 a 14 y 16 de este Reglamento, serán sancionadas, entre otras medidas, con la imposición de una multa, la prohibición temporal de realizar transacciones o la suspensión del permiso de operaciones, o suspensión o revocación de la licencia para funcionar como institución financiera.

Las cuarenta recomendaciones (revisadas en 2003)

Grupo de Acción Financiera sobre el blanqueo de capitales

http://www1.oecd.org/fatf/pdf/40Recs-2003_en.pdf

Recomendación 2, apartado b)

Los países deberán velar por que:

...

b) La responsabilidad penal y, cuando ello no sea posible, la responsabilidad civil o administrativa, se aplique a las personas jurídicas. Ello no debería excluir una actuación penal, civil o administrativa paralela respecto de las personas jurídicas en los países en que existan esas formas de responsabilidad. Deberán imponerse a las personas jurídicas sanciones que sean eficaces, proporcionadas y disuasivas. Tales medidas se adoptarán sin perjuicio de la responsabilidad penal de los particulares.

C. Proceso, fallo y sanciones

“Artículo 11

“Proceso, fallo y sanciones

“1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.

“2. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión.

“3. Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará 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 la apelación se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.

“4. Cada Estado Parte velará por que sus tribunales u otras autoridades competentes tengan presente la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la presente Convención al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos.

“5. Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualquiera de los delitos com-

prendidos en la presente Convención y un plazo mayor cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

“6. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos han de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.”

1. *Introducción*

261. La armonización de las disposiciones jurídicas sobre los delitos transnacionales cometidos por grupos delictivos organizados, la detección de los delitos, la identificación y detención de los culpables, la determinación de la competencia y la facilitación de una buena coordinación de las actividades nacionales e internacionales son componentes indispensables de una estrategia mundial concertada contra la delincuencia grave. Sin embargo, por sí solas no bastan. Una vez realizado todo ello, es necesario también garantizar que el proceso, el trato y la sanción de los delincuentes en las distintas partes del mundo sean relativamente simétricos y acordes con el daño causado, así como con los beneficios obtenidos de las actividades delictivas.

262. Las sanciones establecidas para delitos parecidos en distintos ordenamientos divergen considerablemente, y son reflejo de las diferentes tradiciones, prioridades y políticas nacionales. Es esencial, sin embargo, asegurar que la comunidad internacional aplique por lo menos un nivel mínimo de disuasión para combatir la percepción de que algunos tipos de delito “salen a cuenta”, aun cuando los autores sean condenados. En otras palabras, las sanciones deben ser claramente superiores a los beneficios del delito. Por lo tanto, además de armonizar las disposiciones sustantivas, los Estados deberían emprender una labor paralela en lo que respecta a las cuestiones del proceso, el fallo y el castigo.

263. Algunas iniciativas internacionales han abordado estas cuestiones en relación con delitos particulares como es el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) (resolución 45/110 de la Asamblea General, anexo).

264. El artículo 11 trata de este importante aspecto de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional respecto de los delitos comprendidos en la Convención y complementa las disposiciones relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 10) y a la incautación y el decomiso

del producto del delito (véanse los artículos 12 a 14). En este artículo se pide a los Estados Parte que tengan muy en cuenta la gravedad de los delitos comprendidos en la Convención cuando tomen decisiones acerca de la pena adecuada y de la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional. También se pide a los Estados que velen por que cualesquiera facultades discretionales de que dispongan conforme a su derecho interno se utilicen para disuadir de la comisión de los delitos incluidos en la Convención, de los delitos tipificados con arreglo a los Protocolos si son parte en ellos o están considerando la posibilidad de serlo y los “delitos graves” (artículo 2, apartado *b*)).

265. En general se considera probable que los delincuentes transnacionales consigan huir del país en que corren el riesgo de ser procesados. Por este motivo, la Convención pide a los Estados que adopten medidas para asegurar que las personas acusadas de la comisión de los cuatro principales delitos comprendidos en la Convención (en los artículos 5, 6, 8 y 23) comparezcan en todo procedimiento penal ulterior de conformidad con su legislación y con los derechos de la defensa. Esto se relaciona con las decisiones acerca de la concesión al acusado de la libertad en espera de juicio o de la apelación.

266. Por último, este artículo aborda la cuestión de la prescripción. En general, se trata de establecer plazos de prescripción para la instrucción de un proceso contra un acusado. Muchos Estados no tienen normas de este tipo, mientras que otros las tienen y las aplican de manera general o con limitadas excepciones. Cuando esas normas existen, su propósito es principalmente poner freno a los retrasos de parte de las autoridades judiciales o de parte de los demandantes en las causas civiles, tener en cuenta los derechos de los acusados y proteger el interés público en el cierre de los casos y en una justicia rápida. Los retrasos prolongados a menudo se acompañan de la pérdida de pruebas, de fallos de memoria y de cambios en el contexto jurídico y social, lo que aumenta las posibilidades de algún tipo de injusticia. Es necesario lograr un equilibrio entre los diversos intereses en juego, y la duración del plazo de prescripción varía considerablemente de un Estado a otro. Con todo, los delitos graves no deben quedar impunes, aun cuando se tarde más tiempo en llevar a los autores ante la justicia. Esto es particularmente importante en el caso de los prófugos, cuando el retraso en la instrucción del proceso escapa al control de las autoridades.

267. Por este motivo, la Convención pide a los Estados que tienen plazos de prescripción que establezcan períodos prolongados para todos los delitos comprendidos en la Convención, incluidos los delitos tipificados con arreglo a los Protocolos y los delitos graves, y períodos mayores para los casos en que los presuntos delincuentes hayan eludido la administración de justicia.

268. Además de las cuestiones que se acaban de analizar, el párrafo 6 del artículo 11 trata de la manera en que los delitos han de describirse en las legislaciones nacionales de los Estados Parte. En el capítulo II y en la sección A del capítulo III de la presente Guía y en la introducción de la primera parte se examinan más a fondo esta cuestión y otras a las que se refiere este artículo.

2. Resumen de los principales requisitos

269. En virtud de la Convención contra la Delincuencia Organizada los Estados deberán:

- a)* Garantizar que los delitos comprendidos en la Convención se penalicen con sanciones adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos (artículo 11, párrafo 1);
- b)* Velar por que cualesquiera facultades discretionales de que dispongan se ejerzan para dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley y a las medidas de prevención (artículo 11, párrafo 2);
- c)* Adoptar las medidas apropiadas para garantizar la comparecencia de los acusados en los procedimientos penales (artículo 11, párrafo 3);
- d)* Estudiar la naturaleza grave de los cuatro principales delitos comprendidos en la Convención cuando consideren la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional (artículo 11, párrafo 4);
- e)* Cuando proceda, establecer con arreglo a su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por los delitos comprendidos en la Convención, especialmente cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia (artículo 11, párrafo 5).

3. Requisitos obligatorios

270. Las disposiciones del artículo 11 se describen en grandes líneas bajo los epígrafes adecuación de las sanciones, proceso, fallo y prescripción.

a) Adecuación de las sanciones

271. En virtud del párrafo 1 del artículo 11, 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 los delitos.

272. Este párrafo establece el requisito general de que las sanciones tengan en cuenta la gravedad del delito, y se aplica a los cuatro tipos de penalización

que exige la Convención y a los delitos tipificados con arreglo a los Protocolos en que los Estados sean parte o estén estudiando la posibilidad de serlo (artículo 1, párrafo 3 de cada Protocolo). Las sanciones por los delitos graves en virtud del derecho interno se dejan a discreción de los legisladores nacionales. Se reitera que, si los legisladores desean que la Convención se aplique a esos delitos, tienen que establecer una pena máxima de por lo menos cuatro años de privación de libertad¹⁴.

273. Este requisito es de carácter general y se aplica tanto a las personas naturales como a las entidades jurídicas. Como se señala en el capítulo IV de la presente Guía, hay otras disposiciones más específicas que conciernen a las entidades jurídicas en el párrafo 4 del artículo 10, en virtud del cual los Estados deberán velar 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 presente artículo.

b) *Proceso*

274. Con arreglo a la Convención, cada Estado deberá velar por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discretionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión (artículo 11, párrafo 2).

275. Esa disposición se refiere a las facultades discretionales de enjuiciamiento de que se dispone en algunos Estados. 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 graves.

c) *Fallo*

276. A tenor de la Convención, con respecto a los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23, cada Estado adoptará medidas apropiadas,

¹⁴Por ejemplo, véase el apartado a) del párrafo 4 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, en el que se lee: “tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso”; véanse también las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), resolución 45/110 de la Asamblea General, anexo.

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 la apelación se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior (artículo 11, párrafo 3).

277. Las operaciones ilegales que muchos grupos delictivos transnacionales realizan generan unas ganancias considerables. Por consiguiente, los acusados pueden disponer de grandes sumas de dinero, que les permiten pagar la fianza y evitar la detención antes del juicio o de su apelación. El efecto disuasivo de la fianza disminuye en consecuencia, al tiempo que aumenta el riesgo de menoscabo del cumplimiento de la ley. Así pues, en el párrafo 3 del artículo 11 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 fuguen.

278. La Convención alienta también a que se aplique un régimen más estricto después de la condena, al pedir a cada Estado que vele por que sus tribunales u otras autoridades competentes tengan presente la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la presente Convención al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos (artículo 11, párrafo 4).

279. Muchos ordenamientos prevén la puesta en libertad anticipada o en libertad condicional de los delincuentes que están cumpliendo penas de prisión, mientras que otros prohíben completamente esas medidas. La Convención no pide a los Estados que establezcan tales medidas si sus sistemas no las prevén (A/55/383/Add.1, párrafo 20). Sin embargo, insta a los Estados que pueden conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a que aumenten el período que da derecho a ello, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos comprendidos en la Convención¹⁵.

d) *Prescripción*

280. En virtud del párrafo 5 del artículo 11, cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualquiera de los

¹⁵Para ello pueden considerarse las circunstancias agravantes que la legislación interna u otras convenciones enumeran. Véase, por ejemplo, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, artículo 6, párrafo 3; véase también la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, artículo 3, párrafo 7.

delitos comprendidos en la Convención y un plazo mayor cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

281. Como se mencionó en la introducción de la presente sección, muchos Estados no han establecido para los delitos penales un plazo de prescripción después del cual no es posible una actuación judicial al respecto. Otros tienen un plazo de prescripción general para el inicio de los procedimientos, que puede aplicarse a todos los delitos o contener excepciones claramente definidas. Estas disposiciones tienen por objeto lograr un equilibrio entre los intereses de una justicia rápida, el cierre de los casos y la equidad para con las víctimas y los acusados. Muchos ordenamientos jurídicos y convenciones internacionales, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el apartado 3) del párrafo 3 del artículo 14, contienen también cláusulas relativas al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

282. El artículo 10 no exige el establecimiento de plazos de prescripción en los Estados en que no existan.

283. Hay variaciones entre los Estados en cuanto al momento en que comienza a correr el plazo de prescripción y a cómo se cuenta. Por ejemplo, en algunos países el plazo no comienza a contar hasta que se toma conocimiento de la comisión del delito (por ejemplo, porque se interpone una denuncia o se descubre o notifica el delito) o hasta que el acusado ha sido detenido o extraditado y se le puede obligar a comparecer en juicio.

284. Además, en algunos ordenamientos, el plazo de prescripción puede suspenderse o prorrogarse si el acusado huye o no comparece en cualquier fase del procedimiento. La Convención contra la Delincuencia Organizada exige que los legisladores establezcan un plazo de prescripción mayor para los presuntos delincuentes que hayan eludido la administración de justicia. El plazo mayor se considera necesario en los casos en que los delincuentes acusados adoptan medidas positivas para huir o eludir de otro modo la administración de la justicia. Cabe señalar también que en muchos Estados no está permitido el juicio en rebeldía.

285. 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 acusado.

4. *Recursos de información*

286. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información que se enumeran a continuación.

a) *Disposiciones e instrumentos conexos*

i) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

Artículo 2 (Definiciones)

Artículo 5 (Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado)

Artículo 6 (Penalización del blanqueo del producto del delito)

Artículo 8 (Penalización de la corrupción)

Artículo 10 (Responsabilidad de las personas jurídicas)

Artículo 12 (Decomiso e incautación)

Artículo 14 (Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados)

Artículo 23 (Penalización de la obstrucción de la justicia)

Artículo 26 (Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley)

ii) *Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada*

Párrafo 3 del artículo 1 de cada Protocolo

Párrafo 3 del artículo 6 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes

iii) *Otros instrumentos*

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1582, No. 27627

http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, No. 14668

Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General

<http://ods-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement>

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm

b) *Ejemplos de legislación nacional*

Véase el sitio en la web de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para una amplia lista de diversas leyes nacionales y plazos de prescripción

http://www.undcp.org/odccp/legal_library/index-keyword-114.html

c) *Otras fuentes de información*

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)

Resolución 45/110 de la Asamblea General, anexo

<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r110.htm>

D. Identificación, localización, embargo preventivo o incautación de bienes y decomiso del producto del delito

“Artículo 12

“Decomiso e incautación

“1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

“a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;

“b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

“2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

“3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

“4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

“5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

“6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

“7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

“8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

“9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.”

“Artículo 13

“Cooperación internacional para fines de decomiso

“1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

“a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o

“b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencio-

nados en el párrafo 1 del artículo 12 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.

“2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

“3. Las disposiciones del artículo 18 de la presente Convención serán aplicables *mutatis mutandis* al presente artículo. Además de la información indicada en el párrafo 15 del artículo 18, las solicitudes presentadas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:

“a) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, una descripción de los bienes susceptibles de decomiso y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado Parte requirente que sean lo suficientemente explícitas para que el Estado Parte requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su derecho interno;

“b) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado b) del párrafo 1 del presente artículo, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso expedida por el Estado Parte requirente en la que se basa la solicitud, una exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden;

“c) Cuando se trate de una solicitud relativa al párrafo 2 del presente artículo, una exposición de los hechos en que se basa el Estado Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.

“4. El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o en los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente.

“5. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes y reglamentos o una descripción de ésta.

“6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la

presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.

“7. Los Estados Parte podrán denegar la cooperación solicitada con arreglo al presente artículo si el delito al que se refiere la solicitud no es un delito comprendido en la presente Convención.

“8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

“9. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada con arreglo al presente artículo.”

“Artículo 14

“Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados

“1. Los Estados Parte dispondrán del producto del delito o de los bienes que hayan decomisado con arreglo al artículo 12 o al párrafo 1 del artículo 13 de la presente Convención de conformidad con su derecho interno y sus procedimientos administrativos.

“2. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo al artículo 13 de la presente Convención, los Estados Parte, en la medida en que lo permita su derecho interno y de ser requeridos a hacerlo, darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos.

“3. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo a los artículos 12 y 13 de la presente Convención, los Estados Parte podrán considerar en particular la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos en el sentido de:

“a) Aportar el valor de dicho producto del delito o de dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes o una parte de esos fondos, a la cuenta designada de conformidad con lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 30 de la presente Convención y a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la delincuencia organizada;

“b) Repartirse con otros Estados Parte, sobre la base de un criterio general o definido para cada caso, ese producto del delito o esos bienes, o los fondos derivados de la venta de ese producto o de esos bienes, de conformidad con su derecho interno o sus procedimientos administrativos.”

1. *Introducción*

287. La penalización de la conducta con la que se obtienen importantes beneficios ilícitos no impone un castigo adecuado a los grupos delictivos organizados ni tiene efectos disuasorios. Incluso si han sido detenidos y declarados culpables, algunos de esos delincuentes pueden disfrutar de sus ganancias ilegales en provecho propio y para mantener las operaciones de sus empresas delictivas. Pese a algunas sanciones, persistirá la percepción de que el delito sale a cuenta en tales circunstancias y de que los gobiernos no han logrado eliminar los medios para que prosigan las actividades de los grupos delictivos.

288. Es necesario adoptar medidas prácticas para que los delincuentes no saquen provecho de sus delitos. Uno de los medios más importantes para lograrlo es asegurar que los Estados tengan rigurosos regímenes de decomiso que prevean la identificación, la localización, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso de los fondos y bienes adquiridos ilícitamente. Es asimismo necesario disponer de mecanismos específicos de cooperación internacional que permitan a los países dar efecto a las órdenes extranjeras de embargo preventivo y decomiso y determinar la utilización más apropiada del producto y de los bienes decomisados.

289. Los métodos y criterios utilizados por los diferentes sistemas jurídicos varían mucho. Algunos eligen un sistema basado en los bienes, otros un sistema basado en el valor, en tanto que otros combinan ambos sistemas. Según el primer sistema, se decomisan los bienes que se ha comprobado son el producto o los instrumentos utilizados para la comisión del delito. El segundo prevé determinar el valor del producto y de los instrumentos del delito y el decomiso de un valor equivalente. Algunos Estados proceden al decomiso del valor bajo determinadas condiciones (por ejemplo, si el producto ha sido utilizado, destruido u ocultado por el delincuente).

290. Otras variantes guardan relación con la gama de delitos respecto de los cuales puede aplicarse el decomiso, el requisito de una condena anterior del delincuente¹⁶, la norma de la prueba requerida (a nivel penal o a nivel civil inferior)¹⁷, si los bienes de terceros están sometidos a decomiso y en qué condiciones, y la facultad para decomisar el producto o los instrumentos de los delitos.

¹⁶Algunos países permiten el decomiso sin una declaración de culpabilidad si el acusado ha estado prófugo durante determinado período de tiempo y hay pruebas, con arreglo a la norma civil, de que los bienes son producto o instrumentos del delito. Otros países permiten la orden de decomiso por conducto de un procedimiento civil o administrativo (por ejemplo, Alemania y los Estados Unidos).

¹⁷Algunos ordenamientos prevén facultades discrecionales para revocar la carga de la prueba, en cuyo caso los delincuentes tienen que demostrar la fuente legal de los bienes (por ejemplo, Hong Kong, Región administrativa especial de China).

291. Es clara la necesidad de integración y de que se comience a elaborar un criterio más global. A tal fin, la Convención dedica tres artículos a esta cuestión¹⁸. Los artículos 12 a 14 abarcan los aspectos internos e internacionales de la identificación, el embargo preventivo y el decomiso del producto y los instrumentos del delito¹⁹. En los apartados *d) a h)* del artículo 2 se definen de la siguiente manera los términos “bienes”, “producto del delito”, “embargo preventivo”, “incautación”, “decomiso” y “delito determinante”:

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

“*e)* Por ‘producto del delito’ se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

“*f)* 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;

“*g)* Por ‘decomiso’ se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;

“*h)* Por ‘delito determinante’ se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención.”.

292. Según el artículo 12, los Estados Parte deberán adoptar, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas para autorizar el decomiso del producto, el valor equivalente del producto y los instrumentos utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la Convención. La expresión “en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno” tiene por objeto reflejar las distintas maneras en que los diferentes ordenamientos jurídicos cumplen las obligaciones impuestas por este artículo. Sin embargo, cabe esperar que los países tengan una posibilidad

¹⁸La finalidad de la presente Guía es ayudar a los legisladores nacionales mediante la exposición de los procedimientos básicos que hay que seguir, en lugar de explicar detalladamente las cuestiones complejas que están en juego, como la administración de los bienes decomisados, de qué manera se hace, las salvaguardias que habría que aplicar, etc. Casi todo esto forma parte de un debate mucho más amplio que comprende las cuestiones relativas al establecimiento de registros, las prerrogativas en la relación entre el cliente y el abogado y las condiciones para poder incautar registros, los requisitos de notificación, etc.

¹⁹Los legisladores de los Estados que tengan la intención de ser parte en el Protocolo sobre armas de fuego deberán tener en cuenta que ese Protocolo establece principios adicionales para el decomiso de las armas de fuego y su destrucción como método de disposición preferido y deberán examinar el artículo 6 del Protocolo sobre armas de fuego y la Guía legislativa correspondiente.

amplia de cumplir lo dispuesto en el artículo 12. Dicho artículo también obliga a cada Estado Parte a que adopte medidas para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de bienes con miras a su eventual decomiso. Además, obliga a cada Estado Parte a que faculte a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación de documentos bancarios y otras pruebas a fin de facilitar la identificación, el embargo preventivo y el decomiso.

293. El artículo 13 expone los procedimientos para la cooperación internacional en asuntos relativos al decomiso. Se trata de facultades importantes, ya que los delincuentes con frecuencia procura ocultar en el extranjero el producto y los instrumentos del delito, así como las pruebas de ello, a fin de burlar los esfuerzos para localizarlos y controlarlos de los servicios encargados de hacer cumplir la ley. Según el artículo 13, un Estado Parte que reciba la solicitud de otro Estado Parte deberá adoptar medidas particulares destinadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito con miras a su posterior decomiso. El artículo 13 también describe la manera en que se deben formular, presentar y ejecutar tales solicitudes. Es importante señalar que éstos son procedimientos especiales destinados a obtener el producto del delito, por contraposición a los procedimientos que ayudan en la búsqueda de tal producto como parte de la prueba del delito (por ejemplo, órdenes judiciales y procedimientos *in rem*).

294. El artículo 14 trata de la fase final del proceso de decomiso: la disposición de los activos decomisados. Si bien ésta debe realizarse de conformidad con el derecho interno, se pide a los Estados Parte que den prioridad a las solicitudes de otros Estados Parte para la devolución de tales bienes a fin de que se pueda indemnizar a las víctimas o devolver a sus propietarios legítimos. Asimismo, se alienta a los Estados Parte a que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos para que dicho producto pueda aportarse a las Naciones Unidas para financiar actividades de asistencia técnica en el marco de la Convención contra la Delincuencia Organizada o repartirse con otros Estados Parte que hayan ayudado a su decomiso.

295. Pueden encontrarse disposiciones detalladas análogas a las de la Convención contra la Delincuencia Organizada en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y el Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito, de 1990. Los Estados que hayan promulgado legislación para cumplir sus obligaciones como partes en esas Convenciones y Convenios pueden no tener que introducir enmiendas importantes para cumplir los requisitos de la Convención contra la Delincuencia Organi-

zada. Además, las cuarenta nuevas recomendaciones del GAFI proporcionan orientación a los países sobre la manera de identificar, localizar, incautar y decomisar el producto del delito.

296. A la inversa, el cumplimiento de las disposiciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada haría que los Estados se acercaran más al cumplimiento de lo dispuesto en las otras convenciones.

2. Resumen de los principales requisitos

a) Artículo 12

297. Los Estados deberán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, disponer del marco jurídico necesario para permitir:

a) El decomiso del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto (artículo 12, párrafo 1, apartado *a*));

b) El decomiso de los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención (artículo 12, párrafo 1, apartado *b*)).

c) La identificación, la localización y el embargo preventivo y/o la incautación del producto de los delitos y de los instrumentos utilizados para la comisión de los delitos comprendidos en la Convención, con miras a su eventual decomiso (artículo 12, párrafo 2);

d) La aplicación de las facultades de decomiso a los bienes transformados o convertidos y al producto entremezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas (hasta el valor del producto en cuestión), y a los beneficios o ingresos derivados del producto (artículo 12, párrafos 3 a 5);

e) La facultad de los tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. El secreto bancario no será una razón legítima para no cumplir dicha disposición (artículo 12, párrafo 6).

b) Artículo 13

298. Los Estados Parte deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

a) O remitir a sus autoridades competentes la solicitud de decomiso de otro Estado Parte, con miras a obtener una orden de decomiso a la que darán cumplimiento, o presentar a sus autoridades competentes, a fin de que

se le dé cumplimiento, la orden de decomiso expedida por otro Estado Parte (artículo 13, párrafo 1);

b) A solicitud de otro Estado Parte, identificar, localizar y embargar preventivamente o incautar el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos relacionados con los delitos comprendidos en la Convención con miras a su eventual decomiso (artículo 13, párrafo 2);

c) Proporcionar al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al artículo 13 (artículo 13, párrafo 5).

299. El artículo 13 menciona también los tipos de información requeridos por los diversos tipos de solicitud (artículo 13, apartados *a*) a *c*) del párrafo 3).

300. Los Estados Parte también deberán considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales para aumentar la eficacia de la cooperación internacional en esta esfera.

c) Artículo 14

301. En la medida en que lo permita su derecho interno y de ser solicitado por un Estado Parte requirente con arreglo al artículo 13, el Estado Parte que haya procedido al decomiso dará consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas o devolver ese producto o esos bienes a sus propietarios legítimos (artículo 14, párrafo 2).

3. Requisitos obligatorios

a) Ámbito

302. Los artículos 12 a 14 se aplican a todos los delitos comprendidos en la Convención. Esto incluye los delitos tipificados con arreglo a la Convención, otros delitos graves (artículo 2, apartado *b*)) y los delitos tipificados con arreglo a los Protocolos en los que los Estados son parte²⁰.

²⁰Los legisladores que tengan la intención de ratificar y aplicar el Protocolo sobre armas de fuego deberán observar que dicho Protocolo modifica los principios básicos de la localización y la disposición, ya que tiene en cuenta la naturaleza de las armas de fuego. El artículo 6 del Protocolo sobre armas de fuego establece principios adicionales para el decomiso de las armas de fuego y su destrucción como método de disposición preferido. El Protocolo define también la “localización”, ya que se aplica a las armas de fuego y contiene una obligación específica de ayudar a dicha localización (artículos 3, apartado *f*), y 12, párrafo 4). Sin embargo, en la medida en que las armas de fuego sean producto del delito o instrumentos utilizados para su comisión, estarían también comprendidas en los artículos 12 a 14 de la Convención (por ejemplo, en los casos en que los Estados son parte en la Convención contra la Delincuencia Organizada pero no en el Protocolo sobre armas de fuego).

303. Las principales obligaciones legislativas de establecer facultades que permitan el decomiso y la incautación se exponen en el artículo 12. Algunos requisitos adicionales u orientaciones legislativas pueden derivarse del artículo 13, que abarca principalmente asuntos relativos a la cooperación internacional, y del artículo 14, que trata de la disposición de los bienes y otros productos del delito.

*b) Producto o bienes sujetos a incautación o decomiso
(artículos 12, párrafos 1, 3, 4 y 5)*

304. La obligación sustantiva de permitir el decomiso y la incautación figura en los párrafos 1, 3, 4 y 5 del artículo 12, en tanto que las competencias procesales para identificar, localizar y acceder a los bienes se exponen en los párrafos restantes.

305. El apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 12 exige que los Estados Parte autoricen, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, el decomiso de:

- a) El producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;*
- b) Los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la Convención.*

306. En una nota interpretativa se indica que las palabras “utilizados o destinados a ser utilizados en” tienen por objeto significar una intención de naturaleza tal que pueda considerarse equivalente a la tentativa de cometer un delito (A/55/383/Add.1, párrafo 22).

307. Los párrafos 3 y 4 abarcan las situaciones en que el origen del producto o los instrumentos utilizados pueden no ser inmediatamente visibles, porque los delincuentes han dificultado su detección mezclando esos productos con productos legítimos o convirtiéndolos en otros productos. Estos párrafos exigen que los Estados Parte permitan el decomiso de los bienes en que se ha convertido ese producto, así como el producto entremezclado del delito hasta su valor estimado.

308. El párrafo 5 del artículo 12 exige además que los Estados vean por que los ingresos u otros beneficios derivados de la inversión del producto del delito puedan ser también objeto de decomiso. Una nota interpretativa indica que las palabras “otros beneficios” tienen por finalidad abarcar los beneficios materiales, así como los derechos e intereses legales susceptibles de aplicación forzosa, que estén sujetos a decomiso (A/55/383/Add.1, párrafo 23).

309. Muchos Estados ya cuentan con esas medidas respecto de los delitos relacionados con estupefacientes, en virtud de la legislación que promulgaron para llevar a efecto la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Tendrán que revisar la legislación a fin de determinar si necesita enmiendas para que abarque la amplia gama de delitos que comprende la Convención contra la Delincuencia Organizada.

c) *Obligaciones de establecer facultades procesales*
(artículo 12, párrafos 2 y 6)

310. La capacidad de investigación necesaria para aplicar íntegramente los artículos 12 a 14 dependerá en gran medida de elementos no legislativos, por ejemplo, de que los servicios encargados de hacer cumplir la ley y los fiscales cuenten con formación apropiada y con los recursos adecuados. Sin embargo, en la mayoría de los casos también se requerirá legislación para establecer las facultades adecuadas en apoyo de la localización y de las otras medidas de investigación necesarias para encontrar e identificar los activos y vincularlos con los delitos pertinentes. Los delincuentes que se enteran de que son objeto de investigación o de imputación intentan ocultar los bienes y protegerlos contra las actuaciones de los servicios encargados de hacer cumplir la ley. Si no es posible seguir la pista de esos bienes a medida que los delincuentes los desplazan, los esfuerzos de los servicios encargados de hacer cumplir la ley se verán frustrados.

311. La legislación que se pide en los párrafos 2 y 6 del artículo 12 es la siguiente:

a) Las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación del producto del delito u otros bienes (artículo 12, párrafo 2);

b) Las facultades a los tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales (artículo 12, párrafo 6).

312. El párrafo 6 del artículo 12 establece los requisitos jurídicos procesales para facilitar la aplicación de las demás disposiciones del artículo. Según el artículo, los Estados Parte deberán velar por que los documentos bancarios, financieros (como los de otras empresas de servicios financieros) y comerciales (como los de las transacciones de bienes inmuebles, o los de las compañías navieras, los transportistas y los aseguradores) sean objeto de presentación obligatoria, por ejemplo, en respuesta a una orden de presentación, o en caso de registro e incautación o en otros casos análogos, para asegurar

que los funcionarios de los servicios encargados de hacer cumplir la ley dispongan de esos documentos a los efectos de aplicar las medidas exigidas en el artículo 12. El mismo párrafo establece el principio de que los Estados no pueden esgrimir el secreto bancario como excusa para no aplicar ese párrafo. Como se verá más adelante, la Convención contra la Delincuencia Organizada establece la misma norma respecto de los asuntos de asistencia judicial recíproca (véanse el párrafo 8 del artículo 18 y la sección B del capítulo V de la presente Guía).

313. También en este caso, esas medidas son muy parecidas a las de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicótropicas de 1988. Así pues, muchos Estados ya las están aplicando, al menos en lo que respecta a los delitos relacionados con estupefacientes, en virtud de la legislación para la aplicación de ese tratado. Los Estados tendrán que revisar esa legislación para dar cabida a la gama más amplia de delitos que comprende la presente Convención contra la Delincuencia Organizada.

d) *Terceros (artículo 8, párrafo 12)*

314. El párrafo 8 del artículo 12 exige que los requisitos de incautación y confiscación no se interpreten en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, lo cual excluiría como mínimo a los que no tienen conocimiento del delito o vinculación con el delincuente.

315. El sistema de decomiso constituye intencionalmente una injerencia en los intereses económicos de los individuos. Por esta razón hay que proceder con particular cuidado para asegurar que el sistema elaborado por los Estados Parte preserve los derechos de terceros de buena fe que pueden tener interés en los bienes en cuestión.

316. Una nota interpretativa indica que al interpretar el artículo 12 se debe tener en cuenta el principio de derecho internacional según el cual los bienes pertenecientes a un Estado extranjero y utilizados con fines no comerciales no pueden decomisarse sin el consentimiento del Estado extranjero (A/55/383/Add.1, párrafo 21). En la misma nota se indica que no es el propósito de la Convención restringir las normas aplicables a la inmunidad diplomática o de los Estados ni de las organizaciones internacionales.

e) *Requisitos de cooperación internacional (artículo 13)*

317. El artículo 13 establece diversos mecanismos para aumentar la cooperación internacional respecto del decomiso. Como se indicó antes, los de-

lincuentes tratan con frecuencia de ocultar en el extranjero el producto y los instrumentos del delito. Así pues, esos mecanismos son necesarios a fin de que los delincuentes no se aprovechen de las fronteras nacionales ni de las diferencias de los ordenamientos jurídicos para conservar sus ganancias ilícitas, que les pueden permitir mantener la viabilidad de sus actividades delictivas, incluso si son enjuiciados y declarados culpables.

318. El párrafo 1 del artículo 13 estipula que los Estados Parte que reciban una solicitud de decomiso de otro Estado deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, seguir uno de dos posibles procedimientos. El Estado Parte requerido deberá, o bien presentar directamente a sus autoridades competentes, para que se le dé cumplimiento, la orden expedida por el Estado Parte requirente (apartado *b*), o bien presentar la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden interna de decomiso, a la que el Estado Parte requerido tendría que dar cumplimiento en caso de concederse (apartado *a*).

319. La Convención proporciona las dos alternativas para que haya un margen de flexibilidad en la manera en que los Estados deben dar efecto a las solicitudes de decomiso de terceros. Algunos Estados utilizan un sistema de decomiso mediante el cual el bien específico se localiza como derivado de un delito o utilizado para su comisión. Otros Estados tienen un sistema basado en el valor, mediante el cual se calcula el valor del producto o de los instrumentos utilizados y a continuación se decomisan bienes hasta ese valor. Pueden surgir problemas cuando la solicitud de un país con un sistema se dirige a un Estado que aplica el otro, a menos que el derecho interno de la parte requerida sea suficientemente flexible. Los ejemplos de legislación que se proponen en la sección 5 *infra* pueden ayudar en la elaboración de una legislación interna que contenga ese grado de flexibilidad.

320. El párrafo 2 del artículo 13 exige que la aplicación de las facultades judiciales y de investigación establecidas con arreglo al artículo 12 se amplíen a los casos iniciados sobre la base de una solicitud de otro Estado Parte. Una nota interpretativa indica que toda referencia al párrafo 1 del artículo 12 hecha en el artículo 13 se interpretará de modo que incluya asimismo una referencia a los párrafos 3 a 5 del artículo 12 (A/55/383/Add.1, párrafo 24), que se aplican cuando el producto del delito se ha convertido en otro bien, o entremezclado con fondos derivados de una actividad lícita. Con sujeción al derecho interno y a los tratados aplicables, los Estados deberán adoptar medidas cuando así lo solicite otro Estado Parte.

321. A tal fin, el párrafo 3 prevé que las disposiciones del artículo 18 de la Convención contra la Delincuencia Organizada (Asistencia judicial recíproca) serán aplicables para presentar las pruebas y la información necesarias

que justifiquen la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación y el decomiso conforme al artículo 13, y expone el contenido de las solicitudes de dicha asistencia. Sin embargo, según el párrafo 7 no existe la obligación de cooperar si el delito por el que se pide la asistencia no está comprendido en la Convención.

322. Además, al igual que en el párrafo 8 del artículo 12, las medidas de cooperación internacional establecidas en el artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

323. Los legisladores deberán velar por que la admisibilidad de los diversos documentos enumerados en el párrafo 3 del artículo 13 no plantea problemas cuando presente otro Estado esos documentos en apoyo de las solicitudes de localización, incautación o decomiso.

324. Además, las autoridades judiciales deberían estar facultadas para reconocer las decisiones, fallos u órdenes de un tribunal extranjero relativos a los elementos esenciales que condujeron a la incautación y decomiso, incluida cualquier decisión acerca de que un delito estuvo planificado o ha sido cometido, las decisiones sobre cuestión de hecho respecto de los vínculos entre el producto o los bienes y cualesquiera delitos pertinentes y delincuentes o presuntos delincuentes, y las órdenes relativas a las facultades de investigación, incautación y decomiso.

325. Los requisitos del Artículo 13 también están sujetos a las disposiciones de cualesquiera otros tratados bilaterales o multilaterales que se apliquen a los Estados Parte en cuestión.

326. La Convención establece que el procedimiento y las normas para llegar a la decisión definitiva respecto de la solicitud de cooperación en aplicación de los párrafos 1 ó 2 del artículo 13 será conforme y con sujeción a lo establecido en el derecho interno del Estado requerido o en cualquier tratado o convención pertinentes en los que sean parte tanto el Estado requerido como el requirente (artículo 13, párrafo 4). Los legisladores deberán revisar tales instrumentos y cualquier otra legislación de ejecución existente con miras a evitar incoherencias y asegurar que cualesquiera de los procedimientos actuales que sea más rápido o amplio que los exigidos por el artículo 13 no resulte perjudicado por las nuevas enmiendas legislativas.

327. Muchos países cuentan actualmente con esas medidas, al menos en lo que se refiere a los delitos relacionados con los estupefacientes, en virtud de la legislación que promulgaron para llevar a efecto la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Esos países tendrán que revisar su marco jurídico para determinar si hay que introducir enmiendas a fin de aplicar la amplia clase de delitos que comprende la Convención contra la Delincuencia Organizada, y

si es lo suficientemente flexible como para poder prestar asistencia a los Estados Parte con un sistema de decomiso diferente de aquel con el que cuentan actualmente.

328. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al artículo 13 (artículo 13, párrafo 5). Esa documentación debería proporcionarse a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

a) *Carga de la prueba*

329. Al establecer las facultades judiciales para ordenar la incautación y la confiscación, los legisladores nacionales deberían considerar cuestiones relativas a la carga de la prueba aplicable. En algunos sistemas, el decomiso se trata como asunto civil, con la norma concomitante del cálculo de probabilidades. En otros se considera un castigo penal, para el que debería aplicarse la norma más alta de la ausencia de toda duda razonable, y en algunos casos puede ser obligatorio en virtud de normas constitucionales u otras normas de derechos humanos.

330. En cierta medida, esto puede depender de si ya ha habido una o más condenas en encausamientos penales conexos. Puesto que éstos entrañan un fallo judicial, en el sentido de que el delito se cometió, basado en la norma de la prueba alta, de carácter penal, la norma civil más baja puede entonces aplicarse en los procesos ulteriores de decomiso a propósito de si los bienes en cuestión se derivaron del delito cometido, o se utilizaron o destinaron para ser utilizados en el delito cometido.

331. El párrafo 7 del artículo 12 permite desplazar la carga de la prueba al acusado para que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito. Como los países pueden tener limitaciones constitucionales o de otro tipo para hacer ese desplazamiento de la carga de la prueba, sólo deberán estudiar la posibilidad de aplicar esa medida en cuanto sea compatible con su derecho interno.

332. De manera análoga, los legisladores podrían considerar la posibilidad de adoptar la práctica conexa de algunos sistemas jurídicos de no exigir una condena penal como requisito para obtener una orden de decomiso, y de prever en cambio el decomiso sobre la base de una carga de la prueba menor aplicada en el proceso. Por ejemplo, la legislación de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tiene un sistema de este tipo, con

una carga de la prueba menor para la privación de bienes que la que se necesita para la privación de libertad.

b) *Adaptación de los diversos sistemas*

333. El párrafo 9 del artículo 12 reconoce que, debido a las grandes diferencias existentes entre los sistemas jurídicos internos, los Estados Parte no están obligados a aplicar las disposiciones del artículo 12 ciñéndose a una fórmula particular (por ejemplo, adoptando la formulación exacta del artículo), sino que tienen la flexibilidad de cumplir sus obligaciones de conformidad con su marco jurídico interno.

c) *Otros tratados*

334. En el párrafo 9 del artículo 13 se alienta a los Estados Parte a que consideren la posibilidad de celebrar tratados, acuerdos o arreglos con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional.

d) *Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados (artículo 14)*

335. El artículo 14 rige la disposición del producto del delito y de los bienes decomisados, pero no impone ningún requisito obligatorio. En general, la disposición por los Estados Parte se rige de conformidad con su derecho interno y sus procedimientos administrativos. Sin embargo, los párrafos 2 y 3 piden que se dé consideración a algunas opciones específicas de disposición.

336. El párrafo 2 del artículo 14 exige que, en la medida en que lo permita el derecho interno, se dé consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado requirente a efectos de indemnización o de devolución a las víctimas. Para la mayor parte de los sistemas de decomiso, un objetivo clave es la devolución a las víctimas de los bienes que les han sido arrebatados por los delincuentes, y es sumamente útil prever un procedimiento en el derecho interno que permita la repartición de los bienes decomisados entre las víctimas nacionales y extranjeras (véanse los artículos 24 y 25 de la Convención contra la Delincuencia Organizada y la sección E del capítulo IV de la presente Guía).

337. El apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 pide que se considere en particular la posibilidad de aportar el producto del delito o los bienes al Fondo de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal

para que se utilicen en la lucha contra la delincuencia organizada (véanse también el apartado *c*) del párrafo 2 del artículo 30 y el párrafo 9 de la resolución 55/25 de la Asamblea General).

338. El apartado *b*) del párrafo 3 del artículo 14 pide que se considere en particular la posibilidad de la repartición con otros Estados Parte de los fondos decomisados sobre la base de un criterio general o definido para cada caso. Una nota interpretativa indica que de ser factible, los Estados Parte estudiarían la conveniencia, de conformidad con las garantías individuales consagradas en su derecho interno, de utilizar los activos decomisados para sufragar el costo de la asistencia prestada con arreglo al párrafo 2 del artículo 14 (A/55/383/Add.1, párrafo 25). La repartición de los activos es un arma poderosa contra el delito organizado, y sin embargo está poco utilizada. Puede alentar una mayor cooperación entre las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley respecto de la localización, el embargo preventivo y el decomiso del producto del delito, ya que las autoridades extranjeras que prestan asistencia gracias a la cual y de esa manera contribuyen al decomiso pueden recibir una parte de los fondos para su utilización oficial en sus actividades de lucha contra la delincuencia. Los acuerdos concertados entre varios Estados ya prevén tal disposición de los activos decomisados, que va en beneficio mutuo, y se alienta a los países a que establezcan ese mecanismo.

339. En algunos países, tales disposiciones pueden exigir enmiendas legislativas o la concertación de acuerdos internacionales que posibiliten esas opciones y establezcan los procedimientos para su aplicación en los casos apropiados.

5. Recursos de información

340. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información que se enumeran a continuación.

a) Disposiciones e instrumentos conexos

i) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 2 (Definiciones)

Artículo 6 (Penalización del blanqueo del producto del delito)

Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)

Artículo 24 (Protección de los testigos)

Artículo 25 (Asistencia y protección a las víctimas)

Artículo 34 (Aplicación de la Convención)

ii) Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada

Párrafo 3 del artículo 1 de cada Protocolo

Protocolo sobre armas de fuego

iii) Otros instrumentos

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1582, No. 27627

http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf

Convenio sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito, 1990

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 141

<http://conventions.coe.int/treaty/EN/WhatYouWant.asp?NT=141>

Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, 1999

Resolución 54/109 de la Asamblea General, anexo

<http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/251/28/PDF/N0025128.pdf?OpenElement>

*b) Ejemplos de legislación nacional***Albania****Código Penal****Artículo 36. Decomiso de los medios para la comisión del delito**

El decomiso respecto de las personas que cometen actos delictivos es de la competencia de los tribunales, y consiste en la incautación y transferencia al Estado de los medios que han servido o se han elegido para la comisión de un delito, así como de los objetos, el dinero y cualquier otro bien resultante del acto delictivo, o la recompensa dada o prometida por su comisión.

Argelia**Artículo 93**

La retribución recibida por el culpable, o el monto de su valor si aquélla no se ha podido decomisar se declarará propiedad del Tesoro por medio del fallo.

Se dictará una orden de decomiso con respecto al producto del delito y a los objetos e instrumentos que se hayan utilizado para su comisión.

Artículo 133

Jamás se devolverán a la persona corrupta las retribuciones en dinero o en especie, ni su valor; esas cosas serán decomisadas y declaradas de propiedad del Tesoro por medio del fallo.

Alemania

<http://www.bmjj.bund.de/images/10927.pdf>

Código penal

Título séptimo. Decomiso y secuestro

Artículo 73. Presupuestos del decomiso

- 1) Si se ha cometido un acto ilícito y el autor, instigador o partícipe ha obtenido algo como resultado de ese acto o con el propósito de cometerlo, el tribunal ordenará el decomiso de los bienes obtenidos. Esto no será aplicable en la medida en que a la parte perjudicada le resulte del acto una pretensión cuya satisfacción privaría al autor, instigador o partícipe del valor de lo obtenido en virtud del acto.
- 2) La orden de decomiso se aplicará a los beneficios derivados. También podrá extenderse a los objetos que el autor, instigador o partícipe haya adquirido mediante la enajenación de un objeto obtenido, como sustitución por su destrucción, daño o incautación o en razón de un derecho adquirido.
- 3) Si el autor, instigador o partícipe ha actuado para otro y este último ha obtenido algo por ello, la orden de decomiso se expedirá contra él con arreglo a los párrafos 1) y 2).
- 4) También se ordenará el decomiso de un objeto cuando pertenezca o corresponda a un tercero que lo haya facilitado para la comisión del acto o estando en conocimiento de las circunstancias concomitantes del mismo.

Artículo 73a. Decomiso del valor de reposición

En la medida en que el decomiso de determinado objeto sea imposible debido a la naturaleza de lo obtenido o a alguna otra razón o porque no se ha ordenado el decomiso de un objeto de reposición con arreglo a la segunda oración del párrafo 2 del artículo 73, el tribunal ordenará el decomiso de una suma de dinero que corresponda al valor de lo obtenido. El tribunal también puede adoptar una decisión de esa índole paralelamente al decomiso de un objeto en la medida en que su valor se halle por debajo del valor de lo obtenido inicialmente.

Artículo 73b. Estimación

Podrá estimarse la magnitud y el valor de lo obtenido, así como el monto de la reclamación cuya satisfacción privaría al autor, instigador o partícipe de lo obtenido con la comisión del acto.

Artículo 73c. Cláusula de gravosidad

- 1) No se ordenará el decomiso en la medida en que signifique una gravosidad indebida para la persona afectada. No es necesario dar la orden en la medida

en que el valor de lo obtenido ya no forme parte de los bienes de la persona afectada en el momento de la orden o cuando lo obtenido sólo tiene un escaso valor.

2) Para la concesión de facilidades de pago se aplicará en lo pertinente el artículo 42.

Artículo 73d. Ampliación del decomiso

1) Si se ha cometido un acto ilícito con arreglo a una ley que remite a la presente disposición, el tribunal ordenará también el decomiso de objetos del autor, instigador o partícipe si las circunstancias justifican la presunción de que esos objetos fueron adquiridos a raíz de actos ilícitos, o con el propósito de cometerlos. La primera oración se aplicará también cuando un objeto no pertenezca o no corresponda al autor, instigador o partícipe sólo porque lo ha obtenido a raíz de la comisión de un acto ilícito o con el propósito de cometer ese acto. El párrafo 2 del artículo 73 se aplicará en lo pertinente.

2) Si después de la comisión del acto el decomiso de determinado objeto resultara total o parcialmente imposible, se aplicarán *mutatis mutandis* a ese respecto los artículos 73a y 73b.

3) Si después de dictada una orden de decomiso con arreglo al párrafo 1) *supra* debe adoptarse nuevamente una decisión sobre el decomiso de objetos del autor, instigador o partícipe debido a otro acto ilícito que el autor, instigador o partícipe haya cometido antes de que se dictara esa orden, el tribunal tendrá en cuenta la orden ya emanada.

4) El artículo 73c se aplicará en lo que sea pertinente.

Artículo 73e. Efecto del decomiso

1) Si se ordena el decomiso de un objeto, la propiedad de la cosa o el derecho decomisado pasarán al Estado cuando la sentencia sea firme, si para ese tiempo le corresponden a la persona afectada por la orden. Los derechos de terceros en el objeto no se verán afectados.

2) Antes de la ejecutoria la orden tendrá el efecto de prohibir la enajenación en el sentido del artículo 136 del Código Civil; la prohibición comprenderá también otros actos de disposición además de enajenaciones.

Artículo 74. Presupuestos del secuestro

1) Si se ha cometido un delito intencional, podrá ordenarse el secuestro de los objetos obtenidos a raíz de la comisión de ese delito o que se hayan utilizado en su comisión o preparación o hayan estado destinados a utilizarse para ese fin.

2) El secuestro sólo se permitirá cuando:

1. Los objetos pertenezcan o correspondan al autor, instigador o partícipe en el momento de la decisión; o

2. Los objetos, dada su naturaleza y las circunstancias, constituyan un peligro para el público en general, o cuando exista el peligro de que esos objetos se utilicen para la comisión de actos ilícitos.

3) Con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del párrafo 2), también se permitirá el secuestro de objetos cuando el autor haya actuado sin culpa.

- 4) Si se prescribe o admite el secuestro por una disposición especial distinta del párrafo 1 *supra*, se aplicarán en lo pertinente los párrafos 2) y 3).

Artículo 74a. Ampliación de los presupuestos del secuestro

Si la ley remite a esta disposición, se podrán secuestrar también los objetos, apartándose de lo dispuesto en el apartado 1 del párrafo 2) del artículo 74 si en el momento de la decisión la persona a la cual le pertenecen o le corresponden:

1. Ha contribuido al menos imprudentemente a que la cosa o el derecho hayan sido el objeto o el instrumento del acto o de su preparación;
2. Ha adquirido los objetos en forma reprobable con conocimiento de las circunstancias que hubiesen permitido su secuestro.

Artículo 74b. Principio de proporcionalidad

- 1) Si el secuestro no está establecido, no podrá ordenarse en los casos indicados en el apartado 1 del párrafo 2) del artículo 74 y en el artículo 74a cuando no guarde relación con la importancia del acto cometido o con el reproche que recae sobre el autor, instigador o partícipe, o el tercero en los casos del artículo 74a, afectados por el secuestro.
- 2) En los casos previstos en los artículos 74 y 74a, el tribunal ordenará que el secuestro permanezca reservado e impondrá una medida menos gravosa si a través de ella puede alcanzarse también la finalidad del secuestro. Deberá prestarse especial atención a las instrucciones:
 1. De convertir en inutilizables los objetos;
 2. De eliminar de los objetos determinados dispositivos o características o de modificarlos de otra manera; o
 3. De disponer de los objetos de determinada manera. Si se obedecieran las instrucciones, se levantará la reserva del secuestro; de lo contrario, el tribunal ordenará posteriormente el secuestro.
- 3) Si no se ha establecido el secuestro, éste podrá limitarse a una parte de los objetos.

Artículo 74c. Secuestro del valor de reposición

- 1) Si antes de la decisión sobre el secuestro el autor, instigador o partícipe ha explotado, particularmente enajenándolo o consumiéndolo, el objeto que le pertenecía o correspondía en el momento del acto y cuyo secuestro podría haber sido impuesto, o si ha impedido de otra manera el secuestro del objeto, el tribunal podrá ordenar el secuestro de una suma de dinero contra el autor, instigador o partícipe hasta el monto que corresponda al valor del objeto.
- 2) El tribunal puede impartir también esa orden junto con el secuestro de un objeto o en lugar de dicho secuestro, cuando el objeto haya sido afectado por el autor, instigador o partícipe, antes de la decisión de secuestro, con el derecho de un tercero cuya extinción no pueda ordenarse sin indemnización o no pueda ordenarse en caso de secuestro (párrafo 2) del artículo 74e y artículo 74f); si el tribunal impone la orden junto con el secuestro, se calculará el monto de valor de reposición de acuerdo con el valor de la afectación del objeto.

- 3) Podrá estimarse el valor del objeto y su afectación.
- 4) Para la concesión de facilidades de pago regirán las disposiciones del artículo 42.

Artículo 74d. Secuestro de publicaciones e inutilización

1) Las publicaciones (artículo 11, párrafo 3) que tengan un contenido tal que cada difusión intencional con conocimiento de su contenido cumpla los requisitos del tipo de una norma penal se secuestrarán cuando por lo menos un ejemplar haya sido difundido mediante un acto ilícito o haya estado destinado a esa difusión. Al mismo tiempo se ordenará la inutilización del equipo utilizado o destinado para la producción de las publicaciones, como placas, moldes, tipos, planchas, negativos o matrices.

2) El secuestro se extenderá sólo a los ejemplares que se encuentren en posesión de las personas que intervengan en su difusión o preparación o que hayan sido expuestos en público o que, tras haber sido despachados para su difusión, aún no hayan sido entregados al destinatario.

3) El párrafo 1) se aplicará en lo pertinente a las publicaciones (artículo 11, párrafo 3) que tengan un contenido tal que su difusión intencional con conocimiento de su contenido cumpla los requisitos del tipo de una norma penal sólo en el caso de que concurran otras circunstancias concomitantes al acto. No obstante, el secuestro y la inutilización sólo se ordenarán en la medida en que:

1. Los ejemplares y los objetos señalados en la segunda oración del párrafo 1) estén en posesión del autor, instigador o partícipe o de otra persona para quien haya actuado el autor, instigador o partícipe, o estén destinados a su difusión por esas personas; y

2. Las medidas sean necesarias para impedir una difusión contraria a la ley por parte de esas personas.

4) Se considerará equivalente a la difusión en el sentido de los párrafos 1) a 3) el hecho de que una publicación (artículo 11, párrafo 3) o por lo menos un ejemplar de la publicación se haya puesto al alcance del público en general mediante exposición, exhibición, presentación u otros medios.

5) Los párrafos 2) y 3) del artículo 74b regirán en lo pertinente.

Artículo 74e. Efecto del secuestro

1) Si se secuestra un objeto, la propiedad de la cosa o el derecho secuestreado pasarán al Estado cuando la sentencia sea firme.

2) Los derechos de terceros en el objeto no se verán afectados. No obstante, el tribunal ordenará la extinción de esos derechos cuando el secuestro se base en el hecho de que se cumplan las condiciones enunciadas en el apartado 2 del párrafo 2) del artículo 74. También podrá ordenar la extinción de los derechos de un tercero cuando no corresponda conceder a este último una indemnización con arreglo a lo dispuesto en los apartados 1 ó 2 del párrafo 2) del artículo 74f.

3) El párrafo 2 del artículo 73e regirá en lo pertinente para la orden de secuestro y la orden de reserva de secuestro, aun cuando ella no esté ejecutoriada.

Artículo 74f. Indemnización

1) Si para el momento de la ejecutoria de la decisión de secuestro o inutilización corresponde a un tercero la propiedad de la cosa o el derecho secuestrado o si ha sido afectado el objeto con el derecho de un tercero que se haya visto extinguido o menoscabado por la decisión, el tercero será indemnizado adecuadamente en dinero por el erario público teniendo en cuenta el justo valor del mercado.

- 2) No se otorgará indemnización cuando:
1. El tercero haya contribuido al menos imprudentemente a que la cosa o el derecho hayan sido el objeto o el instrumento del acto o de su preparación.
 2. El tercero haya adquirido el objeto o el derecho sobre el objeto en forma reprobable con conocimiento de las circunstancias que hubiesen permitido su secuestro o su inutilización; o
 3. Fuese admisible, en las circunstancias que hayan justificado el secuestro o la inutilización, secuestrar el objeto al tercero sin indemnización y de manera permanente sobre la base de disposiciones jurídicas ajenas al derecho penal.
- 3) En los casos del párrafo 2) *supra* podrá concederse una indemnización en la medida en que su denegación constituya un rigor injusto.

Australia

http://www.austlii.edu.au/au/legis/act/consol_act/poca1991160/index.html

Ley relativa al producto del delito, 1991

Austria

<http://www.ris.bka.gv.at/>

Decomiso, secuestro y otros textos pertinentes, incluidos los artículos 20a a 20c del Código Penal, los artículos 144a y 445 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 50 y 64 de la Ley de extradición y asistencia judicial recíproca

Los textos completos de las leyes arriba mencionadas pueden consultarse en alemán en el sitio en la web del Sistema de Información Jurídica de la República de Austria (véase el enlace *supra*), que incluye una guía de búsqueda en inglés.

Botswana

http://www.unodc.org/odccp/legal_library/bw/legal_library_1994-09-12_1994-44.html

Ley relativa al producto de delitos graves, 1990

Estados Unidos

<http://uscode.house.gov/download.htm>

18 U.S.C., artículos 981 a 986; 28 U.S.C., artículos 2461 a 2467

Nueva Zelanda

http://www.unodc.org/odccp/legal_library/nz/legal_library_1993-03-01_1992-38.html

Ley sobre el producto del delito, 1991

Polonia

<http://www.imolin.org/lawpolan.htm>

Capítulo V. Medidas penales**Artículo 44**

§ 1. El tribunal ordenará el decomiso de los artículos directamente derivados de la comisión de un delito a menos que deban restituirse a la persona perjudicada por ese delito o a otra entidad.

§ 2. El tribunal podrá ordenar el decomiso de los artículos que sirvieron para cometer el delito o que estaban destinados a ser utilizados para la comisión de éste a menos que deban restituirse a otra entidad.

§ 3. El decomiso descrito en el párrafo 2 no se aplicará si su imposición no fuese acorde a la gravedad del delito cometido, y el tribunal podrá imponer un pago complementario al erario público.

§ 4. En caso de que el autor haya impedido intencionalmente la posibilidad de ordenar el decomiso de los artículos especificados en los párrafos 1 ó 2, el tribunal podrá imponer la obligación de pagar el equivalente pecuniario de su valor.

§ 5. En caso de que la condena haya correspondido a un delito de violación de una prohibición de producción, posesión, comercio o transporte de determinados artículos, el tribunal podrá ordenar el decomiso de los mismos.

§ 6. Si los artículos mencionados en los párrafos 2 ó 5 no son de propiedad del autor, el tribunal podrá ordenar el decomiso sólo en los casos previstos por la ley; en el caso de copropiedad, la decisión abarcará únicamente el decomiso de la parte que pertenece al autor, o la obligación de pagar el equivalente pecuniario de su valor.

§ 7. Los bienes que sean objeto de decomiso pasarán a ser propiedad del erario público en el momento en que la sentencia adquiera autoridad de cosa juzgada.

Artículo 45

§ 1. Si el autor ha obtenido, incluso indirectamente, un beneficio financiero de la comisión de un delito, el tribunal podrá ordenar su decomiso o el decomiso

de su equivalente. El decomiso no se ordenará total ni parcialmente si el beneficio o su equivalente debieran restituirse a la persona perjudicada por la comisión del delito o a otra entidad.

§ 2. En el caso de condena del autor mencionado en el artículo 65 o de un autor que haya obtenido un beneficio sustancial de la comisión de un delito, el tribunal ordenará el decomiso del beneficio obtenido o su equivalente financiero. La disposición de la segunda oración del párrafo 11 se aplicará en lo pertinente.

§ 3. El beneficio financiero objeto de decomiso, o su equivalente, pasarán a ser propiedad del erario público en el momento en que la sentencia adquiera autoridad de cosa juzgada.

Artículo 52

En caso de que se dicte sentencia con respecto a un delito que haya reportado beneficios materiales a una persona natural o jurídica o a una dependencia orgánica que carezca de la calidad de persona jurídica, y que el delito haya sido cometido por un autor que actuó en su representación o interés, el tribunal ordenará a la entidad que obtuvo el beneficio material que lo restituya en su totalidad o en parte al erario público; esto no afectará al beneficio material que deba restituirse a otra entidad.

c) Otras fuentes de información

Resolución 55/25 de la Asamblea General

[http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/560/89/PDF/
N0056089.pdf?OpenElement](http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/560/89/PDF/N0056089.pdf?OpenElement)

Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad

[http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/
N0155743.pdf?OpenElement](http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement)

Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito, 1999

<http://www.imolin.org/ml99eng.htm>

Acción común 98/699/JAI del Consejo de Europa, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, 1998

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 333, de 9 de diciembre de 1998

[http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/1998/l_333/l_33319981209
en00010003.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/1998/l_333/l_33319981209_en00010003.pdf)

Las cuarenta recomendaciones (revisadas en 2003)
Grupo de Acción Financiera sobre el blanqueo de capitales
http://www1.oecd.org/fatf/pdf/40Recs-2003_en.pdf

E. Protección de los testigos y las víctimas

“Artículo 24

“Protección de los testigos

“1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

“2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en:

“a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;

“b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo, aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados.

“3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.

“4. Las disposiciones del presente artículo también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos.”

“Artículo 25

“Asistencia y protección a las víctimas

“1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación.

“2. Cada Estado Parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución.

“3. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.”

“Artículo 26

“Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley

“1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alejar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a:

“a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como:

- “i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados;
- “ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados;
- “iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer;

“b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito.

“2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

“3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

“4. La protección de esas personas será la prevista en el artículo 24 de la presente Convención.

“5. Cuando una de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo que se encuentre en un Estado Parte pueda prestar una cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato enunciado en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.”

1. *Introducción*

341. Las dos secciones anteriores se concentran en la importancia de los esfuerzos por impedir que los autores de delitos transnacionales socaven la integridad del proceso de justicia penal y se protejan a sí mismos y a sus ganancias de las actividades de los servicios encargados de hacer cumplir la ley. Se ha examinado la necesidad de abordar eficazmente una serie de actos relacionados con la corrupción oficial y la obstrucción de la justicia. Se ha indicado que la Convención contra la Delincuencia Organizada contiene una serie de disposiciones sobre lo que deben y pueden hacer los Estados en esos casos (capítulo III, secciones D y E).

342. El artículo 24 complementa esas disposiciones con respecto a los testigos requiriendo que los Estados adopten medidas apropiadas contra posibles actos de represalia o intimidación y alentando la aprobación de normas probatorias y de procedimiento que fortalezcan esa protección.

343. No obstante, para que se haga justicia, también debe prestarse especial atención a las víctimas del delito. Puede también que sean testigos, pero su protección es particularmente importante dados los perjuicios sustanciales que pueden sufrir a manos de la delincuencia organizada transnacional. Todos los años aparecen artículos de prensa, informes gubernamentales y estudios académicos repletos de informes perturbadores sobre los cientos de miles de personas que son víctimas de los traficantes de seres humanos, las personas que se dedican al comercio ilegal de órganos y los autores de otros delitos transnacionales. Hay hombres, mujeres y niños a los que se somete a trabajos forzados y otros tipos de explotación económica, física y sexual en todo el mundo. El llamamiento para acabar con las formas contemporáneas de esclavitud es universal.

344. Los derechos de las víctimas de la delincuencia se han descuidado durante mucho tiempo, pero recientemente se han adoptado varias iniciativas no sólo con respecto a su situación en el proceso de la administración de justicia sino también con respecto a la reparación, la indemnización debida y la asistencia concreta de modo que puedan recuperarse tan completamen-

te como sea posible (véanse los recursos de información enumerados en la sección 5 *infra*). El terrorismo transnacional ha añadido, por supuesto, su propio nivel considerable de victimización, promoviendo nuevas respuestas internacionales, incluida la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales representadas por los actos de terrorismo.

345. La Convención contra la Delincuencia Organizada reconoce la importancia de mitigar el impacto de la delincuencia organizada transnacional en los grupos y personas vulnerables, y pide a los Estados que adopten medidas para proteger a las víctimas contra las represalias o la intimidación y para garantizar que se introduzcan procedimientos de indemnización y restitución. Además, los Estados deberán considerar la perspectiva de las víctimas, con arreglo a los principios de su derecho interno y en consonancia con los derechos de los demandados.

346. Cabe destacar que dos de los Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada son especialmente pertinentes para la protección de las víctimas. El Protocolo contra la trata de personas prevé la penalización y prevención de esa trata (artículo 5) así como la asistencia, la protección y la repatriación de las víctimas (artículos 6, 8, y 9, párrafo 1). El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes también procura proteger a los migrantes y amparar los derechos de los refugiados (artículos 16 y 19). En las guías legislativas de esos dos Protocolos se proporciona a los Estados información sobre la manera de aplicar los requisitos adicionales (véanse las partes segunda y tercera de la presente publicación).

347. Por último, las investigaciones relativas a grupos delictivos transnacionales complejos y el proceso de aplicación coercitiva de la ley para combatirlos pueden beneficiarse mucho con la cooperación de los miembros y otros participantes en el grupo delictivo. Lo mismo se aplica a la prevención de delitos graves, donde la información confidencial puede frustrar la realización de las actividades delictivas previstas.

348. Existen testigos especiales, que al mismo tiempo están sometidos a enjuiciamiento debido a su participación directa o indirecta en un grupo delictivo organizado. Algunos Estados han procurado promover la cooperación de esos testigos concediéndoles inmunidad judicial o clemencia comparativa en determinadas condiciones que varían de un Estado a otro.

349. La Convención contra la Delincuencia Organizada requiere que los Estados adopten medidas para alentar esa cooperación de acuerdo con sus principios jurídicos fundamentales. 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.

2. Resumen de los principales requisitos

a) Artículos 24 y 25

350. Teniendo en cuenta que algunas víctimas pueden también ser testigos, se requiere que los Estados:

- a)* Protejan de manera eficaz a los testigos, con los medios disponibles, lo que podrá incluir:
 - i)* La protección física;
 - ii)* La reubicación en el propio país y en el extranjero;
 - iii)* Arreglos especiales para prestar testimonio;
- b)* Establezcan procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la Convención obtener indemnización y restitución;
- c)* Brinden a las víctimas oportunidades de presentar sus opiniones y preocupaciones en una etapa apropiada de las actuaciones penales, con sujeción a su derecho interno;
- d)* Consideren la posibilidad de celebrar acuerdos de reubicación.

b) Artículo 26

351. Con arreglo al artículo 26, los Estados deberán:

- a)* Adoptar medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a:
 - i)* Proporcionar información con fines investigativos y probatorios;
 - ii)* Prestar ayuda efectiva y concreta que contribuya a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito;
- b)* Considerar la posibilidad de prever la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial;
- c)* Considerar la posibilidad de prever la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial (esto tal vez exija la promulgación de legislación en los ordenamientos que no admiten discreción en materia de procesamiento).

3. Requisitos obligatorios

352. La Convención contra la Delincuencia Organizada reconoce la importancia de proteger a los testigos y a las víctimas como un fin en sí mismo y también como un medio necesario para garantizar la buena disposición de los testigos para cooperar en la denuncia de los delitos y proporcionar las pruebas requeridas para enjuiciar y condenar a los delincuentes.

353. Los artículos 24 y 25 se ocupan respectiva y separadamente de los testigos (protección únicamente) y de las víctimas (asistencia y protección).

354. Las obligaciones de proteger a los testigos son más amplias, pero se aplican también a las personas que son al mismo tiempo víctimas y testigos (artículo 24, párrafo 4) y, por lo tanto, casi siempre se aplicarán también a las víctimas.

a) Protección de los testigos

355. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la Convención contra la Delincuencia Organizada, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas. Esas medidas podrán consistir en:

a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida su reubicación, y permitir la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;

b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad.

Estos requisitos son obligatorios, pero sólo cuando proceda y dentro de las posibilidades del Estado Parte interesado.

356. Esto significa que la obligación de proteger de manera eficaz a los testigos se limita a casos específicos o a condiciones determinadas en que, en opinión del Estado Parte que aplica la Convención, esos medios son apropiados. Podrá dejarse a criterio de las autoridades la evaluación de las amenazas o los riesgos que se presenten en cada caso y el otorgamiento de la protección sólo cuando ésta se vea justificada por la evaluación, por ejemplo. La obligación de proteger se plantea también sólo cuando esa protección está dentro de las posibilidades, por ejemplo, en cuanto a recursos disponibles y capacidades técnicas, del Estado Parte interesado.

b) *Alcance de la protección y significado de la palabra “testigo”*

357. La palabra “testigo” no se define, pero el artículo 24 limita el alcance de la obligación de proteger a testigos al caso de los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

358. Interpretado en sentido estricto, esto sólo se aplicaría cuando se preste efectivamente el testimonio, o cuando sea evidente que el testimonio se prestará, si bien el requisito de proteger a los testigos de eventuales actos de represalia puede llevar a una interpretación más amplia.

359. La experiencia de los Estados que cuentan con programas de protección para los testigos sugiere que se requerirá un enfoque más amplio para aplicar este requisito a fin de asegurar una protección suficiente como para garantizar que los testigos estén dispuestos a cooperar en las investigaciones y los juicios. Además de destinarse a testigos que efectivamente hayan prestado testimonio, los programas de protección deberían procurar en general otorgar protección:

a) A todas las personas que cooperen o presten asistencia en las investigaciones hasta que sea evidente que no serán llamadas a testificar; y

b) A las personas que proporcionen información que sea pertinente pero no se requiera como testimonio o no se utilice en el juicio debido al temor por la seguridad del informante o de otras personas.

360. Por consiguiente, los legisladores tal vez deseen elaborar disposiciones aplicables a toda persona que tenga o pueda tener información que sea o pueda ser pertinente para la investigación o el enjuiciamiento de un delito comprendido en la Convención, ya sea que esa información se presente o no como prueba.

361. Cabe observar asimismo que esta obligación se extiende para abarcar la protección de personas que participan o han participado en las actividades de un grupo delictivo organizado y que posteriormente cooperan con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, o les prestan asistencia, se trate o no de testigos (véase el párrafo 4 del artículo 26).

c) *Límites constitucionales: confrontación y revelación*

362. Dependiendo de los requisitos constitucionales u otros requisitos jurídicos de cada Estado Parte, pueden plantearse dos limitaciones importantes en cuanto a lo que es posible hacer para aplicar el artículo 24. Ambas se re-

lacionan con los derechos fundamentales de las personas acusadas de delitos y, en consecuencia, en el párrafo 2 del artículo 24 se prevé que las medidas deberían aplicarse sin perjuicio de los derechos del acusado. Por ejemplo, en algunos Estados la presentación de testimonios sin la presencia física del testigo, o mientras se oculta su verdadera identidad a los medios de comunicación y al acusado, tal vez tenga que conciliarse con normas constitucionales o de otra índole que otorgan al acusado el derecho a confrontar a sus acusadores. También cabría citar el ejemplo de algunos Estados en los cuales entre los requisitos constitucionales u otros requisitos jurídicos básicos figura el de que debe revelarse toda la información que tengan en su poder los fiscales, o toda la información que pueda ser exculpatoria para el acusado, a fin de permitir una defensa adecuada contra las acusaciones. Esto puede incluir información personal o las identidades de los testigos para permitir un contrainterrogatorio adecuado.

363. En los casos en que esos intereses entren en conflicto con medidas adoptadas para proteger la identidad u otra información acerca de un testigo por razones de seguridad, se puede pedir a los tribunales que ideen soluciones concretas para cada caso que tengan en cuenta los requisitos básicos relativos a los derechos del acusado y que al mismo tiempo no revelen información suficiente como para identificar fuentes de investigación confidencial o poner en peligro a los testigos o a los informantes. Podría considerarse la posibilidad de promulgar legislación que estableciera y limitara la discrecionalidad judicial en esos casos. Entre las posibles opciones figuran las medidas siguientes:

- a) Límites establecidos por ley a las obligaciones de revelación de información, aplicables cuando se haya determinado cierto grado básico de riesgo;
- b) Discrecionalidad judicial para examinar y corregir materiales escritos, decidiendo lo que no debe revelarse y puede suprimirse;
- c) Audiencias a puertas cerradas para la presentación de pruebas confidenciales, en las que pueda no autorizarse la presencia de medios de comunicación y otros observadores.

364. Algunos elementos de la protección de los testigos pueden relacionarse con el delito de obstrucción de la justicia (artículo 23), que incluye el uso de amenazas, de la fuerza y de la intimidación con los testigos (véase el capítulo III, sección E, de la presente Guía).

d) Asistencia y protección a las víctimas

365. El párrafo 1 del artículo 25 requiere que los Estados adopten medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección

a las víctimas de los delitos comprendidos en la Convención contra la Delincuencia Organizada, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación.

366. En general, los requisitos relativos a la protección de las víctimas estarán incluidos en la legislación que prevé la protección de los testigos. En el párrafo 4 del artículo 24 se pide a los Estados Parte que garanticen que esa protección se extienda a todas las víctimas que actúan también como testigos pero, para cumplir los requisitos del artículo 25, los legisladores deberán ya sea extender la protección a las víctimas que no son testigos o adoptar disposiciones paralelas para las víctimas y los testigos. En cualquiera de los dos casos, los requisitos sustantivos serán los mismos, y tanto en el artículo 4 como en el artículo 25 se hacen referencias específicas a posibles casos de represalia o intimidación.

367. Además de los requisitos relativos a la protección, el artículo 25 requiere también la adopción de medidas para prestar asistencia a las víctimas²¹.

e) *Indemnización o restitución*

368. En el párrafo 2 del artículo 25 se pide que se establezcan por lo menos algunos procedimientos adecuados que permitan obtener indemnización o restitución. No se exige que se garantice la indemnización o restitución a las víctimas, pero deben existir medidas legislativas o de otra índole que prevean procedimientos mediante los cuales pueda procurarse o reclamarse esa indemnización²².

369. En la mayoría de los casos, será necesario promulgar legislación para crear los procedimientos necesarios, si todavía no existen. Por lo general, los Estados han previsto una o más de las tres posibilidades siguientes para obtener indemnización o restitución:

- a) Disposiciones que permiten a las víctimas interponer demandas civiles por daños y perjuicios contra los delincuentes y otros con arreglo al derecho estatutario o al derecho consuetudinario;
- b) Disposiciones que permiten a los tribunales penales dictar sentencias por daños dolosos o imponer órdenes de indemnización o restitución contra personas condenadas por delitos penales;

²¹Véase también el Protocolo contra la trata de personas (artículos 6 a 8) que contiene requisitos adicionales para las víctimas de la trata.

²²El párrafo 6 del artículo 6 del Protocolo contra la trata de personas, que se elaboró después de la Convención contra la Delincuencia Organizada, es más claro, dado que se refiere a medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización.

c) Disposiciones que establecen fondos o planes especiales en virtud de los cuales las víctimas puedan reclamar una indemnización al Estado por los daños y perjuicios sufridos a raíz de un delito penal.

370. En muchos Estados es posible que existan más de una de estas opciones. La situación de las estructuras vigentes no se vería afectada, si bien podría resultar necesario introducir enmiendas para garantizar que todos los delitos comprendidos en la Convención y sus Protocolos puedan formar la base de una reclamación con arreglo a una opción por lo menos.

371. Los países que no dispongan de ninguna de estas opciones deberán establecer por lo menos una de ellas, quedando en libertad de adoptar más de una opción.

f) *Participación de las víctimas en las actuaciones penales*

372. En el párrafo 3 del artículo 25 se requiere que se brinde a las víctimas una oportunidad de expresar sus opiniones y preocupaciones durante las actuaciones penales. En los Estados en los que aún no existan esas oportunidades podría ser necesario introducir enmiendas en las leyes que rigen los procesos judiciales. Esa legislación debería tener en cuenta los factores siguientes:

a) La obligación abarca sólo a las víctimas de delitos comprendidos en la Convención, lo cual incluye los cuatro delitos tipificados con arreglo a la Convención, los delitos adicionales tipificados con arreglo a los Protocolos y otros delitos graves definidos en el apartado b) del artículo 2, siempre que sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado (artículo 3);

b) El que la determinación de si una persona que procura dar a conocer sus opiniones o preocupaciones es o no víctima de un delito de esa índole sería normalmente una cuestión de hecho sobre la que debería decidir el tribunal que entiende en el caso o en el que se tramita el juicio. Si ha de darse a una víctima la oportunidad de comparecer antes de que el tribunal haya adoptado una decisión final en cuanto a si el delito ocurrió realmente y antes de que el acusado sea condenado por la comisión de ese delito, la legislación debería autorizar al tribunal a permitir la participación en base a las reivindicaciones de la víctima, pero sin llegar a ninguna conclusión que pueda perjudicar el resultado final del caso. Si a la víctima sólo se le permite comparecer en caso de que el acusado sea hallado culpable y antes o después de que se imponga la condena, esta cuestión no se plantea;

c) La legislación debería prever alguna forma de expresión por parte de la víctima y exigir que fuera tenida en cuenta efectivamente por el tribunal;

d) La obligación consiste en permitir que se presenten las preocupaciones, lo cual podría incluir ya sea la presentación de escritos o declaraciones *viva voce*. Estas últimas podrían resultar más eficaces en los casos en que las víctimas sean capaces de hablar de manera convincente. No obstante, por lo general las víctimas no están preparadas ni representadas por un defensor, y existe el riesgo de que revelen información que no sea admisible como prueba a quienes adoptan decisiones sobre cuestiones de hecho. Esto es motivo de especial preocupación en los juicios en los que participan legos como jurados y en los que pueden formularse declaraciones antes de la determinación final de culpabilidad;

e) La obligación consiste en permitir la participación en las etapas apropiadas y sin que ello menoscabe los derechos de la defensa. Esto podrá requerir la adopción de precauciones para garantizar que las víctimas no revelen información que se había excluido como prueba debido a que se habían violado los derechos de la defensa, o que era tan perjudicial como para violar el derecho básico a un juicio justo. Muchos Estados que permiten la comparecencia de las víctimas (cuando no lo hacen en calidad de testigos) consideran que la única etapa apropiada es la posterior a la declaración de culpabilidad. Si se necesita la prueba que puede aportar la víctima, ésta es convocada como un testigo más. Si se absuelve al acusado, las declaraciones de la víctima serán improcedentes. No obstante, si el acusado es declarado culpable, la información relativa al impacto del delito en la víctima es a menudo muy pertinente para imponer la sentencia.

373. Hay una nota interpretativa en la que se indica que aunque el artículo 25 se centra en la protección física de las víctimas, el Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional tuvo presente la necesidad de proteger los derechos de la persona consagrados en el derecho internacional aplicable (A/55/383/Add.1, párrafo 48).

g) *Cooperación entre personas involucradas con la delincuencia organizada y las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley*

374. Conforme al artículo 26, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a:

a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre diversas cuestiones;

b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito.

375. Generalmente, los incentivos y protecciones necesarios para alentar a las personas que actúan en el ámbito de la delincuencia organizada a prestar asistencia a los investigadores o a los fiscales pueden proporcionarse sin una base legislativa, pero será necesario promulgar algunas disposiciones si aún no existe ninguna al respecto. Los Estados Parte deberán adoptar medidas apropiadas, pero el fondo de esas medidas se deja a criterio de los legisladores nacionales (véase la sección 4 *b) infra*).

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

a) Medidas relativas a normas probatorias destinadas a proteger a los testigos

376. A reserva de los principios del ordenamiento jurídico de cada Estado y de los derechos de la defensa, el párrafo 2 del artículo 24 permite la adopción de medidas que pueden consistir en:

a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y de lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;

b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo, aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados, como la utilización de pantallas que no permitan distinguir a las personas.

b) Regímenes de protección de los testigos

377. El párrafo 3 del artículo 24 alienta a los Estados, pero no los obliga, a celebrar acuerdos o arreglos para reubicar en otros países a los testigos, a sus familiares y demás personas cercanas que vayan a prestar o hayan prestado testimonio con respecto a delitos comprendidos en la Convención y que requieran protección contra eventuales actos de represalia o intimidación.

378. Muchos de los elementos de los programas de protección de los testigos son de índole administrativa u operacional, pero podría resultar necesario promulgar medidas legislativas con respecto a lo siguiente:

a) Las facultades legislativas o las facultades legislativas delegadas que puedan ser necesarias para proteger la confidencialidad de la identidad de los testigos y facilitar la creación de nuevas identidades y la expedición de nueva identificación y otros documentos de manera segura y confidencial. Esto puede incluir facultades para concertar arreglos con otros Estados a fin de permitir reubicaciones transfronterizas;

b) Para reglamentar el ejercicio de la discreción oficial en esos casos, también puede ser conveniente considerar la posibilidad de promulgar legislación especial en forma de reglamentos o directrices que rijan:

- i)* Los procedimientos que deben seguirse para determinar quiénes son testigos a los efectos de decidir si debe aplicarse o no el programa;
- ii)* Los procedimientos que deben seguirse para evaluar los riesgos o las amenazas;
- iii)* Las salvaguardias para prevenir el uso indebido de fondos y facultades discrecionales;
- iv)* Los requisitos relativos a la seguridad física y de la información;
- v)* En el caso de los testigos que son o pueden ser también delincuentes, las limitaciones y salvaguardias para proteger a los miembros del público de todo eventual delito futuro;

c) En los países en los que se estén aplicando la Convención contra la Delincuencia Organizada y el Protocolo contra la trata de personas, los legisladores deberían considerar la posibilidad de ampliar la aplicación de la totalidad o de algunas de las medidas que anteceden a las personas víctimas de la trata. En el párrafo 2 del artículo 8 del Protocolo contra la trata de personas se prevé que toda repatriación de una víctima se realizará teniendo debidamente en cuenta la seguridad de esa persona y este requisito se aplica a las víctimas que no han sido testigos. También se aplica a los Estados a los que se repatria a la víctima como nacional o residente permanente, incluso cuando la víctima no haya prestado testimonio o lo haya hecho en otro país (véanse los artículos 7 y 8 del Protocolo contra la trata de personas y la Guía legislativa para la aplicación de ese Protocolo (segunda parte *infra*) para mayores detalles).

c) Mitigación de la pena e inmunidad

379. Los Estados deberán considerar las opciones de inmunidad y mitigación de la pena para quienes cooperen con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 26. La experiencia de determinados Estados ha puesto

de relieve los méritos de estas disposiciones en la lucha contra grupos delictivos organizados que cometen delitos graves²³. Es por ello que la Convención alienta a que se adopten esas opciones, en consonancia con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, y contiene requisitos relativos a sanciones adecuadas y disuasivas para los autores de delitos graves (véase el artículo 11 de la Convención contra la Delincuencia Organizada y la sección C del capítulo IV de la presente Guía).

380. Algunas de las posibles medidas legislativas serían las siguientes:

a) Los jueces pueden requerir autoridad específica para mitigar las penas de las personas que han sido declaradas culpables pero que han cooperado, y tal vez resulte necesario hacer excepciones con respecto a las penas mínimas obligatorias que deberían aplicarse en esos casos. Las disposiciones a los efectos de que los jueces impongan sentencias más clementes deberían abordarse con cautela, dado que pueden plantear problemas en cuanto a la independencia del poder judicial y crear posibilidades de corrupción de los fiscales;

b) La concesión de inmunidad judicial (artículo 26, párrafo 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 cualesquier arreglos oficiosos y garantizar que las decisiones de concesión de inmunidad sean vinculantes;

c) La protección física y la garantía de la seguridad de las personas que cooperan son las mismas que las previstas para los testigos en el artículo 24 y están expresamente vinculadas al artículo 24 por el párrafo 4 del artículo 26.

381. Cuando una persona pueda proporcionar información importante a más de un Estado con la finalidad de luchar contra la delincuencia organizada, el párrafo 5 del artículo 26 alienta a los Estados Parte a que consideren la posibilidad de celebrar un acuerdo en el que se prevea la mitigación de la pena o la concesión de inmunidad a la persona con respecto a las acusaciones que puedan presentarse en esos Estados.

382. Por último, una nota interpretativa indica que la expresión “la mitigación de la pena” podría incluir no sólo la mitigación de la pena que se hubiese dispuesto sino también su mitigación de hecho (A/55/383/Add.1, párrafo 49).

²³Véase, por ejemplo, la experiencia de Italia.

5. Recursos de información

383. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información que se enumeran a continuación.

a) Disposiciones e instrumentos conexos

i) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 5 (Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado)

Artículo 6 (Penalización del blanqueo del producto del delito)

Artículo 8 (Penalización de la corrupción)

Artículo 11 (Proceso, fallo y sanciones)

Artículo 23 (Penalización de la obstrucción de la justicia)

ii) Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada

Párrafo 3 del artículo 1 de cada Protocolo

Protocolo contra la trata de personas

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes

iii) Otros instrumentos

Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, 1983

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 116

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/WhatYouWant.asp?NT=116&C=M=8&DF=26/09/03>

Convención sobre los Derechos del Niño, 1989

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, No. 27531

Resolución 44/25 de la Asamblea General, anexo

<http://www.un.org/documents/ga/res/44/a44r025.htm>

b) Ejemplos de legislación nacional

En una serie de Estados, las leyes prevén, tanto en lo que respecta a la condena como a la pena, cierto grado de protección para las personas que han denunciado las actividades de una organización delictiva a las autoridades (por ejemplo, Costa Rica y la República Dominicana). En otros casos, el he-

cho de haber denunciado las actividades de la organización a las autoridades puede considerarse como un factor de mitigación al imponer la pena (por ejemplo, en el Paraguay).

Albania

Código Penal

Artículo 311. Amenaza para que se guarde silencio

Toda amenaza contra una víctima de un acto delictivo para que no lo denuncie o para que no presente una demanda al respecto, o toda amenaza para retirar la denuncia o la demanda, constituirá un delito penal y se castigará con una multa o una pena de hasta dos años de prisión.

Artículo 79. Asesinato debido a la calidad especial de la víctima

El asesinato de:

...

c) Un comisario, juez, fiscal, abogado, policía, oficial militar o empleado del Estado, durante sus horas de trabajo o en razón de su trabajo, siempre que la calidad de la víctima sea obvia o conocida;

d) La persona que denunció el acto delictivo, el testigo, la persona perjudicada u otras partes en el juicio;

se castigará con cadena perpetua o con la pena capital.

Canadá

Ley sobre el Programa de protección de los testigos, 1996

Ley por la que se instaura y se pone en marcha un programa de protección para determinadas personas en el marco de ciertas indagatorias, investigaciones o actuaciones judiciales

...

2. En la presente Ley,

Por “acuerdo de protección” se entenderá todo acuerdo celebrado conforme a lo establecido en el apartado c) del párrafo 1) del artículo 6 que se aplique con respecto a un beneficiario;

Por “beneficiarios” se entenderá toda persona que reciba protección en el marco del Programa;

Por “Ministro” se entenderá el Procurador General del Canadá;

Por “Policía” se entenderá la Real Policía Montada del Canadá;

Por “Programa” se entenderá el Programa de protección de los testigos que se establece en el artículo 4;

Por “protección” se entenderá la que pueda incluir en lo que respecta a un beneficiario, su reubicación, alojamiento y cambio de identidad, así como el

asesoramiento y el apoyo financiero con esos u otros fines para garantizar la seguridad de ese beneficiario o facilitar su reinstalación o su autonomía;

Por “testigo” se entenderá:

a) Toda persona que haya proporcionado o haya convenido en proporcionar información o pruebas, o que participe o haya convenido en participar en un asunto relacionado con una indagatoria o con la investigación o el enjuiciamiento de un delito y que pueda necesitar protección debido al riesgo para su seguridad que se plantee en lo relacionado con la indagatoria, la investigación o el enjuiciamiento, o

b) Toda persona que, debido a su relación o asociación con una persona mencionada en el apartado *a*), pueda necesitar también protección por las razones indicadas en ese apartado.

OBJETO

3. El objeto de la presente Ley es promover la aplicación de la ley facilitando la protección de las personas que participan directa o indirectamente en la prestación de asistencia en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la ley en el marco de:

a) Las actividades realizadas por la Policía, salvo las que se deriven de un acuerdo celebrado con arreglo al artículo 20 de la Ley sobre la Real Policía Montada del Canadá; o

b) Las actividades realizadas por cualquier organismo encargado de hacer cumplir la ley o corte o tribunal penal internacional con respecto a los cuales se haya celebrado un acuerdo o un arreglo en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.

PROGRAMA DE PROTECCIÓN DE LOS TESTIGOS

4. Por la presente Ley se establece un programa para facilitar la protección de los testigos denominado Programa de protección de los testigos, administrado por el Jefe de Policía.

5. A reserva de las restantes disposiciones de la presente Ley, el Jefe de Policía podrá designar a los beneficiarios del Programa y determinar el tipo de protección que se les proporcionará.

6. 1) Para hacerse acreedores a la protección brindada por el Programa, los testigos deberán:

a) Contar con una recomendación formulada por un organismo encargado de hacer cumplir la ley o una corte o tribunal penal internacional;

b) Proporcionar al Jefe de Policía, con arreglo a los reglamentos pertinentes, toda la información relativa a sus antecedentes personales, a fin de permitirle tener en cuenta los factores enunciados en el artículo 7 con respecto a los testigos; y

c) Celebrar o hacer celebrar en su nombre un acuerdo con el Jefe de Policía en el que se establezcan las obligaciones de ambas partes.

2) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1), el Jefe de Policía podrá, en caso de emergencia y durante un máximo de 90 días, proporcionar protección a una persona con la que no se haya celebrado un acuerdo de protección.

7. Para designar a los beneficiarios del Programa, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

a) La naturaleza del riesgo para la seguridad del testigo;

b) El peligro resultante para la comunidad si el testigo es admitido como beneficiario del Programa;

c) La naturaleza de la indagatoria, la investigación o la actuación en que interviene el testigo y la importancia del testigo en el asunto;

d) El valor de la información o prueba que el testigo haya proporcionado o convenido en proporcionar o de la participación del testigo;

e) La probabilidad de que el testigo sea capaz de adaptarse al Programa, habida cuenta de su madurez, su juicio y otras características personales, y de las relaciones familiares del testigo;

f) El costo de la protección en el marco del Programa;

g) Otras formas posibles de protección del testigo que no impliquen su admisión en el Programa; y

h) Todos los demás factores que el Jefe de Policía estime pertinentes.

8. Se considera que un acuerdo de protección incluye la obligación:

a) De parte del Jefe de Policía, de adoptar las medidas razonables que sean necesarias para proporcionar al beneficiario la protección mencionada en el acuerdo;

b) Y de parte del beneficiario,

i) De proporcionar información o pruebas o participar en la medida en que sea necesario en lo relacionado con la indagatoria, la investigación o la actuación con las que se relacione la protección proporcionada en el marco del acuerdo,

ii) De cumplir todas sus obligaciones financieras previstas por la ley, salvo las que según las condiciones del acuerdo deban correr por cuenta del Jefe de Policía,

iii) De cumplir todas sus obligaciones jurídicas, en particular las relativas a la guarda y manutención de los hijos,

iv) De abstenerse de realizar actividades que constituyan un delito previsto en una ley del Parlamento o que puedan poner en peligro su seguridad, la seguridad de otro beneficiario o la del Programa, y

v) De acatar y dar cumplimiento a solicitudes y directrices razonables formuladas por el Jefe de Policía en relación con la protección que se le brinda y con sus obligaciones.

9. 1) El Jefe de Policía podrá dar por terminada la protección proporcionada a un beneficiario si tiene pruebas de que ha habido:

a) Una comunicación errónea o una omisión de revelación de información pertinente para la admisión del beneficiario en el Programa; o

b) Una contravención grave o deliberada de las obligaciones del beneficiario conforme al acuerdo de protección.

2) Antes de poner fin a la protección brindada a un beneficiario, el Jefe de Policía adoptará medidas razonables para comunicar esa decisión al beneficiario y permitirle formular observaciones al respecto.

10. Cuando se adopte una decisión:

a) De denegar a un testigo la admisión en el Programa, el Jefe de Policía comunicará por escrito al organismo encargado de hacer cumplir la ley o a la corte o tribunal penal internacional que hayan recomendado la admisión o, en el caso de un testigo recomendado por la Policía, al propio testigo, los motivos que hayan fundamentado su decisión; o

b) De poner fin a la protección sin el consentimiento del beneficiario, el Jefe de Policía comunicará por escrito al beneficiario las razones que hayan fundamentado su decisión.

PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD

11. 1) A reserva de lo dispuesto en el presente artículo, ninguna persona deberá revelar intencionalmente, directa o indirectamente, información sobre la ubicación o el cambio de identidad de un beneficiario o de un antiguo beneficiario.

2) El párrafo 1) no se aplicará:

a) A un beneficiario o antiguo beneficiario que revele información con respecto a sí mismo si esa divulgación no pone en peligro la seguridad de otro beneficiario o antiguo beneficiario ni compromete la integridad del Programa; o

b) A toda persona que revele información que le haya sido comunicada por un beneficiario o un antiguo beneficiario si esa divulgación no pone en peligro la seguridad del beneficiario o del antiguo beneficiario o de otro beneficiario o antiguo beneficiario ni compromete la integridad del Programa.

3) El Jefe de Policía podrá revelar la información relativa a la ubicación o al cambio de identidad de un beneficiario o antiguo beneficiario:

a) Con el consentimiento del beneficiario o del antiguo beneficiario;

b) Si el beneficiario o el antiguo beneficiario ya ha revelado esa información o ha actuado de manera tal que se haya traducido en su revelación;

c) Si el interés público exige esa revelación, en especial para:

i) La investigación de un delito grave cuando haya motivos para creer que el beneficiario o antiguo beneficiario puede proporcionar información o pruebas importantes al respecto, o que ha estado involucrado en la comisión de ese delito,

ii) La prevención de la comisión de un delito grave, o

iii) La seguridad o la defensa nacional; o

d) En actuaciones penales donde la revelación sea esencial para establecer la inocencia de una persona.

4) La revelación de información a una persona en virtud del presente artículo no autoriza a la persona a revelar esa información a otros.

5) El Jefe de Policía deberá, antes de revelar información acerca de una persona en las circunstancias descritas en los apartados *b*, *c* o *d*) del párrafo 3), adoptar medidas razonables para notificar al interesado y darle oportunidad de formular observaciones al respecto.

6) El párrafo 5) no se aplicará si el Jefe de Policía estima que la notificación a la persona tendría como resultado impedir la investigación de un delito.

12. Para determinar si se debe revelar información sobre una persona con arreglo al artículo 11, se deberán tener en cuenta los factores siguientes:

- a)* Las razones de la revelación;
- b)* El peligro o las consecuencias negativas de la revelación para la persona interesada y para la integridad del Programa;
- c)* La probabilidad de que la información se utilice únicamente para la finalidad prevista;
- d)* La posibilidad de satisfacer por otros medios la necesidad que motiva la revelación; y
- e)* La existencia de medios eficaces para impedir que la información se siga divulgando.

13. La persona que sostenga que la nueva identidad que ha adquirido a raíz de la protección brindada en el marco del Programa es y ha sido siempre su única identidad no podrá ser enjuiciada ni castigada por ese hecho.

ACUERDOS Y ARREGLOS CON OTRAS JURISDICCCIONES

14. 1) El Jefe de Policía podrá celebrar un acuerdo:

a) Con un organismo encargado de hacer cumplir la ley para permitir la admisión en el Programa de un testigo que participe en las actividades de ese organismo;

b) Con el Fiscal General de una provincia con respecto a la cual se haya celebrado un acuerdo en virtud del artículo 20 de la Ley sobre la Real Policía Montada del Canadá para permitir la admisión en el Programa de un testigo que participe en las actividades de la Policía en esa provincia; y

c) Con una autoridad provincial a fin de obtener documentos y otra información que puedan resultar necesarios para la protección de un beneficiario.

2) El Ministro podrá celebrar un arreglo de reciprocidad con el gobierno de un Estado extranjero para permitir la admisión en el Programa de un testigo que participe en las actividades de un organismo encargado de hacer cumplir la ley de ese Estado extranjero, pero esa persona no podrá ingresar al Canadá conforme a un arreglo de ese tipo sin el consentimiento del Ministro de Ciudadanía e Inmigración, ni ser admitida en el Programa sin el consentimiento del Ministro.

3) El Ministro podrá celebrar un arreglo con una corte o tribunal penal internacional para permitir la admisión en el Programa de un testigo que participe en las actividades de esa corte o tribunal, pero esa persona no podrá ingresar al Canadá en virtud de un arreglo de ese tipo sin el consentimiento

del Ministro de Ciudadanía e Inmigración ni ser admitida en el Programa sin el consentimiento del Ministro.

c) *Otras fuentes de información*

Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad

[http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/
N0155743.pdf?OpenElement](http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement)

2000 United Nations model witness protection bill and commentary
thereon

http://www.unodc.org/pdf/lap_witness-protection_2000.pdf

http://www.unodc.org/pdf/lap_witness-protection_commentary.pdf

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder

Resolución 40/34 de la Asamblea General, anexo

<http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>

Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 19/1, de 23 de enero de 1999

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/1999/c_019/c_01919990123_en00010015.pdf

Víctimas de delitos en la Unión Europea: reflexiones sobre normas y medidas

Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social, COM (1999) 349, 14 de julio de 1999

http://europa.eu.int/comm/justice_home/pdf/com1999-349-en.pdf

F. Técnicas especiales de investigación

“Artículo 20

“Técnicas especiales de investigación

“1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigi-

lancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

“2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

“3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.

“4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.”

1. *Introducción*

384. El artículo 20 de la Convención contra la Delincuencia Organizada respalda específicamente las técnicas de investigación de la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas. Estas técnicas son especialmente útiles para hacer frente a grupos delictivos organizados complejos debido a los peligros y dificultades inherentes al logro del acceso a sus operaciones y a la reunión de información y pruebas para su utilización en los procesos nacionales, así como para prestar asistencia judicial recíproca a otros Estados Parte. En muchos casos, métodos menos invasivos simplemente no resultarían eficaces, o no podrían llevarse a la práctica sin riesgos inaceptables para los participantes.

385. 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 servicios encargados de hacer cumplir la ley u otra persona puede constituir en sí misma un delito con arreglo al dere-

cho interno. Las operaciones encubiertas podrán utilizarse cuando sea posible que un agente de los servicios 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 indebido.

386. El párrafo 1 del artículo 20 trata de los métodos de investigación que han de aplicarse a nivel nacional. Los párrafos 2 a 4 del artículo 20 prevén las medidas que deben adoptarse a nivel internacional.

2. Resumen de los principales requisitos

387. Con arreglo al artículo 20, un Estado Parte debe:

- a)* Establecer la entrega vigilada como técnica de investigación disponible en el plano nacional e internacional, siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno;
- b)* Tener la capacidad jurídica para prestar sobre la base de cada caso particular cooperación internacional con respecto a entregas vigiladas, cuando ello no sea contrario a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno;
- c)* Cuando lo estime apropiado, establecer la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas como técnicas de investigación disponibles en los planos nacional e internacional.

3. Requisitos obligatorios

388. Con arreglo al párrafo 1 del artículo 20, los Estados Parte deberán establecer la técnica especial de investigación de la entrega vigilada, siempre que esto no sea contrario a los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. Muchos Estados dispondrán ya de este mecanismo por lo menos en lo que respecta al tráfico de estupefacientes, dado que estaba previsto en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. La decisión de utilizar o no esta técnica en determinadas circunstancias dependerá de las leyes, la discreción y los recursos de cada Estado, tal como se refleja en

la frase “dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno”.

389. En el párrafo 3 se prevé que de no existir acuerdos o arreglos, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular. Esta formulación requiere que un Estado Parte tenga la capacidad de cooperar sobre la base de cada caso particular por lo menos con respecto a la entrega vigilada, cuyo establecimiento es obligatorio con arreglo al párrafo 1 siempre que no sea contrario a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado interesado. Para una serie de países, esta disposición constituirá en sí misma una fuente suficiente de autoridad jurídica para la cooperación en cada caso particular. No obstante, en los casos en que un Estado no pueda aplicar directamente este tipo de disposición emanada del tratado y requiera la promulgación de legislación para iniciar actividades de ese tipo, cabe hacer referencia a la legislación modelo que figura en la sección 5 *infra*.

390. En el párrafo 4 se aclara que entre los métodos de entrega vigilada que pueden aplicarse en el plano internacional figuran los de interceptar los bienes y autorizarlos a proseguir intactos, interceptarlos y retirarlos, o interceptarlos y sustituirlos total o parcialmente. La elección del método se deja al Estado Parte interesado. El método aplicado podrá depender de las circunstancias de cada caso particular.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

391. La utilización de la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas no es obligatoria, pero en el párrafo 1 del artículo 20 se alienta específicamente a los Estados a recurrir a ella. Como se indicó anteriormente, estas técnicas pueden ser en algunos casos las únicas que permitan a los servicios encargados de hacer cumplir la ley obtener las pruebas necesarias para impedir las actividades de grupos delictivos organizados que son a menudo herméticos.

392. En el párrafo 2 del artículo 20 se alienta, pero no se obliga, a los Estados Parte a que celebren acuerdos o arreglos para que puedan utilizar técnicas especiales de investigación como las operaciones encubiertas, la vigilancia electrónica y las entregas vigiladas en representación de otro Estado, como forma de cooperación internacional.

5. *Recursos de información*

393. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información que se enumeran a continuación.

- a) *Disposiciones e instrumentos conexos*
 - i) *Convención contra la Delincuencia Organizada*
Artículo 34 (Aplicación de la Convención)
 - ii) *Protocolos de la Convención*
Párrafo 3 del artículo 1 de cada Protocolo

- b) *Ejemplos de legislación nacional*

Australia

<http://scaleplus.law.gov.au/html/pasteact/3/3479/pdf/136of2001.pdf>

Ley sobre medidas de lucha contra la delincuencia organizada y los delitos graves, 2001

Esta ley modifica la Ley sobre delincuencia de 1914 y otras (véase también la Ley sobre delincuencia de 1914 en <http://scaleplus.law.gov.au/html/pasteact/0/28/top.htm>)

Canadá

<http://laws.justice.gc.ca/en/c-46/text.html>

Código Penal

Artículo 25. Protección de las personas que aplican y hacen cumplir la ley

Los Estados Parte que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para reglamentar a nivel internacional técnicas especiales de investigación como las operaciones encubiertas, la vigilancia electrónica y las entregas vigiladas a efectos de la aplicación de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 20 pueden remitirse para mayor orientación, entre otras, a la Convención de la Unión Europea sobre asistencia judicial recíproca en cuestiones penales, artículos 12, 14 y 17 a 22 en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Summaries/Html/030.htm>

Francia

<http://www.legifrance.gouv.fr/> (seleccionar “les codes”, luego “code des douanes”)

Código de Aduanas

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.

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 proporcioneen 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 párrafos.

Código de Procedimiento Penal (Parte legislativa)**Título XVI. De la persecución, de la instrucción y del enjuiciamiento de los delitos de tráfico de drogas**

http://lexinter.net/PROCOPEN/poursuite_instruction_et_jugement_en_matiere_de_trafic_de_stupefiants.htm

Artículo 706-26

(Introducido por la Ley No. 92-1336 de 16 de diciembre de 1992, art. 77, Diario Oficial de 23 de diciembre de 1992, en vigor desde el 1.º de marzo de 1994)

Los delitos graves previstos en los artículos 222-34 a 222-39 del Código Penal, así como el delito menor de participación en una asociación de malhechores previsto en el artículo 450-1 del mismo Código cuando tuviera por objeto preparar uno de estos delitos, serán perseguidos, instruidos y juzgados según las reglas de la presente ley, a reserva de las disposiciones del presente título.

Artículo 706-27

(Ley No. 92-1336 de 16 de diciembre de 1992, art. 77, Diario Oficial de 23 de diciembre de 1992, en vigor desde el 1.º de marzo de 1994)

(Ley No. 2000-516 de 15 de junio de 2000, art. 83, Diario Oficial de 16 de junio de 2000, en vigor desde el 1.º de enero de 2001)

En la jurisdicción de cada tribunal de apelaciones, uno o varios tribunales penales cuya lista se fijará por decreto serán competentes para el enjuiciamiento de

los delitos referidos en el artículo 706-26 y de los delitos conexos. Para el enjuiciamiento de los acusados mayores de edad, las reglas relativas a la composición y al funcionamiento del tribunal penal serán fijadas por las disposiciones del artículo 698-6.

Para la aplicación del párrafo precedente, la sala de instrucción, cuando formule la acusación conforme al párrafo primero del artículo 214, constatará que los hechos entren en el campo de aplicación del artículo 706-26.

Artículo 706-28

*(Ley No. 92-1336 de 16 de diciembre de 1992, art. 77, Diario Oficial de 23 de diciembre de 1992, en vigor desde el 1.º de marzo de 1994)
(Ley No. 96-647 de 22 de julio de 1996, art. 11, Diario Oficial de 23 de julio de 1996)*

(Ley No. 2000-516 de 15 de junio de 2000, art. 49, Diario Oficial de 16 de junio de 2000, en vigor desde el 16 de junio de 2002)

Para la búsqueda y constatación de los delitos referidos en el artículo 706-26, los registros, indagaciones e incautaciones previstos en el artículo 59 podrán ser efectuados fuera de las horas previstas en este artículo en los locales que se utilicen por un cártel de la droga o en los que se fabriquen, transformen o almacenen ilícitamente estupefacientes.

Las operaciones previstas en el párrafo anterior deberán, bajo pena de nulidad, ser autorizadas a petición del Fiscal por el juez encargado de las libertades civiles y la detención, cuando se trate de efectuarlas en un edificio destinado a vivienda o en un apartamento, a no ser que no fueran autorizadas por el juez de instrucción. Cada autorización será objeto de una resolución escrita, precisando la calificación del delito respecto del cual se busque la prueba así como la dirección de los locales en los que los registros, indagaciones e incautaciones puedan ser efectuados, y motivada con referencia a los elementos de hecho que justifiquen la necesidad de estas operaciones. Éstas serán efectuadas bajo el control del magistrado que las haya autorizado, y que podrá desplazarse a los lugares para velar por el respeto a las disposiciones legales.

Los actos previstos en el presente artículo no podrán, bajo pena de nulidad, tener otro objeto que la búsqueda y la constatación de los delitos referidos en el artículo 706-26.

Artículo 706-29

*(Ley No. 92-1336 de 16 de diciembre de 1992, art. 77, Diario Oficial de 23 de diciembre de 1992, en vigor desde el 1.º de marzo de 1994)
(Ley No. 2000-516 de 15 de junio de 2000, art. 49, Diario Oficial de 16 de junio de 2000, en vigor desde el 16 de junio de 2002)*

Por aplicación de los artículos 63, 77 y 154, si las necesidades de la investigación o de la instrucción relativa a uno de los delitos referidos en el artículo 706-26 lo exigieran, la detención preventiva de una persona podrá ser objeto de una prórroga suplementaria de 48 horas.

Esta prórroga será autorizada bien a petición del Fiscal, por el juez encargado de las libertades civiles y la detención, bien, en los casos previstos en los artículos 72 y 154, por el juez de instrucción.

La persona detenida deberá presentarse ante la autoridad que resolverá sobre la prórroga antes de que se adopte ninguna decisión. Excepcionalmente, la prórroga podrá ser acordada por decisión escrita y motivada sin presentación previa.

Desde el inicio de la detención preventiva, el Fiscal o el juez de instrucción deberá designar un médico especialista que examinará cada 24 horas a la persona detenida preventivamente y expedirá después de cada examen un certificado médico razonado que se unirá al expediente. La persona detenida será avisada por el oficial de policía judicial del derecho a solicitar otros exámenes médicos. Estos exámenes médicos serán preceptivos. Se incorporará al acta una mención de este aviso y firmado al margen por la persona interesada; en caso de negativa a firmarlo, se mencionará en la misma.

Artículo 706-30

(Ley No. 92-1336 de 16 de diciembre de 1992, art. 77, Diario Oficial de 23 de diciembre de 1992, en vigor desde el 1.º de marzo de 1994)

(Ley No. 94-89 de 1.º de febrero de 1994, art. 10, Diario Oficial de 2 de febrero de 1994, en vigor desde el 1.º de marzo de 1994)

(Ley No. 2001-420 de 15 de mayo de 2001, art. 47, Diario Oficial de 16 de mayo de 2001)

(Ley No. 2003-239 de 18 de marzo de 2003, art. 39, Diario Oficial de 19 de marzo de 2003)

En caso de iniciarse una investigación debido a la comisión de un delito tipificado en los artículos 222-34 a 222-38, 324-1 y 324-2 del Código Penal, y con el fin de garantizar el pago de las multas impuestas así como la ejecución del decomiso previsto en el artículo 222-49 y en el párrafo 12 del artículo 324-7 del Código Penal, el juez encargado de las libertades civiles y la detención, a petición del Fiscal, podrá ordenar, anticipados los gastos por el Tesoro y según las modalidades previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, medidas para conservar los bienes de la persona encausada.

La condena servirá para la confirmación de los embargos preventivos y permitirá la inscripción definitiva de las garantías.

La resolución de sobreseimiento, de libertad o de absolución comportará de pleno derecho, a cargo del Tesoro, el levantamiento de las medidas ordenadas. Lo mismo ocurrirá en caso de extinción de la acción pública.

Para la aplicación de las disposiciones del presente artículo, el juez encargado de las libertades civiles y la detención será competente en el conjunto del territorio nacional.

Artículo 706-30-1

(Introducido por la Ley No. 99-515 de 23 de junio de 1999, art. 24, Diario Oficial de 24 de junio de 1999)

Cuando se apliquen las disposiciones del párrafo tercero del artículo 99-2 referido a sustancias estupefacientes incautadas en el transcurso del procedimiento, el juez de instrucción deberá conservar una muestra de estas sustancias para permitir, en su caso, que sean objeto de un examen pericial. Esta muestra se guardará precintada.

Deberá procederse por el juez de instrucción o por un oficial de policía judicial actuando por carta rogatoria al pesaje de las sustancias incautadas antes de su destrucción. Este pesaje deberá ser realizado en presencia de la persona que poseía las sustancias, o, en su defecto, en presencia de dos testigos requeridos por el juez de instrucción o por el oficial de policía judicial y elegidos fuera de las personas dependientes de su autoridad.

El pesaje podrá igualmente ser realizado, en las mismas condiciones, en el curso de la investigación de la evidencia o de la investigación preliminar, por un oficial de policía judicial, o, en el curso de la investigación aduanera, por un agente de aduanas de categoría A o B.

El acta de las operaciones de pesaje irá firmado por las personas mencionadas anteriormente.

En caso de negativa, se hará mención en el acta.

Artículo 706-31

*(Ley No. 92-1336 de 16 de diciembre de 1992, art. 77, Diario Oficial de 23 de diciembre de 1992, en vigor desde el 1.º de marzo de 1994)
(Art. 52 de la Ley No. 95-125 de 8 de febrero de 1995, art. 52, Diario Oficial de 9 de febrero de 1995)*

(Orden No. 2000-916 de 19 de septiembre de 2000, art. 3, Diario Oficial de 22 de septiembre de 2000 en vigor desde el 1º de enero de 2002)

La acción pública para los delitos graves mencionados en el artículo 706-26 prescribirá a los 30 años. La pena dictada en caso de condena por uno de estos delitos prescribirá a los 30 años a contar desde la fecha en que la condena sea firme.

La acción pública relativa a los delitos menores mencionados en el artículo 706-26 prescribirá a los 20 años. La pena dictada en caso de condena por uno de estos delitos prescribirá a los 20 años a contar desde la fecha en que la condena sea firme.

Por derogación de las disposiciones del artículo 750, la duración de la pena por deudas se fijará en dos años cuando la multa y las condenas pecuniarias impuestas para uno de los delitos menores mencionados en el párrafo anterior o para los delitos aduaneros conexos excedan de 75.000 euros.

Artículo 706-32

(Introducido por la Ley No. 92-1336 de 16 de diciembre de 1992, art. 77, Diario Oficial de 23 de diciembre de 1992, en vigor desde el 1.º de marzo de 1994)

A fin de constatar los delitos previstos en los artículos 222-34 a 222-38 del Código Penal, de identificar a los autores y cómplices y de efectuar las incautaciones previstas en la presente Ley, los oficiales y, bajo su autoridad, los agentes de policía judicial podrán, después de haber informado al Fiscal, proceder a la vigilancia de los movimientos de los estupefacientes o de los productos obtenidos de la comisión de los citados delitos.

No serán penalmente responsables cuando, para los mismos fines, con la autorización del Fiscal o del juez de instrucción encargado, que avisará previamente a la fiscalía, adquieran, posean, transporten o entreguen estos estupefacientes o estos productos o proporcionen a las personas que incurren en los delitos men-

cionados en el párrafo anterior apoyo de carácter jurídico, así como medios de transporte, de depósito, de almacenamiento, de conservación y de comunicación. La autorización sólo podrá ser concedida para actos que no impliquen la comisión de los delitos referidos en el párrafo primero.

Las disposiciones de los dos párrafos anteriores serán, para los mismos fines, aplicables a las sustancias que sean utilizadas para la fabricación ilícita de estupefacientes, de las que se ha fijado una lista por decreto, así como al equipo que se utilice en esta fabricación.

Artículo 706-33

(Ley No. 92-1336 de 16 de diciembre de 1992, art. 77, Diario Oficial

de 23 de diciembre de 1992, en vigor desde el 1.º de marzo de 1994)

(Ley No. 2000-516 de 15 de junio de 2000, art. 83, Diario Oficial
de 16 de junio de 2000, en vigor desde el 1.º de enero de 2001)

En caso de acción penal con respecto a alguno de los delitos referidos en el artículo 706-26, el juez de instrucción podrá ordenar provisionalmente, por un período de seis meses como máximo, el cierre de cualquier hotel, casa de alquiler, pensión, tienda de bebidas, restaurante, club, casino, discoteca, sala de espectáculos o sus anexos o cualquier lugar abierto al público o utilizado por el público, donde se hayan cometido estos delitos por quien lo explote o con su complicidad.

Este cierre podrá, cualquiera que haya sido su duración inicial, ser objeto de prórrogas con las mismas formalidades por un período de tres meses como máximo cada una.

Las decisiones previstas en los párrafos anteriores y las que resuelvan sobre las peticiones de levantamiento podrán ser objeto de un recurso ante la sala de instrucción dentro de las 24 horas contadas a partir de su ejecución o de la notificación hecha a las partes interesadas.

Cuando un órgano jurisdiccional de enjuiciamiento estuviera encargado, el levantamiento de la medida de cierre en curso o su prórroga, por un período de tres meses como máximo cada vez, se dictará según las reglas fijadas por los párrafos segundo a cuarto del artículo 148-1.

Reino Unido

<http://www.hmso.gov.uk/acts/acts2000/00023--d.htm>

Ley de reglamentación de los poderes de investigación, 2000

Parte II. Vigilancia y fuentes encubiertas de inteligencia humana

V. Medidas legislativas y administrativas para mejorar la asistencia judicial y el cumplimiento de la ley y otras formas de cooperación internacional

A. Extradición

“Artículo 16

“Extradición

“1. El presente artículo se aplicará a los delitos comprendidos en la presente Convención o a los casos en que un delito al que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.

“2. Cuando la solicitud de extradición se base en varios delitos graves distintos, algunos de los cuales no estén comprendidos en el ámbito del presente artículo, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de estos últimos delitos.

“3. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Los Estados Parte se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí.

“4. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

“5. Los Estados Parte que supediten la extradición a la existencia de un tratado deberán:

“a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si

considerarán o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención; y

“b) Si no consideran la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, esforzarse, cuando proceda, por celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo.

“6. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

“7. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición.

“8. Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

“9. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición.

“10. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.

“11. Cuando el derecho interno de un Estado Parte le permita conceder la extradición o, de algún otro modo, la entrega de uno de sus nacionales sólo a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado Parte para cumplir la condena que le haya sido impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se haya solicitado la extradición o la entrega, y cuando ese Estado Parte y el Estado Parte

que solicite la extradición acepten esa opción, así como otras condiciones que estimen apropiadas, esa extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 10 del presente artículo.

“12. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado Parte requerido, éste, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado Parte requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente.

“13. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.

“14. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.

“15. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.

“16. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato.

“17. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.”

1. *Introducción*

394. La facilidad de trasladarse de un país a otro determina que los autores de delitos graves que tratan de encontrar un refugio seguro puedan eludir el enjuiciamiento y la justicia. Los autores de delitos transnacionales pueden huir de un país para evitar su procesamiento. En ese caso se requieren procedimientos de extradición para hacerlos comparecer ante la justicia del Estado en el que se realiza la instrucción del proceso.

395. La extradición es un proceso formal, la mayoría de las veces basado en tratados, a raíz del cual se produce el regreso o la entrega de delincuentes prófugos a la jurisdicción en la que son requeridos²⁴. Desde fines del siglo XIX, los Estados han firmado tratados bilaterales de extradición en sus esfuerzos por eliminar los refugios seguros para los delincuentes que cometen delitos graves. Las disposiciones de los tratados varían de un Estado a otro y no siempre comprenden los mismos delitos.

396. En el pasado, los tratados contenían comúnmente una lista de los delitos abarcados, lo cual creaba dificultades cada vez que aparecía un nuevo tipo de delito con el progreso de la tecnología y otros cambios económicos y sociales. Por esta razón, los tratados más recientes se basan en el principio de la doble incriminación, que se aplica cuando la misma conducta se penaliza tanto en el Estado requirente como en el Estado requerido y las penas previstas para ella están por encima de determinado umbral, por ejemplo, un año de privación de libertad.

397. De esta manera, las autoridades no tienen que actualizar constantemente sus tratados para que queden comprendidos en ellos delitos totalmente nuevos que no se habían previsto anteriormente. Esto generó la necesidad de un tratado modelo de extradición, en vista de lo cual las Naciones Unidas aprobaron el Tratado modelo de extradición (resolución 45/116 de la Asamblea General, anexo). Por otra parte, además de las medidas adoptadas por los Estados para enmendar los tratados más antiguos y firmar nuevos, algunas convenciones relativas a delitos especiales contienen disposiciones sobre extradición, así como sobre jurisdicción y asistencia recíproca. Un ejemplo de ello es el Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (véase el artículo 10 del Convenio).

398. Además, la necesidad de un enfoque multilateral ha determinado que se adoptaran varias iniciativas regionales, como la Convención Interamericana sobre Extradición, el Convenio europeo sobre extradición, la Convención sobre la extradición de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, y otras (véase la sección 5 *infra*).

399. La Convención contra la Delincuencia Organizada establece normas mínimas básicas para la extradición respecto de los delitos que comprende y también insta a que se adopten una serie de mecanismos destinados a agilizar el proceso de extradición. La Convención alienta a los Estados a que trasciendan esta norma básica con arreglos de extradición bilaterales o regionales que

²⁴En algunos casos, la extradición puede tener lugar voluntariamente y sin que exista un tratado entre los Estados interesados. No obstante, esto no ocurre con frecuencia.

complementen las disposiciones del artículo 16 (véase también el párrafo 3 del artículo 34, en el que se prevén medidas más estrictas).

400. Algunos cambios legislativos pueden resultar necesarios. Dependiendo de la medida en que esté contemplada la extradición en el derecho interno y en los tratados existentes, esos cambios podrán abarcar desde el establecimiento de marcos completamente nuevos en materia de extradición hasta enmiendas o ampliaciones de menor entidad para abarcar nuevos delitos o realizar cambios sustantivos o de procedimiento a fin de ceñirse a las disposiciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

401. Al hacer cambios legislativos, los legisladores deberán tomar nota de que la intención de la Convención es garantizar un trato justo a las personas cuya extradición se solicita y la aplicación de todos los derechos y garantías vigentes en el Estado Parte del que se solicita la extradición (véase el párrafo 13 del artículo 16).

402. Por lo general, las disposiciones relativas a la extradición están destinadas a garantizar que la Convención apoye y complemente los arreglos de extradición preexistentes y no a que redunde en detrimento de ellos.

2. Resumen de los principales requisitos

403. Los Estados Parte deberán garantizar que los siguientes delitos se consideren como causa de extradición en cualesquiera tratados sobre extradición que celebren:

- a)* Delitos establecidos con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención contra la Delincuencia Organizada que sean de índole transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado;
 - b)* Delitos graves que sean de índole transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado;
 - c)* Los delitos establecidos con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, cuando la persona que vaya a ser extraditada se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido;
 - d)* Los delitos graves que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, cuando la persona que vaya a ser extraditada se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido;
- siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno tanto del Estado Parte requirente como del Estado Parte requerido (artículo 16, párrafos 1 y 3). Sólo se requerirá la promulga-

ción de nueva legislación si los tratados están subordinados a las leyes nacionales en materia de extradición.

404. Los Estados Parte deberán considerar como delitos que dan lugar a extradición los tipificados con arreglo a los Protocolos que complementan la Convención contra la Delincuencia Organizada de los que pasen a ser partes.

405. Los Estados Parte que supediten la extradición a la existencia de un tratado deberán comunicar al Secretario General de las Naciones Unidas si permitirán o no que la Convención contra la Delincuencia Organizada se utilice como base jurídica para la extradición (artículo 16, párrafo 5).

406. Los Estados Parte con un sistema de leyes generales en materia de extradición deberán garantizar que los delitos establecidos en el párrafo 403 *supra* se consideren como delitos que dan lugar a extradición en el marco de ese sistema (artículo 16, párrafos 1 y 6). Podrá requerirse la promulgación de nueva legislación si las leyes vigentes no son suficientemente amplias.

407. El Estado Parte que deniega una solicitud de extradición por el hecho de que el prófugo sea uno de sus nacionales someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, debiendo garantizar que esas autoridades adopten la decisión de enjuiciar y lleven a cabo cualesquiera actuaciones posteriores con la misma diligencia con que lo harían respecto de un delito de carácter grave conforme al derecho interno de ese Estado Parte, y cooperará con el Estado Parte requirente para garantizar la eficiencia de las actuaciones (artículo 16, párrafo 10). Podrá requerirse la promulgación de legislación si las leyes vigentes no permiten que se utilicen pruebas obtenidas de fuentes extranjeras en actuaciones judiciales nacionales.

408. Cada Estado Parte deberá garantizar un trato justo a las personas contra las que se inicien actuaciones relacionadas con la extradición con arreglo al artículo 16, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por su derecho interno (artículo 16, párrafo 13). Podrá requerirse la promulgación de nueva legislación si el derecho interno no prevé procedimientos específicos en materia de extradición.

409. Cada Estado Parte deberá garantizar que no se deniega la extradición únicamente porque se considere que el delito por el que se solicita entraña también cuestiones tributarias (artículo 16, párrafo 15). Podrá requerirse la promulgación de nueva legislación si existe un conflicto entre los tratados o leyes vigentes.

410. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido deberá, cuando proceda, consultar al Estado Parte requirente para darle oportunidad de presentar información y sus opiniones sobre el asunto (artículo 16, párrafo 16).

411. Los Estados Parte procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes (artículo 16, párrafo 8).

412. La entrega temporaria será suficiente para que un Estado Parte cumpla su obligación de someter un caso a enjuiciamiento con arreglo al párrafo 10 del artículo 16 (artículo 16, párrafo 11).

413. El Estado Parte que deniegue la extradición solicitada con la finalidad de que se cumpla una condena considerará, si su derecho interno lo permite, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta (artículo 16, párrafo 12).

3. *Requisitos obligatorios*

a) *Ámbito (artículo 16, párrafo 1)*

414. En el párrafo 1 del artículo 16 se establece el alcance de la obligación de proceder a la extradición. La extradición deberá llevarse a cabo con respecto a los delitos comprendidos en la Convención o a los casos en que un delito al que se hace referencia en los apartados *a*) o *b*) del párrafo 1 del artículo 3 entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que sea objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido. Si bien esta formulación puede parecer compleja, consta de varios elementos clave que pueden diferenciarse fácilmente.

415. En primer lugar, la obligación de extraditar se aplica a los delitos comprendidos en la Convención, lo cual, por aplicación del artículo 3 (Ámbito de aplicación), comprende:

a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención que sean transnacionales (definidos en el párrafo 2 del artículo 3) y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado (definido en el apartado *a*) del artículo 2);

b) Los delitos graves (definidos en el apartado *b*) del artículo 2) que sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado;

c) Los delitos tipificados en los Protocolos, que se consideran delitos tipificados con arreglo a la Convención en virtud del párrafo 3 del artículo 1 de cada Protocolo.

416. La obligación de extraditar se aplica también a los casos en que un delito al que se hace referencia en los apartados *a) o b)* del párrafo 1 del artículo 3 entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que sea objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, lo cual abarca:

a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención, cuando la persona que deba ser extraditada se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, y que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado; y

b) Los delitos graves, cuando la persona que deba ser extraditada se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido y cuando el delito entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

417. Por último, la obligación de extraditar se aplica siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido. Este requisito de doble incriminación se cumplirá automáticamente con respecto a los delitos tipificados en los artículos 6, 8 y 23 de la Convención, dado que todos los Estados Parte están obligados a penalizar esa conducta. No obstante, con respecto a las solicitudes relacionadas con los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 o con los delitos graves, en cuyo caso no se requiere que los Estados Parte penalicen las mismas conductas, no existe obligación de extraditar a menos que se cumpla este requisito de doble incriminación.

b) Delitos que dan lugar a extradición en tratados de extradición (artículo 16, párrafo 3)

418. El párrafo 3 del artículo 16 obliga a los Estados Parte a considerar los delitos enunciados en el párrafo 1 como automáticamente incluidos en todo tratado de extradición vigente entre ellos. Además, las Partes se comprometen a incluir tales delitos en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

419. En virtud de este párrafo, los delitos se incorporan automáticamente por referencia en los tratados de extradición. Por consiguiente, normalmente no resultaría necesario enmendarlos. No obstante, si los tratados se consideran subordinados a las leyes internas en materia de extradición con arreglo al ordenamiento jurídico de un país determinado y su ley actual no es suficientemente amplia para abarcar todos los delitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 16, podría resultar necesario enmendar la legislación.

c) *Notificación respecto de la aplicación o no aplicación del párrafo 4 (pertinente para los países en los que la existencia de un tratado es un requisito previo para la extradición, artículo 16, párrafo 5)*

420. El párrafo 5 del artículo 16 no se aplica a los Estados Parte que pueden extraditar a otros países con arreglo a una ley (véanse las observaciones relativas al párrafo 6 del artículo 16 *infra*). Sólo se aplica a los Estados Parte para los cuales la existencia de un tratado es un requisito previo para la extradición. Esos países deben notificar al Secretario General de las Naciones Unidas si permitirán o no que la Convención contra la Delincuencia Organizada se utilice como base de derecho para la extradición. La notificación debe presentarse a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. También se les solicita que, cuando proceda, celebren otros tratados de extradición a fin de ampliar el número de Estados Parte a los que se puede extraditar a fugitivos con arreglo a este artículo.

421. Los Estados Parte que estén considerando la posibilidad de ampliar su red de tratados bilaterales de extradición pueden remitirse para orientación a los instrumentos mencionados en la sección 5 *infra*.

d) *Extradición sobre la base de una ley (pertinente para los países en los que la extradición se prevea por ley, artículo 16, párrafo 6)*

422. El párrafo 6 del artículo 16 establece la obligación de los Estados Parte que no requieran un tratado como base para la extradición (es decir, los Estados Parte en los que la extradición está prevista en una ley) de incluir los delitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 16 como casos de extradición en su ley aplicable relativa a la extradición internacional en ausencia de un tratado.

423. Por lo tanto, cuando la ley vigente en materia de extradición internacional de un Estado Parte no sea suficientemente amplia como para abarcar los delitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 16, ese Estado Parte deberá promulgar legislación para ampliar el ámbito de aplicación de la ley vigente de manera que esos delitos queden comprendidos en ella.

424. Los Estados Parte que consideren la posibilidad de establecer un régimen de extradición sobre la base de una ley pueden remitirse para orientación a los modelos y sistemas legales a que se hace referencia en la sección 5 *infra*.

e) *Condiciones de la extradición (artículo 16, párrafo 7)*

425. El párrafo 7 del artículo 16 establece que los motivos para denegar la extradición y otras condiciones a las que ésta está sujeta (como la pena mínima requerida para que un delito dé lugar a extradición) se rigen por el tratado de extradición aplicable vigente entre el Estado Parte requirente y el Estado Parte requerido o por el derecho interno del Estado Parte requerido. Por lo tanto, el párrafo no establece requisitos de aplicación distintos de los que figuran en las leyes y tratados nacionales que rigen la extradición. Los instrumentos y sistemas legales a que se hace referencia en la sección 5 *infra* proporcionan ejemplos de esas condiciones y motivos de denegación que pueden resultar instructivos.

f) *Enjuiciamiento en el caso de un fugitivo que no se extradita por razones de nacionalidad (artículo 16, párrafo 10)*

426. En el párrafo 10 del artículo 16 se prevé que cuando un Estado Parte requerido no extradite a una persona que se encuentre en su territorio respecto de un delito al que se aplique el párrafo 1 del artículo 16 por el hecho de que esa persona sea uno de sus nacionales, ese Estado estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harán respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.

427. Esencialmente, la obligación de someter un caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento consta de una serie de elementos bien definidos:

a) Una solicitud de extradición relativa a un delito enunciado en el párrafo 1 del artículo 16 debe haber sido denegada debido a que el fugitivo es un nacional del Estado requerido;

b) El Estado Parte que pide la extradición debe haber solicitado que se someta el caso a las autoridades competentes del Estado requerido a efectos de enjuiciamiento;

c) El Estado Parte que denegó la extradición deberá posteriormente:

i) Someter el caso a sus autoridades a efectos de enjuiciamiento sin demora injustificada;

- ii) Adoptar la decisión y llevar a cabo las actuaciones judiciales de la misma manera en que se haría respecto de cualquier delito de carácter grave con arreglo al derecho interno;
- iii) Cooperar con el otro Estado Parte a fin de obtener las pruebas necesarias y garantizar por lo demás la eficiencia de las actuaciones.

428. Esos enjuiciamientos requieren mucho tiempo y una gran cantidad de recursos, dado que normalmente el delito se habrá cometido en otro país. Por lo general, será necesario obtener la mayor parte de las pruebas, o todas ellas, en el extranjero, y garantizar que revistan una forma adecuada para presentarlas ante los tribunales del Estado Parte que realiza la investigación y el enjuiciamiento.

429. Para llevar a cabo esas actuaciones, el Estado Parte interesado deberá tener en primer lugar una base jurídica para hacer valer su jurisdicción respecto de delitos cometidos en el extranjero, como se establece en el párrafo 3 del artículo 15 de la Convención (véase la sección A del capítulo IV de la presente Guía para un examen más amplio de la manera de poner en práctica este requisito). Además, la aplicación eficaz del párrafo 10 requiere que un Estado que lleva a cabo un juicio nacional en lugar de autorizar la extradición cuente con leyes y tratados de asistencia judicial recíproca que le permitan obtener pruebas del extranjero. Como mínimo, una aplicación eficaz del artículo 18 (véase la sección B del capítulo V *infra*) debería bastar para este fin. Los encargados de elaborar legislación nacional deberían garantizar también que las leyes internas permitieran a sus tribunales validar esas pruebas obtenidas en el extranjero para utilizarlas en actuaciones de esa índole²⁵.

430. La aplicación del párrafo 10 requiere también una asignación de recursos humanos y presupuestarios adecuados para permitir que los esfuerzos de enjuiciamiento nacional tengan resultados satisfactorios. Por consiguiente, la Convención requiere que se dé a la investigación y al enjuiciamiento la misma prioridad que se daría en el caso de la comisión de un delito nacional grave.

431. En una nota interpretativa se refleja el entendimiento general de que los Estados Parte han de tener en cuenta asimismo la necesidad de eliminar toda posibilidad de refugio seguro para los autores de delitos atroces que se cometan en circunstancias no contempladas en el párrafo 10. Varios Estados indicaron que debía reducirse la ocurrencia de tales casos y algunos Estados afirmaron que debía aplicarse el principio de *aut dedere aut judicare* (A/55/383/Add.1, párrafo 31).

²⁵Véase, por ejemplo, la Ley sobre asistencia judicial recíproca en asuntos penales del Canadá.

432. Un método opcional de cumplir con los requisitos de este párrafo es la entrega temporaria de un fugitivo (véanse el artículo 16, párrafo 11, y la sección 4 *infra*).

g) *Garantías de las personas sometidas a un proceso de extradición (artículo 16, párrafo 13)*

433. El párrafo 13 del artículo 16 requiere que un Estado Parte dé un trato justo al fugitivo durante el procedimiento de extradición que esté llevando a cabo, incluso permitiéndole gozar de todos los derechos y garantías previstos por el derecho de ese Estado con respecto a esas actuaciones. En esencia, este párrafo obliga a los Estados Parte a garantizar que se disponga de procedimientos para asegurar un trato justo a los fugitivos y que el fugitivo tenga la oportunidad de ejercer esos derechos y garantías previstos por la ley.

h) *Prohibición de la denegación de extradición por el hecho de que el delito entraña también cuestiones tributarias (artículo 16, párrafo 15)*

434. El párrafo 15 del artículo 16 establece que los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias. Por consiguiente, los Estados Parte deben garantizar que no puedan invocarse razones de esa índole para denegar la extradición con arreglo a sus leyes o tratados en la materia.

435. Por lo tanto, cuando las leyes de un Estado Parte prevean ese motivo de denegación, será necesario modificar la legislación para remediarlo. Cuando ese motivo de denegación esté incluido en alguno de los tratados de extradición de un Estado Parte, normalmente el hecho de que ese país pase a ser parte en la Convención contra la Delincuencia Organizada o las enmiendas de las leyes nacionales invalidarán automáticamente las disposiciones en contrario de un tratado anterior. En vista de ello, muy pocas veces, o nunca, será necesario introducir enmiendas en tratados concretos. Con respecto a futuros tratados de extradición, los Estados Parte no deberán incluir en ellas esas razones de denegación.

i) *Consultas previas a la denegación (artículo 16, párrafo 16)*

436. El párrafo 16 del artículo 16 prevé que, cuando proceda, el Estado Parte requerido consultará al Estado Parte requirente antes de denegar

la extradición. Este proceso podría permitir que el Estado Parte requirente presentara nuevas explicaciones o información que podrían traducirse en un resultado diferente. Dado que en algunos casos la información adicional nunca podría cambiar el resultado, la obligación no es categórica, y el Estado Parte requerido conserva cierto grado de discreción para determinar cuándo sería conveniente proceder de esa manera. No obstante, las notas interpretativas indican que las palabras “cuando proceda” se entenderán e interpretarán en un espíritu de cooperación plena y no menoscabarán, en la medida de lo posible, el carácter obligatorio del párrafo 16 del artículo 16 de la Convención. Se espera que al aplicar ese párrafo los Estados Parte requeridos tengan cabalmente en cuenta la necesidad de llevar a juicio a los delincuentes mediante la cooperación en materia de extradición (A/55/383/Add.1, párrafo 35).

j) *Celebración de nuevos acuerdos y arreglos*
(artículo 16, párrafo 17)

437. En el párrafo 17 del artículo 16 se exhorta a los Estados a que procuren celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia. Se invita a los Estados que deseen ampliar su red de tratados de extradición a que examinen los instrumentos reseñados en la sección 5 *infra* como ejemplos de tratados que pueden resultar instructivos. Con respecto a los arreglos para aumentar la eficacia de la extradición, los Estados tal vez deseen examinar las disposiciones de consulta incluidas en algunos de esos tratados.

4. Otras medidas, incluidos aspectos facultativos

a) *Aplicación facultativa respecto de otros delitos*
(artículo 16, párrafo 2)

438. El párrafo 2 del artículo 16 permite que los Estados Parte apliquen el artículo sobre extradición a delitos distintos de los enunciados en el párrafo 1 del artículo 16. Los Estados Parte no están obligados a extraditar con respecto a otros delitos, aunque se les alienta a hacerlo.

439. En una nota interpretativa se indica que la finalidad del párrafo 2 del artículo 16 es servir de instrumento para los Estados Parte que deseen aprovechar la facilidad que proporciona y que no tiene por objeto ampliar indebidamente el ámbito de aplicación del artículo (A/55/383/Add.1, párrafo 28).

b) *Extradición sobre la base de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*
(artículo 16, párrafos 4 y 5, apartado b))

440. En el párrafo 4 del artículo 16 se permite, pero no se exige, que los Estados Parte utilicen la Convención como base jurídica para la extradición, si la existencia de un tratado es un requisito previo para la extradición. Otra solución sería que los Estados se esforzaran por celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la Convención a fin de aplicar el artículo 16 (artículo 16, párrafo 5, apartado b)).

c) *Agilización de los procedimientos de extradición*
(artículo 16, párrafo 8)

441. En el párrafo 8 del artículo 16 se prevé que los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 16. La moderna práctica de la extradición ha consistido en simplificar los requisitos con respecto a la forma y las vías de transmisión de las solicitudes de extradición, así como las normas probatorias en materia de extradición. Los instrumentos a que se hace referencia en la sección 5 *infra* contienen información sobre esas cuestiones que puede resultar instructiva.

442. En una nota interpretativa se indica que este párrafo no debe interpretarse como una disposición que menoscabe en lo más mínimo los derechos fundamentales del acusado conforme a la ley (A/55/383/Add.1, párrafo 29). Según otra nota interpretativa, un ejemplo de la aplicación de este párrafo sería la adopción de procedimientos de extradición rápidos y simplificados, siempre que lo permita el derecho interno del Estado Parte requerido, para la entrega de personas buscadas con fines de extradición, con sujeción al acuerdo del Estado Parte requerido y al consentimiento de la persona interesada. El consentimiento, que ha de expresarse voluntariamente y teniendo plena conciencia de las consecuencias, debe entenderse en relación con los procedimientos simplificados y no con la extradición propiamente dicha (A/55/383/Add.1, párrafo 30).

d) *Detención en espera de que se tramite la extradición en el Estado requerido* (artículo 16, párrafo 9)

443. En el párrafo 9 del artículo 16 se prevé que el Estado Parte requerido podrá proceder a la detención del fugitivo o adoptar otras medidas adecuadas

para garantizar su presencia en los procedimientos de extradición. En los tratados y leyes sobre extradición se incluyen por lo general disposiciones sobre detención provisional y detención en espera de que se tramite la extradición y los Estados Parte deberían contar con una base jurídica apropiada para esa detención. No obstante, el artículo no impone ninguna obligación concreta de proceder a la detención de personas en casos específicos. Los instrumentos a que se hace referencia en la sección 5 *infra* contienen información que puede resultar instructiva con respecto a estas cuestiones.

e) *Extradición condicional como base para cumplir la obligación enunciada en el párrafo 10 (artículo 16, párrafo 11)*

444. En vez de enjuiciar a un nacional sometiéndolo a sus autoridades competentes en lugar de extraditarlo con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 10, en el párrafo 11 del artículo 16 se prevé la opción de la entrega temporalia del fugitivo al Estado Parte que solicita la extradición con la única finalidad de que se tramite el juicio en el Estado Parte requirente y con la condición de que esa persona deberá cumplir toda condena que se le imponga en el Estado Parte que denegó la extradición. Si se elige esta opción, queda cumplida la obligación enunciada en el párrafo 10.

f) *Cumplimiento de una condena extranjera cuando la extradición se deniega por motivos de nacionalidad (artículo 16, párrafo 12)*

445. En el párrafo 12 del artículo 16 se insta a todo Estado Parte que haya denegado, por motivos de nacionalidad, una solicitud presentada por otro Estado Parte de extraditar a un fugitivo para que cumpla una condena a considerar la posibilidad de hacer cumplir la condena con arreglo a su derecho interno. No obstante, el párrafo no impone obligación alguna al Estado Parte de establecer el marco jurídico que le permita lograr ese cumplimiento, o de lograrlo en determinadas circunstancias.

446. En una nota interpretativa se indica que esta medida se adoptaría sin perjuicio del principio de doble incriminación (*ne bis in idem*) (A/55/383/Add.1, párrafo 32).

g) *Ausencia de obligación de extraditar con arreglo a la Convención cuando existan motivos justificados para presumir que el fugitivo será objeto de discriminación (artículo 16, párrafo 14)*

447. En el párrafo 14 del artículo 16 se establece que nada de lo dispuesto en la Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación

de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.

448. Esta disposición mantiene la posibilidad de denegar la extradición por esos motivos, a menos que esa razón de denegación no esté prevista en el tratado de extradición vigente con el Estado Parte requirente o en el derecho interno del Estado Parte requerido, que rige la extradición en ausencia de un tratado²⁶.

5. *Recursos de información*

449. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información que se enumeran a continuación.

a) *Disposiciones e instrumentos conexos*

i) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

Artículo 15 (Jurisdicción)

Artículo 17 (Traslado de personas condenadas a cumplir una pena)

Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)

Artículo 19 (Investigaciones conjuntas)

Artículo 20 (Técnicas especiales de investigación)

²⁶En una nota interpretativa se señala que en los *travaux préparatoires* se indicará que, en las consultas oficiales celebradas durante el octavo período de sesiones del Comité Especial, la delegación de Italia propuso que después del párrafo 8 se intercalara la siguiente disposición:

“Sin perjuicio de la invocación de otros motivos para la negativa, el Estado requerido podrá denegar la extradición por el hecho de que la decisión se ha adoptado *in absentia* únicamente si no se prueba que la causa se ha juzgado con las mismas garantías que cuando un acusado, encontrándose presente y a sabiendas del juicio, ha eludido deliberadamente la detención o se ha negado deliberadamente a comparecer ante la justicia. Sin embargo, cuando ello no se haya probado, la extradición no podrá denegarse si el Estado requirente da seguridades que satisfagan al Estado requerido de que la persona cuya extradición se solicita tendrá derecho a un nuevo juicio en el que se protegerá su derecho de defensa.”

En el debate celebrado a continuación, algunas delegaciones expresaron serias dudas acerca de la compatibilidad de esta disposición con los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos. La delegación de Italia retiró su propuesta en el noveno período de sesiones del Comité Especial en el entendimiento de que, al considerar una solicitud de extradición con arreglo a una sentencia dictada *in absentia*, el Estado Parte requerido consideraría debidamente si la persona cuya extradición se pedía había sido sometida a un juicio justo, por ejemplo, si el acusado había gozado de las mismas garantías que si hubiera estado presente en el juicio y hubiera eludido voluntariamente a la justicia o no hubiera comparecido ante el tribunal, o si tenía derecho a un nuevo juicio (A/55/383/Add.1, párrafo 34).

Artículo 27 (Cooperación en materia de cumplimiento de la ley)

Artículo 34 (Aplicación de la Convención)

ii) Otros instrumentos

Convenio europeo sobre extradición, 1957

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 24

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm>

Plan de Londres para la entrega de delincuentes fugitivos, 1966

<http://www.thecommonwealth.org/law/docs/Extrad-London.doc>

Convención Interamericana sobre Extradición, 1981

Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, No. 60

[http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-47\(1\).html](http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-47(1).html)

Convención de la Liga de los Estados Árabes sobre asistencia recíproca en materia penal, 1983

Convención sobre la extradición de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, 1994

http://www.iss.co.za/AF/RegOrg/unity_to_union/pdfs/ecowas/4ConExtradition.pdf

Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, 1995

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 078, de 30 de marzo de 1995

[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=41995A0330\(01\)&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=41995A0330(01)&model=guichett)

b) Ejemplos de legislación

Albania

http://pbosnia.kentlaw.edu/resources/legal/albania/crim_code.htm

Código Penal

Artículo 11

Extradición

La extradición sólo podrá concederse cuando esté expresamente prevista en los tratados internacionales en los que la República de Albania es parte.

La extradición se concederá cuando el acto delictivo que constituye el objeto de la solicitud esté tipificado como tal tanto por el derecho albanés como por el derecho extranjero.

No se concederá la extradición:

- a) Si la persona cuya extradición se solicita es ciudadano albanés, salvo disposición en contrario del tratado;
- b) Si el acto delictivo que constituye el objeto de la solicitud de extradición es de carácter político o militar;
- c) Si existen motivos razonables para presumir que la persona cuya extradición se solicita será perseguida, castigada o buscada debido a sus opiniones políticas, sus creencias religiosas o sus características nacionales, raciales o étnicas;
- d) Si la persona cuya extradición se solicita ha sido juzgada por el acto delictivo por el cual se solicita la extradición por un tribunal albanés competente.

Disposiciones pertinentes en el Código de Procedimiento Penal de Albania: Título X (Relaciones jurisdiccionales con autoridades extranjeras), capítulo I (Extradición), Sección I (Extradición al extranjero), artículos 488-499.

Canadá

<http://laws.justice.gc.ca/en/E-23.01/>

Ley de extradición del Canadá, S.C. 1999, c. 18

República de Corea

Ley de extradición de Corea, 1988

Tratado de extradición entre los Estados Unidos de América y la República Argentina, 1997

Tratado de extradición entre Lituania y los Estados Unidos de América, 2001

<http://www3.irs.lt/c-bin/eng/preps2?Condition1=161503&Condition2=>

c) Otras fuentes de información

Tratado modelo de extradición, 1990

Resolución 45/116 de la Asamblea General, anexo

<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r116.htm>

Proyecto de ley modelo de las Naciones Unidas sobre extradición (enmienda), 1998

<http://www.imolin.org/ex98.htm>

Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre cooperación internacional (extradición y asistencia judicial recíproca) en materia de tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicológicas y precursores, para países de tradición jurídica romanista, 2003 (en francés únicamente)
http://www.unodc.org/pdf/lap_civil_mod-leg_internat_cooperation_fr.pdf

B. Asistencia judicial recíproca en cuestiones penales

“Artículo 18 “Asistencia judicial recíproca

“1. Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 y se prestarán también asistencia de esa índole cuando el Estado Parte requirente tenga motivos razonables para sospechar que el delito a que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 es de carácter transnacional, así como que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido y que el delito entraña la participación de un grupo delictivo organizado.

“2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 10 de la presente Convención en el Estado Parte requirente.

“3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:

- “a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;
- “b) Presentar documentos judiciales;
- “c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;
- “d) Examinar objetos y lugares;
- “e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;
- “f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria

y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;

“g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;

“h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;

“i) Cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido.

“4. Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención.

“5. La transmisión de información con arreglo al párrafo 4 del presente artículo se hará sin perjuicio de las indagaciones y procesos penales que tengan lugar en el Estado de las autoridades competentes que facilitan la información. Las autoridades competentes que reciben la información deberán acceder a toda solicitud de que se respete su carácter confidencial, incluso temporalmente, o de que se impongan restricciones a su utilización. Sin embargo, ello no obstará para que el Estado Parte receptor revele, en sus actuaciones, información que sea exculpatoria de una persona acusada. En tal caso, el Estado Parte receptor notificará al Estado Parte transmisor antes de revelar dicha información y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte transmisor. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte receptor informará sin demora al Estado Parte transmisor de dicha revelación.

“6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca.

“7. Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados Parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados Parte a que apliquen estos párrafos si facilitan la cooperación.

“8. Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para negar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

“9. Los Estados Parte podrán negarse a prestar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. Sin embargo, de estimarlo necesario, el Estado Parte requerido podrá prestar asistencia, en la medida en que decida hacerlo a discreción propia, independientemente de que la conducta esté o no tipificada como delito en el derecho interno del Estado Parte requerido.

“10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado Parte y cuya presencia se solicite en otro Estado Parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:

- “a) La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento;
- “b) Las autoridades competentes de ambos Estados Parte están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que éstos consideren apropiadas.

“11. A los efectos del párrafo 10 del presente artículo:

“a) El Estado Parte al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado Parte del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;

“b) El Estado Parte al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado Parte del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados Parte;

“c) El Estado Parte al que se traslade a la persona no podrá exigir al Estado Parte del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución;

“d) El tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado Parte al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.

“12. A menos que el Estado Parte desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 10 y 11 del presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada.

“13. Cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facul-

tada para darles cumplimiento o para transmitirlas a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado Parte disponga de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado Parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de dicha autoridad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmitidas a las autoridades centrales designadas por los Estados Parte. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados Parte a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados Parte convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible.

“14. Las solicitudes se presentarán por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado Parte requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado Parte determinar la autenticidad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el idioma o idiomas que sean aceptables para cada Estado Parte. En situaciones de urgencia, y cuando los Estados Parte convengan en ello, las solicitudes podrán hacerse oralmente, debiendo ser confirmadas sin demora por escrito.

“15. Toda solicitud de asistencia judicial recíproca contendrá lo siguiente:

“a) La identidad de la autoridad que hace la solicitud;

“b) El objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones;

“c) Un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;

“d) Una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado Parte requirente desee que se aplique;

“e) De ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y

“f) La finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

“16. El Estado Parte requerido podrá pedir información complementaria cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.

“17. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno del Estado Parte requerido y en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.

“18. Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente. Los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido.

“19. El Estado Parte requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá que el Estado Parte requirente revele, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculpatorias de una persona acusada. En este último caso, el Estado Parte requirente notificará al Estado Parte requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte requerido. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte requirente informará sin demora al Estado Parte requerido de dicha revelación.

“20. El Estado Parte requirente podrá exigir que el Estado Parte requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si el Estado Parte requerido no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato al Estado Parte requirente.

“21. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:

“a) Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo;

“b) Cuando el Estado Parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;

“c) Cuando el derecho interno del Estado Parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;

“d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

“22. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña asuntos fiscales.

“23. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.

“24. El Estado Parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado Parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado Parte requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado Parte requirente respecto de la evolución del trámite de la solicitud. El Estado Parte requirente informará con prontitud cuando ya no necesite la asistencia solicitada.

“25. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado Parte requerido si perturbase investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso.

“26. Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 21 del presente artículo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 25 del presente artículo, el Estado Parte requerido consultará al Estado Parte requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado Parte requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado Parte deberá observar las condiciones impuestas.

“27. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 12 del presente artículo, el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado Parte requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado Parte requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio del Estado Parte requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos

o durante el período acordado por los Estados Parte después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.

“28. Los gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado Parte requerido, a menos que los Estados Parte interesados hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, los Estados Parte se consultarán para determinar las condiciones en que se dará cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

“29. El Estado Parte requerido:

“a) Facilitará al Estado Parte requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho interno, tenga acceso el público en general;

“b) Podrá, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas, proporcionar al Estado Parte requirente una copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho interno, no estén al alcance del público en general.

“30. Cuando sea necesario, los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que sirvan a los fines del presente artículo y que, en la práctica, hagan efectivas sus disposiciones o las refuercen.”

1. *Introducción*

450. En el contexto de la globalización, las autoridades nacionales necesitan cada vez más la asistencia de otros Estados para la investigación, enjuiciamiento y castigo de los delincuentes, especialmente de los que cometen delitos transnacionales. La capacidad para hacer valer la jurisdicción y lograr la presencia del delincuente acusado en el territorio es una parte importante de la tarea, pero ésta no acaba ahí.

451. La movilidad internacional de los delincuentes y su utilización de tecnología avanzada, entre otros factores, hacen más necesario que nunca que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y las judiciales colaboren y presten asistencia al Estado que asuma la jurisdicción en el asunto.

452. Para lograr ese objetivo, los Estados han promulgado leyes que les permiten prestar esa colaboración internacional, y recurren cada vez más a los tratados relacionados con la asistencia judicial recíproca en cuestiones penales.

Estos tratados enumeran generalmente la clase de asistencia que se prestará, los derechos del Estado requirente y del Estado requerido en cuanto al alcance y la forma de la cooperación, los derechos de los presuntos delincuentes y los procedimientos que deben seguirse al formular y atender las solicitudes.

453. Esos instrumentos bilaterales refuerzan la aplicación de la ley de distintas formas. Permiten a las autoridades obtener pruebas en el extranjero de una forma que sea nacionalmente admisible. Por ejemplo, se puede citar testigos, localizar a personas, obtener documentos y otras pruebas o recabar decisiones judiciales. Complementan otros acuerdos sobre intercambio de información (por ejemplo, de la obtenida por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol)) las relaciones entre las policías judiciales, la asistencia judicial y los exhortos. Resuelven también algunas complejidades entre países de diferente tradición jurídica, algunos de los cuales prestan asistencia a las autoridades judiciales pero no al ministerio público. Un buen ejemplo es el tratado de asistencia judicial recíproca entre la Argentina y los Estados Unidos (véase el capítulo V, sección A.5, *supra*).

454. Se han realizado algunos intentos multilaterales mediante tratados orientados a la asistencia judicial recíproca en cuestiones penales con respecto a delitos determinados, como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (véase el artículo 7), el Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito (véanse los artículos 8 a 10), el Convenio relativo a asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, la Convención del Consejo de Europa sobre el delito cibernético, la Convención Interamericana contra la Corrupción (véase el artículo XIV), la Convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal y su Protocolo facultativo, y el Convenio de la OCDE sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (véase el artículo 9). También ha habido algunas iniciativas regionales, como el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen²⁷, el Convenio europeo sobre asistencia mutua en materia penal, la citada Convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal y la Convención de la Liga Árabe sobre asistencia mutua en materia penal de 1983.

455. En su artículo 18, la Convención contra la Delincuencia Organizada desarrolla esas iniciativas, requiere que se preste la más amplia asistencia

²⁷Citado a menudo como Convenio de Schengen, que obliga a todos los Estados de la Unión Europea, salvo el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Irlanda. Véase también el Acuerdo de 1996 entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre cooperación y asistencia recíproca en materia aduanera, especialmente su título IV, artículo 11 y siguientes (<http://www.eurunion.org/partner/agreemen.htm>).

judicial recíproca, que especifica en su párrafo 3, respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales, y amplía su ámbito de aplicación a todos los delitos comprendidos en la Convención. Ello incluye los delitos tipificados en los artículos 5, 6, 8 y 23, los tipificados en cualquiera de los Protocolos en que los Estados sean partes y los delitos graves de carácter transnacional en que participe algún grupo delictivo organizado (artículo 2, apartado *b*)).

456. Se puede solicitar asistencia judicial para recibir testimonios o tomar declaraciones, presentar documentos judiciales, efectuar inspecciones e incautaciones, examinar objetos y lugares, facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos, documentos y expedientes, localizar el producto del delito y facilitar la comparecencia de personas y cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la ley nacional. El artículo 18 se aplica también a la cooperación internacional para la identificación, localización e incautación del producto del delito, los bienes y los instrumentos a efectos de embargo preventivo (véase también el artículo 13).

457. La Convención contra la Delincuencia Organizada reconoce la diversidad de los ordenamientos jurídicos y permite a los Estados denegar la asistencia judicial en determinadas circunstancias (véase el artículo 18, párrafo 21). Sin embargo, deja en claro que la asistencia no podrá denegarse por motivos de secreto bancario (artículo 18, párrafo 8), ni por delitos que se considere entrañan asuntos fiscales (artículo 18, párrafo 22). Se requiere de los Estados que fundamenten toda denegación de asistencia. Por lo demás, los Estados deben atender las solicitudes rápidamente y tener en cuenta los posibles plazos con que se enfrenten las autoridades solicitantes (por ejemplo, la expiración de plazos de prescripción).

2. Resumen de los principales requisitos

458. Todos los Estados Parte deben garantizar la mayor medida posible de asistencia judicial recíproca, especificada en el párrafo 3 del artículo 18, con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales en relación con los siguientes delitos:

- a)* Delitos tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 que sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado;
- b)* Delitos graves que sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado;
- c)* Delitos tipificados de conformidad con los tres Protocolos, que se consideran como delitos tipificados de conformidad con la Convención en virtud del párrafo 3 del artículo 1 de cada Protocolo;

d) Delitos tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, cuando haya motivos razonables para sospechar que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido;

e) Delitos graves en que participe un grupo delictivo organizado, cuando haya motivos razonables para sospechar que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido (artículo 18, párrafos 1 y 3).

459. Todos los Estados Parte deben prestarse asistencia judicial con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales en relación con los delitos de los que puede ser considerada responsable una persona jurídica de conformidad con el artículo 10 (artículo 18, párrafo 2).

460. Todo Estado Parte debe garantizar que no denegará la asistencia judicial invocando el secreto bancario (artículo 18, párrafo 8). Puede ser necesario dictar disposiciones legales si las leyes o tratados por los que se rija la asistencia judicial recíproca se contradicen.

461. Todo Estado Parte deberá ocuparse, con arreglo a los párrafos 9 a 29 del artículo 18, de regular las modalidades de la asistencia judicial recíproca a falta de un tratado de asistencia judicial con otro Estado Parte (artículo 18, párrafos 7 y 9 a 29). Puede ser necesario dictar disposiciones legales si el derecho interno vigente por el que se rija la asistencia judicial recíproca es incompatible con cualquiera de las disposiciones de esos párrafos y el derecho interno prevalece sobre los tratados.

462. Todo Estado Parte deberá notificar al Secretario General de las Naciones Unidas cuál es su autoridad central designada a los efectos del artículo 18, así como los idiomas aceptables al respecto (artículo 18, párrafos 13 y 14).

463. Todo Estado Parte considerará la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales a los fines del artículo, que, en la práctica, hagan efectivas sus disposiciones o las refuercen (artículo 18, párrafo 30).

3. *Requisitos obligatorios*

a) *Ámbito (artículo 18, párrafo 1)*

464. El párrafo 1 del artículo 18 determina el ámbito de la obligación de prestar asistencia judicial recíproca.

465. En primer lugar, se requiere de las Partes que presten la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones

ciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3. Así pues, todo Estado Parte debe garantizar que sus tratados y leyes de asistencia judicial recíproca prevean la asistencia que se prestará a la cooperación respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales. La expresión “actuaciones judiciales” es distinta de las investigaciones y procesos y connota un tipo diferente de procedimiento. Como no se define en la Convención, los Estados Parte pueden determinar discrecionalmente la medida en que prestarán asistencia en esas actuaciones, pero la asistencia deberá estar disponible al menos con respecto a aquellas partes del procedimiento penal que en algunos Estados pueden no ser parte del juicio en sí, como las actuaciones previas al juicio, las de ejecución de condena y las cautelares. Esas investigaciones, procesos o actuaciones deben estar relacionadas con los delitos comprendidos en la Convención con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3. Esto significa:

- a)* Los delitos tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 que sean de carácter transnacional (término definido en el párrafo 2 del artículo 3) y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado (definido en el artículo 2, apartado *a*));
- b)* Los delitos graves (definidos en el artículo 2, apartado *b*) que sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado;
- c)* Los delitos tipificados de conformidad con los tres Protocolos que se consideran como delitos tipificados de conformidad con la Convención con arreglo al párrafo 3 del artículo 1 de cada Protocolo.

466. Además, el párrafo 1 obliga a los Estados Parte a prestarse también asistencia de esa índole cuando el Estado Parte requirente tenga motivos razonables para sospechar que el delito a que se hace referencia en los apartados *a*) o *b*) del párrafo 1 del artículo 3 es de carácter transnacional, así como que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido y que el delito entraña la participación de un grupo delictivo organizado. Esto significa que la obligación de prestarse asistencia judicial recíproca se extiende también a:

- a)* Los delitos tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 cuando haya motivos razonables para sospechar que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido y que el delito entraña la participación de un grupo delictivo organizado;
- b)* Los delitos graves, cuando haya motivos razonables para sospechar que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de

esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido y que el delito entraña la participación de un grupo delictivo organizado;

467. Si las leyes y tratados vigentes sobre asistencia judicial recíproca de un Estado Parte no son suficientemente amplios para comprender todos los delitos a que se refiere el párrafo 1, puede ser necesario modificar la legislación.

468. Al elaborar disposiciones legislativas que establezcan facultades para atender las solicitudes de asistencia, los legisladores deben tener en cuenta que el criterio para las solicitudes y la prestación de asistencia judicial es ligeramente más amplio que el que se aplica a la mayoría de las obligaciones de la Convención y los Protocolos.

469. Con arreglo al artículo 3, la Convención se aplica cuando los delitos de que se trate sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. En cambio, el párrafo 1 del artículo 18 requiere la prestación de asistencia judicial cuando el Estado Parte requirente tenga motivos razonables para sospechar que el delito es de carácter transnacional y entraña la participación de un grupo delictivo organizado. Hay que señalar que el simple hecho de que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentren en el Estado parte requerido constituye motivo suficientemente razonable para sospechar que el delito es transnacional.

470. Ello establece un nivel de prueba más bajo, que tiene por objeto facilitar las solicitudes de asistencia para determinar si se dan los elementos de transnacionalidad y delincuencia organizada, y si la cooperación internacional puede ser necesaria y solicitarse con arreglo a la Convención para adoptar ulteriores medidas de investigación, enjuiciamiento o extradición. Es importante que este criterio se refleje en la legislación interna de aplicación.

b) *Asistencia judicial recíproca en las actuaciones relacionadas con personas jurídicas (artículo 18, párrafo 2)*

471. El párrafo 2 del artículo 18 dispone que se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 10 (véase también el capítulo IV, sección B, de la presente Guía).

472. Por lo tanto, un Estado Parte debe poder prestar cierta medida de asistencia judicial recíproca con respecto a investigaciones, procesos y actuacio-

nes judiciales relacionados con la conducta de personas jurídicas. También en este caso se dan ciertas facultades discrecionales a los Estados Parte en lo que se refiere a la medida de la asistencia prestada. Si un Estado Parte carece actualmente de toda autoridad jurídica para prestar asistencia con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales contra las personas jurídicas, habrá de considerar la posibilidad de modificar su legislación.

473. Una nota interpretativa indica que la expresión “actuaciones judiciales”, que figura en el párrafo 2 del artículo 18, se refiere a la cuestión respecto de la cual se solicita asistencia judicial recíproca y no debe interpretarse en modo alguno en perjuicio de la independencia de la judicatura (A/55/383/Add.1, párrafo 36).

c) *Fines para los que se prestará la asistencia judicial recíproca (artículo 18, párrafo 3)*

474. El párrafo 3 del artículo 18 presenta la siguiente lista de tipos concretos de asistencia judicial recíproca que un Estado Parte debe poder prestar:

- a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;
- b) Presentar documentos judiciales;
- c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;
- d) Examinar objetos y lugares;
- e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;
- f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;
- g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;
- h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requeriente;
- i) Cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido.

475. Los Estados Parte deben examinar sus tratados de asistencia judicial recíproca vigentes para asegurarse de que esas fuentes de autoridad jurídica son suficientemente amplias para abarcar todas las formas de cooperación enumeradas *supra*. Por lo general, los tratados de asistencia judicial recíproca prevén esas formas de cooperación. Sin embargo, en el caso raro de que algu-

na de las formas de cooperación enumeradas en el párrafo 3 del artículo 18 no esté prevista (en particular en los países en que se considera que los tratados se subordinan a las leyes de asistencia judicial recíproca), los Estados Parte interesados deberán considerar que esos tratados de asistencia judicial recíproca quedan automáticamente complementados por esas formas de cooperación. Otra posibilidad es que, en algunos ordenamientos jurídicos, sea necesario dictar disposiciones legales de modificación o adoptar otras medidas.

476. En la mayoría de los casos, el derecho interno prevé ya facultades para tomar las medidas necesarias a fin de prestar los mencionados tipos de asistencia. Si no fuera así, habrá que crear esas facultades. Si existen, pueden ser necesarias modificaciones para garantizar que se utilicen en los casos de asistencia judicial. Por ejemplo, unas facultades para efectuar inspecciones e incautaciones limitadas a los casos en que las autoridades judiciales se persuadan de que se ha cometido un delito nacional y se justifica la búsqueda de pruebas tendrían que modificarse a fin de permitir que se dictaran órdenes de inspección en el caso de presuntos delitos extranjeros de los que se supusiera había pruebas en el Estado requerido.

477. A fin de obtener y prestar asistencia judicial recíproca a los Estados Parte a falta de un tratado de asistencia judicial recíproca, se prevé un mecanismo, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 7 y 9 a 29 del artículo 18. A continuación se describen los requisitos de aplicación en estos casos.

*d) Procedimiento que deberá seguirse a falta de un tratado
(artículo 18, párrafo 7)*

478. El párrafo 7 del artículo 18 dispone que, cuando no exista un tratado de asistencia judicial recíproca vigente entre el Estado Parte que solicite la cooperación y el Estado Parte al que se solicite, se aplicarán las normas de asistencia judicial recíproca establecidas en los párrafos 9 a 29 del artículo 18 al prestar las formas de cooperación enumeradas en el párrafo 3. Si existe un tratado vigente entre los Estados Parte interesados, se aplicarán en su lugar las normas del tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar los párrafos 9 a 29.

479. En el caso de muchos Estados Parte, es decir de aquellos cuyos ordenamientos jurídicos permiten la aplicación directa de los tratados, no hará falta dictar disposiciones legales de aplicación. Si el ordenamiento jurídico de un Estado Parte no permite la aplicación directa de esos párrafos, hará falta una disposición legal que garantice que, a falta de un tratado de asistencia judicial recíproca, se aplicarán a las solicitudes formuladas con arreglo a la

Convención las disposiciones de los párrafos 9 a 29 y no las normas que podrían ser aplicables en otro caso. Esa disposición legal habilitadora puede ser de carácter general y consistir en una referencia en el sentido de que, en los casos comprendidos en el ámbito del artículo 18 y a falta de un tratado con el Estado Parte de que se trate, se aplicarán las normas de los párrafos 9 a 29.

480. Se alienta también con firmeza a los Estados Parte, aunque no se los obliga, a aplicar cualesquiera de los párrafos 9 a 29 si facilitan la cooperación en mayor medida que las disposiciones de un tratado de asistencia judicial recíproca vigente entre ellos.

e) Prohibición de denegar la asistencia judicial recíproca invocando el secreto bancario (artículo 18, párrafo 8)

481. El párrafo 8 del artículo 18 dispone que los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al artículo 18. Resulta significativo que este párrafo no esté incluido entre los párrafos que sólo se aplican a falta de un tratado de asistencia judicial recíproca. En lugar de ello, se obliga a los Estados Parte a garantizar que no se invocará ese motivo de denegación con arreglo a sus leyes o tratados de asistencia judicial recíproca.

482. Así pues, si las leyes de un Estado Parte autorizan actualmente ese motivo de denegación, deberá dictarse una disposición legal para corregirlo. Cuando ese motivo de denegación figure en cualesquiera tratados de asistencia judicial recíproca de un Estado Parte, el acto de ese Estado al convertirse en parte de la Convención contra la Delincuencia Organizada invalidará automáticamente, por aplicación del derecho internacional, las disposiciones en contrario de un tratado anterior. Si el ordenamiento jurídico de un Estado Parte dispone que los tratados no se aplicarán directamente, será necesario dictar una disposición nacional.

483. Una nota interpretativa indica que el párrafo 8 del artículo 18 no es incompatible con los párrafos 17 y 21 del artículo 18 (A/55/383/Add.1, párrafo 38).

f) Medidas que se aplicarán a falta de un tratado (artículo 18, párrafos 9 a 29)

484. Las medidas necesarias para aplicar los párrafos 9 a 29 del artículo 18, que establecen ciertos procedimientos y mecanismos aplicables a falta de un tratado de asistencia judicial recíproca entre los Estados Parte interesados se examinan *supra* en relación con el párrafo 7 del artículo 18. Algunos Estados Parte aplicarán normalmente esos párrafos de forma directa, cuando sean per-

tinentes para una solicitud de asistencia determinada, porque, de conformidad con su ordenamiento jurídico, las disposiciones de la Convención podrán aplicarse directamente. En otro caso, lo más fácil puede ser dictar una autorización legislativa general que permita la aplicación directa de los párrafos 9 a 29 cuando se trate de Estados en que los tratados no se aplican directamente.

485. No obstante, hay algunas notas interpretativas relativas a algunos de esos párrafos que deben tenerse en cuenta.

486. Con respecto al traslado de personas detenidas o que cumplan condena en otro Estado Parte (véase el artículo 18, párrafo 10, apartado *b*), entre las condiciones que establezcan los Estados Parte para el traslado de una persona, los Estados Parte podrán convenir en que el Estado Parte requerido pueda asistir a las deposiciones de testigos en el territorio del Estado Parte requirente (A/55/383/Add.1, párrafo 39).

487. Los gastos que entraña el traslado de esas personas (artículo 18, párrafos 10 y 11) por lo general se considerarían extraordinarios. La nota interpretativa indica también el entendimiento de que los países en desarrollo tal vez tengan dificultades para sufragar incluso algunos gastos ordinarios, por lo que debería prestárseles asistencia adecuada para que puedan cumplir las disposiciones de este artículo (A/55/383/Add.1, párrafo 43). El párrafo 28 del artículo 18 se ocupa también de la cuestión de los gastos.

488. La Convención requiere la designación de una autoridad central facultada para recibir y dar cumplimiento o transmitir las solicitudes de asistencia judicial a las autoridades competentes para su ejecución en cada Estado Parte. Esa autoridad central puede ser distinta en las distintas etapas de los procesos para los que se solicite la asistencia judicial. Además, las notas interpretativas indican que con este párrafo no se desea crear un obstáculo para los países que tengan una autoridad central que recibe las solicitudes y otra autoridad central distinta que se encarga de formularlas (A/55/383/Add.1, párrafo 40).

489. La autoridad central, así como el idioma o los idiomas aceptables que se utilizarán en las solicitudes, deberán notificarse al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito (artículo 18, párrafos 13 y 14). La notificación deberá comunicarse a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

a) *Transmisión espontánea de información*

490. Los párrafos 4 y 5 del artículo 18 proporcionan una base jurídica para que un Estado Parte facilite a otro Estado Parte información o pruebas que

estime importantes para luchar contra los delitos comprendidos en la Convención, aunque el otro país no haya formulado una solicitud de asistencia y pueda desconocer por completo la existencia de esa información o prueba. Sin embargo, no hay obligación de hacerlo en un caso determinado. Si se trata de Estados Parte cuyo ordenamiento jurídico permite la aplicación directa de los tratados, esos párrafos los facultarán para transmitir información espontáneamente, cuando esa transmisión no sea posible por otros conceptos con arreglo al derecho interno, y no hará falta dictar nuevas disposiciones legales.

491. Si un Estado Parte no cuenta ya con una base jurídica interna para esa transmisión espontánea y, en virtud de su ordenamiento jurídico, las disposiciones de esos párrafos no pueden aplicarse directamente, se le anima con firmeza, aunque no se le obliga, a adoptar las medidas que puedan ser necesarias para establecer esa base jurídica.

492. Hay una nota interpretativa que dice que: *a)* cuando un Estado Parte considere la posibilidad de comunicar espontáneamente información de carácter especialmente confidencial o de imponer restricciones estrictas con respecto a su utilización, se estima conveniente que el Estado Parte interesado consulte con antelación al eventual Estado receptor, y *b)* cuando el Estado Parte que reciba información conforme a la presente disposición ya disponga de información similar, no estará obligado a acatar ninguna de las restricciones impuestas por el Estado transmisor (A/55/383/Add.1, párrafo 37).

b) Cláusula de salvaguardia con respecto a los tratados de asistencia judicial recíproca (ausencia de obligaciones específicas, párrafo 6 del artículo 18)

493. El párrafo 6 del artículo 18 dispone simplemente que este artículo no excluye ni afecta a las obligaciones independientes que puedan derivarse de otros tratados por los que se rija la asistencia judicial recíproca. Al propio tiempo, convertirse en parte de la Convención contra la Delincuencia Organizada hace que surjan obligaciones distintas que los Estados Parte deben cumplir entre sí.

c) Testimonio mediante videoconferencia

494. La disposición sobre la prestación de testimonio por videoconferencia no es obligatoria. Hay que tomar nota también del párrafo 28 del artículo 18, que prevé la celebración de consultas para la asignación de los gastos de asistencia judicial cuantiosos o de carácter extraordinario.

495. El párrafo 18 del artículo 18 exige de los Estados Parte que, siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, utilicen la videoconferencia como medio de prestar declaración *viva voce* en los casos en que no sea posible o conveniente que el testigo se desplace. Ello puede requerir los siguientes cambios legislativos:

- a) Facultades legislativas que permitan a las autoridades obligar a la comparecencia de un testigo, tomar juramento y exigir responsabilidad penal a los testigos en caso de incumplimiento (por ejemplo, inculpándolos de desacato o delitos similares);
- b) Modificaciones de las reglas de prueba para permitir la admisibilidad básica de las obtenidas mediante videoconferencia y para establecer criterios técnicos de fiabilidad y verificación (por ejemplo, sobre identificación de los testigos);
- c) Ampliación de los delitos de perjurio, adoptando disposiciones legales que garanticen que:
 - i) Un testigo que esté físicamente presente en el país que preste falso testimonio en un procedimiento judicial en el extranjero sea penalmente responsable;
 - ii) Un testigo que se encuentre en un país extranjero y preste falso testimonio ante un tribunal o en un proceso nacional por medio de videoconferencia sea penalmente responsable;
 - iii) Las personas que presuntamente hayan cometido perjurio por medio de videoconferencia puedan ser extraditadas a otra jurisdicción o desde ella;
 - iv) Un testigo que falte a la verdad pueda ser extraditado por perjurio en la jurisdicción del tribunal extranjero.

496. Durante las negociaciones que condujeron a la Convención, la delegación de Italia hizo una propuesta sobre la cuestión tratada en el párrafo 18 del artículo 18 (véase A/AC.254/Add.23). Cuando se examinó la propuesta, se estimó que podía servir de orientación para la aplicación de ese párrafo (A/55/383/Add.1, párrafo 41), del siguiente modo:

- “a) La autoridad judicial del Estado Parte requerido será responsable de la identificación de la persona que haya de prestar declaración y, al término de la audiencia, redactará minutos que indiquen la fecha y el lugar de la audiencia y cualquier juramento que se haya tomado. La audiencia se celebrará sin que se ejerza ninguna presión física o mental sobre la persona interrogada;

“b) Si la autoridad judicial del Estado requerido considera que durante la audiencia se han violado los principios fundamentales del derecho interno de ese Estado, esa autoridad estará facultada para interrumpir la audiencia o, de ser posible, adoptar las medidas necesarias para proseguirla de conformidad con esos principios;

“c) La persona que deba prestar declaración y la autoridad judicial del Estado requerido contarán con la asistencia de un intérprete en caso necesario;

“d) La persona que deba prestar declaración podrá invocar el derecho a negarse a prestar testimonio con arreglo a lo dispuesto en el derecho interno del Estado requerido o del Estado requirente; de haber perjurio, será aplicable el derecho interno del Estado requerido;

“e) Todas las costas de la videoconferencia serán sufragadas por el Estado Parte requirente, el cual también podrá proporcionar el equipo técnico que sea necesario.”

497. Con respecto a este último punto, el relativo a las costas, hay una nota interpretativa adicional que indica que, en relación con los párrafos 10, 11 y 18 del artículo 18, esos gastos se considerarán generalmente extraordinarios, y señala que los países en desarrollo tal vez tengan dificultades para sufragar incluso algunos gastos ordinarios, por lo que debería prestárseles asistencia adecuada para que puedan cumplir las disposiciones de este artículo (A/55/383/Add.1, párrafo 43).

d) *Párrafo 30: concertación de nuevos acuerdos y arreglos*

498. El párrafo 30 del artículo 18 dice que, cuando sea necesario, los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que sirvan a los fines del artículo y que, en la práctica, hagan efectivas sus disposiciones o las refuercen. Se invita a los Estados que deseen ampliar su red de tratados de extradición a que examinen los instrumentos enumerados en la sección 5 *infra* como ejemplos de asistencia judicial recíproca que pueden resultar instructivos y útiles.

5. *Recursos de información*

499. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información que se enumeran a continuación.

a) *Disposiciones e instrumentos conexos*

i) *Convención contra la delincuencia organizada*

Artículo 2 (Definiciones)

Artículo 3 (Ámbito de aplicación)

Artículo 10 (Responsabilidad de las personas jurídicas)

Artículo 13 (Cooperación internacional para fines de decomiso)

Artículo 20 (Técnicas especiales de investigación)

ii) *Otros instrumentos*

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 1950

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 5

<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>

Convenio Europeo sobre Cooperación Judicial en Materia Penal, 1959

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 30

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>

Protocolo adicional al Convenio Europeo sobre Cooperación Judicial en Materia Penal, 1978

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 99

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/099.htm>

Convenio sobre Cooperación Judicial en Materia Penal de la Liga Árabe, 1983

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1582, No. 27627

http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf

Convenio sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito, 1990

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 141

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/141.htm>

Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, 1992

Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, No. 75

<http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/a-55.html>

Protocolo facultativo a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, 1993

Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, No. 77
<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/A-59.htm>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, No. 14668

Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General

<http://ods-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement>

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm

Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996

Organización de los Estados Americanos

<http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html>

Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, 1997

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, DAFFE/IME/BR(97)20

http://www.oecd.org/document/21/0,2340,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html

Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, 2000

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 197, de 12 de julio de 2000

[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=42000A0712\(01\)&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=42000A0712(01)&model=guichett)

Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica BENELUX, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, 2000

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 239, de 22 de septiembre de 2000

[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=42000A0922\(02\)&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=42000A0922(02)&model=guichett)

Segundo protocolo adicional al Convenio Europeo sobre Cooperación Judicial en Materia Penal, 2001

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 182

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/182>

Convención del Consejo de Europa sobre el delito cibernético, 2001
Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 185
<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/185.doc>

Protocolo al Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, 2001

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 326, de 21 de noviembre de 2001

[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=42001A1121\(01\)&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=42001A1121(01)&model=guichett)

Convención sobre asistencia recíproca en asuntos penales de la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental

b) *Ejemplos de legislación nacional*

Alemania

<http://jurcom5.juris.de/bundesrecht/irg/gesamt.pdf>

Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Canadá

<http://laws.justice.gc.ca/en/M-13.6/>

Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act. R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.), s. 1

Reino Unido

<http://www.homeoffice.gov.uk/oicd/jcu/guidelns.htm>

Descripción de los procedimientos disponibles en alemán, francés, inglés e italiano.

Suiza

http://www.admin.ch/ch/f/rs/351_1/index.html

Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale 351.1

Tailandia

<http://www.imolin.org/Thaimaa.htm>

Act on Mutual Assistance in Criminal Matters, B.E. 2535

Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Helénica sobre asistencia judicial recíproca en asuntos penales, 2000

c) *Otras fuentes de información*

Tratado modelo revisado de las Naciones Unidas sobre asistencia recíproca en asuntos penales, 2000

http://www.unodc.org/pdf/lap_mutual-assistance_2000.pdf

Comentario al Tratado modelo de las Naciones Unidas

http://www.unodc.org/pdf/lap_mutual-assistance_commentary.pdf

Modelo de proyecto de ley de las Naciones Unidas sobre pruebas extranjeras, 2000

http://www.unodc.org/pdf/lap_foreign-evidence_2000.pdf

Comentario al modelo de proyecto de ley de las Naciones Unidas sobre pruebas extranjeras

http://www.unodc.org/pdf/lap_foreign-evidence_commentary.pdf

Sistema del Commonwealth de asistencia judicial recíproca en asuntos penales

Sistema de Harare, modificado en 1999

<http://www.thecommonwealth.org/law/docs/Macm99 - Harare.doc>

C. Otras formas de cooperación internacional

“Artículo 19
“Investigaciones conjuntas

“Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de acuerdos o arreglos de esa índole, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.”

“Artículo 27

“Cooperación en materia de cumplimiento de la ley

“1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, 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 presente Convención. En particular, cada Estado Parte adoptará medidas eficaces para:

“a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la presente Convención, así como, si los Estados Parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;

“b) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la presente Convención acerca de:

- “i) La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas;
- “ii) El movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos;
- “iii) El movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos;

“c) Proporcionar, cuando proceda, los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación;

“d) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace, con sujeción a acuerdos o arreglos bilaterales entre los Estados Parte interesados;

“e) Intercambiar información con otros Estados Parte sobre los medios y métodos concretos empleados por los grupos delictivos organizados, así como, cuando proceda, sobre las rutas y los medios de transporte y el uso de identidades falsas, documentos alterados o falsificados u otros medios de encubrir sus actividades;

“f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas con miras a la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención.

“2. Los Estados Parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley y, cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, las Partes podrán considerar la presente Convención como la base para la cooperación en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados Parte recurrirán plenamente a la celebración de acuerdos y arreglos, incluso con organizaciones internacionales o regionales, con miras a aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley.

“3. Los Estados Parte se esforzarán por colaborar en la medida de sus posibilidades para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional cometida mediante el recurso a la tecnología moderna.”

1. *Introducción*

500. La Convención prevé otros mecanismos obligatorios y no obligatorios para facilitar la cooperación internacional. En el presente capítulo se examinan las investigaciones conjuntas (artículo 19) y la cooperación en materia de cumplimiento de la ley (artículo 27).

2. *Resumen de los principales requisitos*

a) *Artículo 27*

501. Con arreglo al artículo 27 los Estados Parte deberán:

a) En consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, adoptar medidas eficaces para la investigación efectiva de los delitos tipificados en la Convención, entre ellas:

- i) Mejorar los canales de comunicación entre sus respectivas autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y, de ser necesario, establecerlos;
- ii) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de investigaciones con respecto a:
 - a. La identidad, el paradero y las actividades de personas particulares;
 - b. El movimiento del producto o de bienes derivados de la comisión de delitos, y de bienes, equipo u otros instru-

- mentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de delitos;
- iii) Proporcionar, cuando proceda, los elementos y las sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación;
- b) Considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para dar efecto o mejorar las disposiciones de este artículo;
- c) Esforzarse por colaborar para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional cometida mediante el recurso a la tecnología moderna.

b) *Artículo 19*

502. Con arreglo al artículo 19, un Estado Parte debe considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el establecimiento de órganos mixtos de investigación, velando por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.

3. Requisitos obligatorios

Alcance de la cooperación en materia de cumplimiento de la ley (artículo 27, párrafo 1)

503. El párrafo 1 del artículo 27 determina el ámbito de la obligación de cooperar. Los Estados Parte deben cooperar estrechamente entre sí desde el punto de vista de la cooperación en materia de cumplimiento de la ley (entre policías) en una serie de esferas que se describen en los apartados *a*) a *f*) del párrafo 1.

504. Esa obligación general de cooperar no es absoluta; por el contrario, debe realizarse en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos. La cláusula da a los Estados Parte la posibilidad de condicionar o denegar la cooperación en casos concretos, con arreglo a sus requisitos respectivos.

505. Sin perjuicio de esa limitación general, los Estados Parte deben mejorar los canales de comunicación entre sus respectivas autoridades de cumplimiento de la ley (párrafo 1, apartado *a*)); emprender formas específicas de cooperación a fin de obtener información sobre las personas, el movimiento del producto y los instrumentos del delito (párrafo 1, apartado *b*)); proporcionarse mutuamente los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación (párrafo 1, apartado *c*);

promover el intercambio de personal, incluida la designación de oficiales de enlace (párrafo 1, apartado *d*)); intercambiar información sobre la diversidad de medios y métodos empleados por los grupos delictivos organizados (párrafo 1, apartado *e*)), y cooperar de otras formas con miras a facilitar la pronta detección de los delitos (párrafo 1, apartado *f*)).

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

a) *Investigaciones conjuntas (artículo 19)*

506. El artículo 19 alienta a los Estados, aunque no los obliga, a celebrar acuerdos o arreglos para realizar investigaciones, procesos o actuaciones judiciales conjuntos en uno o más Estados cuando varios Estados Parte puedan tener jurisdicción sobre los delitos de que se trate.

507. La segunda oración del artículo prevé la concesión de autoridad jurídica para realizar investigaciones, procesos o actuaciones judiciales, caso por caso, aun a falta de acuerdos o arreglos específicos. Las leyes internas de la mayoría de los países permiten ya esas actividades conjuntas, y en el caso de los escasos países cuyas leyes no las permitan, esta disposición será fuente de autoridad jurídica suficiente para una cooperación caso por caso de esa índole. En el caso poco probable de que algún país requiera nuevas disposiciones legales para participar en esas actividades, habrá que referirse a los modelos de disposiciones que figuran en la sección 5 *infra*.

b) *Celebración de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación en el cumplimiento de la ley (artículo 27, párrafo 2)*

508. En la primera oración del párrafo 2 del artículo 27 se pide a los Estados Parte que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley con miras a dar efecto a la Convención. Los Estados Parte, al hacerlo, pueden consultar los ejemplos de acuerdos que figuran en la sección 5 *infra*. La segunda oración prevé la concesión de autoridad jurídica para esa cooperación, a falta de un acuerdo o arreglo específico. Las leyes internas de la mayoría de los países permiten ya esa cooperación (de hecho, casi todos los países son miembros de la Interpol, acuerdo multilateral mediante el cual puede realizarse generalmente). En el caso de algunos Estados Parte cuyas leyes no lo permitan, esa disposición

será fuente de autoridad jurídica suficiente para este tipo de cooperación caso por caso.

c) *Cooperación mediante el recurso a la tecnología moderna*
(artículo 27, párrafo 3)

509. El párrafo 3 del artículo 27 pide a los Estados que se esfuerzen por colaborar en materia de cumplimiento de la ley para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional cometida mediante el recurso a la tecnología moderna. Los delincuentes pueden utilizar la tecnología informática para cometer delitos como robos, extorsiones o fraudes, y comunicarse entre sí o mantener sus organizaciones delictivas mediante sistemas informáticos.

510. El Grupo de los Ocho mantiene una red de contactos internacionales de aplicación de la ley, disponible las 24 horas del día, a fin de hacer frente a los delitos y actos de terrorismo que utilizan o se dirigen contra los sistemas informáticos de red. El Grupo patrocina la capacitación de las personas de contacto que participan en la red y proporciona también a los países participantes, regularmente, un directorio actualizado de ésta. Al 14 de abril de 2004, la red comprendía 37 países. Los Estados Parte interesados en obtener más información sobre la participación en ella deben remitirse a la información de contacto que figura en la sección 5 *infra*.

5. Recursos de información

511. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información que se enumeran a continuación.

a) *Disposiciones e instrumentos conexos*

i) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

- Artículo 13 (Cooperación internacional para fines de decomiso)
- Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)
- Artículo 20 (Técnicas especiales de investigación)

ii) *Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada*

- Artículo 1, párrafo 3, de los tres Protocolos

iii) Otros instrumentos

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1582, No. 27627

http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf

b) Ejemplos de leyes nacionales

i) Artículo 19 de la Convención

Segundo protocolo adicional al Convenio Europeo sobre Cooperación Judicial en Materia Penal, 2001

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 182

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/182.htm>

ii) Artículo 27 de la Convención

Grupo de los Ocho, Subgrupo de Delitos de Alta Tecnología

Departamento de Justicia de los Estados Unidos

Sección de Delitos Informáticos y de la Propiedad Intelectual

Presidencia del Grupo de los Ocho, Subgrupo sobre Delitos de Alta Tecnología

Washington, D.C., 20530

Estados Unidos de América

Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, 2003

[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=22003A0719\(02\)&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=22003A0719(02)&model=guichett)

Artículo 5

Equipos conjuntos de investigación

1. Las Partes Contratantes adoptarán en la medida en que aún no lo hayan hecho las medidas que puedan resultar necesarias para permitir la creación de equipos conjuntos de investigación que operen en los respectivos territorios de cada Estado Miembro y de los Estados Unidos de América, con el fin de facilitar las investigaciones o las actuaciones penales que afecten a uno o varios Estados Miembros y a los Estados Unidos de América, cuando el Estado Miembro de que se trate y los Estados Unidos de América lo consideren adecuado.

2. Los procedimientos con arreglo a los cuales funcionará el equipo, su composición, duración, localización, organización, funciones, objetivos y las reglas de participación de los miembros del equipo de un Estado en las actividades de investigación que tienen lugar en territorio de otro Estado, se ajustarán a lo acordado entre las autoridades competentes que sean responsables de la investigación o persecución de las infracciones penales, conforme a la designación realizada por los Estados interesados respectivos.

3. Las autoridades competentes que los Estados interesados respectivos hayan determinado entrarán directamente en comunicación a efectos de la creación y el funcionamiento del equipo; sin embargo, cuando la complejidad excepcional, el amplio alcance de la operación u otras circunstancias requieran en algunos aspectos o en todos ellos una coordinación más centralizada, los Estados podrán acordar otros cauces de comunicación adecuados para ello.

4. Cuando los equipos conjuntos de investigación necesiten que se tomen medidas de investigación en uno de los Estados que componen el equipo, un miembro del equipo nacional de dicho Estado podrá solicitar a sus propias autoridades competentes que tomen estas medidas sin que los demás Estados tengan que presentar una solicitud de asistencia judicial. El marco jurídico necesario para obtener dicha medida en ese Estado será el aplicable a sus actividades de investigación internas.

c) *Otras fuentes de información*

Modelo de Acuerdo sobre la creación de un equipo conjunto de investigación, 2003

Diario Oficial de la Unión Europea, C 121, de 23 de mayo de 2003
http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2003/c_121/c_12120030523_en00010006.pdf

Anexo. Requisitos de notificación por los Estados Parte al Secretario General de las Naciones Unidas

A continuación figura una lista de las notificaciones que los Estados Parte deben hacer al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 5. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado

“3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del

apartado *a*) del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso *i*) del apartado *a*) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.”

Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito

“2.

“...

“d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;”

Artículo 13. Cooperación internacional para fines de decomiso

“5. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes y reglamentos o una descripción de ésta.”

Artículo 16. Extradición

“5. Los Estados Parte que supediten la extradición a la existencia de un tratado deberán:

“a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerarán o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención;”

Artículo 18. Asistencia judicial recíproca

“13. Cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitirlas a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado Parte disponga de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado Parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. ... Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin...

“14. ... Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el idioma o idiomas que sean aceptables para cada Estado Parte...”

Artículo 31. Prevención

“6. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que puedan ayudar a otros Estados Parte a formular medidas para prevenir la delincuencia organizada transnacional.”

Artículo 35. Solución de controversias

“4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.”

Artículo 36. Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión

“3. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

“4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado Miembro que sea Parte en la presente Convención. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.”

Artículo 39. Enmienda

“1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de la presente Convención, los Estados Parte podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto...

“4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.”

Artículo 40. Denuncia

“1. Los Estados Parte podrán denunciar la presente Convención mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.”

Segunda parte

**GUÍA LEGISLATIVA PARA LA APLICACIÓN
DEL PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR
Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS,
ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS,
QUE COMPLEMENTA LA CONVENCIÓN DE LAS
NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA TRANSNACIONAL**

Índice

		<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I.	Antecedentes y disposiciones generales	1-28	249
A.	Introducción	1-15	249
B.	Alcance y disposiciones técnicas del Protocolo contra la trata de personas y su relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	16-28	253
II.	Obligaciones específicas del Protocolo contra la trata de personas	29-96	267
A.	Definición y penalización de la trata de personas	29-48	267
B.	Prestar asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas	49-69	282
C.	Prevención	70-80	297
D.	Cooperación	81-96	306
Anexo.	Requisitos de notificación con arreglo al Protocolo contra la trata de personas	320	

I. Antecedentes y disposiciones generales

A. Introducción

1. *Estructura de la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra la trata de personas*

1. Existe una cierta superposición de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo I, “la Convención contra la Delincuencia Organizada”), el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional (resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo II, “el Protocolo contra la trata de personas”) y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo III, “el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes”). Lo que se persigue es que las disposiciones de los instrumentos sean complementarias. Es probable que muchos de los artículos que contienen elementos superpuestos o paralelos se refieran en buena medida a los mismos ámbitos de orden político, legislativo y administrativo de los gobiernos de los Estados que desean pasar a ser parte en uno o más de los Protocolos. Cada una de las guías legislativas para la aplicación de los Protocolos comienza, por consiguiente, con un tema que suele ser común a éstos, como las disposiciones técnicas, que comprenden importantes disposiciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada aplicables a los delitos tipificados con arreglo a los Protocolos, imponiendo entonces obligaciones adicionales respecto de dichos delitos. El capítulo II de la presente Guía legislativa aborda aspectos específicos del Protocolo contra la trata de personas. Con el afán de permitir que los gobiernos aprovechen al máximo los elementos superpuestos o paralelos, se hace también alusión a las disposiciones e instrumentos conexos.

2. Para facilitar el acceso y las referencias adecuadas, el capítulo II de la presente Guía legislativa contiene secciones sobre la penalización y ofrece a las víctimas asistencia y protección, prevención y cooperación.

3. Las cuestiones generales que se han mencionado anteriormente no corresponden necesariamente a una determinada disposición de los Protocolos. Son numerosas las disposiciones que abarcan múltiples aspectos, como, por ejemplo, elementos de prevención, de protección y de cooperación. Siempre que ha sido posible, se han incluido referencias concretas a las disposiciones pertinentes de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos.

4. Para facilitar aún más la utilización de la Guía legislativa, se ha empleado, de ser posible, un formato común para cada capítulo. Las distintas secciones comienzan por citar las disposiciones pertinentes del Protocolo y, en caso necesario, de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Se ha procedido así para brindar un acceso más rápido y más expedito al contenido de dichos instrumentos. Cada sección comprende todos o alguno de los elementos generales siguientes: introducción; resumen de los principales requisitos; principales elementos de los artículos; aplicación de los artículos; disposiciones conexas; elementos facultativos, y recursos de información.

5. En el apartado titulado “Resumen de los principales requisitos” se proporciona una lista de los requisitos esenciales del artículo de que se trate.

6. El proceso en virtud del cual se cumplan las disposiciones del Protocolo contra la trata de personas variará de un Estado a otro. Los Estados con un sistema jurídico monista podrán ratificar el Protocolo e incorporar sus disposiciones en el derecho interno mediante una publicación oficial, mientras que en los sistemas dualistas habrá que promulgar la legislación de aplicación.

7. Al examinar las prioridades y obligaciones dimanantes del Protocolo contra la trata de personas, deberán tenerse presentes las orientaciones expuestas a continuación.

8. Al establecer sus prioridades, los legisladores nacionales deberán tener presente que las disposiciones de la Convención y de sus Protocolos no tienen todos el mismo grado de obligación. En general, las disposiciones pueden agruparse en las tres categorías siguientes:

- a)* Medidas que son obligatorias (ya sea absolutamente o cuando se hayan cumplido determinadas condiciones);
- b)* Medidas cuya aplicación los Estados Parte deben considerar o procurar;
- c)* Medidas que son facultativas.

9. Siempre que se emplee la expresión “los Estados deberán” se hace referencia a una disposición obligatoria. De lo contrario, la expresión que se

utiliza en la Guía legislativa es “deberán considerar la posibilidad”, lo que significa que se pide encarecidamente a los Estados que estudien con detenimiento la posibilidad de adoptar una medida específica y hagan un esfuerzo real para determinar si tal medida es compatible con su propio ordenamiento jurídico. Para las disposiciones que son totalmente facultativas se emplea la expresión “tal vez deseen considerar la posibilidad de”. En algunas ocasiones, los Estados “deberán” decidirse por una u otra opción (como en el caso de los delitos a que se refiere el artículo 5 de la Convención contra la Delincuencia Organizada). En tal caso, los Estados son libres de escoger una u otra opción, o ambas.

10. En el apartado titulado “Resumen de los principales requisitos”, al comienzo de cada sección, se enumeraran las medidas que son obligatorias y aquellas cuya aplicación los Estados Parte deben considerar o procurar. En el análisis que figura a continuación se tratan en primer lugar las medidas que son obligatorias y a continuación se examinan juntas las medidas cuya aplicación los Estados Parte deben considerar o procurar y las que son facultativas.

11. En general, los artículos de la Convención contra la Delincuencia Organizada y los Protocolos describen una conducta que ha de ser penalizada por el derecho interno, castigarse con las sanciones apropiadas y someterse a las diversas disposiciones que rigen la extradición, la asistencia judicial recíproca y otras formas de asistencia y cooperación.

12. En varios lugares de la Convención y los Protocolos se alude a la penalización con la expresión “las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias”. El propósito de la referencia a medidas “de otra índole” no es pedir o permitir la penalización sin legislación. Tales medidas complementan la legislación y presuponen su existencia. (Véanse las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párrafo 9).)

13. Se recomienda a los legisladores que verifiquen su coherencia con otros delitos, definiciones y demás usos legislativos antes de emplear las formulaciones o la terminología de la Convención contra la Delincuencia Organizada, redactada con fines generales y dirigida a los gobiernos. Por ese motivo, su nivel de abstracción es superior al necesario para la legislación interna. De ahí que al redactar la legislación habrá que tener cuidado de no incorporar literalmente partes del texto y de captar, en cambio, el espíritu y el significado de los distintos artículos. Para ayudar en esa labor, a lo largo de la Guía se citarán notas interpretativas que proporcionarán un contexto y una idea de las intenciones y las inquietudes de quienes negociaron la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos.

2. Otros materiales que han de tenerse en cuenta al ratificar el Protocolo contra la trata de personas o adherirse¹ a él

14. Los legisladores, los encargados de elaborar leyes y otros funcionarios que dediquen esfuerzos a ratificar o aplicar los Protocolos deben referirse también a lo siguiente²:

- a) El texto de la Convención contra la Delincuencia Organizada (resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo I);
- b) El texto de los Protocolos (resoluciones de la Asamblea General 55/25, anexos II y III, y 55/255, anexo);
- c) Las notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (A/55/383/Add. 1);
- d) Las guías legislativas para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada y los demás Protocolos.

15. Para obtener una información más detallada sobre la naturaleza y la extensión del problema de la trata y una evaluación de las cuestiones y opciones conexas de política, puede consultarse también el “*anti-trafficking toolkit*” (“juego de instrumentos” de lucha contra los tráficos) elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Cabe señalar, sin embargo, que el “juego de instrumentos” no persigue especialmente ofrecer orientación sobre las medidas necesarias para aplicar el Protocolo³.

¹Los Estados que hayan firmado la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos en la fecha prescrita para cada instrumento podrán pasar a ser partes mediante la presentación de un instrumento de ratificación. Los que no hayan firmado dentro de dicho plazo podrán llegar a ser partes en cualquier momento, una vez que el instrumento haya entrado en vigor, mediante su adhesión al mismo. Puede obtenerse información precisa acerca de los requisitos en la Oficina de Asuntos Jurídicos en la Sede de las Naciones Unidas. En aras de la simplicidad, la presente Guía se refiere fundamentalmente a la “ratificación”, pero también ha de tenerse en cuenta la posibilidad de incorporarse a un instrumento mediante la adhesión a él.

²Los textos de todos los documentos en todos los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, así como la información adicional acerca de la historia legislativa de éstos y su situación actual pueden obtenerse en el sitio web de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (<http://www.unodc.org>).

³Véanse también A. Kartusch, “Reference Guide for Anti-Trafficking Legislative Review with Particular Emphasis on South Eastern Europe” (Varsovia, Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, 2001), y *Combating Human Trafficking in Asia: A Resource Guide to International and Regional Legal Instruments, Political Commitments and Recommended Practices*, Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (CESPAP) (disponible en <http://www.unescap.org/esid/gad/04widresources/05pubreport/combat%2D1.pdf> y <http://www.unescap.org/esid/gad/04widresources/05pubreport/combat%2D2.pdf>).

B. Alcance y disposiciones técnicas del Protocolo contra la trata de personas y su relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Protocolo contra la trata de personas

“Artículo 1

“Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

“1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención.

“2. Las disposiciones de la Convención se aplicarán *mutatis mutandis* al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.

“3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.”

“Artículo 2

“Finalidad

“Los fines del presente Protocolo son:

“a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños;

“b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y

“c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.”

“Artículo 4

“Ámbito de aplicación

“A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos.”

“Artículo 14

“Cláusula de salvaguardia

“1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las

personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951⁴ y su Protocolo de 1967⁵, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos.

“2. Las medidas previstas en el presente Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser víctimas de la trata de personas. La interpretación y aplicación de esas medidas estarán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos.”

“Artículo 17

“Entrada en vigor

“1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, a condición de que no entre en vigor antes de la entrada en vigor de la Convención. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.

“2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el presente protocolo entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si ésta es posterior.”

Convención contra la Delincuencia Organizada

“Artículo 37

“Relación con los protocolos

“1. La presente Convención podrá complementarse con uno o más protocolos.

“2. Para pasar a ser parte en un protocolo, los Estados o las organizaciones regionales de integración económica también deberán ser parte en la presente Convención.

⁴Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545.

⁵Ibid., vol. 606, No. 8791.

“3. Los Estados Parte en la presente Convención no quedarán vinculados por un protocolo a menos que pasen a ser parte en el protocolo de conformidad con sus disposiciones.

“4. Los protocolos de la presente Convención se interpretarán juntamente con ésta, teniendo en cuenta la finalidad de esos protocolos.”

1. *Principales elementos de los artículos*

a) *Aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada al Protocolo contra la trata de personas (artículo 1 del Protocolo y artículo 37 de la Convención)*

16. El artículo 37 de la Convención contra la Delincuencia Organizada y el artículo 1 de cada uno de los Protocolos establecen conjuntamente la relación esencial entre la Convención y sus Protocolos. Los instrumentos fueron redactados como un conjunto, con disposiciones generales contra la delincuencia organizada transnacional (por ejemplo, la extradición y la asistencia judicial recíproca) en la Convención y elementos específicos del objeto de los Protocolos en cada uno de ellos (por ejemplo, los delitos tipificados con arreglo al Protocolo y las disposiciones relacionadas con los documentos de viaje y de identidad). Como no se persigue que los Protocolos sean tratados independientes, para que un Estado pase a ser parte en uno de ellos deberá ser Estado Parte en la Convención. Así se garantiza que, en cualquier caso que se plantee en el marco del Protocolo en el que los Estados interesados son parte, podrá recurrirse también a todas las disposiciones generales de la Convención y éstas serán aplicables. Numerosas disposiciones específicas se han redactado sobre la base siguiente: la Convención contiene, por ejemplo, disposiciones generales acerca de la asistencia judicial recíproca y otras formas de cooperación internacional, mientras que los requisitos de prestar asistencia concreta, como la verificación de los documentos de viaje o la localización de las armas de fuego, sólo aparecen en el Protocolo o los Protocolos pertinentes. Ciertas normas adicionales previstas en los artículos correspondientes se refieren a la interpretación de disposiciones similares o paralelas en cada instrumento y a la aplicación de las disposiciones generales de la Convención a los delitos tipificados con arreglo al Protocolo y otras disposiciones.

17. El artículo 1 del Protocolo contra la trata de personas y el artículo 37 de la Convención contra la Delincuencia Organizada establecen los siguientes principios básicos que rigen las relaciones entre ambos instrumentos:

a) *Ningún Estado podrá ser parte en los Protocolos a menos que también sea parte en la Convención* (artículo 37, párrafo 2, de la Convención).

Se admite la ratificación o adhesión simultánea, pero no será posible que un Estado esté sujeto a una obligación de alguno de los Protocolos a menos que esté sujeto a las obligaciones de la Convención;

b) La Convención y el Protocolo contra la trata de personas deberán interpretarse juntamente (artículo 37, párrafo 4, de la Convención, y artículo 1, párrafo 1, del Protocolo). Al interpretarse los diversos instrumentos, habrán de tenerse en cuenta todos los instrumentos pertinentes y deberá darse en general un sentido semejante a las disposiciones que tengan una redacción similar o paralela. Al interpretarse uno de los Protocolos, deberá tenerse presente también la finalidad del Protocolo, que podrá modificar el sentido dado a la Convención en ciertos casos (artículo 37, párrafo 4, de la Convención);

c) Las disposiciones de la Convención se aplican, mutatis mutandis, al Protocolo (artículo 1, párrafo 2, del Protocolo). El sentido de la frase *mutatis mutandis*, según se aclara en las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párrafo 62), es “con las modificaciones que sean del caso” o “con las modificaciones necesarias”. Ello significa que, cuando se apliquen las disposiciones de la Convención al Protocolo, puede haber modificaciones de interpretación o puesta en práctica de escasa importancia para tener en cuenta las circunstancias que surjan en el marco del Protocolo, pero no deben introducirse modificaciones a menos que sean necesarias y, en ese caso, sólo en la medida indispensable. Esta norma general no se aplicará en los casos en que los legisladores la hayan descartado expresamente;

d) Los delitos tipificados con arreglo al Protocolo se considerarán también delitos tipificados con arreglo a la Convención (artículo 1, párrafo 3, del Protocolo). Este principio, cuyo alcance es análogo al de la expresión *mutatis mutandis*, constituye un vínculo esencial entre el Protocolo y la Convención. Garantiza que los delitos tipificados por un Estado para penalizar la trata de seres humanos con arreglo al artículo 5 del Protocolo quedarán incluidos automáticamente en el campo de aplicación de las disposiciones fundamentales de la Convención que regulan formas de cooperación internacional, como la extradición (artículo 16) y la asistencia judicial recíproca (artículo 18)⁶. También vincula el Protocolo con la Convención al hacer aplicables otras disposiciones obligatorias de la Convención a los delitos tipificados con arreglo al Protocolo. En particular, tal como se expone en el capítulo III *infra* sobre la penalización, las obligaciones dimanantes de la Convención en lo concerniente al blanqueo de dinero (artículo 6), la responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 10), el proceso, fallo y sanciones (artículo 11), el decomiso

⁶En la mayoría de los casos, los legisladores emplearon la frase “delitos comprendidos en la presente Convención” para establecer dicho vínculo. Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 16, que fija el alcance de la obligación de extraditar a los delincuentes.

(artículos 12 a 14), la jurisdicción (artículo 15), la extradición (artículo 16), la asistencia judicial recíproca (artículo 18), las técnicas especiales de investigación (artículo 20), la obstrucción de la justicia (artículo 23), la protección de los testigos y las víctimas y la intensificación de la cooperación (artículos 24 a 26), la cooperación en materia de cumplimiento de la ley (artículo 27), la capacitación y la asistencia técnica (artículos 29 y 30), la aplicación de la Convención (artículo 34) afectan igualmente a los delitos tipificados en el Protocolo. Establecer un vínculo similar es, por consiguiente, un elemento importante de la legislación nacional sobre aplicación de los Protocolos;

e) *Las disposiciones del Protocolo fijan normas mínimas.* Las medidas impuestas en el plano nacional pueden tener un alcance más amplio y ser más severas que las enunciadas en el Protocolo, siempre y cuando se hayan cumplido todas las obligaciones previstas en el Protocolo (artículo 34, párrafo 3, de la Convención).

b) *Aplicación de los demás instrumentos*
(artículo 14 del Protocolo)

18. El Protocolo contra la trata de personas es sólo el más reciente de una serie de instrumentos internacionales que versan sobre la trata de seres humanos u otros aspectos conexos. La esclavitud y las distintas formas de trata de seres humanos han sido un motivo de preocupación desde hace mucho tiempo, y ha habido otros intentos por prevenir y combatir esa situación. Ello exigió que en el curso de la elaboración del Protocolo se estudiaran cuidadosamente los términos de las diversas disposiciones y su interacción con los principios ya consagrados en el derecho internacional.

19. El principio fundamental establecido es que todos los derechos, obligaciones o responsabilidades aplicables a un Estado Parte con anterioridad al Protocolo se mantienen y que éste no les afecta. El Protocolo no restringe ni disminuye los derechos, obligaciones o responsabilidades; sólo los complementa en la medida prevista en el texto (artículo 14 del Protocolo). De ahí, por ejemplo, que los requisitos fijados en diversos instrumentos para atender a los solicitantes de asilo y a las víctimas de la trata se aplicarán conjuntamente al mismo caso cada vez que una víctima solicite asilo político. Al mismo tiempo, se ha tenido también buen cuidado de reconocer que no todos los Estados que pasan a ser parte en el Protocolo son parte en alguno de los demás instrumentos internacionales pertinentes. Si bien el Protocolo se refiere a los principios del derecho internacional humanitario y de la normativa internacional de derechos humanos, llegar a ser parte en el Protocolo no torna indirectamente aplicables tales principios al Estado al cual no se habían

aplicado con anterioridad (véanse las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párrafo 85)). Sin embargo, dado el número de principios superpuestos que pueden aplicarse a cualquier Estado Parte tanto en la elaboración como en el cumplimiento de la legislación, se aconseja a los redactores de leyes y a los legisladores que examinen el alcance de todas las obligaciones preexistentes en virtud del derecho consuetudinario internacional y de los instrumentos aplicables, así como la legislación nacional promulgada o aprobada anteriormente para cumplir tales obligaciones, a fin de velar por que todas las medidas adoptadas con arreglo al Protocolo sean coherentes. Al margen de los principios humanitarios y de derechos humanos fundamentales, se han realizado diversos intentos concretos para hacer frente a la esclavitud y otros conceptos anteriores de trata de seres humanos. Una lista de los instrumentos que pueden ser estudiados o consultados por los encargados de elaborar leyes figura al final de la presente sección.

c) *No discriminación (artículo 14 del Protocolo)*

20. El párrafo 2 del artículo 14 del Protocolo contra la trata de personas estipula que las medidas previstas en el Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser víctimas de la trata de personas. Esto concierne a la interpretación del Protocolo y no a la de la legislación nacional que lo aplica; sin embargo, los legisladores tal vez deseen considerar el principio de no discriminación al elaborar disposiciones concretas, en particular cuando se refieren a las víctimas⁷.

d) *Interpretación del Protocolo contra la trata de personas (artículos 1 y 14 del Protocolo contra la trata de personas y artículo 37 de la Convención)*

21. La interpretación de los tratados es una cuestión que incumbe a los Estados Parte en el Protocolo. Por lo general, está regida por la Convención de Viena sobre el Derecho Internacional⁸, y no se analizará en detalle en la presente Guía. Un factor de la interpretación de los tratados, sin embargo, es que los principios de esa interpretación deben quedar establecidos en el

⁷Véase también la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados el 25 de junio de 1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (A/CONF.157/24 (Parte I), cap. III) (disponible en: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument)).

⁸Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232. El texto de la Convención de Viena puede obtenerse en línea dirigiéndose al Comité de Derecho Internacional (<http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>).

propio tratado. Diversas referencias concretas a la interpretación aparecen tanto en la Convención como en el Protocolo⁹, y las disposiciones sobre solución de controversias, cuando los Estados Parte interesados han acordado considerarse vinculados por ellas, exigen negociaciones, seguidas de arbitraje, como un medio de resolver las controversias en materia de interpretación o puesta en práctica. Se plantearán referencias específicas en relación con la cuestión a la que se aplican, pero hay también dos disposiciones generales que se aplican al Protocolo. La primera, enunciada más arriba, prevista en el artículo 37 de la Convención y en el artículo 1 del Protocolo, es que los elementos de la Convención deberán tenerse en consideración a la hora de interpretar el Protocolo. Ello consagra la relación entre ambos instrumentos y por consiguiente se abordará más adelante. La segunda figura en el párrafo 2 del artículo 14 del Protocolo, que dispone que las medidas previstas en el Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser víctimas de la trata de personas. Además, la interpretación y la aplicación de esa medida estará en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos.

2. *Finalidades del Protocolo contra la trata de personas* (artículo 2 del Protocolo)

22. Tres finalidades esenciales del Protocolo se enuncian en el artículo 2: prevenir y combatir la trata; la protección y el apoyo a las víctimas de la trata, y la promoción de la cooperación entre los Estados Parte. El apartado *a*) del artículo 2 exige que se preste “especial atención” a combatir y prevenir la trata de mujeres y niños, junto con mantener el principio fundamental de que todo ser humano, independientemente de su edad o sexo, podría llegar a ser una víctima y de que todas las formas de trata deben quedar sometidas al Protocolo. Ello refleja la resolución aprobada por la Asamblea General de ampliar el alcance del Protocolo después de haberse iniciado las negociaciones¹⁰. Al redactar la legislación sobre la aplicación del Protocolo, los legisladores deberán en general tener presente que, aunque cualquier persona puede llegar a ser víctima, quizás sean necesarias, además de las normas generales, disposiciones más específicas en algunos ámbitos para tener en cuenta los problemas de las mujeres y los niños que son víctimas.

⁹Véase, por ejemplo, el párrafo 14 del artículo 16 de la Convención, que impone el principio de no discriminación como un límite a la interpretación y aplicación de la obligación esencial de extraditar a los delincuentes.

¹⁰El mandato inicial (resolución 53/111, párr. 10, de la Asamblea General) se refiere solamente a la trata de mujeres y niños, pero se amplió (véase la resolución 54/126, párr. 3) a fin de contener la formulación que aparece en el título definitivo y en el texto del apartado *a*) del artículo 2.

3. Ámbito de aplicación (artículo 4 del Protocolo)

23. La gama de actividades y circunstancias en las que se aplicará el Protocolo, así como aquellas en que está descartada su aplicación, se rigen por el artículo 4 del Protocolo y los artículos 2 y 3 de la Convención que, *mutatis mutandis*, se aplican al Protocolo. A menos que se estipule lo contrario, las disposiciones de la Convención limitan la aplicación del Protocolo a los casos en que por lo menos uno de los delitos en cuestión contenga algún elemento de transnacionalidad y entrañe cierto grado de participación de un “grupo delictivo organizado”, límites que también se aplican a la propia Convención y a todos los demás Protocolos (véanse los capítulos pertinentes de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada para obtener un análisis más detallado de tales conceptos).

24. Además, el artículo 4 del Protocolo limita el alcance del Protocolo a las cuestiones relacionadas con la trata de personas. Ello ilustra la importancia de velar por que toda legislación sobre la puesta en práctica de la Convención y de los Protocolos se redacte de manera coherente y coordinada. Por ejemplo, es fácil imaginar un solo caso en el que los investigadores se enfrenten a la trata (el Protocolo contra la trata de personas y la Convención), al blanqueo de dinero (la Convención) y el tráfico ilícito de migrantes (el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes) y en el que se solicite la extradición de los delincuentes (la Convención); será importante asegurarse de que los Estados interesados practiquen todas esas formas de cooperación de manera coherente. Pese al comentario contenido en el párrafo 23 en cuanto a que la Convención sólo se ocupa de situaciones que contienen un elemento de transnacionalidad o de delincuencia organizada, cabe señalar que las disposiciones pertinentes de ésta y del Protocolo deben examinarse cuidadosamente. El texto de las disposiciones es relativamente amplio.

25. Es importante que los redactores de la legislación tomen nota de que las disposiciones relacionadas con la existencia de la transnacionalidad y de la delincuencia organizada no siempre se aplican. Si bien en general el lector debe consultar la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada (párrafos 29 a 31) a fin de saber en detalle cuándo se aplican o no se aplican los criterios, es importante insistir en que, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 34 de la Convención dispone que los legisladores no han de incorporar los elementos relativos a la transnacionalidad o a un grupo delictivo organizado en su legislación penal interna¹¹. Conjuntamente,

¹¹La única excepción a este principio surge cuando las disposiciones sobre la penalización incorporan expresamente uno de esos elementos, como en el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención (presencia de un grupo delictivo organizado). Esas disposiciones se analizan con más detalle en la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

estas disposiciones establecen el principio de que, si bien los Estados Parte tendrán que acreditar un cierto grado de transnacionalidad o de participación de un grupo delictivo organizado respecto de la mayoría de los aspectos del Protocolo, sus acusadores públicos no necesitarán probarlas para obtener una condena por trata de personas o por cualquier otro delito establecido en la Convención o sus Protocolos. En el caso de la trata de personas, los delitos previstos en el derecho interno deberán estimarse tipificados, incluso cuando la transnacionalidad o la participación de grupos delictivos organizados no existen. Otro ejemplo es el de los primeros párrafos de los artículos sobre la extradición (artículo 16) y la asistencia judicial recíproca (artículo 18), que señalan ciertas circunstancias en las que debe considerarse que concurren uno o ambos de esos elementos. En cuanto a la definición de grupo delictivo organizado, cabe señalar que, de acuerdo con las notas interpretativas del apartado *a*) del artículo 2 de la Convención (A/55/383/Add.1, párrafo 3), en los *travaux préparatoires* se indicará que las palabras “con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio de orden material” deben entenderse en sentido amplio 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 redes. Por último, es importante también que los que elaboren la legislación tengan presente que el Protocolo contra la trata de personas se aplica igualmente a la protección de las víctimas independientemente de la transnacionalidad y de la participación de un grupo delictivo organizado.

4. *Aplicación*

26. En general, la mayor parte de las disposiciones analizadas en el presente capítulo regulan la interpretación y aplicación de las demás disposiciones. Por consiguiente, pueden prever la ayuda y orientación que ha de prestarse a los gobiernos, los autores de leyes y los parlamentos, pero no contienen medidas concretas en materia de aplicación.

27. Sin embargo, puede ser necesaria una legislación que vele por el cumplimiento de los requisitos de que la Convención contra la Delincuencia Organizada se aplique *mutatis mutandis* al Protocolo y por que los delitos comprendidos en el ámbito del Protocolo contra la trata de personas se consideren delitos tipificados con arreglo a la Convención. Las medidas previstas como consecuencia de tales disposiciones se exponen detalladamente en la sección A del capítulo II *infra*.

5. Recursos de información

28. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar los instrumentos conexos enumerados a continuación.

a) Otros instrumentos

i) Instrumentos humanitarios, sobre derechos humanos y de otra índole de aplicación general

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

Resolución 217 A (III) de la Asamblea General

<http://www.unhchr.ch/udhr/index.htm>

Convenio de Ginebra de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, No. 970

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/q_genev1.htm

Convenio de Ginebra de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, No. 971

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/q_genev2.htm

Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, No. 972

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/91.htm>

Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, No. 973

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/92.htm>

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, No. 2889

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545, pág. 137

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/o_c_ref.htm

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, No. 14668, pág. 171

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 606, No. 8791

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/o_p_ref.htm

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977 (Protocolo I)

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, No. 17512

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/93.htm>

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977 (Protocolo II)

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, No. 17513

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/94.htm>

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1249, No. 20378

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/e1cedaw.htm>

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, No. 27531

<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/crc.htm>

Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos

Documento A/CONF.157/24 (Parte I), cap. III

[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument)

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados de 2000

Resolución 54/263 de la Asamblea General, anexo I

<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/opac.htm>

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000

Resolución 54/263 de la Asamblea General, anexo II

<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/opsc.htm>

ii) Instrumentos contra la trata o la esclavitud en general

Convención sobre la Esclavitud de 1926

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 212, No. 2861

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/f2sc.htm>

Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio de 1930

Convenio No. 29 de la Organización Internacional del Trabajo

<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>

Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud de 1953

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 182, No. 2422

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/f2psc.htm>

Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 266, No. 3822

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/30.htm>

Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso de 1957

Convenio No. 105 de la Organización Internacional del Trabajo

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 320, No. 4648

<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>

Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo de 1973

Convenio No. 138 de la Organización Internacional del Trabajo

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, No. 14862

<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>

Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación de 1999

Convenio No. 182 de la Organización Internacional del Trabajo

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2133, No. 37245

<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>

iii) Instrumentos acerca de la esclavitud o la trata referentes a la explotación sexual

Acuerdo Internacional para la supresión de la trata de blancas de 1904

Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 1, pág. 83

Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910

Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. VIII, pág. 278

Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres y niños de 1921

Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. IX, pág. 415

Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad de 1933

Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CL, pág. 431

Protocolo que modifica el Convenio para la represión de la trata de mujeres y niños de 1921 y el Convenio para la represión de la trata de mujeres mayores de edad de 1933 (1947)

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 53, No. 770

(Véanse también el Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres y niños de 1921, modificado por el Protocolo de 1947 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 53, No. 771), y el Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad (1933), modificado por el Protocolo de 1947 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 53, No. 772))

Protocolo que modifica el Acuerdo Internacional para la supresión de la trata de blancas de 1904 y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910 (1949)

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 30, No. 446

(Véanse también el Acuerdo Internacional para la supresión de la trata de blancas de 1904, modificado por el Protocolo de 1949 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 92, No. 1257), y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910, modificado por el Protocolo de 1949 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 98, No. 1358))

Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena de 1950

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 96, No. 1342

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/33.htm>

II. Obligaciones específicas del Protocolo contra la trata de personas

A. Definición y penalización de la trata de personas

Protocolo contra la trata de personas

“Artículo 3

“Definiciones

“Para los fines del presente Protocolo:

“a) Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la coacción o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

“b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas o toda forma de explotación internacional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

“c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará ‘trata de personas’ incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

“d) Por ‘niño’ se entenderá toda persona menor de 18 años.”

“Artículo 5

“Penalización

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del Presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.

“2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

“a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;

“b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y

“c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.”

29. Varios principios generales de penalización establecidos en la Convención contra la Delincuencia Organizada se aplican a sus Protocolos. También puede ser importante que algunos ordenamientos jurídicos velen por que los delitos tipificados con arreglo a la Convención y los Protocolos sean coherentes como para justificar la investigación y el enjuiciamiento de los grupos delictivos organizados y de sus miembros por cualquier delito, o combinación de delitos, previstos en el marco de tales instrumentos. En muchos casos, por ejemplo, los grupos delictivos involucrados en el tráfico de armas de fuego también se dedican a la trata o al tráfico ilícito de seres humanos, estupefacientes u otros productos, o cometan otros delitos como el blanqueo de dinero, y será necesario que los parlamentos nacionales velen por que la formulación de las disposiciones sobre los delitos correspondientes basadas en la Convención y los Protocolos sirvan de apoyo, en caso necesario, a los esfuerzos coordinados a fin de investigar y perseguir todas esas actividades conjuntamente (véanse también la sección titulada “Definición y penalización del tráfico ilícito de migrantes” en la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes y, en particular, los párrafos 27 a 30 que analizan la definición de tráfico ilícito de migrantes, y las distinciones entre inmigración ilegal, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas).

1. Resumen de los principales requisitos

30. En virtud del Protocolo contra la trata de personas, los Estados Parte deberán tipificar como delito:

a) Las conductas enunciadas en el artículo 3 del Protocolo, cuando se cometan intencionalmente (artículo 5, párrafo 1);

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de ese delito (artículo 5, párrafo 2, apartado *a*);

c) La participación como cómplice en la comisión de ese delito (artículo 5, párrafo 2, apartado *b*);

*d) La organización o dirección de otras personas para la comisión de ese delito (artículo 5, párrafo 2, apartado *c*)).*

Con arreglo a los párrafos 2 y 3 del artículo 1 del Protocolo, los Estados Parte deberán aplicar numerosas disposiciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada a dichas conductas, de la manera expuesta en la sección 3 *infra*.

2. Principales elementos de los artículos

a) Definición de la expresión “trata de personas”

31. El artículo 3 del Protocolo representa la primera definición clara y concertada internacionalmente de trata de personas (véanse también los párrafos 25 a 62 de la sección titulada “Definición y penalización del tráfico ilícito de migrantes” en la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo). Allí reside la base del ámbito de aplicación del Protocolo, y el fundamento de la cooperación internacional y de los demás elementos esenciales del tratado. Entre esos elementos ocupa un lugar destacado la obligación de tipificar delitos: todos los Estados Parte en el Protocolo están obligados en virtud del artículo 5 a penalizar la trata, como un solo delito o como una combinación de delitos que comprendan, como mínimo, toda la gama de conductas previstas en la definición. A la inversa de los otros dos Protocolos, que exigen también la penalización de otras conductas conexas, el Protocolo contra la trata de personas impone solamente la penalización de la “trata de personas” en la forma definida, aunque numerosos Estados han identificado y penalizado voluntariamente otras conductas conexas¹². Los Estados Parte en el Protocolo tienen también la obligación de penalizar la participación como cómplice en la comisión del delito y la organización o dirección de otras personas para ese fin. La tentativa de comisión de un delito también debe ser penalizada, pero sólo “con sujeción a los conceptos básicos” del ordenamiento jurídico de cada Estado Parte (artículo 5). Esta obligación concierne tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, si bien tratándose de estas últimas la responsabilidad que se establezca no ha de ser necesariamente una responsabilidad “criminal” (véase el artículo 10 de la Convención).

¹²En virtud del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes debe penalizarse el hecho de hacer posible la residencia ilegal y ciertas conductas relacionadas con los documentos de viaje o de identidad, y el Protocolo sobre armas de fuego impone la penalización de múltiples delitos relacionados con la fabricación y el tráfico ilícitos, así como tipificar además un delito de alteración de los números de serie y otras marcas de las armas de fuego. Entre otros delitos previstos en algunos países para complementar el delito de trata de personas cabe mencionar las conductas relacionadas con el rapto y la venta de niños. Éstos complementan también delitos preexistentes como el rapto y el secuestro, que ya están presentes en la mayoría de los países.

32. La obligación fundamental de tipificar delitos está directamente ligada a la definición de la “trata de personas” y es, por tanto, esa definición la que constituye la base de toda legislación encaminada a aplicar el Protocolo. Según se ha definido, la trata consiste en la combinación de tres elementos fundamentales, cada uno de los cuales debe tomarse de una lista contenida en la definición. De acuerdo con lo estipulado en el artículo 3 del Protocolo, la “trata de personas” consiste en:

- a) *La acción de*: captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas;
- b) *Recurriendo a*: la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad¹³, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra;
- c) *Con fines de explotación*, que incluyan, *como mínimo*: la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud¹⁴, la servidumbre o la extracción de órganos.

33. La obligación consiste en penalizar la trata como una combinación de elementos constitutivos y no los elementos en sí. Por consiguiente, toda conducta que combine cualesquiera de las acciones y medios enumerados y se lleve a cabo con alguno de los fines enunciados debe penalizarse como trata.

¹³Entre los ejemplos ya adoptados por la legislación nacional figuran situaciones concretas de vulnerabilidad como la situación incierta o ilegal en materia de inmigración o residencia, el hecho de constituir una minoría, estados como la enfermedad, el embarazo, o la discapacidad física o mental (Bélgica, *Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers* (Ley de 15 de diciembre de 1980 sobre el acceso al territorio, la permanencia, la instalación y el alejamiento de los extranjeros), art. 77 bis, párr.1). En otros países (como Bulgaria), la legislación ha adoptado un enfoque más general, refiriéndose al abuso de autoridad y permitiendo que los tribunales definan y apliquen esa calificación a los hechos de los casos que examinen a medida que se presenten.

¹⁴El “trabajo forzoso” no se define en el Protocolo. Sin embargo, existen diversos instrumentos internacionales al respecto, por ejemplo: el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio de 1930 (Convenio No. 29), de la Organización Internacional del Trabajo, y el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso de 1957 (Convenio No. 105), de la Organización Internacional del Trabajo. La “esclavitud” no se define en el Protocolo, pero numerosos instrumentos internacionales, así como la legislación interna de muchos países definen o abordan la esclavitud y las prácticas similares (véanse, por ejemplo, el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; la Convención sobre la Esclavitud de 1926, modificada por el Protocolo de 1953 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 212, No. 2861), la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 266, No. 3822); el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación de 1999 (Convenio No. 182), de la Organización Internacional del Trabajo; el párrafo 1 del artículo 11 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (resolución 45/158 de la Asamblea General, anexo), y el artículo 4 (Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado) del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950).

No es necesario penalizar elementos concretos como el rapto o la explotación de la prostitución¹⁵, aunque en algunos casos delitos adicionales pueden respaldar las finalidades del Protocolo y los Estados Parte son libres de aprobarlos o mantenerlos si así lo desean. El delito definido en el artículo 3 del Protocolo se consuma en una etapa muy incipiente. No es preciso que exista explotación.

34. Diversas cuestiones interpretativas adicionales propias de los requisitos de definición y penalización se abordan parcialmente en las notas interpretativas. La utilización de las palabras “abuso de una situación de vulnerabilidad” debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata (A/55/383/Add.1, párrafo 63). Las formas de explotación sexual al margen del contexto de la trata de personas no corresponden al ámbito de aplicación del Protocolo (A/55/383/Add.1, párrafo 64). La extracción de órganos de niños por razones médicas o terapéuticas legítimas no puede considerarse un elemento de trata si un progenitor o tutor ha dado su consentimiento válidamente a tal efecto (A/55/383/Add.1, párrafo 65). La alusión a la esclavitud y prácticas análogas puede comprender la adopción ilegal en ciertas circunstancias (A/55/383/Add.1, párrafo 66).

b) Penalización de la trata de personas

i) Fundamento

35. La principal razón para definir la expresión “trata de personas” en derecho internacional era imponer un cierto grado de armonización de conceptos basada en un consenso. La finalidad perseguida era, a su vez, servir de base a la tipificación en el derecho interno de delitos que fuesen suficientemente análogos como para reforzar una cooperación internacional eficiente en la investigación y seguimiento de los casos. Además de entrañar ventajas directas en ese ámbito, también era de prever que una definición concertada armonizaría a su vez la investigación con otras actividades, lo que permitiría una mejor comparación de los datos nacionales y regionales y daría una visión global más clara del problema. El requisito de penalizar la trata se concebía como un elemento de una contraestrategia global que también comprendería la prestación de apoyo y asistencia a las víctimas y que integraría la lucha contra la trata en los esfuerzos de más vasto alcance contra la delincuencia organizada transnacional.

¹⁵Abordar la prostitución y los aspectos conexos al margen del ámbito de la trata de personas queda reservado concretamente a la legislación y las políticas de los distintos Estados Parte (véanse las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párr. 64)).

ii) Aplicación

36. Allí donde esos delitos aún no existen, la tipificación de delitos que abarquen todas las formas de trata de personas, así como la organización, la dirección y la participación como cómplice de cualquier forma de trata, es fundamental y constituye una obligación ineludible de todos los Estados Parte en el Protocolo. Medidas semejantes han de adoptarse respecto de las tentativas pero siempre que se ajusten a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del país de que se trate. La responsabilidad debe extenderse tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, si bien tratándose de estas últimas puede ser de índole penal, civil o administrativa. Tal como se expone en la sección 4 *infra*, titulada “Otras requisitos generales en materia de legislación para penalizar la trata de personas”, es importante que el sentido del Protocolo, más que los términos utilizados, se refleje en el derecho interno. Por lo general, la mera incorporación de la definición y los elementos de penalización en el derecho nacional no será suficiente; dadas las características y la complejidad de la trata y demás formas de delincuencia organizada transnacional, se aconseja a los encargados de elaborar leyes y a los legisladores que examinen, redacten y definan los delitos y las disposiciones conexas con sumo cuidado.

37. Una vez acreditada la utilización del engaño, la coacción, la fuerza u otros medios prohibidos, el consentimiento no se tendrá en cuenta y no podrá utilizarse como defensa.

38. Los apartados *c*) y *d*) del artículo 3 del Protocolo reflejan el hecho de que no es necesario demostrar el empleo de medios vedados cuando los afectados son personas menores de 18 años¹⁶. Por consiguiente, en un procedimiento en el que la víctima de la trata tenga menos de 18 años, la acusación sólo deberá probar acciones como la captación o el transporte de un menor con fines de explotación.

39. Al definir y penalizar la trata, los legisladores no están vinculados por otros instrumentos internacionales, pero ciertas disposiciones podrían tenerse en cuenta. Ello es particularmente evidente cuando el país de que se trate es Estado Parte en otro instrumento internacional que se ha reflejado anteriormente en su derecho interno. En tales casos, por lo general conviene que los legisladores se cercioren de que las diversas disposiciones utilizan una terminología análoga y son coherentes, en la medida de lo posible, pero aplicando a la vez los elementos prescritos por el Protocolo. Al conciliar otras obligaciones, los legisladores deben tener presente que la legislación nacional pue-

¹⁶Los encargados de elaborar leyes deben asegurarse de que esto no se haga extensivo a los casos en que los progenitores consienten en la extracción de un órgano de un niño por razones médicas o terapéuticas legítimas (véanse las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párr. 65)).

de en general ser más amplia o “más estricta o severa” (artículo 34, párrafo 3, de la Convención) de lo que realmente se exige sin afectar a su conformidad en el plano nacional. Para evitar contradicciones con los grandes principios del derecho humanitario y de la normativa de derechos humanos, el párrafo 1 del artículo 14 del Protocolo dispone que “nada de lo dispuesto en el Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y los individuos con arreglo al derecho internacional”. Entre las disposiciones de otros instrumentos que pueden tenerse en cuenta figuran las siguientes:

- a) La definición de la expresión “tráfico internacional de menores” en el apartado b) del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores de 1994;
- b) La definición de trata utilizada en el párrafo 3 del artículo 1 de la Convención de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC) sobre la prevención y la lucha contra la trata de mujeres y niños con fines de prostitución de 2002;
- c) Anexo del Convenio basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol);
- d) Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos¹⁷.

c) *Penalización de la tentativa de trata de personas*

40. El párrafo 2 a) del artículo 5 estipula que:

“2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

“a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;”

i) *Fundamento*

41. Por lo general, los negociadores opinaron que las tentativas de cometer básicamente el delito de trata de personas también debían penalizarse. Sin embargo, el concepto de “tentativa” no se aplica en sentido amplio en los

¹⁷Este documento facilita esclarecimientos y análisis adicionales para ayudar a los países europeos que desean ratificar el Protocolo. Sin embargo, refleja las políticas concertadas dentro de Europa, que en algunos ámbitos van más allá de las que señala el Protocolo. Pueden considerarse en buena medida como adiciones útiles al Protocolo, pero no son indispensables para ajustarse a él.

sistemas de justicia penal de algunos países. Por consiguiente, se incorporó la frase “con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico” para imponer a los Estados Parte una obligación general de penalizar las tentativas, pero sin que fuese totalmente perentoria para los Estados en los que no se ajustara a los requisitos básicos de su ordenamiento para configurar la tentativa de delito.

ii) Aplicación

42. Como los Estados que estén elaborando la legislación necesaria para ratificar o aplicar el Protocolo ya habrán ratificado la Convención contra la Delincuencia Organizada o estarán en vías de hacerlo, los autores de leyes y legisladores tal vez deseen estudiar las medidas que han de adoptar frente a la exigencia de penalización contenida en el párrafo 1 *b*) del artículo 6 de la Convención (sobre la tentativa de blanqueo de dinero), según la cual la misma obligación básica condicional es aplicable respecto de una tentativa (véanse los párrafos 110 a 112 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada). Cuando el sistema de derecho penal de un Estado incluye el concepto limitado de tentativa, podría considerarse al legislar la posibilidad de complementar los delitos básicos de trata de personas con otros delitos (véase el párrafo 46 *infra*) para asegurarse de que estén previstas todas las hipótesis posibles cuando los delitos se hayan consumado parcialmente.

43. En general, la legislación dirigida a penalizar la “tentativa” exige un intento básico de cometer el delito así como alguna acción concreta para llevar adelante ese intento. En algunos países un solo acto puede ser suficiente, mientras que en otros hay una mayor exigencia en virtud de la cual todos los actos necesarios para consumar el delito deben haberse cometido. Por lo general, la mera preparación de un delito no constituye una tentativa, y normalmente se necesitará una cierta referencia legislativa para que los tribunales puedan distinguir entre la mera preparación y los actos ejecutados en el marco de la comisión del delito.

3. Aplicación de los requisitos obligatorios de la Convención contra la Delincuencia Organizada al Protocolo contra la trata de personas

44. Al tipificar los delitos previstos en los Protocolos, es importante tener en cuenta que cada Protocolo debe interpretarse juntamente con la Convención contra la Delincuencia Organizada. Tal como se expone en el capítulo I *supra*, las disposiciones de la Convención se aplican al Protocolo *mutatis mutandis*, y entre los Estados Parte en el Protocolo los delitos tipificados con

arreglo a éste han de considerarse delitos tipificados por la Convención. La aplicación de tales disposiciones impone a los Estados Parte la obligación de adoptar las medidas que figuran a continuación en relación con los delitos tipificados con arreglo al Protocolo, cuya puesta en práctica se expone con mayor detalle en la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada:

- a) *Blanqueo de dinero.* Los Estados Parte deben penalizar el blanqueo del producto de una amplia gama de delitos de trata de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Convención (véanse también los párrafos 77 a 162 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);
- b) *Responsabilidad de las personas jurídicas.* La responsabilidad por los delitos debe establecerse tanto respecto de las personas “naturales” o biológicas como de las personas “jurídicas”, tales como una sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Convención (véanse también los párrafos 240 a 260 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);
- c) *Las infracciones deben tener el carácter de delito (salvo tratándose de las personas jurídicas).* Cada una de las disposiciones en materia de delitos de la Convención y del Protocolo estipula que la comisión de los delitos debe ser establecida por un tribunal penal. Este principio se aplica a menos que el acusado sea una persona jurídica, en cuyo caso la infracción puede acarrear responsabilidad penal, civil o administrativa (artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención; véanse también los párrafos 48 a 209 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);
- d) *Sanciones.* Las sanciones impuestas con arreglo al derecho interno deben tener en cuenta la gravedad de los delitos y ser proporcionadas a éstos (artículo 11, párrafo 1, de la Convención; véanse también los párrafos 261 a 286 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);
- e) *Comparecencia de los acusados.* Los Estados Parte deben adoptar medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que las condiciones de concesión de la libertad no pongan en peligro la posibilidad de obtener la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior (artículo 11, párrafo 3, de la Convención; véanse también los párrafos 261 a 286 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);
- f) *Libertad condicional o libertad anticipada.* La gravedad de los delitos tipificados con arreglo al Protocolo deberá tenerse en cuenta al conside-

rar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional de las personas que hayan sido declaradas culpables (artículo 11, párrafo 4, de la Convención; véanse también los párrafos 261 a 286 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

g) Plazo de prescripción. Deberá establecerse, cuando proceda, un plazo de prescripción prolongado, con arreglo al derecho interno, dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualesquiera de los delitos comprendidos en la Convención, en particular cuando “el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia” (artículo 11, párrafo 5, de la Convención; véanse también los párrafos 261 a 286 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

h) Decomiso de activos. En la medida de lo posible, la localización, el embargo preventivo y el decomiso del producto y los instrumentos de los delitos se preverán respecto de los casos que ocurran en el país y para ayudar a los demás Estados Parte (artículos 12 a 14 de la Convención; véanse también los párrafos 287 a 340 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

i) Jurisdicción. En virtud de la Convención cada Estado Parte deberá establecer su jurisdicción para investigar, perseguir y sancionar todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención y cualesquiera de los Protocolos en los que el Estado en cuestión sea parte. La jurisdicción debe establecerse respecto de todos los delitos cometidos dentro de la jurisdicción territorial del Estado, incluidos los buques y las aeronaves. Si la legislación interna prohíbe la extradición de los propios nacionales, la jurisdicción debe establecerse también respecto de los delitos cometidos por dichos nacionales en cualquier parte del mundo para permitir que el Estado cumpla su obligación dimanante de la Convención de perseguir a los delincuentes que no pueden ser extraditados, cuando así se solicite, en razón de su nacionalidad. La Convención alienta también el establecimiento de la jurisdicción en otras circunstancias, como los casos en que los nacionales de un Estado son víctimas o delincuentes, pero no lo impone (artículo 15, párrafo 1 (jurisdicción obligatoria) y párrafo 2 (jurisdicción facultativa), y artículo 16, párrafo 10 (obligación de someter a juicio cuando no haya extradición en razón de la nacionalidad del delincuente); véase también el análisis de los aspectos jurisdiccionales en los párrafos 210 a 239 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

j) Extradición. En virtud de las obligaciones de la Convención, los Estados Parte deben, entre otras cosas, conocer de los delitos considerados extraditables con arreglo al Protocolo en el marco de sus tratados y su derecho y someterlos a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento cuando la extradición haya sido denegada por motivos de nacionalidad (artículo 16 de

la Convención; véanse también los párrafos 394 a 449 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

k) Asistencia judicial recíproca. La asistencia judicial recíproca se prestará a los demás Estados Parte respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con tales delitos; son aplicables numerosas disposiciones específicas del artículo 18 de la Convención (véanse también los párrafos 394 a 449 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

l) Técnicas especiales de investigación. Deberán preverse técnicas especiales de investigación con objeto de combatir tales delitos, siempre que lo permitan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado Parte de que se trate y, cuando se considere apropiado, otras técnicas como la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas (artículo 20 de la Convención; véanse también los párrafos 384 a 393 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

m) Técnicas especiales de investigación. Deberán preverse técnicas especiales de investigación con objeto de combatir tales delitos, siempre que lo permitan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado Parte de que se trate y, cuando se considere apropiado, otras técnicas como la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas (artículo 20 de la Convención; véanse también los párrafos 384 a 393 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

n) Protección de las víctimas y los testigos. Las víctimas y los testigos han de ser protegidos contra eventuales actos de represalia o intimidación de conformidad con los artículos 24 y 25 de la Convención (véanse también los párrafos 341 a 383 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

o) Cooperación de los delincuentes. En virtud del artículo 26 de la Convención deben adoptarse medidas apropiadas para alentar a los que hayan participado en la delincuencia organizada a cooperar con las autoridades competentes o a prestarles asistencia. Tales medidas no se precisan, pero en muchos Estados comprenden la promulgación de disposiciones en virtud de las cuales los delincuentes que cooperen pueden ser eximidos de responsabilidad u obtener en su caso una mitigación de las penas aplicables. Algunos Estados disponen de atribuciones suficientes para enjuiciar y pronunciar sentencias que les permiten proceder sin una base legislativa, pero cuando no es así, la legislación que crea delitos específicos, establece penas mínimas obligatorias o prevé procedimientos de enjuiciamiento puede necesitar ajustes si el parlamento decide recurrir a la mitigación o a disposiciones de concesión de inmunidad para aplicar el artículo 26. Ello puede hacerse sentando una

regla general, o en función de cada delito, según se deseé (véanse también los párrafos 341 a 383 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

p) Cooperación en materia de cumplimiento de la ley y capacitación y asistencia técnica. Se establecerán canales de comunicación y una cooperación entre las policías respecto de los delitos tipificados con arreglo al Protocolo, en virtud del artículo 27 de la Convención (véanse también los párrafos 500 a 511 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada), y las disposiciones relativas a la capacitación y la asistencia técnica en el marco de los artículos 29 a 30 de la Convención.

4. Otros requisitos generales en materia de legislación para penalizar la trata de personas

45. Además de las medidas antes mencionadas que deben preverse respecto de los delitos tipificados con arreglo al Protocolo, la Convención y el Protocolo contienen requisitos específicos que han de tenerse en cuenta al elaborar la legislación que tipifique delitos de conformidad con el Protocolo, en particular:

a) La no inclusión de la transnacionalidad en los delitos cometidos en el país. El elemento de transnacionalidad es uno de los criterios para la aplicación de la Convención y los Protocolos (artículo 3 de la Convención), pero la transnacionalidad no deberá probarse en un enjuiciamiento interno. Por ese motivo, la transnacionalidad no se exige como un elemento de los delitos cometidos en el país;

b) La no inclusión de un grupo delictivo organizado en los delitos cometidos en el país. Al igual que tratándose de la transnacionalidad, la participación de un grupo delictivo organizado no deberá probarse en un enjuiciamiento interno. Por consiguiente, los delitos tipificados con arreglo al Protocolo se tendrán en cuenta del mismo modo, independientemente de si fueron cometidos por individuos aislados o por individuos asociados con un grupo delictivo organizado e independientemente de si esa circunstancia puede ser probada o no (véanse el artículo 34, párrafo 2, de la Convención y las notas interpretativas (A/55/383/Add.1), párrafo 59);

c) La penalización puede utilizar medidas legislativas y de otra índole pero debe basarse en la ley. Tanto la Convención como el Protocolo al referirse a la penalización mencionan “las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias”, como un reconocimiento del hecho de que en algunos Estados puede ser necesaria una combinación de medidas. Los redactores de tales instrumentos tenían la preocupación, sin embargo, de que

para respetar el Estado de derecho era necesario en general que los delitos se prescribieran por ley, y de que la intención de la referencia a las “medidas de otra índole” no era imponer o permitir la penalización sin una legislación. Las notas interpretativas establecen, por consiguiente, que las medidas de otra índole son complementarias y presuponen la existencia de una ley¹⁸;

d) Sólo es necesario penalizar las conductas intencionales. Todas las disposiciones sobre penalización de la Convención y los Protocolos exigen que las conductas constitutivas de cada delito sólo se penalicen si se cometan intencionalmente. Por consiguiente, no es necesario penalizar las conductas de un nivel menos grave, como la negligencia. Sin embargo, tales conductas pueden tipificarse como delitos en virtud del párrafo 3 del artículo 34 de la Convención que permite expresamente adoptar “medidas más estrictas o severas” que las previstas en ese instrumento. Los legisladores deben tener presente que el elemento de intención se refiere sólo a la conducta o acción constitutiva de cada delito, pero no puede considerarse un factor de eximente en ciertos casos, en particular tratándose personas que puedan no haber conocido o entendido la ley que tipifica el delito;

e) Descripción de los delitos. Si bien el párrafo 6 del artículo 11 de la Convención estipula que la descripción de los delitos queda reservada en principio al derecho interno de un Estado Parte, los legisladores deben tener en cuenta el sentido de las disposiciones de la Convención y del Protocolo acerca de los delitos y no incorporar lisa y llanamente de manera textual los términos de los Protocolos. Al tipificar los delitos cometidos en el país, la terminología utilizada debe ser tal que los tribunales nacionales y demás autoridades competentes del país la interpreten de manera acorde con el sentido del Protocolo y la intención claramente expresada de sus redactores. En algunos casos, el sentido que se ha querido dar puede haber sido aclarado en las notas interpretativas, que fueron redactadas y aprobadas por el Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional, que elaboró la Convención y sus Protocolos¹⁹;

¹⁸El mismo principio se aplica por separado a la Convención y a todos sus Protocolos (véanse las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párrs. 9, 69 y 91, y A/55/383/Add.3, párr. 5); véase también el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo).

¹⁹Los *travaux préparatoires* oficiales respecto de la Convención y sus Protocolos aún no han sido publicados. Reconociendo que ello llevará cierto tiempo, y en el afán de garantizar que los redactores de la legislación tengan acceso a las notas en los primeros años de dichos instrumentos, el Comité Especial elaboró, poniéndose de acuerdo en cuanto a los términos empleados, unas notas interpretativas de muchas de las cuestiones más importantes planteadas en sus últimas reuniones. Los siguientes documentos fueron sometidos a la Asamblea General, conjuntamente con los textos definitivos de los proyectos de instrumento: las notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención y sus dos primeros protocolos (A/55/383/Add.1), y las notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación del Protocolo sobre las armas de fuego (A/55/383/Add.3).

f) Las disposiciones de la Convención se aplicarán al Protocolo *mutatis mutandis* y deberán interpretarse juntamente²⁰.

5. Elementos facultativos

46. El artículo relativo a la penalización no contiene elementos facultativos. Al mismo tiempo, cabe destacar que, por ejemplo, no sólo la captación y el transporte de personas con fines de explotación son problemas esenciales, sino que la persistencia de esas formas de explotación también constituye en sí un problema grave. Por consiguiente, además de penalizar el delito obligatorio y fundamental que es la trata, los parlamentos que aún no lo hayan hecho tal vez deseen considerar, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 9 del Protocolo, la posibilidad de penalizar otras formas de explotación de personas, especialmente mujeres y niños.

6. Recursos de información

47. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información enumeradas a continuación.

a) Disposiciones e instrumentos conexos

i) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 3 (Ámbito de aplicación)

Artículo 5 (Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado)

Artículo 10 (Responsabilidad de las personas jurídicas)

Artículo 11 (Proceso, fallo y sanciones)

Artículo 12 (Decomiso e incautación)

Artículo 13 (Cooperación internacional para fines de decomiso)

Artículo 14 (Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados)

Artículo 15 (Jurisdicción)

Artículo 16 (Extradición)

Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)

Artículo 20 (Técnicas especiales de investigación)

²⁰Veáñse los párrafos 16 y 17 *supra*.

- Artículo 23 (Penalización de la obstrucción de la justicia)
- Artículo 24 (Protección de los testigos)
- Artículo 25 (Asistencia y protección a las víctimas)
- Artículo 26 (Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley)
- Artículo 27 (Cooperación en materia de cumplimiento de la ley)
- Artículo 29 (Capacitación y asistencia técnica)
- Artículo 30 (Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica)
- Artículo 34 (Aplicación de la Convención)
- Artículo 37 (Relación con los protocolos)

ii) Protocolo contra la trata de personas

- Artículo 1 (Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional)
- Artículo 14 (Cláusula de salvaguardia)

iii) Otros instrumentos

- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994
Organización de los Estados Americanos, Serie sobre Tratados OEA, No. 79
<http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-57.html>
Apartado b) del artículo 2
- Convenio Europol (1995)
<http://www.europol.eu.int/ANNEX>
Anexo 2
- Convención de la SAARC sobre la prevención y la lucha contra la trata de mujeres y niños con fines de prostitución de 2002
<http://www.saarc-sec.org/publication/conv-trafficking.pdf>
Párrafo 3 del artículo 1

(b) Otras fuentes de información

- Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra el tráfico de seres humanos

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 203, de 1.º de agosto de 2002

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32002F0629&model=guichett

Artículos 1 a 5

7. Ejemplos de legislación

48. Un enfoque legislativo ya adoptado al elaborar la legislación para poner en práctica el Protocolo contra la trata de personas ha sido penalizar la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas con fines de explotación en la forma definida en el Protocolo, sin incorporar el elemento adicional de que se requiera un medio prohibido. Este enfoque puede simplificar el proceso de elaboración de la legislación. Entre los ejemplos de legislación en que se ha empleado este enfoque cabe mencionar:

Estados Unidos de América, Título 18, Código de Estados Unidos, sección 1590

<http://uscode.house.gov/download.htm>

Estados Unidos de América, Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons (Oficina para vigilar y combatir la trata de personas)

“Model Law to Combat Trafficking in Persons” (Ley modelo para combatir la trata de personas)

B. Prestar asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas

Protocolo contra la trata de personas

“Artículo 6

“Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas

“1. Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.

“2. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda:

“a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes;

“b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

“3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, sicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con instituciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de:

“a) Alojamiento adecuado;

“b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata puedan comprender;

“c) Asistencia médica, sicológica y material; y

“d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.

“4. Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.

“5. Cada Estado Parte se esforzará por prever la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio.

“6. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos.”

“Artículo 7

“Régimen aplicable a las víctimas de la trata de personas en el Estado receptor

“1. Además de adoptar las medidas previstas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda.

“2. Al aplicar la disposición contenida en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado dará la debida consideración a factores humanitarios y personales.”

“Artículo 8

“Repatriación de las víctimas de la trata de personas

“1. El Estado Parte del que sea nacional una víctima de la trata de personas o en el que ésta tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor facilitará y aceptará, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de esa persona teniendo debidamente en cuenta su seguridad.

“2. Cuando un Estado Parte disponga la repatriación de una víctima de la trata de personas a un Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el Estado Parte receptor, velará por que dicha repatriación se realice teniendo debidamente en cuenta la seguridad de esa persona, así como el estado de cualquier procedimiento legal relacionado con el hecho de que la persona es una víctima de la trata, y preferentemente de forma voluntaria.

“3. Cuando lo solicite un Estado Parte receptor, todo Estado Parte requerido verificará, sin demora indebida o injustificada, si la víctima de la trata de personas es uno de sus nacionales o tenía derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor.

“4. A fin de facilitar la repatriación de toda víctima de la trata de personas que carezca de la debida documentación, el Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor convendrá en expedir, previa solicitud del Estado Parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarios para que la persona pueda viajar a su territorio y reingresar en él.

“5. El presente artículo no afectará a los derechos reconocidos a las víctimas de la trata de personas con arreglo al derecho interno del Estado Parte receptor.

“6. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier acuerdo o arreglo bilateral o multilateral aplicable que rija, total o parcialmente, la repatriación de las víctimas de la trata de personas.”

1. Resumen de los principales requisitos

49. Cada Estado Parte deberá cumplir los siguientes requisitos obligatorios:

a) Proteger la privacidad y la identidad de las víctimas cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno (artículo 6, párrafo 1);

- b)* Velar por que las víctimas reciban información sobre los procedimientos judiciales pertinentes cuando proceda y tengan la oportunidad de que sus opiniones se presenten y examinen (artículo 6, párrafo 2);
- c)* Esforzarse por prever la seguridad física de las víctimas mientras se encuentren en su territorio (artículo 6, párrafo 5);
- d)* Velar por que existan medidas que den a las víctimas la oportunidad de obtener indemnización por los daños sufridos (artículo 6, párrafo 6);
- e)* Facilitar y aceptar la repatriación de las víctimas que sean sus nacionales o tengan derecho de residencia permanente, teniendo debidamente en cuenta su seguridad (artículo 8, párrafo 1);
- f)* Verificar sin demora indebida o injustificada si la víctima de la trata es uno de sus nacionales o tiene derecho de residencia permanente y expedir los documentos de viaje que sean necesarios para su reingreso (artículo 8, párrafos 3 y 4).

50. Además, cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, sicológica y social de las víctimas de la trata de personas (artículo 6, párrafo 3).

2. *Principales elementos de los artículos*

51. Los artículos 6, 7 y 8 del Protocolo contra la trata de personas incluyen medidas que deben ser adoptadas o cuya adopción puede estudiarse con respecto a las víctimas de la trata de personas. Tales artículos deben interpretarse y aplicarse juntamente con los artículos 24 y 25 de la Convención, que contienen disposiciones respecto de las víctimas y los testigos que se aplican a todos los casos previstos en la Convención (véanse también los párrafos 341 a 383 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada). La intención de los redactores de la Convención y del Protocolo fue esencialmente complementar las reglas generales relativas a los testigos y las víctimas con una asistencia y un apoyo adicionales establecidos expresamente en favor de las víctimas de la trata. Por consiguiente, cuando se aplica el Protocolo contra la trata de personas, la trata será un delito comprendido en la Convención y las víctimas estarán protegidas por los artículos 6 a 8 del Protocolo y 25 de la Convención. En la medida en que las víctimas también sean testigos, estarán protegidas además por el artículo 24 de la Convención.

52. Por lo general, las disposiciones del Protocolo que contienen requisitos de procedimiento y salvaguardias básicas son obligatorias, en tanto que las que se refieren a la asistencia y al apoyo a las víctimas incorporan ciertos

elementos discrecionales. Las distintas obligaciones se aplican igualmente a todo Estado Parte en el que se encuentren las víctimas, trátese de un país de origen, de tránsito o de destino (véanse las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párrafo 71)). La naturaleza de las obligaciones sociales refleja las inquietudes en cuanto a los costos y dificultades que implica la prestación de asistencia social a todas las víctimas (o, en realidad, a la población en general) en numerosos países en desarrollo.

3. *Aplicación de los artículos*

a) *Protección de la identidad y/o la privacidad de las víctimas (párrafo 1 del artículo 6)*

53. En virtud del párrafo 1 del artículo 6 del Protocolo contra la trata de personas deben adoptarse medidas para proteger la privacidad y la identidad de las víctimas, inclusive previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales, en la medida que lo permita el derecho interno. Puede ser necesario modificar las leyes de procedimiento para asegurar que los tribunales tengan facultades para guardar reserva en cuanto a las identidades o proteger de otro modo la privacidad de las víctimas cuando proceda. Ello puede significar que se dé un carácter confidencial a las actuaciones judiciales, por ejemplo, impidiendo la presencia de representantes del público o de los medios de comunicación o imponiendo limitaciones a la publicación de informaciones concretas, tales como detalles que permitan la identificación de la víctima.

54. Dichas medidas plantean problemas análogos a los analizados respecto de la obligación prevista en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 24 de la Convención en el sentido de permitir que los testigos presten testimonio sin poner en peligro su seguridad. Los legisladores deberán tener presente que el hecho de denegar información a la defensa ha de conciliarse con cualesquiera derechos constitucionales o de otra índole aplicables, incluso el derecho de carear a los testigos o acusadores y el derecho a revelar toda información que pueda ser exculpatoria o ayudar a la defensa. Los legisladores deberán también tener en cuenta que dejar a los medios de comunicación o al público al margen de las actuaciones judiciales limita la eficacia de la apertura y la transparencia como salvaguardia que garantiza la corrección de los procedimientos y que puede vulnerar el derecho de libre expresión de los medios de comunicación. Una opción consiste en permitir la exclusión pero manifestar una preferencia por las actuaciones abiertas y exigir a los tribunales alguna justificación antes de que decreten que las actuaciones se realicen a puertas cerradas.

b) *Participación de las víctimas en las actuaciones*
(párrafo 2 del artículo 6)

55. El requisito de facilitar información a las víctimas y brindarles la oportunidad de presentar sus opiniones y preocupaciones es obligatorio pero no requerirá necesariamente medidas legislativas. La obligación esencial de velar por que se dé a las víctimas la oportunidad de participar figura en el párrafo 3 del artículo 25 de la Convención y habrá sido puesta en práctica por la legislación en el marco de ese artículo. Tal vez no se requiera una nueva legislación; si resulta necesaria, podrá basarse en la ya adoptada en virtud de la Convención contra la Delincuencia Organizada. El requisito de la Convención se aplica a todos los delitos comprendidos en ésta, que incluye el delito de trata previsto en el Protocolo, una vez que concierne a un Estado en particular.

56. En muchos casos, los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 del Protocolo pueden cumplirse gracias a medidas administrativas que obliguen a los funcionarios a facilitar información a las víctimas y proporcionarles todo tipo de asistencia práctica indispensable en apoyo de la presentación de sus “opiniones y preocupaciones”. Sin embargo, los legisladores pueden estudiar la posibilidad de elaborar disposiciones que garanticen que los jueces no puedan denegar información o excluir la participación sobre bases que no sean el menoscabo de los derechos de la defensa. Un medio que se ha utilizado para conciliar esos intereses en algunos Estados es la idea de una declaración de la víctima en cuanto a las repercusiones del delito, que se formula después de la declaración de culpabilidad, pero antes del pronunciamiento de la sentencia, cuando las cuestiones fundamentales de la culpabilidad o la inocencia ya no entran en juego. Se trata de un procedimiento independiente y diferente de la comparecencia de una víctima para que aporte pruebas, que está sujeto además a las normas probatorias y salvaguardias contra la revelación de información que no sea admisible. Los legisladores han de tener presente también que el párrafo 4 del artículo 6 del Protocolo estipula que deben tomarse en cuenta factores como la edad, el sexo y las necesidades especiales (véanse también los párrafos 65 a 67 *infra*). Estos factores tienen ramificaciones más importantes respecto de los elementos facultativos y no legislativos de apoyo y asistencia social del artículo 6 pero pueden influir también en toda legislación sobre acceso a las actuaciones judiciales.

c) *Seguridad física de las víctimas (párrafo 5 del artículo 6)*

57. Al examinar los requisitos del párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo, debe prestarse atención a los artículos 24 y 25 de la Convención²¹. Los requi-

²¹Véanse los párrafos 352 a 375 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

sitos del párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo complementan las obligaciones contenidas en los artículos 24 y 25 de la Convención de prestar protección a las víctimas y los testigos pero difieren en dos aspectos importantes:

a) La obligación de adoptar disposiciones en favor de las víctimas de la trata se limita solamente a las medidas necesarias para prever su seguridad física y, en su mayor parte, esas medidas de apoyo son discretionales con arreglo al párrafo 3 del artículo 6 del Protocolo, en tanto que las medidas de protección de los testigos enunciadas en la Convención contra la Delincuencia Organizada comprenden la reubicación en el país o en el extranjero y también arreglos especiales para prestar testimonio;

b) La obligación prevista en el Protocolo es sólo que el Estado Parte “se esforzará por prever” la seguridad, mientras que la obligación impuesta por la Convención contra la Delincuencia Organizada es adoptar todas las medidas apropiadas dentro de las posibilidades del Estado Parte de que se trate.

58. Los artículos 24 y 25 de la Convención se refieren ambos a los peligros que entrañan los actos de intimidación y de represalia para quienes cooperan con las autoridades, mientras que el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 9 del Protocolo alude también a la protección contra un nuevo riesgo de victimización, lo que constituye un grave problema en los casos de trata.

59. En general, las medidas legislativas necesarias para aplicar esa disposición estarán incluidas en las utilizadas para aplicar los artículos 24 y 25 de la Convención. Con arreglo al Protocolo, cada Estado Parte está obligado a dar por lo menos algunos pasos que representen un “esfuerzo” por proteger la seguridad.

*d) Posibilidad de obtener indemnización
(párrafo 6 del artículo 6)*

60. La posibilidad de obtener indemnización (párrafo 6 del artículo 6 del Protocolo contra la trata de personas) es similar pero no idéntica a la obligación correspondiente con arreglo a la Convención (párrafo 2 del artículo 25)²². Se necesitará por lo general una legislación si no se han establecido ya mecanismos apropiados que ofrezcan al menos la posibilidad de obtener indemnización. El Protocolo no precisa ninguna fuente posible de indemnización, lo que significa que cualquiera o todas las opciones siguientes serán suficientes para cumplir lo estipulado por el Protocolo:

²²Véanse los párrafos 368 a 371 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

- a) Disposiciones que permiten a las víctimas interponer demandas civiles por daños y perjuicios contra los delincuentes y otros con arreglo al derecho estatutario o al derecho consuetudinario;
- b) Disposiciones que permiten a los tribunales penales dictar sentencias por daños dolosos o imponer órdenes de indemnización (es decir, decretar que los delincuentes paguen indemnización a las víctimas) o imponer órdenes de indemnización o restitución contra personas condenadas por la comisión de delitos;
- c) Disposiciones que establecen fondos o planes especiales en virtud de los cuales las víctimas pueden reclamar una indemnización al Estado por los daños y perjuicios sufridos a raíz de un delito.

e) *Repatriación de las víctimas (artículo 8)*

61. A los legisladores puede parecerles acertado adoptar orientaciones legislativas para los funcionarios responsables de la repatriación a fin de cumplir las obligaciones impuestas en el artículo 8. Cabría considerar la posibilidad de aprobar las siguientes disposiciones:

- a) La Convención y sus Protocolos son primordialmente instrumentos de la justicia penal y, al margen de los procedimientos criminales contra los delincuentes, no hay procedimientos judiciales o administrativos formales mediante los cuales la situación de las víctimas de la trata como tales pueda determinarse. La legislación sobre inmigración, los textos legales de derecho penal y demás legislación pertinente podrían modificarse para incorporar la definición de “trata de personas” y dar a los que alegan ser víctimas la oportunidad de hacerlo en procedimientos apropiados, que comprendan los necesarios para expulsarlos como inmigrantes ilegales y también procedimientos en cuya virtud sean enjuiciados por delitos cuya comisión se les imputa pese a su condición de víctimas;
- b) Podrían adoptarse disposiciones legislativas con arreglo a las cuales los funcionarios o tribunales competentes en aspectos relacionados con la inmigración ilegal y la expulsión no decretan ni cumplan órdenes de expulsión de una víctima cuando esa persona sea (o pueda ser) citada a comparecer en un procedimiento criminal contra presuntos traficantes o en relación con otros delitos contenidos en la Convención, o en un procedimiento civil contra presuntos delincuentes. Alternativamente, la legislación podría disponer que tales funcionarios o tribunales verifiquen si hay procedimientos en trámite al respecto y, en caso afirmativo, tener en cuenta el curso de dichos procedimientos antes de expulsar a una víctima. Tanto el párrafo 3 del artículo 25 de la Convención como el apartado b) del párrafo 2 del artículo 6 del Protocolo

estipulan que los Estados Parte deben velar por que las víctimas puedan presentar sus opiniones y preocupaciones en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes, lo que tal vez requiera el aplazamiento de la expulsión hasta que se haya llegado a esa etapa (normalmente después de declarar la culpabilidad pero antes de pronunciar sentencia);

c) En cuanto a la seguridad de la víctima, las medidas legislativas no se precisan, pero cabe también considerar al respecto la posibilidad de aplicar las mismas disposiciones que pueden necesitarse para garantizar la protección de los testigos en los casos en que interviene la delincuencia organizada, como las atribuciones para ocultar identidades, reubicar a la víctima o expedir nuevos documentos de identidad. Estas medidas son similares a los requisitos del artículo 24 de la Convención y a los legisladores tal vez les resulte posible basarse en la legislación que aplica esa disposición como un precedente para los casos de trata. Alternativamente, si dicha legislación se torna aplicable, es posible que no sean necesarias nuevas modificaciones, siempre que se impartan las instrucciones pertinentes a los funcionarios. Quizás haya que aplicar concretamente dicha legislación a las víctimas de la trata, ya que pueden no haber sido testigos en absoluto o haber prestado testimonio en el Estado Parte hacia el cual fueron objeto de trata y del cual fueron repatriadas. El párrafo 2 del artículo 8 del Protocolo dispone que toda repatriación de víctimas ha de tener debidamente en cuenta la seguridad de esas personas, y este requisito se aplica también a las víctimas que no han sido testigos. Afecta asimismo a los países a los cuales la víctima es repatriada como nacional o residente permanente, incluso cuando la víctima no haya prestado testimonio o lo haya hecho en otro país;

d) El párrafo 4 del artículo 8 del Protocolo también estipula que un Estado Parte desde el cual un nacional o un residente permanente ha de ser repatriado debe expedir, previa solicitud, los documentos de viaje o de identidad que sean necesarios. Ésta es una obligación esencialmente administrativa, pero puede necesitarse una legislación para garantizar que los funcionarios y organismos competentes sean capaces y estén obligados a la vez a expedir los documentos cuando se cumplen las condiciones fijadas en el artículo 8.

4. Elementos facultativos

a) *Asistencia social y protección a las víctimas*
(párrafo 3 del artículo 6)

62. El párrafo 3 del artículo 6 del Protocolo contiene una extensa lista de medidas de apoyo encaminadas a reducir el sufrimiento y los perjuicios causados a las víctimas y asistirlas en su recuperación y rehabilitación. Como se

señalaba más arriba, el elevado costo de tales beneficios y el hecho de que conciernen por igual a todos los Estados Parte, independientemente de su nivel de desarrollo socioeconómico y de los recursos de que disponen, impidió que se les diera un carácter obligatorio. Sin embargo, los Estados que deseen ratificar y aplicar el Protocolo deberán considerar la posibilidad de ajustarse a esos requisitos y se les encarece que lo hagan en la mayor medida posible dentro de lo que les permitan sus recursos y otras limitaciones. Además del objetivo humanitario de reducir los efectos en las víctimas, existen diversas razones prácticas importantes que justifican su imposición. La primera es que el hecho de proporcionar apoyo, alojamiento y protección a las víctimas hace que estén mucho más predispuestas a cooperar con los investigadores y acusadores públicos y a brindarles su colaboración, lo que es un factor decisivo tratándose de un delito respecto del cual las víctimas casi siempre son testigos y en el que la intimidación por los traficantes se ha citado reiteradamente como un fuerte obstáculo al enjuiciamiento. No obstante, ese apoyo y esa protección no deben supeditarse a la aptitud o buena disposición de las víctimas a cooperar con las actuaciones judiciales²³. En términos más generales, satisfacer las necesidades sociales, educativas, sicológicas y de otro tipo de las víctimas tan pronto como se descubran puede en definitiva resultar menos oneroso que atenderlas en una etapa ulterior. Ésta es una justificación particularmente válida tratándose de los niños que son víctimas, ya que los niños que han sufrido la trata pueden más tarde ser objeto de una nueva victimización. Por lo general, no se requerirán medidas legislativas para aplicar el párrafo 3 del artículo 6 del Protocolo, salvo tratándose de ciertos Estados en los que será necesaria una legislación para garantizar que se destinen los recursos indispensables a tal efecto y que se designen funcionarios con las instrucciones pertinentes para que se ocupen de las víctimas.

63. En algunos Estados también se ha aplicado una legislación para regular las actividades de las organizaciones no gubernamentales que atienden a las víctimas. Tal cosa no se exige ni se descarta en el Protocolo, pero lo cierto es que plantea ciertas cuestiones importantes. Un problema serio en los casos de trata es que los delincuentes a menudo amedrentan a las víctimas conviéndolas de que serán detenidas y enjuiciadas o expulsadas si se dirigen a las autoridades para denunciar su situación o solicitar ayuda. Por lo general, el mérito de los refugios, del asesoramiento y de otros servicios que ofrecen las organizaciones no gubernamentales en este ámbito es que las víctimas, más que establecer contacto en tales casos con los organismos de los Estados, lo harán con ellas, y la viabilidad de los servicios que prestan al cumplir esa

²³Esto se recomienda también en el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas (E/2002/68/Add.1).

función depende de que se mantengan tan independientes como sea posible del Estado y de que velen por que las eventuales víctimas lo sepan. Por consiguiente, aunque tal vez se necesite un cierto grado de reglamentación (por ejemplo, establecer requisitos básicos de seguridad y normas de protección), los legisladores han de tener en cuenta sus repercusiones y actuar con la máxima cautela en la elaboración y aplicación de esa reglamentación.

64. Si bien el Protocolo contiene algunas disposiciones para la asistencia y el apoyo a las víctimas, no se ha previsto un requisito o proceso específico en virtud del cual pueda establecerse la condición de las víctimas como tales. Por consiguiente, en los casos en que se adopten medidas para prestar asistencia a las víctimas, los legisladores tal vez deseen estudiar la posibilidad de prever un proceso o procesos gracias a los cuales las víctimas u otras personas en su nombre puedan procurar el reconocimiento de esa condición. Por lo general, éstos pueden comprender alguno de los elementos siguientes o todos ellos:

- a)* Permitir que los juzgados o tribunales que inculpan a los traficantes o tramitan causas civiles o de otro tipo sobre la trata certifiquen que tienen ese carácter todas las víctimas que fueron identificadas durante el procedimiento, sean o no partes en éste;
- b)* Permitir que se adopte una decisión judicial o administrativa basada en la solicitud de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de los controles fronterizos u otros funcionarios que tienen contacto con víctimas en el curso de investigaciones o procedimientos criminales; y/o²⁴
- c)* Permitir que se adopte una decisión judicial o administrativa basada en la solicitud de la presunta víctima personalmente o a través de su representante, que puede ser el representante de una organización no gubernamental²⁵.

*b) Necesidades especiales de los niños
(párrafo 4 del artículo 6)*

65. El párrafo 4 del artículo 6 del Protocolo dispone que cada Estado Parte, al examinar la posibilidad de adoptar medidas para ayudar y proteger a las víctimas de la trata, tendrá en cuenta las necesidades especiales de los niños que son víctimas. En los casos en que la edad de la víctima sea incierta y

²⁴Dicho proceso tendría particular importancia para obtener la cooperación de las víctimas, ya que permitiría dar garantías de seguridad antes del enjuiciamiento de los delincuentes.

²⁵Esto puede requerir una disposición legislativa independiente de la anterior a fin de exigir alguna prueba extrínseca de victimización en los casos en que la solicitud no se basa o apoya en el cumplimiento de la ley.

haya motivos para creer que se trata de un niño, el Estado Parte, podrá, en la medida que lo permita su derecho interno, considerar a la víctima como un niño con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño, hasta que se determine su edad. Además, un Estado Parte tal vez desee considerar la posibilidad de:

- a) Designar, tan pronto como se identifique al niño, un curador que acompañe a éste durante todo el proceso hasta se haya encontrado y aplicado una solución duradera que responda a los intereses esenciales del menor. En la medida de lo posible, la misma persona se ocupará del niño durante todo el proceso;
- b) Velar por que, durante la investigación, así como, de ser posible, en el curso del enjuiciamiento y de las audiencias del proceso, se evite todo contacto entre el niño víctima y el presunto delincuente. A menos que sea contrario a sus intereses esenciales, el niño que es víctima tiene derecho a ser informado cabalmente acerca de los problemas de seguridad y los procedimientos criminales antes de decidir si va a prestar testimonio o no en el curso de esos procedimientos. Durante las actuaciones judiciales, debe insistirse vigorosamente en el derecho a las salvaguardias legales y a una protección eficaz en favor de los niños que actúan como testigos. A los niños víctimas que consienten en prestar testimonio deben aplicarse medidas especiales de protección para garantizar su seguridad;
- c) Proporcionar refugios adecuados a los niños víctimas a fin de evitar todo nuevo riesgo de victimización. En especial, ha de proporcionarse a los niños víctimas un alojamiento seguro y adecuado, que tenga debidamente en cuenta su edad y sus necesidades específicas;
- d) Establecer prácticas de contratación y programas de formación especiales a fin de asegurarse de que los individuos responsables del cuidado y la protección de los niños víctimas entienden sus necesidades, tienen en cuenta las disparidades de los sexos y poseen las competencias necesarias para ayudar a los niños y velar por que sus derechos sean respetados.

66. En los casos en que intervengan niños víctimas, los legisladores tal vez deseen estudiar la posibilidad de no repatriar a esos niños a menos que hacerlo corresponda a sus intereses esenciales y que, con anterioridad al regreso, una persona idónea, como uno de los padres, otro familiar u otro cuidador adulto, o algún organismo gubernamental o institución de asistencia a la infancia en el país de origen esté en condiciones de ocuparse de él y haya aceptado hacerse cargo de la custodia del niño y prestarle los cuidados y la protección indispensables. Las autoridades judiciales y los ministerios competentes, en cooperación con las autoridades correspondientes de los servicios sociales y/o el curador serán responsables de determinar si la repatriación de un niño

víctima es o no es segura y velar por que la operación se lleve a cabo de manera digna y responda a los intereses esenciales del niño. Las autoridades de los servicios sociales, en cooperación con el Ministerio del Interior u otros organismos o autoridades competentes adoptarán, cuando proceda, todas las medidas necesarias para descubrir, identificar y localizar a los miembros de su familia y facilitar la reunión del niño víctima con sus familiares siempre que ello favorezca los intereses esenciales de éste. Los Estados deberán establecer procedimientos para garantizar que el niño sea recibido en el país de origen por un miembro de los servicios sociales de ese país designado a tal efecto y/o por sus padres o su representante legal.

67. En los casos en que la repatriación sea voluntaria o responda a los intereses esenciales del niño, se alentará a los Estados Parte a velar por que el niño regrese a su país natal de manera rápida y segura. En las situaciones en que el regreso seguro del niño a reunirse con su familia y/o a su país de origen no resulte posible o no corresponda a sus intereses esenciales, las autoridades de bienestar social deberán adoptar disposiciones de custodia a largo plazo para garantizar una protección efectiva del niño y la salvaguardia de sus derechos humanos. A este respecto, las autoridades gubernamentales competentes de los países de origen y de destino habrán de establecer arreglos y procedimientos eficaces de colaboración mutua a fin de asegurarse de que se proceda a una investigación cuidadosa de las circunstancias individuales y familiares del niño víctima para determinar la mejor forma de actuar en beneficio de sus intereses.

c) *Régimen aplicable a las víctimas*
(artículo 7)

68. No es obligatorio legislar sobre las medidas relacionadas con el régimen aplicable a las víctimas. Sin embargo, en diversos países donde se han adoptado medidas con miras a la residencia temporal o permanente de las víctimas de la trata, como Bélgica, Italia, los Países Bajos y los Estados Unidos de América, tales medidas han tenido efectos positivos para las víctimas que comparecen a prestar testimonio contra los traficantes y para las organizaciones no gubernamentales que impulsan a las víctimas a las que han brindado servicios a dar cuenta al gobierno de los incidentes del caso.

5. Recursos de información

69. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información enumeradas a continuación.

a) *Disposiciones e instrumentos conexos*

i) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

Artículo 24 (Protección de los testigos)

Artículo 25 (Asistencia y protección a las víctimas)

ii) *Protocolo contra la trata de personas*

Artículo 9 (Prevención de la trata de personas)

iii) *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes*

Artículo 16 (Medidas de protección y asistencia)

iv) *Otros instrumentos*

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Resolución 44/25 de la Asamblea General, anexo

<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/crc.htm>

Artículo 7

Artículo 8

Artículo 12

Artículo 13

Artículo 40

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos

los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990

Resolución 45/158 de la Asamblea General, anexo

Párrafo 2 del artículo 16

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño
relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización
de niños en la pornografía de 2000

Resolución 54/263 de la Asamblea General, anexo II

<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/opsc.htm>

Párrafo 1 del artículo 8

b) *Otras fuentes de información*

Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 15
de marzo de 2001, relativa al estatuto de las víctimas en el proceso
penal

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 082, de 22 de marzo de 2001

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2001/l_082/l_08220010322_en00010004.pdf

Párrafo 1 del artículo 9

Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 203, de 1.º de agosto de 2002

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXNumdoc&lg=EN&numdoc=32002F0629&model=guichett

Artículo 7

Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas

Documento E/2002/68/Add.1

[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/caf3deb2b05d4f35c1256bf30051a003/\\$FILE/N0240168.pdf](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/caf3deb2b05d4f35c1256bf30051a003/$FILE/N0240168.pdf)

Propuesta de plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea (Justicia y Asuntos Interiores)

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 142, de 14 de junio de 2002

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2002/c_142/c_14220020614_en00230036.pdf

Parte II, sección E

Recomendación No. R (2000) 11 relativa a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa

<http://cm.coe.int/ta/rec/2000/2000r11.htm>

Medidas 16 a 18 y 38 a 41

C. Prevención

Protocolo contra la trata de personas

“Artículo 9

“Prevención contra la trata de personas

“1. Los Estados Parte establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a:

“a) Prevenir y combatir la trata de personas; y

“b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente a las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización.

“2. Los Estados Parte procurarán aplicar medidas tales como actividades de investigación y campañas de información y difusión, así como iniciativas sociales y económicas, con miras a combatir y prevenir la trata de personas.

“3. Las políticas, los programas y demás medidas que se adopten de conformidad con el presente artículo incluirán, cuando proceda, la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y otros sectores de la sociedad civil.

“4. Los Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata.

“5. Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños.”

“Artículo 11

“Medidas fronterizas

“1. Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados Parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar la trata de personas.

“2. Cada Estado Parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible, la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comer-

ciales para la comisión de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo.

“3. Cuando proceda y sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables se preverá, entre esas medidas, la obligación de los transportistas comerciales, incluidas las empresas de transporte, así como los propietarios o explotadores de cualquier medio de transporte, de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar legalmente en el Estado receptor.

“4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para prever sanciones en caso de incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 3 del presente artículo.

“5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al presente Protocolo.

“6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención, los Estados Parte considerarán la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo, en particular, entre otras medidas, estableciendo y manteniendo conductos de comunicación directos.”

“Artículo 12

“Seguridad y control de documentos

“Cada Estado Parte adoptará, con los medios de que disponga, las medidas que se requieran para:

“a) Garantizar la necesaria calidad de los documentos de viaje o de identidad que expida a fin de que éstos no puedan con facilidad utilizarse indebidamente ni falsificarse o alterarse, reproducirse o expedirse de forma ilícita; y

“b) Garantizar la integridad y la seguridad de los documentos de viaje o de identidad que expida o que se expidan en su nombre e impedir la creación, expedición y utilización ilícitas de dichos documentos.”

“Artículo 13

“Legitimidad y validez de los documentos

“Cuando lo solicite otro Estado Parte, cada Estado Parte verificará, de conformidad con su derecho interno y dentro de un plazo razonable, la legitimidad y validez de los documentos de viaje o de identidad expedidos o presuntamente expedidos en su nombre y sospechosos de ser utilizados para la trata de personas.”

1. Resumen de los principales requisitos

70. Cada Estado Parte en el Protocolo contra la trata de personas deberá cumplir los siguientes requisitos obligatorios:

- a) Establecer programas de carácter amplio con miras a prevenir y combatir la trata de personas y proteger a las víctimas de un nuevo riesgo de victimización (artículo 9, párrafo 1);
- b) Procurar aplicar medidas tales como campañas de difusión e iniciativas sociales y económicas, con miras a prevenir y combatir la trata de personas, incluso mediante la cooperación con organizaciones no gubernamentales (artículo 9, párrafos 2 y 3);
- c) Adoptar medidas o reforzar las ya existentes que hagan a las personas menos vulnerables a la trata y desalentar la demanda que propicia cualquier forma de trata de personas (artículo 9, párrafos 4 y 5);
- d) Reforzar los controles fronterizos (artículo 11, párrafo 1);
- e) Adoptar medidas para prevenir la utilización de los transportistas comerciales para la comisión de delitos de trata y exigir a las empresas comerciales de transporte que se cercioren de que todos los pasajeros tienen los documentos de viaje requeridos, y prever sanciones en caso de incumplimiento de esas obligaciones (artículo 11, párrafos 2 y 3);
- f) Garantizar la necesaria calidad de los documentos de viaje o de identidad a fin de que éstos no puedan alterarse o utilizarse indebidamente (artículo 12, apartado a));
- g) Impedir la expedición ilícita de los documentos de viaje de un Estado Parte (artículo 12, apartado b)).

2. Principales elementos de los artículos

71. El Protocolo contra la trata de personas, conjuntamente con el artículo 31 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, procura obligar a los Estados Parte a que adopten efectivamente amplias estrategias de prevención. Las medidas de prevención social, que suponen tener en cuenta las condiciones sociales y económicas adversas que se estima contribuyen al deseo de emigrar y, por ende, a la vulnerabilidad de las víctimas de los traficantes, se abordan en el párrafo 7 del artículo 31 de la Convención y en el párrafo 4 del artículo 9 del Protocolo. La prevención más directa que incumbe a la educación y a la sensibilización está prevista en el párrafo 5 del artículo 31 de la Convención y en el párrafo 2 del artículo 9 del Protocolo. Los términos de éstos abarcan las campañas dirigidas a crear conciencia del problema y a

movilizar apoyo para medidas destinadas a contrarrestarlo entre la población en general, así como ciertos esfuerzos con objetivos más precisos encaminados a poner en guardia a grupos específicos o incluso a individuos que se considera expuestos a un alto riesgo de victimización.

72. En esos ámbitos las medidas preventivas que han de adoptarse contra la trata de personas son análogas a las dirigidas contra la delincuencia organizada en general, pero el Protocolo contiene requisitos adicionales relacionados concretamente con dicha trata. Tras reconocer que la trata de personas ha de abordarse tanto desde el punto de vista de la demanda como del de la oferta, los redactores introdujeron en el Protocolo el párrafo 5 del artículo 9, que impone medidas encaminadas a desalentar la demanda de tales servicios, ya que fomenta el elemento explosivo de la trata y es, por ende, su principal fuente de ingresos ilícitos. El Protocolo tiene también en cuenta que las antiguas víctimas a menudo son aún más vulnerables más tarde, en especial si son repatriadas a lugares en los que la trata es frecuente. Además de los requisitos esenciales de proteger a las víctimas de actos de intimidación o represalia de los delincuentes, el apartado b) del párrafo 1 del artículo 9 del Protocolo también propicia medidas para proteger a las víctimas de ser objeto de trata nuevamente y de otros riesgos de victimización.

73. Por último, el Protocolo procura prevenir la trata de personas al requerir medidas encaminadas a hacer más difícil que los traficantes utilicen los medios tradicionales de transporte e ingresen en los países, para lo cual los Estados Parte deben velar por que los controles fronterizos sean eficaces y adoptar medidas para impedir el uso indebido de los pasaportes y otros documentos de viaje o de identificación. Tales disposiciones, contenidas en los artículos 11 a 13 del Protocolo contra la trata de personas son idénticas a las disposiciones correspondientes del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, que permite a los Estados que deseen ratificar ambos Protocolos aplicar dichas medidas conjuntamente (véanse también los párrafos 80 a 90 de la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes). La aplicación de la legislación resultante puede variar en función de los medios preferidos por los que practican el tráfico ilícito o la trata de personas, pero la base de la legislación será generalmente la misma.

3. Aplicación

a) Medidas generales de prevención (artículo 9)

74. Las diversas medidas que propicia el artículo 9 del Protocolo contra la trata de personas implican fundamentalmente iniciativas sin carácter legal, por lo que en la mayoría de los países no requerirán una base legislativa,

salvo velar por que se otorguen las atribuciones y los recursos esenciales a los funcionarios apropiados. Esfuerzos como la investigación sobre el carácter y la magnitud del problema y la realización de campañas en los medios de difusión u otro tipo de campañas de información al público, así como la mitigación de duras circunstancias sociales o económicas, pueden resultar difíciles de poner en práctica en numerosos Estados pero no necesitan una legislación. En algunos ámbitos, la legislación puede utilizarse indirectamente para hacer frente al problema. Otro ámbito es la reducción de la demanda, que podría lograrse en parte gracias a medidas legislativas y de otra índole dirigidas específicamente contra los que utilizan a sabiendas o aprovechan los servicios de las víctimas de la explotación. Todas los Estados Parte deben cumplir esas obligaciones y han de adoptar medidas o reforzar las existentes, pero sólo en el sentido de que alguna disposición es necesaria en los distintos aspectos. El Protocolo no indica en detalle las disposiciones precisas que se requieren, dejando a los Estados Parte una cierta flexibilidad para aplicar las medidas cuya eficacia les parezca más probable.

b) *Medidas relacionadas con los transportistas comerciales (artículo 11)*

75. El principal requisito legislativo previsto en el artículo 11 del Protocolo contra la trata de personas es que los Estados Parte deben adoptar medidas legislativas o de otra índole para prevenir, en la medida de lo posible, la utilización de los transportistas comerciales por los traficantes (artículo 11, párrafo 2). La naturaleza precisa de tales medidas se deja a la discreción del Parlamento; por ejemplo, los transportistas transfronterizos tendrán la obligación de verificar los documentos de viaje de los pasajeros (artículo 11, párrafo 3) e incurrirán en las sanciones pertinentes si no lo hacen (artículo 11, párrafo 4). Para cumplir esos requisitos los legisladores deberán tener en cuenta los aspectos siguientes:

- a) La obligación esencial que incumbe a los transportistas es cerciorarse de que los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar en el Estado de destino, pero no les corresponde pronunciarse sobre la autenticidad y la validez de los documentos ni determinar si han sido expedidos válidamente a la personas portadoras de ellos (A/55/383/Add.1, párrafos 80 y 103);
- b) Los Estados tienen la obligación de hacer responsables a los transportistas por no haber verificado los documentos en la forma prescrita. Los Estados pueden imponer responsabilidad por haber transportado migrantes indocumentados, pero el Protocolo no lo exige;

c) También se recuerda a los Estados su discrecionalidad para no responsabilizar a los transportistas en los casos en que hayan transportado refugiados indocumentados (A/55/383/Add.1, párrafos 80 y 103). Sin embargo, no es algo obligatorio y la situación puede abordarse en el ejercicio de las facultades discrecionales de enjuiciamiento existentes y cuando proceda;

d) La obligación estipulada en el párrafo 4 del artículo 11 es la de prever sanciones, cuya naturaleza no se precisa en el Protocolo ni en las notas interpretativas. Si ha de imponerse responsabilidad penal, los legisladores deberán tener en cuenta el artículo 10 de la Convención, relativo a la obligación de establecer la responsabilidad de personas jurídicas, como las sociedades;

e) En las notas interpretativas hay varias referencias al significado de la frase “documento de viaje o de identidad”, que comprende todo documento que pueda emplearse para viajar entre Estados y todo documento habitualmente utilizado para determinar la identidad en un Estado con arreglo a la legislación de éste (A/55/383/Add.1, párrafos 78 y 83).

*c) *Medidas relativas a los documentos de viaje o de identidad (artículo 12)**

76. En virtud del artículo 12 del Protocolo contra la trata de personas deben adoptarse medidas para garantizar la calidad adecuada y la integridad y la seguridad de documentos tales como los pasaportes. Sus términos dejan en claro que quedan comprendidas medidas como los elementos técnicos para hacer que los documentos sean más difíciles de falsificar, adulterar o alterar y los elementos administrativos y de seguridad destinados a proteger el proceso de producción y de expedición frente a la corrupción, el robo u otros medios de utilización indebida de los documentos²⁶. Esto no entraña una obligación legislativa directa, salvo tal vez en la medida en que, como los formatos de documentos tales como los pasaportes están prescritos por la legislación, habría que modificarla para mejorar las características de éstos o definir legalmente las versiones perfeccionadas como documentos oficialmente válidos. Indirectamente, podría considerarse la posibilidad de tipificar delitos adicionales referentes al robo, la falsificación y otras conductas reprobables relacionadas con los documentos de viaje o de identidad si ya no se ajustan a figuras delictivas más generales.

²⁶Las notas interpretativas establecen una gama relativamente amplia de infracciones en relación con los documentos. La intención de los redactores fue abarcar no sólo la creación de documentos falsos, sino también la alteración de los auténticos y la utilización de documentos válidos y auténticos por personas sin derecho a hacerlo (A/55/383/Add.1, párr. 105).

77. Diversas clases de tecnologías innovadoras o que se están perfeccionando ofrecen un potencial considerable para la creación de nuevos tipos de documentos que identifican a los individuos de manera inconfundible, pueden ser leídos con rapidez y precisión por las máquinas y son difíciles de falsificar porque se basan en información almacenada en bases de datos a las que no tienen acceso los delincuentes y no en la información consignada en el documento mismo. Un ejemplo es el Sistema europeo de archivo de imágenes (FADO)²⁷ (False and Authentic Documents: Documentos Falsos y Auténticos). El sistema FADO hace posible una pronta verificación de los documentos y una notificación rápida y completa a las autoridades competentes encargadas del cumplimiento de la ley o de inmigración de otros Estados participantes cuando se detecta un uso indebido de un documento o un documento fraudulento. Una preocupación planteada durante la negociación del artículo 12 del Protocolo contra la trata de personas fue el costo y los problemas técnicos con que podrían tropezar los países en desarrollo interesados en poner en práctica tales sistemas. La creación de sistemas y tecnologías que reduzcan al mínimo el volumen de dispositivos complejos y de infraestructura de alta tecnología indispensables para afianzar y mantener dichos sistemas será un factor decisivo del éxito de su instalación en los países en desarrollo y, en ciertos casos, se necesitará el otorgamiento de asistencia técnica con arreglo al artículo 30 de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

4. Disposiciones conexas de la Convención contra la Delincuencia Organizada y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire

78. Los legisladores y encargados de elaborar leyes han de tener en cuenta que esas disposiciones deben interpretarse y aplicarse juntamente con el artículo 31 de la Convención, que aborda la prevención de todas las formas de delincuencia organizada. Dada la naturaleza de la migración y del tráfico ilícito de migrantes, el párrafo 5 del artículo 31 de la Convención relativo a la sensibilización de la opinión pública a los problemas ligados a la delincuencia organizada, y el párrafo 7 de dicho artículo sobre la mitigación de las circunstancias de orden social que hacen vulnerables a los grupos socialmente marginados a la delincuencia organizada, pueden ser de particular interés al aplicar el Protocolo contra la trata de personas.

²⁷Acción Común del Consejo de la Unión Europea 98/700/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se crea un Sistema europeo de archivo de imágenes (FADO) (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 333, de 9 de diciembre de 1998) (puede obtenerse en <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l33075.htm>).

79. Los legisladores y redactores encargados tanto de la aplicación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes como del Protocolo contra la trata de personas tal vez deseen asimismo tener en consideración el hecho de que existen numerosas similitudes entre el origen de los casos que provocan el tráfico ilícito de migrantes y el de los que ocasionan la trata de personas. Por consiguiente, las medidas de prevención pueden en muchos casos ser elaboradas y aplicadas conjuntamente. Por ejemplo, los programas de sensibilización para alertar a las posibles víctimas, incluidos los migrantes, sobre los riesgos del tráfico ilícito, de la trata y de las relaciones en general con grupos delictivos organizados y los esfuerzos más amplios para mitigar las circunstancias sociales y de otro tipo que ejercen una presión para emigrar pueden aplicarse efectivamente y con eficacia sobre bases comunes.

5. Recursos de información

80. Los encargados de elaborar leyes tal vez deseen consultar las fuentes de información enumeradas a continuación.

a) *Disposiciones e instrumentos conexos*

i) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

Artículo 10 (Responsabilidad de las personas jurídicas)

Artículo 30 (Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica)

Artículo 31 (Prevención)

ii) *Protocolo contra el tráfico de migrantes*

Capítulo III (Medidas de prevención, cooperación y otras medidas)

iii) *Otros instrumentos*

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000

Resolución 54/263 de la Asamblea General, anexo II

<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/opsc.htm>

Artículo 9, párrafos 1 y 2

Artículo 10, párrafos 1 y 3

b) *Otras fuentes de información*

Acción Común del Consejo de la Unión Europea 98/700/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se crea un Sistema europeo de archivo de imágenes (FADO)

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 333, de 9 de diciembre de 1998

<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l33075.htm>

Recomendación No. R (2000) 11, de 19 de mayo de 2000, relativa a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa

<http://cm.coe.int/ta/rec/2000/2000r11.htm>

Directiva 2001/51/CE del Consejo de la Unión Europea, de 28 de junio de 2001, por la que se complementan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 187, de 10 de julio de 2001

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2001/l_187/l_18720010710_en00450046.pdf

Artículo 4

Doce medidas para combatir el tráfico de seres humanos, aprobadas en la reunión del Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos Interiores (JAI) de los Estados Miembros de la Unión Europea y los Estados candidatos, Bruselas, 28 de septiembre de 2001

Punto 12

Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas de 2002

Documento E/2002/68/Add.1

Directriz 7 (Prevención de la trata de personas)

Propuesta 2002/C 142/02 de plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea (Justicia y Asuntos Interiores) en Bruselas el 28 de febrero de 2002

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 142, de 14 de junio de 2002

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2002/c_142/c_14220020614_en00230036.pdf

Párrafo 56

Declaración de Bruselas sobre la Prevención y la Lucha contra el Tráfico de Seres Humanos, adoptada por la Conferencia Europea sobre la Prevención y Lucha en contra del Tráfico de Seres Humanos: un desafío global para el siglo XXI, Bruselas, 18 a 20 de septiembre de 2002

http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/forum_crimen/2002/workshop/brussels_decl_en.htm

D. Cooperación

Protocolo contra la trata de personas

“Artículo 6

“Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas

“...

“3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, sicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de:

“a) Alojamiento adecuado;

“b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender;

“c) Asistencia médica, sicológica y material; y

“d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.

“ ...”

“Artículo 8

“Repatriación de las víctimas de la trata de personas

“1. El Estado Parte del que sea nacional una víctima de la trata de personas o en el que ésta tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor facilitará y aceptará, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de esa persona teniendo debidamente en cuenta su seguridad.

“2. Cuando un Estado Parte disponga la repatriación de una víctima de la trata de personas a un Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente

en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor, velará por que dicha repatriación se realice teniendo debidamente en cuenta la seguridad de esa persona, así como el estado de cualquier procedimiento legal relacionado con el hecho de que la persona es una víctima de la trata, y preferentemente de forma voluntaria.

“3. Cuando lo solicite un Estado Parte receptor, todo Estado Parte requerido verificará, sin demora indebida o injustificada, si la víctima de la trata de personas es uno de sus nacionales o tenía derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor.

“4. A fin de facilitar la repatriación de toda víctima de la trata de personas que carezca de la debida documentación, todo Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor convendrá en expedir, previa solicitud del Estado Parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarios para que la persona pueda viajar a su territorio y reingresar en él.

“5. El presente artículo no afectará a los derechos reconocidos a las víctimas de la trata de personas con arreglo al derecho interno del Estado Parte receptor.

“6. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier acuerdo o arreglo bilateral o multilateral que rija, total o parcialmente, la repatriación de las víctimas de la trata de personas.”

“Artículo 9
“Prevención de la trata de personas

“...

“3. Las políticas, los programas y demás medidas que se adopten de conformidad con el presente artículo incluirán, cuando proceda, la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y otros sectores de la sociedad civil.

“4. Los Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata.

“5. Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia

cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños.”

“Artículo 10

“Intercambio de información y capacitación

“1. Las autoridades de los Estados Parte encargadas de hacer cumplir la ley, así como las autoridades de inmigración u otras autoridades competentes, cooperarán entre sí, según proceda, intercambiando información, de conformidad con su derecho interno, a fin de poder determinar:

“a) Si ciertas personas que cruzan o intentan cruzar una frontera internacional con documentos de viaje pertenecientes a terceros o sin documentos de viaje son autores o víctimas de la trata de personas;

“b) Los tipos de documento de viaje que ciertas personas han utilizado o intentado utilizar para cruzar una frontera internacional con fines de trata de personas;

“c) Los medios y métodos utilizados por grupos delictivos organizados para los fines de la trata de personas, incluidos la captación o el transporte, las rutas y los vínculos entre personas y grupos involucrados en dicha trata, así como posibles medidas para detectarlos.

“2. Los Estados Parte impartirán a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como a los de inmigración y a otros funcionarios pertinentes, capacitación en la prevención de la trata de personas o reforzarán dicha capacitación, según proceda. Ésta deberá centrarse en los métodos aplicados para prevenir dicha trata, enjuiciar a los traficantes y proteger los derechos de las víctimas, incluida la protección de las víctimas frente a los traficantes. La capacitación también deberá tener en cuenta la necesidad de considerar los derechos humanos y las cuestiones relativas al niño y a la mujer, así como fomentar la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil.

“3. El Estado Parte receptor de dicha información dará cumplimiento a toda solicitud del Estado Parte que la haya facilitado en el sentido de imponer restricciones a su utilización.”

“Artículo 11

“Medidas fronterizas

“1. Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados Parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar la trata de personas.

“2. Cada Estado Parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible, la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comerciales para la comisión de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo.

“3. Cuando proceda y sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables se preverá, entre esas medidas, la obligación de los transportistas comerciales, incluidas las empresas de transporte, así como los propietarios o explotadores de cualquier medio de transporte, de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar legalmente en el Estado receptor.

“4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para prever sanciones en caso de incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 3 del presente artículo.

“5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al presente Protocolo.

“6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención, los Estados Parte considerarán la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo, en particular, entre otras medidas, estableciendo y manteniendo conductos de comunicación directos.”

“Artículo 13

“Legitimidad y validez de los documentos

“Cuando lo solicite otro Estado Parte, cada Estado Parte verificará, de conformidad con su derecho interno y dentro de un plazo razonable, la legitimidad y validez de los documentos de viaje o de identidad expedidos o presuntamente expedidos en su nombre y sospechosos de ser utilizados para la trata de personas.”

1. *Resumen de los principales requisitos*

81. Con arreglo al Protocolo contra la trata de personas, cada Estado Parte deberá:

a) Cooperar con los demás intercambiando información acerca de los medios y métodos de los traficantes, incluida la utilización por ellos de documentos de viaje (artículo 10, párrafo 1);

b) Impartir capacitación a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como a los de inmigración y a otros funcionarios pertinentes, o reforzar dicha capacitación (artículo 10, párrafo 2);

c) Dar cumplimiento a las restricciones impuestas a la utilización de la información recibida de otro Estado Parte (artículo 10, párrafo 3);

d) Facilitar y aceptar la repatriación de las víctimas que sean sus nacionales o tengan derecho de residencia permanente, teniendo debidamente en cuenta su seguridad (artículo 8, párrafo 1);

e) Verificar sin demora injustificada si una víctima de la trata es uno de sus nacionales o tenía derecho de residencia permanente, y expedir los documentos de viaje necesarios para su reingreso (artículo 8, párrafo 3).

82. Además, un Estado Parte deberá:

a) Considerar la posibilidad de aplicar medidas de apoyo en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil (artículo 6, párrafo 3);

b) Cuando proceda, considerar la posibilidad de incluir la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y otros sectores de la sociedad civil en el establecimiento de medidas de prevención con arreglo al artículo 9 (artículo 9, párrafo 3);

c) Considerar la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo, en particular, entre otras medidas, estableciendo y manteniendo conductos de comunicación directos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 (Cooperación en materia de cumplimiento de la ley) de la Convención contra la Delincuencia Organizada (artículo 11, párrafo 6, del Protocolo).

2. *Principales elementos de los artículos*

83. Diversos artículos establecen una serie de obligaciones concretas de cooperar con los demás Estados Parte tratándose de aspectos específicos y, en dos casos, obligaciones de cooperar con entidades que no son Estados Parte en el Protocolo contra la trata de personas. Al igual que respecto de otros requisitos del Protocolo, es esencial que tanto al elaborar como al aplicar la legislación destinada a ponerlo en práctica, las disposiciones del Protocolo se interpreten y se apliquen juntamente con los artículos correspondientes de la Convención. Por ejemplo, fuera de la obligación específica de ayudar a verificar los documentos de viaje o de identidad en el marco del artículo 13 del Protocolo, no existen artículos acerca de la extradición o la asistencia

judicial recíproca porque esos aspectos ya se abordan íntegramente en los artículos 16 y 18 de la Convención.

a) *Intercambio de información (artículo 10)*

84. La obligación más general de cooperar con los demás Estados Parte figura en el artículo 10 del Protocolo contra la trata de personas, en virtud del cual debe intercambiarse información sobre diversos aspectos pertinentes, que comprende la identificación de las posibles víctimas y/o de los traficantes en tránsito e información acerca de los distintos medios empleados por los delincuentes, incluido el uso indebido de documentos de viaje o de identidad. Al igual que respecto de elementos análogos de la Convención contra la Delincuencia Organizada y de los demás Protocolos, el intercambio de información plantea algunas inquietudes acerca de la confidencialidad. La obligación de compartir queda limitada por lo dispuesto al respecto en el derecho interno, y el párrafo 3 del artículo 10 obliga a los Estados que reciben información a dar cumplimiento a las restricciones impuestas a la utilización de ésta por el Estado Parte que la facilita. Por lo general, pueden estar incluidas tanto las limitaciones respecto de ciertos casos o tipos de casos en los que es posible utilizar la información como prueba, así como restricciones más generales dirigidas a impedir que ésta se revele al público o a los posibles sospechosos de comisión de delitos. Un problema que puede surgir en los Estados con obligaciones constitucionales o de otra índole de revelar la información que podría ser exculpatoria al abogado de la defensa en las causas criminales es que la confidencialidad absoluta no siempre puede garantizarse. Los negociadores de la Convención llegaron a una fórmula de compromiso para hacer frente a dicha hipótesis (véanse los párrafos 5 y 19 del artículo 18), y los funcionarios enfrentados con este problema tal vez deseen examinar dichas disposiciones y los párrafos 500 a 511 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención. (Términos similares se utilizan también en el párrafo 5 del artículo 12 del Protocolo sobre armas de fuego.)

b) *Repatriación de las víctimas (artículo 8)*

85. El artículo 8, que se ocupa de la repatriación de las víctimas de la trata de personas, impone a los Estados la obligación fundamental de facilitar y aceptar la repatriación de toda víctima que sea uno de sus nacionales o tenga derecho de residencia permanente²⁸ en el país en el momento de entrar en

²⁸Respecto del significado de las palabras “residencia permanente”, véanse las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párr. 72). Los legisladores deberían también tener presente que la obligación de aceptar la repatriación de los nacionales o residentes con arreglo al presente Protocolo tiene un alcance diferente de la obligación similar prevista en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes.

su territorio. En apoyo de la repatriación, también se estipulan otras formas específicas de cooperación. Los Estados Parte, previa solicitud, deberán ayudar a verificar la nacionalidad y la situación en materia de residencia de la persona de que se trate (artículo 8, párrafo 3), y convendrán en expedir los documentos de viaje o autorizaciones de otro tipo que sean indispensables para permitir que la víctima viaje con motivo de su repatriación (artículo 8, párrafo 4). Estas disposiciones son plenamente obligatorias, pero están sujetadas a cualesquiera otros acuerdos bilaterales o de otro tipo aplicables (artículo 8, párrafo 6) y a los derechos reconocidos a las víctimas por la legislación nacional en vigor (artículo 8, párrafo 5) y deben cumplirse por todos los interesados teniendo debidamente en cuenta la seguridad de las víctimas de que se trate (artículo 8, párrafo 2)²⁹.

c) *Medidas fronterizas y documentos de viaje*
(artículos 11 a 13)

86. Los artículos 11 a 13 del Protocolo contra la trata de personas son idénticos a las disposiciones correspondientes del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes; cuando un Estado desea pasar a ser parte en ambos Protocolos, se recomienda que proceda a su aplicación conjunta, al menos en lo concerniente a las medidas legislativas (véanse también los párrafos 91 a 112 de la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes). Sin embargo, al elaborar y aplicar dicha legislación, los encargados de elaborar leyes y los legisladores deben tener presente que existen marcadas diferencias entre el tráfico ilícito y la trata, en especial en cuanto a las personas afectadas por tales actos. Las personas que han sido objeto de trata son víctimas de un delito y por lo general mucho más vulnerables a los perjuicios, tanto a raíz de la trata y de la explotación perseguidas o ulteriores como a los actos de intimidación o de represalia de los traficantes. Esto tiene también repercusiones considerables en la aplicación del derecho interno y consecuencias especialmente importantes en los programas elaborados para la capacitación de los funcionarios.

87. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 11, en general, los Estados Parte deberán reforzar en la medida de lo posible los controles fronterizos y, además de adoptar las medidas previstas en el artículo 27 de la Convención, considerar la posibilidad de estrechar la cooperación entre los organismos de control fronterizo estableciendo, entre otras cosas, conductos

²⁹Véase también la obligación general de proteger y prestar asistencia a las víctimas prevista en el párrafo 5 del artículo 6 y en el artículo 25 de la Convención, así como en la sección B del capítulo II de la presente Guía legislativa y en el capítulo IV E de la Guía legislativa para la aplicación de Convención contra la Delincuencia Organizada.

de comunicación directos (artículo 11, párrafos 1 y 6). Con arreglo al artículo 12, deberán velar por la integridad y la seguridad de los documentos de viaje que expidan. Y en el marco del artículo 13, también deberán, a petición de otro Estado Parte, verificar dentro de un plazo razonable la legitimidad y la validez de los documentos presuntamente expedidos por ellos.

d) *Obligaciones de cooperar con entidades que no son Estados Parte en el Protocolo contra la trata de personas (párrafo 3 del artículo 6 y párrafo 3 del artículo 9)*

88. El Protocolo obliga a los Estados Parte a cooperar en ciertas circunstancias con entidades que no son Estados Parte. En el caso de la prestación de asistencia a las víctimas (artículo 6) y del establecimiento de medidas de prevención (artículo 9), se reconoce la importancia de las organizaciones no gubernamentales, de otras organizaciones pertinentes y de otros sectores de la sociedad civil, y se prescribe, cuando proceda, la cooperación con esas entidades, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 6 y en el párrafo 3 del artículo 9.

3. Aplicación de los artículos

a) *Intercambio de información (artículo 10)*

89. Al igual que tratándose de otros ámbitos de cooperación, no es probable que el mero intercambio de información requiera medidas legislativas. Sin embargo, dado el carácter de algunas informaciones que pueden intercambiarse, tal vez se necesite una modificación de los requisitos nacionales de confidencialidad para hacer posible su revelación, y pueden imponerse precauciones para velar por que, como consecuencia de ello, no se hagan públicas. Las notas interpretativas plantean también la necesidad de celebrar consultas previas en algunos casos, en especial antes de que la información confidencial se comparta espontáneamente y se facilite sin solicitud previa (A/55/383/Add.1, párrafo 37). Las modificaciones pueden contener cambios de la legislación relativa a los medios de difusión o al acceso del público a la información, de las leyes sobre secreto oficial y de la legislación análoga a fin de garantizar un equilibrio adecuado entre el secreto y la revelación. Como se hacía notar anteriormente, los requisitos del Protocolo contra la trata de personas acerca de la confidencialidad son menos estrictos que los de la Convención contra la Delincuencia Organizada y del Protocolo sobre armas de fuego, pero esos problemas y las posibles soluciones legislativas por lo general serán similares. Los países al recibir información pueden sufrir restricciones a su revelación (por ejemplo, imposibilidad de darla a conocer a menos que sea esencial como

prueba en un proceso criminal) o restricciones a su utilización (por ejemplo, prohibición de utilizarla en cualesquiera otros casos, en procedimientos que no versan sobre la trata, o restricciones a la utilización en asuntos no criminales, como las actuaciones relacionadas con la inmigración). Cuando el derecho interno que aplica el artículo 18 de la Convención tiene un alcance lo suficientemente amplio en cuanto a los tipos de información que abarca, pueden no ser necesarias modificaciones adicionales para aplicar el Protocolo contra la trata de personas. Alternativamente, es posible que baste introducir modificaciones para ampliar dicha legislación o aprobar disposiciones paralelas.

b) *Repatriación de las víctimas (artículo 8)*

90. La repatriación de las víctimas de la trata suscita complejos problemas de orden político a numerosos gobiernos, pero, en la mayoría de los países, ajustarse a los requisitos esenciales supone en primer término impartir instrucciones administrativas a los funcionarios pertinentes y velar por que dispongan de los recursos necesarios para proporcionar la asistencia indispensable. Ahora bien, en ciertos países pueden necesitarse enmiendas legislativas a fin de garantizar que los funcionarios estén obligados a actuar (o en ciertos casos a considerar la posibilidad de hacerlo) en respuesta a peticiones y que tengan la autoridad legal necesaria para expedir visados u otros documentos de viaje cuando un nacional o un residente haya de ser repatriado. Al redactar dicha legislación, los responsables deberían tener presente que cualesquiera obligaciones que sean aplicables con arreglo al derecho internacional a los derechos o al tratamiento de las víctimas de la trata, inclusive las que conciernen a las solicitantes de asilo, no se vean afectadas por el Protocolo contra la trata de personas o el hecho de que el Estado en cuestión haya pasado o vaya a pasar a ser parte en él (véanse el artículo 14, párrafo 1, del Protocolo y las notas interpretativas (A/55/383/Add. 1, párrafos 76, 77, 84 y 85)). Las repatriaciones deberán, preferente pero no necesariamente, ser voluntarias, y tener en cuenta el estado de cualquier procedimiento legal en curso en el que participe la víctima como tal (artículo 8, párrafo 2, del Protocolo)³⁰. Las notas interpretativas indican también que no se procederá a la repatriación hasta que se haya verificado debidamente la nacionalidad o el derecho de residencia pertinentes (A/55/383/Add.1, párrafo 113).

91. Cualesquiera de las principales medidas legislativas necesarias para cumplir estos requisitos implicarán cambios que aseguren que los funciona-

³⁰La principal preocupación acerca de los procedimientos legales en curso surgió de los casos citados por algunas delegaciones en los que las víctimas habían sido expulsadas de algunos países por las autoridades de inmigración antes de que pudiesen comparecer como testigos o prestar otro tipo de ayuda a la fiscalía.

rios estén dotados de los recursos y la autoridad suficientes para aplicarlos. Por ejemplo, tal vez sea preciso modificar las leyes que rigen la expedición de pasaportes y de otros documentos de viaje o de identificación para garantizar que puedan ser expedidos legalmente en los casos de repatriación y que los funcionarios responsables tengan facultades suficientes para hacerlo sobre la base de criterios apropiados. Para cumplir el requisito de que la seguridad, los procedimientos judiciales y otros factores se tengan en consideración, las leyes y prácticas administrativas pueden necesitar un ajuste a fin de garantizar que los funcionarios encargados de adoptar decisiones dispongan de la información pertinente y estén legalmente obligados a tenerla en cuenta. Un elemento importante en algunos países será velar por que existan los vínculos apropiados entre los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los responsables de la acusación, que puedan estar preparando un procedimiento criminal contra los traficantes, y las autoridades de inmigración que se ocupan de la expulsión y la repatriación de las víctimas a fin de asegurar que éstas no sean desplazadas antes de que puedan participar efectivamente en el proceso criminal. Cuando ello sea posible, los Estados deberían considerar también la posibilidad de capacitar funcionarios susceptibles de intervenir en la repatriación de las víctimas, teniendo presentes los requisitos de velar por el respeto de los derechos fundamentales (artículo 8, párrafo 5, del Protocolo); la preservación de otros derechos, en particular los relacionados con los solicitantes de asilo, conforme al párrafo 1 del artículo 14, y la obligación de los Estados Parte de asegurarse de que las disposiciones del Protocolo no se apliquen de manera discriminatoria (artículo 14, párrafo 2)³¹.

92. Los redactores y los legisladores tal vez deseen tener en cuenta que la obligación de facilitar y aceptar el regreso o la repatriación de las víctimas de la trata con arreglo al párrafo 1 del artículo 8 es paralela a la obligación de aceptar la repatriación de las personas que son migrantes objeto de tráfico o cuya residencia ilegal se ha obtenido con infracción de la legislación nacional adoptada con arreglo al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes. Hay analogías, pero también algunas diferencias importantes entre el artículo 8 del Protocolo contra la trata de personas y el artículo 18 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes (véanse los párrafos 91 a 112 de la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes), y, por consiguiente, es aconsejable actuar con cautela al considerar la posibilidad de elaborar disposiciones conjuntas o paralelas. Las principales diferencias residen en la clase o categoría de personas cuya repatriación debe facilitarse y aceptarse. En el Protocolo contra la trata de personas (artículo 8, párrafo 1), la categoría de víctimas de la trata comprende a toda persona que

³¹ Esta obligación comprende tanto las precauciones contra la discriminación basada en la condición de las víctimas en sí como los principios de no discriminación generalmente aceptados.

sea nacional o tenga derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor, en tanto que en el Protocolo contra el tráfico de migrantes (artículo 18, párrafo 2) se incluye sólo a una persona que sea nacional de ese Estado o tenga derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de la repatriación. Por consiguiente, una persona que tenía derecho de residencia al entrar en el país de destino pero que ulteriormente lo haya perdido puede ser repatriada si es también víctima de la trata pero no si es un migrante objeto de tráfico ilícito o un residente ilegal. Esta diferencia obedece a las posturas adoptadas por las delegaciones durante las negociaciones y al hecho de que la redacción de las disposiciones se llevó a cabo en oportunidades diferentes, pero no a algún objetivo especial de política del Comité Especial en su conjunto, que negoció ambos instrumentos. Los autores de las leyes deberían también tener en cuenta que si bien una obligación se extiende sólo a las víctimas de la trata, la otra se extiende a todas las personas que han sido objeto de conductas proscritas por el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, que comprende tanto a los migrantes objeto de tráfico ilícito como a las personas cuya migración (o al menos entrada y salida) puede haber sido legal pero cuya residencia ilegal ha sido posibilitada ulteriormente por un grupo delictivo organizado.

c) *Medidas fronterizas (artículo 11)*

93. El requisito de reforzar los controles fronterizos esenciales no implica forzosamente una cooperación con otros Estados, y esa cooperación o coordinación de los controles fronterizos que pueda ser necesaria por lo general no requerirá una legislación. El fortalecimiento de la cooperación entre organismos y el establecimiento de canales de comunicación directos puede necesitar una legislación que reconozca a los organismos en cuestión atribuciones para cooperar y permita un intercambio de información que de otro modo podría quedar protegido por las leyes relativas a la confidencialidad. Muchos de los problemas suscitados por la cooperación entre organismos de control fronterizo serán similares a los que plantea la cooperación entre organismos responsables de hacer cumplir la ley, y el artículo 27 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los párrafos 500 a 511 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención y la legislación nacional empleada para ponerla en práctica deben, por consiguiente, tenerse en consideración.

d) *Documentos de viaje o de identidad (artículos 12 y 13)*

94. El establecimiento de formatos específicos o la fijación o la modificación de las normas técnicas para la confección de documentos como los pasaportes

puede ser materia de ley en algunos países. En tales casos, los legisladores necesitarán por lo general consultar a técnicos especializados en esos aspectos, ya sea dentro de sus países o en otros Estados Parte para determinar las normas básicas que son viables y cómo deben formularse. El conocimiento de tecnologías como la biometría y la utilización de documentos que contengan información almacenada electrónicamente, por ejemplo, será esencial para la elaboración de las normas legales que requieren la utilización de dichas tecnologías. Por lo general, cumplir el requisito de verificar los documentos de viaje o de identidad no necesitará una legislación, ya que prácticamente todos los Estados ya lo hacen cuando se les solicita tal cosa, pero es posible que se requieran recursos o cambios administrativos que permitan completar el proceso en los plazos relativamente breves previstos por el Protocolo.

e) *Cooperación con entidades (párrafo 3 del artículo 6 y párrafo 3 del artículo 9)*

95. Los Estados Parte deberán, cuando proceda, cooperar con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil en asuntos relacionados con la prevención de la trata y la prestación de asistencia a las víctimas. De ese modo se valora el conocimiento que tienen tales organizaciones y otros organismos de esos aspectos, así como el hecho de que numerosas víctimas temen ser expulsadas o enjuiciadas en sus países de destino y son reacias a presentarse y acercarse a los funcionarios y organismos que están asociados demasiado estrechamente con el Estado. El valor y la función primordial de las organizaciones no gubernamentales en tales situaciones reside en su independencia y su capacidad de actuar en nombre de las víctimas, sirviendo a menudo de puente entre aquellas que de otro modo permanecerían aisladas y los funcionarios. Al margen del examen de la cuestión de si es preciso reglamentar el funcionamiento de esas organizaciones³², es posible que los Estados no necesiten enmiendas legislativas para cumplir esos requisitos. Pueden darse instrucciones a los funcionarios en el sentido de que presten su cooperación utilizando los medios administrativos, reforzados cuando proceda por una capacitación. En caso necesario, las modificaciones pueden adoptar la forma de medidas que garanticen a las organizaciones los recursos y la seguridad indispensables para desempeñar su cometido, encareciendo a los funcionarios que cooperen con ellas y protejan establecimientos como los refugios para las víctimas. Sin embargo, como se señaló anteriormente, es posible que la legislación

³²Respecto del debate sobre los aspectos relacionados con el empleo de una legislación para reglamentar el funcionamiento de tales organizaciones, véase el análisis realizado en el marco del “apoyo a las víctimas” *supra*.

que vincula demasiado estrechamente las organizaciones de protección de las víctimas al Estado o que compromete su autonomía real o aparente resulte contraproducente, ya que puede disuadir totalmente a las víctimas de darse a conocer.

4. Recursos de información

96. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las fuentes de información enumeradas a continuación.

a) Disposiciones e instrumentos conexos

i) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)

Artículo 27 (Cooperación en materia de cumplimiento de la ley)

ii) Protocolo contra la trata de personas

Artículo 14 (Cláusula de salvaguardia)

iii) Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes

Artículo 11 (Medidas fronterizas)

Artículo 12 (Seguridad y control de documentos)

Artículo 13 (Legitimidad y validez de los documentos)

Artículo 18 (Repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito)

iv) Protocolo sobre armas de fuego

Artículo 12 (Información)

v) Otros instrumentos

Convenio sobre la Ciberdelincuencia (2001)

Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 185

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>

Artículo 28

b) Otras fuentes de información

Diretrices para la regulación de los archivos de datos personales informatizados

Resolución 45/95 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990
Recomendación No. R (2000) 11 relativa a la trata de seres humanos con
fines de explotación sexual, adoptada por el Comité de Ministros
del Consejo de Europa el 19 de mayo de 2000
<http://cm.coe.int/ta/rec/2000/2000r11.htm>

Doce medidas para combatir el tráfico de seres humanos, aprobadas en
la reunión del Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos Interiores
(JAI) de los Estados Miembros de la Unión Europea y los Estados
candidatos. Bruselas, 28 de septiembre de 2001.

Punto 5

Decisión 2002/187/ JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L. 63, de 6 de marzo de 2002

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32002D0187&model=guichett

Párrafo 1 del artículo 3

Propuesta 2002/C 142/02 de plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea JAI (Justicia y Asuntos Interiores)

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 142, de 14 de junio de 2002

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2002/c_142/c_14220020614_en00230036.pdf

II, sección E

Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas de 2002

Documento E/2002/68/Add.1

[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/caf3deb2b05d4f35c1256bf30051a003/\\$FILE/N0240168.pdf](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/caf3deb2b05d4f35c1256bf30051a003/$FILE/N0240168.pdf)

Directriz 11

Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 190, de 18 de julio de 2002

[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!
CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=32002F0584](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=32002F0584)

Artículo 2

Declaración de Bruselas sobre la Prevención y la Lucha contra el Tráfico de Seres Humanos, adoptada por la Conferencia Europea sobre la Prevención y Lucha en contra del Tráfico de Seres Humanos: un desafío global para el siglo XXI, Bruselas, 18 a 20 de septiembre de 2002

[http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/forum_crimen/2002/
workshop/brussels_decl_en.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/forum_crimen/2002/workshop/brussels_decl_en.htm)

Consejo de la Unión Europea, Informe de situación sobre el seguimiento del Plan de gestión de las fronteras exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea y del Plan global de lucha contra la inmigración ilegal, Bruselas, 10 de octubre de 2002

[http://www.ecre.org/eu_developments/controls/followup_borders_
plan.pdf](http://www.ecre.org/eu_developments/controls/followup_borders_plan.pdf)

Punto 2.1

Anexo. Requisitos de notificación con arreglo al Protocolo contra la trata de personas

A continuación figura una lista de las notificaciones que los Estados Parte deberán efectuar al Secretario General de las Naciones Unidas:

Artículo 15. Solución de controversias

“4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.”

Artículo 16. Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión

“3. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

“4. El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en el presente Protocolo. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.”

Artículo 18. Enmienda

“1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del presente Protocolo, los Estados Parte en el Protocolo podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. Los Estados Parte en el presente Protocolo reunidos en la Conferencia de las Partes harán todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte en el presente Protocolo presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.

“4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.”

Artículo 19. Denuncia

“1. Los Estados Parte podrán denunciar el presente Protocolo mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.”

Tercera Parte

**GUÍA LEGISLATIVA PARA LA APLICACIÓN
DEL PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO
DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE,
QUE COMPLEMENTA LA CONVENCIÓN DE LAS
NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA TRANSNACIONAL**

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Antecedentes y disposiciones generales	1-24	327
A. Introducción.....	1-12	327
B. Ámbito de aplicación y disposiciones técnicas del Protocolo y su relación con la Convención	13-24	331
II. Obligaciones concretas previstas en el Protocolo ..	25-112	341
A. Definición y penalización del tráfico ilícito de migrantes	25-62	341
B. Otorgamiento de asistencia y protección a las víctimas del tráfico ilícito de migrantes.....	63-79	365
C. Prevención	80-90	376
D. Requisitos en materia de cooperación y asistencia	91-112	385
<i>Anexo.</i> Requisitos en materia de notificación previstos en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes	403	

I. Antecedentes y disposiciones generales

A. Introducción

1. *Estructura de la Guía legislativa*

1. La presente Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo III) es muy similar a la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo II), que figura en la segunda parte del presente documento. Ambas aluden a disposiciones sustantivas compuestas de elementos paralelos o coincidentes y probablemente se refieran a muchas de las mismas esferas normativas, legislativas y administrativas en los gobiernos de los Estados que tengan el propósito de pasar a ser parte en uno de los Protocolos o en ambos. Por consiguiente, el comienzo del primer capítulo de cada una de las dos guías trata de cuestiones que suelen ser comunes a ambos Protocolos, como serían las disposiciones técnicas. Aun cuando a veces algunas partes del capítulo II también sean comunes, el correspondiente a la presente Guía trata de cuestiones propias del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes y el correspondiente a la otra Guía trata de cuestiones inherentes al Protocolo contra la trata de personas. Para permitir que los gobiernos aprovechen al máximo los elementos paralelos o coincidentes, al final de cada sección se remite a ciertas disposiciones e instrumentos conexos.
2. Para facilitar la consulta del texto y la remisión a él, el capítulo II de la presente Guía consta de secciones dedicadas al examen de la penalización, la protección, la prevención y la cooperación.
3. Esos temas generales no corresponden necesariamente a disposiciones particulares de los Protocolos, muchas de las cuales abarcan múltiples aspectos, incluidos, por ejemplo, elementos de prevención, protección y cooperación. Dentro de lo posible se remite a las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (resolución 55/255 de la Asamblea General, anexo I) y sus Protocolos.

4. A fin de facilitar aún más la utilización de la Guía legislativa se sigue, cuando es factible, el mismo formato en cada sección. Al comienzo de cada una se citan las disposiciones pertinentes del Protocolo y, cuando procede, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, con objeto de agilizar y facilitar la consulta del texto de cada uno de los instrumentos. Cada sección consta asimismo de algunos o de todos los elementos generales siguientes:

- a)* Introducción;
- b)* Resumen de los principales requisitos;
- c)* Principales elementos de los artículos;
- d)* Aplicación de los artículos;
- e)* Disposiciones conexas;
- f)* Elementos facultativos;
- g)* Recursos de información.

5. La sección titulada “Resumen de los principales requisitos” contiene una lista recapitulativa de los elementos esenciales del artículo o de los artículos objeto de examen.

6. El proceso para cumplir las disposiciones del Protocolo variará de un Estado a otro. En los Estados con un sistema jurídico monista podría consistir en ratificar el Protocolo y publicarlo oficialmente como forma de incorporar sus disposiciones en el derecho interno; en los Estados con un sistema jurídico dualista habría que promulgar la legislación de aplicación.

7. Al examinar las prioridades y obligaciones dimanantes del Protocolo, los encargados de elaborar leyes nacionales deberán tener en cuenta las directrices que figuran en la presente Guía.

8. Al establecer sus prioridades, los legisladores deberán tener presente que las disposiciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos no tienen todos el mismo grado de obligatoriedad. En líneas generales, las disposiciones pueden agruparse en tres categorías:

- a)* Medidas que son obligatorias (ya sea absolutamente o cuando se hayan cumplido determinadas condiciones);
- b)* Medidas que los Estados Parte deben considerar o procurar aplicar;
- c)* Medidas que son facultativas.

9. Siempre que se emplee la expresión “los Estados deberán” se hace referencia a una disposición obligatoria. De lo contrario, la expresión que se utiliza en la Guía legislativa es “deberán considerar la posibilidad de”, lo que significa que se pide encarecidamente a los Estados que estudien con

detenimiento la posibilidad de adoptar una medida específica y que hagan un esfuerzo real para determinar si tal medida sería compatible con su propio ordenamiento jurídico. Para las disposiciones que son totalmente facultativas se emplea la expresión “tal vez deseen considerar la posibilidad de”. En algunas ocasiones los Estados “deberán” elegir una u otra opción (como en el caso de los delitos a que se refiere el artículo 5 de la Convención contra la Delincuencia Organizada). En esos casos, los Estados son libres de elegir una u otra opción, o ambas.

10. La naturaleza exacta de cada disposición se analizará en el momento de abordarla. Como se señaló anteriormente, en vista de que la finalidad de la Guía legislativa es promover los esfuerzos en pro de la ratificación y la aplicación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes y prestar asistencia a los Estados a tal fin, la atención se centrará principalmente en las disposiciones con algún grado de obligatoriedad y en los elementos de esas disposiciones que sean esenciales a efectos de la ratificación y la aplicación del Protocolo. Los elementos que puedan ser legislativos o administrativos o que puedan pertenecer a otras categorías se señalarán como tales en términos generales pero aparecerán en la Guía basados en el fondo de la obligación y no en la naturaleza de las medidas necesarias para su aplicación, que pueden variar, hasta cierto punto, de un Estado a otro y de un ordenamiento jurídico a otro. (No obstante, cabe advertir que el Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional puntualizó que consideraba que la obligación de tipificar ciertos delitos era de naturaleza fundamentalmente legislativa (A/55/383/Add.1, párrafo 69).)

2. *Otro material de consulta de utilidad para ratificar el Protocolo o adherirse a él*¹

11. Los legisladores y demás funcionarios que se ocupen de la ratificación o aplicación del Protocolo deberían remitirse también a los documentos siguientes²:

¹Los Estados que hayan firmado la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos dentro del plazo establecido en cada caso podrán pasar a ser parte mediante el depósito de un instrumento de ratificación. Los que no los hayan firmado en el período prescrito podrán pasar a ser parte en cualquier momento si depositan el instrumento de adhesión correspondiente tras la entrada en vigor del instrumento de que se trate. La Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría puede informar acerca de los requisitos exactos que hay que cumplir al respecto. Si bien por razones prácticas en la presente Guía se alude principalmente a la “ratificación”, debe tenerse presente la posibilidad de pasar a ser parte en un instrumento por adhesión.

²En el sitio en la web de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (<http://www.unodc.org/>) pueden consultarse los textos de los documentos en todos los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, así como otro tipo de información sobre los antecedentes legislativos y la situación actual de los instrumentos.

- a) El texto de la Convención contra la Delincuencia Organizada (resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo I);
- b) El texto de los Protocolos (resoluciones de la Asamblea General 55/25, anexos II y III, y 55/255, anexo);
- c) Las notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (A/55/383/Add.1);
- d) Las guías legislativas para la aplicación de la Convención y de los otros dos Protocolos (partes primera, segunda y cuarta, respectivamente, del presente documento).

12. Además del llamamiento a la ratificación que se hace en la presente Guía, otras entidades internacionales también han instado a los Estados a que ratifiquen la Convención y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, incluidas:

- a) La Conferencia de los Ministros de Justicia y del Interior del Grupo de los Ocho, celebrada en Milán (Italia) los días 26 y 27 de febrero de 2001 (véase http://www.mofa.go.jp/policy/i_crime/high_tec/conf0102.html);
- b) La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, en el párrafo 2 de su decisión 1, adoptada en la Octava Reunión del Consejo de Ministros, celebrada los días 27 y 28 de noviembre de 2000, y en su decisión 6, adoptada en la Novena Reunión del Consejo de Ministros, celebrada los días 3 y 4 de diciembre de 2001 (véase <http://www.osce.org/docs/english/chronos.htm>);
- c) La Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, en su Declaración sobre la lucha contra la trata de personas, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad, en el vigésimo quinto período ordinario de sesiones de la Autoridad, celebrado en Dakar los días 20 y 21 de diciembre de 2001;
- d) La Organización Internacional para las Migraciones, en su Declaración de Bruselas sobre la prevención y la lucha contra la trata de personas, emitida al término de la Conferencia sobre la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos —un reto mundial para el siglo XXI, organizada por la Unión Europea y celebrada en Bruselas del 18 al 20 de septiembre de 2002 (véase: <http://www.belgium.iom.int/STOPConference/ConferencePapers/brudeclaration.pdf> (punto 16));
- e) La Conferencia de Ministros sobre prevención de la migración ilegal en la región de la Unión Europea ampliada, que se celebró en Rodas (Grecia).

cia) los días 25 y 26 de junio de 2003, en el marco del Proceso de Budapest (<http://www.icmpd.org/default.asp?alltext=Budapest&pubdatef=&pubdatet=&nav=results>).

B. Ámbito de aplicación y disposiciones técnicas del Protocolo y su relación con la Convención

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes

“Artículo 1

“Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

“1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención.

“2. Las disposiciones de la Convención se aplicarán *mutatis mutandis* al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.

“3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.”

Convención contra la Delincuencia Organizada

“Artículo 37

“Relación con los protocolos

“1. La presente Convención podrá complementarse con uno o más protocolos.

“2. Para pasar a ser parte en un protocolo, los Estados o las organizaciones regionales de integración económica también deberán ser parte en la presente Convención.

“3. Los Estados Parte en la presente Convención no quedarán vinculados por un protocolo a menos que pasen a ser parte en el protocolo de conformidad con sus disposiciones.

“4. Los protocolos de la presente Convención se interpretarán juntamente con ésta, teniendo en cuenta la finalidad de esos protocolos.”

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes

“Artículo 2

“Finalidad

“El propósito del presente Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.”

“Artículo 4

“Ámbito de aplicación

“A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos.”

“Artículo 19

“Cláusula de salvaguardia

“1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los demás derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951³ y su Protocolo de 1967⁴, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos.

“2. Las medidas previstas en el presente Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo. La interpretación y aplicación de esas medidas estarán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos.”

“Artículo 22

“Entrada en vigor

“1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo

³Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545.

⁴Ibid., vol. 606, No. 8791.

instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, a condición de que no entre en vigor antes de la entrada en vigor de la Convención. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.

“2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si ésta es posterior.”

1. *Principales elementos de los artículos*

a) *Aplicación de la Convención al Protocolo* (artículo 1 del Protocolo y artículo 37 de la Convención)

13. El artículo 37 de la Convención y el artículo 1 de cada uno de sus Protocolos establecen juntamente la relación básica entre la Convención y sus Protocolos. Los cuatro instrumentos se redactaron como un grupo de forma tal que la Convención contuviera disposiciones generales contra la delincuencia organizada transnacional (por ejemplo, extradición y asistencia judicial recíproca) y que cada Protocolo contuviera elementos específicos según el tema (por ejemplo, delitos tipificados con arreglo al Protocolo y disposiciones relativas a documentos de viaje e identidad). Habida cuenta de que los Protocolos no se han concebido como tratados independientes, todo Estado interesado en pasar a ser parte en cualquiera de ellos deberá ser parte en la Convención. Así se garantiza que, en todo caso que se presente conforme a lo dispuesto en algún Protocolo en el que sean parte los Estados afectados, se podrá recurrir también a todas las disposiciones generales de la Convención, y éstas serán aplicables. Muchas de las disposiciones específicas se redactaron según ese principio: la Convención contiene, por ejemplo, los requisitos generales para la asistencia judicial recíproca y otras modalidades de cooperación internacional, en tanto que los requisitos de asistencia específica, como la verificación de documentos de viaje o la localización de un arma de fuego, aparecen únicamente en los Protocolos apropiados. Otras normas adicionales establecidas en los artículos pertinentes tratan de la interpretación de disposiciones similares o paralelas en cada uno de los instrumentos y de la aplicación de las disposiciones de carácter general de la Convención a los

delitos tipificados con arreglo al Protocolo y a las demás disposiciones que contiene. La Convención y sus Protocolos son tratados internacionales.

14. El artículo 1 del Protocolo y el artículo 37 de la Convención establecen los siguientes principios generales que rigen la relación entre los dos instrumentos:

a) Los Estados no podrán pasar a ser parte en ninguno de los Protocolos a menos que sean también parte en la Convención (artículo 37, párrafo 2 de la Convención). Aunque se permite la ratificación o la adhesión simultáneas, no es posible que un Estado esté sujeto a ninguna obligación establecida con arreglo al Protocolo si no está sujeto también a las obligaciones establecidas en la Convención;

b) La Convención y el Protocolo se interpretarán juntamente (artículo 37, párrafo 4 de la Convención y artículo 1, párrafo 1 del Protocolo). Al interpretar los diversos instrumentos, deberán tenerse en cuenta todos los instrumentos pertinentes y se atribuirá por lo general el mismo significado a las disposiciones de tenor similar o paralelo. Al interpretar un Protocolo, deberá tenerse también en cuenta la finalidad de ese Protocolo, que puede modificar el significado que se aplique a la Convención en algunos casos (artículo 37, párrafo 4 de la Convención);

c) Las disposiciones de la Convención se aplicarán mutatis mutandis al Protocolo (artículo 1, párrafo 2 del Protocolo). En las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párrafo 62) se aclara que la expresión “*mutatis mutandis*” se interpretará en el sentido de “con las modificaciones que sean del caso” o “con las modificaciones necesarias”. Ello significa que, al aplicar las disposiciones de la Convención al Protocolo, se podrán introducir modificaciones secundarias, ya sea de interpretación o de aplicación, a fin de tener en cuenta las circunstancias que se presenten con arreglo al Protocolo; no se podrá, sin embargo, introducir modificaciones a no ser que sean necesarias, y cuando lo sean se introducirán únicamente en la medida necesaria. Esta regla general no se aplica en los casos en que los legisladores la excluyan de manera expresa;

d) Los delitos tipificados con arreglo al Protocolo se considerarán también delitos tipificados con arreglo a la Convención (artículo 1, párrafo 3 del Protocolo). Este principio, análogo al requisito de *mutatis mutandis*, constituye un nexo de importancia fundamental entre el Protocolo y la Convención. Garantiza que todo delito tipificado por un Estado con miras a penalizar el tráfico ilícito de migrantes, como lo exige el artículo 6 del Protocolo, quede automáticamente incluido en el ámbito de las disposiciones básicas de la Convención que rigen las modalidades de cooperación internacional como la extradición (artículo 16) y la asistencia judicial recíproca

(artículo 18)⁵. El principio establece también un nexo entre el Protocolo y la Convención al determinar que otras disposiciones obligatorias de la Convención sean aplicables a los delitos tipificados con arreglo al Protocolo. En particular, como se verá en los párrafos 25 a 62 de la presente Guía, dedicados al examen de la penalización, las obligaciones previstas en la Convención en materia de blanqueo de dinero (artículo 6), responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 10), proceso, fallo y sanciones (artículo 11), decomiso e incautación (artículos 12 a 14), jurisdicción (artículo 15), extradición (artículo 16), asistencia judicial recíproca (artículo 18), técnicas especiales de investigación (artículo 20), penalización de la obstrucción de la justicia (artículo 23), protección de los testigos y las víctimas (artículos 24 y 25), intensificación de la cooperación (artículo 26), cooperación en materia de cumplimiento de la ley (artículo 27), capacitación y asistencia técnica (artículos 29 y 30) y aplicación de la Convención (artículo 34) se aplican igualmente a los delitos tipificados con arreglo al Protocolo. Establecer un nexo similar constituye, por consiguiente, un elemento importante de la legislación interna para la aplicación del Protocolo.

e) *Los requisitos del Protocolo constituyen una norma mínima.* Las medidas que se adopten en el derecho interno podrán tener un ámbito de aplicación mayor o podrán ser más severas de lo que el Protocolo exige, siempre que se haya cumplido con todas las obligaciones estipuladas en el Protocolo (artículo 34, párrafo 3 de la Convención).

b) *Interpretación del Protocolo (artículos 1 y 19 del Protocolo y artículo 37 de la Convención)*

15. La interpretación de los tratados es materia que compete a los Estados Parte. Las normas generales para la interpretación y aplicación de los tratados se abordan en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁶ y no se examinarán en detalle en la presente Guía. No obstante, estas normas generales pueden enmendarse o complementarse con normas establecidas en otros tratados, y tanto en la Convención como en el Protocolo figuran una serie de referencias interpretativas específicas. (Véase, por ejemplo, el párrafo 14 del artículo 16 de la Convención, que establece que el principio de no discriminación limita la interpretación y la aplicación de la obligación fundamental de extraditar.) Las disposiciones para la solución de

⁵En la mayor parte de los casos, los autores emplearon la expresión “delitos comprendidos en la presente Convención” para establecer ese nexo. (Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 18 en que se establece el ámbito de la obligación de extraditar.)

⁶Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232 (se puede consultar también la versión electrónica en el sitio: <http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>).

controversias que aparecen en los cuatro instrumentos también exigen negociaciones, seguidas de arbitraje, como medio de resolver toda controversia en materia de interpretación o aplicación (véanse el artículo 35 de la Convención y el artículo 20 del Protocolo). Se formularán referencias específicas respecto del tema al que se apliquen, pero también hay disposiciones interpretativas generales que se aplican al Protocolo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Convención y en el artículo 1 del Protocolo, hay que tener en cuenta elementos de la Convención al interpretar el Protocolo. Como esas disposiciones definen la relación entre los dos instrumentos, se examinarán en la sección siguiente. La segunda disposición interpretativa general figura en el párrafo 2 del artículo 19 del Protocolo, según el cual las medidas previstas en el Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del Protocolo.

2. *Finalidad del Protocolo (artículo 2 del Protocolo)*

16. En el artículo 2 se establecen tres propósitos básicos del Protocolo, a saber, prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, proteger los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico y promover la cooperación entre los Estados Parte.

3. *Ámbito de aplicación (artículo 4 del Protocolo)*

17. En el artículo 4 se dispone que el Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados en él, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos. El ámbito de aplicación del Protocolo es más amplio que el de la Convención, que se establece en su artículo 3, con objeto de que abarque los derechos de los migrantes. Seguidamente, en el artículo 4 se introducen dos factores limitativos del ámbito de aplicación del Protocolo, basados en las disposiciones paralelas de los artículos 2 y 3 de la Convención: el Protocolo se aplicará únicamente cuando los delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, conceptos que se definen en la Convención (véase el examen del tema más adelante, así como el apartado *a*) del artículo 2 y el párrafo 2 del artículo 3 de la Convención). Al igual que en el caso de la Convención madre, los autores del Protocolo no pretendieron incluir casos desprovistos de un elemento de transnacionalidad o de participación de un grupo delictivo organizado, pero las disposiciones pertinentes de la Convención y de los Protocolos deben estudiarse detenidamente, dado que en ellas se establecen normas amplias e inclusivas con respecto a ambos requisitos.

18. Al abordarse el elemento de transnacionalidad, debe tenerse en cuenta igualmente el carácter del tráfico ilícito de migrantes. Como se señala en otras secciones de la presente Guía (véanse los párrafos 25 a 62 *infra*), el principio general de transnacionalidad supone que toda participación extranjera bastaría para dar lugar a la aplicación de la Convención y de los Protocolos pertinentes, aun cuando el escenario del delito o de los delitos cometidos haya sido estrictamente interno. Ahora bien, tratándose del tráfico ilícito de migrantes, si no hay circulación transfronteriza, las figuras jurídicas de migrante y de tráfico ilícito dejarían de existir. No obstante, cabe subrayar que esa consideración no se aplica a los demás delitos tipificados con arreglo a otras disposiciones del Protocolo: la falsificación o utilización indebida de documentos de viaje o de identidad y la facilitación de la residencia ilegal de una persona darían lugar a la aplicación del instrumento cuando se hayan cumplido las condiciones básicas enunciadas en los artículos 2 y 3 de la Convención y 4 del Protocolo.

19. Otro aspecto que merece análisis es la referencia a “grupo delictivo organizado” en el artículo 4 del Protocolo y a “un beneficio económico u otro beneficio de orden material” del párrafo 1 del artículo 6. Los autores del texto procuraron que el Protocolo no obligara a los Estados a penalizar a grupos que facilitan la circulación clandestina de migrantes por motivos humanitarios o altruistas, como suele ocurrir con los solicitantes de asilo, ni a adoptar algún otro tipo de medidas contra esos grupos. La referencia del artículo 4 a un “grupo delictivo organizado” supone que debe mediar un motivo de lucro o un nexo con el lucro, habida cuenta de que se utiliza la expresión “un beneficio económico u otro beneficio de orden material” al definir el término en el apartado *a*) del artículo 2 de la Convención, y esa idea se potencia aún más cuando se utiliza nuevamente la misma expresión al enunciarse el requisito de penalización en el artículo 6.

20. Es importante que los legisladores de cada Estado tomen nota de que las disposiciones relativas al carácter transnacional de los delitos o a la participación de un grupo delictivo organizado no siempre se aplican. Si bien en general el lector debe consultar la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, donde encontrará información detallada sobre los casos en que se aplican esos criterios y los casos en que ello no ocurre (véanse los párrafos 16 a 31 y 36 a 76), es importante hacer hincapié en que, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 34 de la Convención establece expresamente que los legisladores no deberán incorporar los elementos de carácter transnacional o de grupo delictivo organizado al tipificar delitos en el derecho interno⁷.

⁷La única excepción a este principio es cuando el enunciado de las disposiciones sobre penalización incorpora expresamente uno de esos elementos, como sucede en el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención, que trata de la participación en un grupo delictivo organizado. Estos requisitos se examinan con más detalles en la Guía legislativa para la aplicación de la Convención.

Tomadas en conjunto, estas disposiciones sientan el principio de que, si bien los Estados Parte tendrían que incorporar en alguna medida el carácter transnacional y la participación de un grupo delictivo organizado en lo que atañe a la mayoría de los aspectos del Protocolo, sus fiscales no deberían verse en la obligación de demostrar ni un elemento ni el otro para obtener una condena por tráfico ilícito de migrantes o por cualquier otro delito establecido en la Convención o en sus Protocolos. En el caso del tráfico ilícito de migrantes la comisión de los delitos tipificados en el derecho interno dará lugar a enjuiciamiento incluso cuando el delito no revista carácter transnacional o cuando no haya participación de un grupo delictivo organizado, o cuando ello no se pueda probar. Cabe citar también como ejemplo los párrafos iniciales de los artículos sobre extradición y asistencia judicial recíproca (artículos 16 y 18, respectivamente) de la Convención, que establecen determinadas circunstancias en que se puede considerar cumplido uno de esos requisitos, o ambos. Por lo que respecta a la definición de “grupo delictivo organizado”, se debería tomar nota de que, de acuerdo con la nota interpretativa relativa al apartado *a*) del artículo 2 de la Convención (A/55/383/Add.1, párrafo 3),

“En los *travaux préparatoires* se indicará que 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 redes.”

4. *Aplicación de los artículos*

21. En general, la mayor parte de los artículos comprendidos en esta sección rigen la interpretación y la aplicación de otras disposiciones. Por consiguiente, pueden proporcionar asistencia y orientación a gobiernos y legisladores sin que exijan, de por sí, medidas de aplicación concretas.

22. No obstante, los requisitos de que la Convención se aplique *mutatis mutandis* al Protocolo y que los delitos tipificados con arreglo al Protocolo se consideren delitos tipificados con arreglo a la Convención puede plantear la necesidad de promulgar legislación. En el capítulo siguiente se reseñan en detalle las medidas requeridas como consecuencia de la aplicación *mutatis mutandis* de las disposiciones de la Convención y de los requisitos de que los delitos tipificados con arreglo al Protocolo se consideren “delitos tipificados con arreglo a la Convención”.

5. Recursos de información

23. Véase una lista de instrumentos de derecho humanitario, sobre derechos humanos y otros instrumentos de aplicación general en el párrafo 28 de la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra la trata de personas.

24. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar los instrumentos siguientes:

Convenio relativo a los trabajadores migrantes (revisado), 1949

Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 120, No. 1616

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C097>

Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, 1975

Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1120, No. 17426

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C143>

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990

Resolución 45/158 de la Asamblea General, anexo

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/m_mwctoc.htm

Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, 1994

Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.95.XIII.18), capítulo I, resolución 1, anexo

<http://www.iisd.ca/linkages/Cairo/program/p10000.html>

Capítulo 10

II. Obligaciones concretas previstas en el Protocolo

A. Definición y penalización del tráfico ilícito de migrantes

“Artículo 3

“Definiciones

“Para los fines del presente Protocolo:

“a) Por ‘tráfico ilícito de migrantes’ se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;

“b) Por ‘entrada ilegal’ se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor;

“c) Por ‘documento de identidad o de viaje falso’ se entenderá cualquier documento de viaje o de identidad:

“i) Elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado; o

“ii) Expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o

“iii) Utilizado por una persona que no sea su titular legítimo;

“d) Por ‘buque’ se entenderá cualquier tipo de embarcación, con inclusión de las embarcaciones sin desplazamiento y los hidroaviones, que se utilice o pueda utilizarse como medio de transporte sobre el agua, excluidos los buques de guerra, los buques auxiliares de la armada u otros buques que sean propiedad de un Estado o explotados por éste y que en ese momento se empleen únicamente en servicios oficiales no comerciales.”

“Artículo 5

“Responsabilidad penal de los migrantes

“Los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.”

“Artículo 6

“Penalización

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

“a) El tráfico ilícito de migrantes;

“b) Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:

“i) La creación de un documento de viaje o de identidad falso;

“ii) La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento;

“c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.

“2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

“a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;

“b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) o al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del presente artículo; y

“c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

“3. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstan-

cia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado *a*), al inciso *i*) del apartado *b*) y al apartado *c*) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados *b*) y *c*) del párrafo 2 del presente artículo toda circunstancia que:

“*a*) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o

“*b*) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.

“4. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno.”

1. *Resumen de los principales requisitos*

25. Se exige a cada Estado Parte que tipifique como delito, cuando se cometa intencionalmente con el fin de obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

a) Toda conducta que constituya tráfico ilícito de migrantes (la facilitación, con el fin de obtener un beneficio de orden material, de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional ni residente permanente) (apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 6);

b) La creación, la facilitación, el suministro o la posesión de un documento de viaje o de identidad falso, cuando tengan por objeto posibilitar el tráfico ilícito de migrantes (apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 6);

c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en un país sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en él, recurriendo a medios ilegales (apartado *c*) del párrafo 1 del artículo 6);

d) La organización o dirección de cualesquiera de los delitos señalados *supra* (apartado *c*) del párrafo 2 del artículo 6);

e) La tentativa de comisión de cualesquiera de los delitos señalados *supra* con sujeción a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado Parte (apartado *a*) del párrafo 2 del artículo 6);

f) La participación como cómplice en cualesquiera de los delitos señalados *supra*, con sujeción a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado Parte (apartado *b*) del párrafo 2 del artículo 6).

26. Además, se exige a los Estados Parte que:

- a) Consideren como circunstancia agravante de cualesquiera de los delitos señalados *supra* toda conducta que ponga en peligro o pueda poner en peligro a los migrantes afectados o que dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes (párrafo 3 del artículo 6);
- b) Apliquen numerosas disposiciones de la Convención a esta conducta, como se indica en la sección 3 *infra* (párrafos 2 y 3 del artículo 1).

2. Principales elementos de los artículos

- a) *Definición de “tráfico ilícito de migrantes” y distinciones entre migración ilegal, tráfico ilícito de migrantes y trata de personas*⁸

27. El Protocolo contra la trata de personas puede considerarse como parte de una serie de instrumentos que se refieren a la trata y las actividades conexas, en particular la esclavitud. En ellos se reflejan las circunstancias fundamentales de que tanto la trata como las reacciones jurídicas ante ella han ido evolucionando por largo tiempo. Por otra parte, el problema del tráfico ilícito de migrantes se asemeja al de la trata de personas, pero en el sentido jurídico es pertinente abordar esta cuestión en un protocolo aparte. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes es más novedoso y especial, y refleja inquietudes relativamente nuevas que se han planteado respecto del tráfico ilícito de migrantes como actividad delictiva diferente de las actividades lícitas o ilícitas de los propios migrantes. El recurso a la legislación penal y de otra índole para ejercer control sobre la inmigración no es nuevo y en muchos Estados se han tipificado delitos relativos a la entrada o la residencia ilegal en ellos. Sin embargo, la explotación de la migración con fines delictivos y la generación de ganancias ilícitas mediante la facilitación de la entrada o la residencia ilegal, y las reacciones ante ello que se indican en este Protocolo, representan un elemento relativamente nuevo.

28. Hay dos factores básicos que son indispensables para comprender y aplicar el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes. El primero es la intención de sus autores de que las sanciones establecidas con arreglo al Protocolo se apliquen al tráfico ilícito de migrantes por grupos delictivos organizados y no a la mera migración o a los migrantes, incluso en los casos en que ello entraña una entrada o residencia que sean ilegales conforme a las leyes del Estado interesado (véanse el artículo 5 y el párrafo 4 del artículo 6 del

⁸Véase también el capítulo II, sección A, “Definición y penalización de la trata de personas”, de la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo sobre la trata de personas, en particular los párrafos 31 a 34, en que figura un examen de la definición del término “trata de personas”.

Protocolo). La mera entrada ilegal puede constituir delito en algunos países, pero no se reconoce como una forma de delincuencia organizada y por lo tanto se sustrae al ámbito de la Convención y sus Protocolos. La facilitación de la entrada o la residencia ilegal de los migrantes por un grupo delictivo organizado (término que comprende un aspecto de beneficios económicos u otros beneficios de orden material), en cambio, se ha reconocido como una forma grave de delincuencia organizada transnacional, y por ello es uno de los aspectos principales en que se centra el Protocolo.

29. El segundo factor básico es la relación entre las conductas definidas como trata de personas y tráfico ilícito de migrantes en los Protocolos respectivos. Éstas se definieron por separado y se abordaron en instrumentos independientes principalmente por las diferencias entre las personas objeto de trata, que son víctimas de este delito y, en muchos casos también de otros, los migrantes sometidos a tráfico ilícito. Aunque se consideró necesario abordar como cuestiones diferentes el tráfico ilícito y la trata, en verdad las conductas que configuran ambos delitos se asemejan considerablemente. En muchos casos, los migrantes objeto de tráfico ilícito y las víctimas de trata son trasladados de un lugar a otro por grupos delictivos organizados con el objeto de obtener provecho ilícito.

30. Las diferencias principales residen en el hecho de que, en el caso de la trata, los delincuentes reúnen a las víctimas u obtienen control sobre ellas por medios coercitivos, engañosos o abusivos y perciben ganancias sometiéndolas a alguna forma de explotación después de haberlas trasladado, por lo común mediante la prostitución o algún tipo de trabajo forzado. En cambio, en el caso del tráfico ilícito, los migrantes concurren voluntariamente y en cierta medida pueden actuar como cómplices de su tráfico ilícito. Aunque el propósito de explotación es un elemento necesario en el Protocolo contra la trata de personas, no es el caso en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes; más bien, el objetivo de explotarlos puede considerarse uno de los agravantes en este último instrumento. Además, el provecho ilícito se obtiene del tráfico propiamente dicho. Otra diferencia es que, como delito comprendido en la Convención contra la Delincuencia Organizada, la trata se debe penalizar tanto si se realiza cruzando fronteras nacionales como si tiene lugar exclusivamente en el territorio de un país. El tráfico ilícito, en cambio, contiene como elemento necesario su carácter transnacional, que supone la entrada ilegal en un país desde otro⁹.

⁹Además, cabe señalar que, mientras que el Protocolo contra la trata de personas exige únicamente que se penalice la trata propiamente dicha, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes exige que se penalicen tanto la facilitación de la entrada ilegal en un país (es decir, el tráfico ilícito) como la facilitación de la residencia legal por medios ilícitos, incluso si la entrada efectiva que la haya precedido fuese legal. Además, en el Protocolo se tipifican otros delitos en relación con los documentos. (Véanse los requisitos sobre penalización de los párrafos 31 a 50, el apartado *a*) del artículo 3 y el artículo 6 del Protocolo.)

b) Requisitos absolutamente obligatorios*i) Delito de tráfico ilícito de migrantes (artículo 3, apartado a), y artículo 6, párrafo 1)*

31. En el apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 6 se exige a los Estados Parte que tipifiquen como delito el tráfico ilícito de migrantes, que se define en el apartado *a*) del artículo 3. A su vez, en la definición de “tráfico ilícito” se incluye la facilitación de la “entrada ilegal”, que se define en el apartado *b*) del artículo 3.

32. Como se señaló *supra*, la intención de los autores era exigir que las instancias legislativas tipificaran delitos que pudieran imputarse a quienes se dedicaran al tráfico ilícito de otras personas con el fin de obtener beneficios, pero no a quienes únicamente procurasen su propia entrada ilegal o la de otros por motivos distintos del de obtener beneficios, como las personas que procurasen la entrada ilegal de sus familiares mediante tráfico ilícito o las organizaciones caritativas que prestaran asistencia para el desplazamiento de refugiados o solicitantes de asilo (A/55/383/Add.1, párrafo 92).

33. Incorporando estos elementos y exclusiones, la conducta que se exige penalizar es la facilitación de la entrada de una persona en un país del que no sea nacional ni residente permanente y sin haber cumplido, alguno o ninguno de los requisitos aplicables a la entrada de personas que no sean nacionales ni residentes permanentes. En el artículo 18 (“Repatriación de los migrantes objeto de tráfico”) se utiliza la expresión residencia “permanente”, y su significado se aclara en ese contexto definiéndola como “un período de residencia prolongado pero no necesariamente indefinido” (A/55/383/Add.1, párrafo 112). En general, esto se refiere a los casos en que no se han cumplido los requisitos legales para la entrada como la obtención de visados u otras autorizaciones, o en que se han obtenido o utilizado visados o documentos análogos de una manera ilegal que los hace inválidos. (Entre los ejemplos característicos figuran la alteración o falsificación de documentos, la obtención de documentos auténticos mediante información falsa y la utilización de documentos auténticos y válidos por personas que no son sus titulares.)

34. El objetivo de los autores fue que los casos en que se utilizaran de manera impropia documentos válidos pero en que la entrada fuera técnicamente lícita se abordaran invocando el delito de habilitación de la residencia ilegal (apartado *c*) del párrafo 1 del artículo 6 del Protocolo). La delimitación exacta entre los conceptos de ambos delitos puede variar de un país a otro, según las leyes que rijan la validez de los documentos. (La situación que se presenta con mayor frecuencia es aquella en que los responsables del tráfico ilícito obtienen un permiso de visita que es válido en el momento de la entrada y

el migrante permanece ilegalmente tras su expiración (delito de residencia ilegal). Por otra parte, en la mayoría de los países, los casos en que un visado válido se utilizara por una persona distinta de aquella para la cual se hubiera expedido se considerarían como delitos de entrada ilegal.) Al tipificar estos dos delitos, la manera exacta en que se formulen o el aspecto en el cual se diferencien uno de otro no serían decisivos a efectos de conformidad con el Protocolo. Lo indispensable, tanto a efectos de conformidad como de aplicación efectiva, es que los redactores de la normativa aseguren que no se creen lagunas y que no se deje sin penalizar ninguna conducta comprendida en el Protocolo.

35. Como se señaló *supra*, la norma general de la Convención y los Protocolos en el caso de los delitos es que éstos deben haberse cometido intencionalmente. Al aplicarse al delito de tráfico ilícito, ello entraña en la práctica dos requisitos: debe haber existido la intención fundamental de facilitar la entrada ilegal y también la de obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

ii) *Delito de habilitación de la residencia ilegal*
(artículo 6, párrafo 1, apartado c))

36. El segundo delito principal que se exige penalizar en el Protocolo es el de habilitar a una persona para permanecer en un Estado en el que no tenga derecho a permanecer en virtud de su situación jurídica (nacional o residente permanente) o por haber cumplido otros requisitos, como el de haber recibido un visado o permiso de algún tipo por los medios mencionados en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 6, o por cualquier otro medio ilegal. Como se señaló *supra*, el objetivo de tipificar este delito era incluir los casos en que el plan de tráfico ilícito propiamente dicho consistiera en facilitar la entrada de los migrantes por medios lícitos, como la expedición de permisos o visados de visitante, pero recurriendo luego a medios ilícitos para lograr que se quedaran por razones distintas de las invocadas para la entrada, o por un período más prolongado que el prescrito en sus permisos o autorizaciones de entrada.

37. La conducta que se requiere penalizar consiste simplemente en cualquier acto que equivalga a posibilitar la residencia ilegal, en el caso en que el residente o los residentes en cuestión no se hallen en la situación jurídica o no dispongan de las autorizaciones necesarias. Este requisito comprende concretamente los delitos de manipulación de documentos enunciados en el apartado b), pero también podría incluir otras conductas, que determinará cada Estado Parte en su legislación interna.

38. El aspecto de la intención es el mismo que en el caso del delito anterior: debe haber existido la intención de cometer cualquier acto que se considere

que haya permitido la residencia ilegal, así como la intención o el propósito ulteriores de obtener algún beneficio económico u otro beneficio de orden material.

iii) Delitos relacionados con los documentos de viaje o de identidad (artículo 6, párrafo 1, apartado b))

39. Para fundamentar la noción de los dos delitos básicos de tráfico ilícito y de permitir la residencia ilegal, en el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 6 del Protocolo se tipifican también una serie de delitos relacionados con los documentos de viaje o de identidad. En el apartado *c*) del artículo 3 se define el término “documento de identidad o de viaje falso”, que se aclara más en las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párrafo 89).

40. La conducta que se exige penalizar es la creación y facilitación de la obtención, el suministro o la posesión de un documento de viaje o de identidad falso. (La separación de los requisitos previstos en el párrafo 1 del artículo 6 en los incisos *i*) y *ii*) del apartado *b*) se decidió para facilitar la redacción del párrafo 2, en que se distingue entre obligaciones absolutamente obligatorias y condicionales de penalizar la tentativa de comisión de un delito, la participación en él en calidad de cómplice y la organización o dirección de otras personas para la comisión de los delitos. Ello no incide en la obligación básica de penalizar la conducta principal de que se trata.) Los encargados de elaborar leyes nacionales podrían tipificar un delito distinto respecto de cada una de estas conductas o conjugarlas en una sola disposición, dejando la tarea de especificar los presuntos actos concretos a quienes formulen la acusación o redacten el acta de inculpación.

41. Como en el caso anterior, se aplica el mismo elemento básico del carácter intencional: debe haber existido la intención de crear, facilitar la obtención, suministrar o poseer el documento, con la intención o el propósito suplementario de obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Sin embargo, en el caso de los delitos relativos a documentos, también debe existir la intención o la finalidad de facilitar el tráfico ilícito de migrantes. Ello constituye una salvaguardia suplementaria contra la penalización de las personas que procuran su propio tráfico ilícito (A/55/383/Add.1, párrafo 93), pero si se interpreta literalmente también excluye a quienes cometen delitos relativos a los documentos con el fin de facilitar la residencia ilegal en contraposición a la facilitación de la entrada ilegal. No obstante, cabe señalar que en la legislación para la aplicación del Protocolo pueden aplicarse los delitos relativos a documentos a ambos delitos principales, si así se desea y de conformidad con el párrafo 3 del artículo 34 de la Convención. Aparte de ampliar la aplicación de la legislación a otras conductas relacionadas con el

tráfico ilícito de migrantes, este enfoque tendría la ventaja de reducir los litigios respecto de si en determinados casos se trataba de entrada o residencia ilícita, porque la responsabilidad penal sería la misma en ambos casos.

42. Así pues, la definición del término “documento de viaje o de identidad falso” agrega varios elementos concretos que se deben tomar en cuenta al tipificar el delito o los delitos:

- a) El documento puede haberse “elaborado o expedido de forma espuria” o ser un documento auténtico que se haya “alterado materialmente”;
- b) Por “elaborado o expedido de forma espuria” se debe entender tanto los otros documentos falsificados o inventados como los que se basan en formularios auténticos pero contienen información no exacta que ha estampado en ellos una persona no autorizada para hacerlo y no facultada para expedir el documento en cuestión;
- c) Que un documento se haya elaborado o expedido “de forma espuria” o “se haya expedido ... indebidamente” dependerá en algunos casos de la forma en que se aborden en la legislación nacional las situaciones en que un funcionario actúa de manera ilícita o sin autorización. Si un funcionario consular expide un documento de viaje sin tener facultades para hacerlo, en los ordenamientos en que ello se considerara expedición no realizada se daría por entendido que el documento fue preparado por una persona no autorizada para ello, lo que correspondería al ámbito del inciso i). En los ordenamientos en que se considerara que la expedición básica se había producido se entendería que el mismo documento fue “expedido indebidamente” con arreglo al inciso ii). Lo importante es que los encargados de elaborar leyes nacionales tengan en cuenta el enfoque adoptado por el derecho interno y aseguren que todas las situaciones posibles se reflejen en documentos que se consideren “falsos”, y que no existan lagunas;
- d) Los documentos que se hayan alterado deben haberse modificado de un modo que resulte determinante para los demás delitos tipificados con arreglo al Protocolo, por ejemplo, mediante la alteración de la identidad o la fotografía del titular o de las fechas de validez. Si el documento es “alterado”, deberá haberlo hecho una persona que no estuviera autorizada para ello;
- e) Los documentos “falsos” comprenden también los documentos auténticos pero que se han expedido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción. En este caso asimismo el enfoque de los autores de la normativa dependerá en alguna medida de la forma en que el derecho interno aborde los casos en los que un funcionario actúe de manera ilícita o sin facultades para hacerlo;
- f) Por último, los documentos “falsos” comprenden los papeles que son válidos oficialmente y se han expedido de manera concreta pero que son

utilizados por una persona distinta de su titular, se haya alterado o no el documento en cuestión (por ejemplo, sustituyendo una fotografía por otra);

g) En las notas interpretativas se aclara que el término “documento de viaje” comprende todo documento necesario para entrar en un Estado o salir de él en cumplimiento de las leyes de dicho Estado (A/55/383/Add.1, párrafo 89). En un caso determinado, ello podría incluir la legislación de cualquier Estado interesado. Por ejemplo, un pasaporte expedido por un Estado podría contener un visado expedido por otro, y cualquiera de ellos o ambos podrían requerirse tanto para abandonar un Estado como para entrar en otro, lo que haría aplicable la legislación de ambos. El “documento de identidad” es el que se utiliza para identificar a las personas con arreglo a las leyes del Estado que lo expidió o que presuntamente lo expidió. Cabe señalar que en el artículo 13 del Protocolo, que es paralelo al mismo artículo del Protocolo contra la trata de personas, se exige a los Estados Parte que verifiquen dentro de un plazo razonable la legitimidad y validez de los documentos expedidos o presuntamente expedidos en su nombre. Tal vez los autores de la normativa deseen estudiar la posibilidad de utilizar un lenguaje análogo en las disposiciones para tipificar delitos relativos a los documentos en el marco del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes.

iv) *Tentativa de cometer delitos, participación como cómplice en su comisión, organización o dirección de otras personas (artículo 6, párrafo 2)*

43. Además, en el párrafo 2 del artículo 6 se requiere que se haga extensiva la responsabilidad penal a las personas que intenten cometer un delito tipificado con arreglo al Protocolo u organizar o dirigir a otras personas para perpetrarlo, o que sean cómplices en dichos delitos. Algunos de estos requisitos son análogos a algunos elementos de los requisitos de penalización previstos en los artículos 5, 6 y 8 de la Convención y de los otros dos Protocolos, por lo cual los autores de la normativa tal vez deseen considerar la posibilidad de promulgar leyes que contengan requisitos paralelos a fin de asegurar la coherencia, cuando proceda.

44. No en todos los ordenamientos jurídicos se incorpora el concepto de tentativa de comisión de un delito, por lo que la obligación de penalizar los intentos de perpetrar cualquier delito tipificado con arreglo al Protocolo está supeditada a la fórmula condicional “con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico”. De manera análoga, no en todos los ordenamientos se podría prever la tipificación como delito de la participación en calidad de cómplice en un delito que equivaliera a la facilitación, el suministro o la posesión de un documento falso, por lo cual este requisito se veía sujeto a la

misma limitación. Por consiguiente, estas cuestiones se examinarán en los párrafos 51 a 53 *infra*.

v) *Circunstancias agravantes (artículo 6, párrafo 3)*

45. Sin agregar otros delitos, los Estados Parte deberán también incorporar en la definición de algunos de los delitos tipificados con arreglo al Protocolo circunstancias concretas que garanticen que se les consideren más graves en los casos en que ocurran. Esta obligación es absoluta en el caso de todos los delitos, salvo los de participar en calidad de cómplice y de organizar o dirigir a otras personas para cometerlos, que quedan sujetos a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del Estado Parte que aplique el instrumento (véanse los párrafos 51 a 53 *infra*).

46. En términos generales, se exige a los legisladores que conviertan los delitos de tráfico ilícito que entrañen situaciones peligrosas o un trato degradante en circunstancias agravantes. Dependiendo del ordenamiento jurídico de que se trate, ello podrá adoptar la forma de delitos paralelos en toda la regla, como tráfico ilícito con agravantes, o la de disposiciones por las que se exija a los tribunales que estudien la posibilidad de imponer condenas más largas o más rigurosas cuando existan estas circunstancias agravantes y el acusado haya sido condenado por uno o más de los delitos básicos tipificados con arreglo al Protocolo. La obligación fundamental es asegurar que, cuando concurran las circunstancias agravantes, los delincuentes se expongan por lo menos al riesgo de penas más severas.

47. En la mayoría de los ordenamientos, imponer a los delincuentes una sanción más rigurosa en los casos en que hayan existido las circunstancias señaladas exigirá que estas últimas se demuestren de manera concreta con sujeción a una norma probatoria de carácter penal. Según sea el ordenamiento jurídico interno, los autores de la normativa tal vez deseen considerar la posibilidad de formular disposiciones concretas sobre lo que se debe demostrar, conforme a qué norma y en cuál etapa de las actuaciones, así como la de establecer toda inferencia o presunción jurídica o en materia de prueba que resulten pertinentes.

48. La situación más habitual que se pretende resolver con este requisito es la existencia de formas de tráfico ilícito, como la utilización de contenedores de buques, que son intrínsecamente peligrosas para la vida de los migrantes, pero la legislación debe tener amplitud suficiente para abarcar otras circunstancias, como los casos en que los documentos falsos crean condiciones peligrosas o dan lugar a un trato inhumano o degradante.

49. El “trato inhumano o degradante” podrá comprender el que se inflaja con el fin de someter a sus víctimas a determinada forma de explotación.

Cabe señalar que si no hay consentimiento o si lo hay pero viciado o inválido conforme a lo dispuesto en los apartados *b*) o *c*) del artículo 3 del Protocolo contra la trata de personas, la incidencia de la explotación en lo que de otro modo sería un caso de tráfico ilícito hará por lo general aplicable la figura de delito de trata de personas si el Estado Parte interesado ha ratificado y aplicado el Protocolo respectivo. En las notas interpretativas se indica que la referencia presente a la explotación se hace sin perjuicio del ámbito de aplicación de dicho Protocolo (A/55/383/Add.1, párrafo 96).

vi) Situación jurídica de los migrantes (artículo 5 y párrafo 4 del artículo 6)

50. Como se señaló *supra*, la política fundamental que se establece en el Protocolo es la de que el tráfico ilícito de migrantes y no la migración en sí misma es lo que constituye el objeto de la penalización y de otros requisitos. En el Protocolo propiamente dicho se adopta una postura neutral respecto de si quienes migran ilegalmente deben o no ser acusados de algún delito: en el artículo 5 se asegura que ninguna disposición del Protocolo propiamente dicho pueda interpretarse como la exigencia de penalizar a los meros migrantes ni la de tipificar como delito conductas en que éstos puedan incurrir, en contraposición a los miembros de grupos delictivos organizados o las personas vinculadas a ellos. Al mismo tiempo, en el párrafo 4 del artículo 6 se asegura que ninguna disposición del Protocolo limita los derechos en vigor de cada Estado Parte de adoptar medidas contra las personas cuyo comportamiento constituya delito con arreglo a su derecho interno.

c) Requisitos condicionales

i) Tentativas (artículo 6, párrafo 2, apartado a))

51. Como se señaló *supra*, no en todos los ordenamientos jurídicos se prevé la penalización de los casos en que se haya realizado una tentativa infructuosa de cometer el delito en cuestión. De los Estados que penalizan estas tentativas, en la mayoría se exige que se demuestre la existencia de conductas muy concretas para que se pueda imponer una condena. En algunos casos se debe demostrar la comisión de una o más acciones concretas, mientras que en otros el ministerio público debe demostrar que el acusado ha hecho todo lo posible por perpetrar el delito, que fracasó por otras razones. El hecho de que el delito haya resultado luego imposible de cometer (por ejemplo, si la persona objeto de tráfico ilícito había fallecido, no existía o era funcionaria de un organismo de aplicación de la ley) no se considera en general argumento en favor de la defensa en los casos en que haya habido tentativas. A fin

de ayudar a aclarar la diversidad de criterios, en las notas interpretativas se indica que estas tentativas serán entendidas “en algunos países en el sentido de que abarcan no sólo los actos perpetrados en preparación de un delito sino también los que den lugar a una tentativa frustrada de delito, siempre que esos actos sean también culpables o punibles con arreglo al derecho interno” (A/55/383/Add.1, párrafo 95; véanse también el párrafo 70, relativo al Protocolo contra la trata de personas, y el párrafo 6, relativo a la misma cuestión en el caso del Protocolo sobre armas de fuego). La opción de enjuiciar a quienes intenten cometer el delito puede constituir una medida efectiva, en particular con respecto a delitos como la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, cuya comisión requiere períodos relativamente prolongados y suele verse interrumpida por la intervención de funcionarios de los órganos de aplicación de la ley u otras autoridades antes de consumarse. En los casos en que no sea posible penalizar las tentativas, los autores de la normativa y los legisladores tal vez deseen estudiar otros medios de reforzar las disposiciones relativas a los delitos, como penalizar elementos determinados de éstos que pudieran ser objeto de enjuiciamiento incluso en el caso de que el delito tipificado con arreglo al Protocolo no se hubiera consumado. Un ejemplo de esto podrían ser delitos como el transporte o la ocultación de migrantes con la finalidad de someterlos a tráfico ilícito, que podrían someterse a enjuiciamiento penal incluso en el caso de que el tráfico ilícito no se llevara a término o se malograra.

ii) *Participación como cómplice en la facilitación, el suministro o la posesión de un documento falso (artículo 6, párrafo 1, apartado b), inciso ii), y párrafo 2, apartado b))*

52. La participación como cómplice en algunos de los delitos relativos a documentos también quedó sujeta a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de cada Estado Parte, debido principalmente a la inquietud existente en algunos de estos ordenamientos respecto de la promulgación de leyes excesivamente amplias, y de si es posible acusar a una persona de complicidad en delitos como la posesión de un documento. Además, existían preocupaciones respecto de la viabilidad, habida cuenta de algunos de los significados definidos de “documento falso”, y respecto de si, por ejemplo, una persona podría ser cómplice de la posesión de un documento que se convirtiera en “documento falso” únicamente al ser utilizado en la práctica por una persona en cuyo nombre no se hubiera expedido (véase el inciso iii) del apartado *c*) del artículo 3). No se plantean las mismas preocupaciones respecto de la elaboración efectiva de estos documentos, y no se han formulado reservas respecto de la obligación de penalizar el hecho de actuar como cómplice de este delito.

iii) La intención de organizar y dirigir a otras personas y la de participar en calidad de cómplice como circunstancia agravante de los delitos principales (artículo 6, párrafo 3, y apartados b) y c) del párrafo 2)

53. El objetivo de incluir en el Protocolo el párrafo 3 del artículo 6 fue aumentar los medios de disuasión cuando los delitos tipificados de conformidad con este instrumento se cometan de un modo que entrañe degradación o peligro para los migrantes afectados. En general, existía la preocupación de que si bien los autores principales del delito estarían en condiciones de ejercer control respecto de la existencia o no de circunstancias peligrosas o degradantes, en muchos casos no estarían en condición de hacerlo los cómplices ni otras personas que no tuvieran participación directa en los delitos. Esto, a su vez, daba pie a inquietudes de orden constitucional y de otra índole respecto de la posibilidad de formular acusaciones por delitos con agravantes o imponer sanciones por el hecho de que existieran circunstancias ajenas al control de los acusados del delito fundamental, por lo que la obligación se presentó como condicional a fin de que los Estados que se hallaran en esta situación evitaran dichos problemas.

d) *Finalidad de los artículos*

54. Los fundamentos concretos de la mayoría de las disposiciones anteriores se han enunciado en su explicación. En general, la finalidad del Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes como una forma de la delincuencia organizada transnacional, y al mismo tiempo no penalizar la mera migración incluso si fuese ilegal conforme a otros aspectos del derecho interno. Ello se refleja tanto en el artículo 5 como en el párrafo 4 del artículo 6, como se señaló *supra*, y en el hecho de que los delitos que de otro modo pudieran imputarse a los meros migrantes, y en particular los relacionados con los documentos que se tipifican en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 6, se han formulado de manera de reducir o eliminar la posibilidad de esta imputación. De este modo, por ejemplo, el migrante al que se sorprendiera en posesión de un documento falso no tendría en general que responder por delitos previstos en la legislación interna que se hubiesen tipificado conforme al apartado b) del párrafo 1, mientras que el responsable de tráfico ilícito que tuviera en su poder el mismo documento con la finalidad de posibilitar el tráfico ilícito de otras personas quedaría expuesto a la acusación de haber cometido ese mismo delito.

55. En términos más generales, los requisitos en materia de penalización son fundamentales tanto en el Protocolo como en la Convención, y sirven no sólo para establecer mecanismos de disuasión y castigo del tráfico ilícito de

migrantes sino también como base para las numerosas formas de prevención, cooperación internacional, asistencia técnica y otras medidas previstas en los instrumentos. La finalidad del Protocolo se enuncia (en parte) expresamente como la de prevenir y combatir un delito, el tráfico ilícito de migrantes, y la aplicación de este instrumento se orienta expresamente a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al Protocolo (véanse los artículos 3 y 4). Al mismo tiempo, como en el caso del Protocolo contra la trata de personas, se debe tener presente que el “producto” que es objeto de tráfico ilícito o de trata son seres humanos, lo que plantea cuestiones de derechos humanos y de otra índole que no se presentan en lo relativo a otros productos. En el caso de los requisitos de penalización del Protocolo contra el tráfico ilícito de las repercusiones principales de esta circunstancia pueden observarse en una redacción por la que se garantiza que los delitos no se apliquen a las personas que se dedican al tráfico ilícito de migrantes o de solicitantes de asilo por razones distintas de la voluntad de obtener “un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

e) *Aplicación de los artículos*

56. El cumplimiento de los requisitos en materia de penalización exigirá medidas legislativas, salvo en los casos en que ya existan las disposiciones necesarias, aspecto que se subrayó en las notas interpretativas, donde se señala que cualesquiera otras medidas adoptadas para cumplir los requisitos presuponen la existencia de una ley (A/55/383/Add.1, párrafo 91; se establecieron requisitos paralelos con respecto a la Convención y los otros dos Protocolos). Como se señaló *supra*, el texto del Protocolo está destinada a los Estados Parte en el supuesto de que elaborarán y promulgarán la legislación necesaria para asegurar que, en su conjunto, las leyes nacionales se ajusten a los requisitos de este instrumento. La intención no es que el texto utilizado se promulgue como ley o se apruebe literalmente, y por lo general no resultará suficientemente detallado ni concreto para apoyar investigaciones y enjuiciamientos que resulten a la vez eficaces y compatibles con los derechos humanos fundamentales y las salvaguardias procesales. Una terminología idéntica podrá interpretarse y aplicarse de manera diferente según los distintos ordenamientos y prácticas jurídicos. Por lo tanto, los encargados de elaborar la normativa y los legisladores deberán tener presente que lo importante es el significado del Protocolo y no su redacción literal.

57. Al tipificar los delitos que se deben incluir, los autores de la normativa deben asegurar que se penalicen todos los tipos de conducta comprendidos en las disposiciones pertinentes. Ello puede hacerse tipificando delitos únicos o múltiples, aunque si se prefiere lo último se debe asegurar que no haya lagu-

nas ni discrepancias cuyo efecto sea pasar por alto algunas conductas. Como se señaló con anterioridad, los autores de la normativa y los legisladores deberían también, en general, tomar en cuenta la tipificación y formulación de todos los delitos destinados a dar aplicación a la Convención y el Protocolo contra la trata de personas y, así como las de otros delitos pertinentes, en particular los que guarden relación con la delincuencia organizada. En los casos en que haya delitos tipificados con anterioridad que se superpongan a los que corresponden a conductas abarcadas por el Protocolo, los legisladores deberían estudiar si la tipificación de estos delitos es correcta y, en caso negativo, la posibilidad de introducir enmiendas para ampliarla, derogarla y sustituirla por la de delitos enteramente nuevos, o bien tipificar delitos suplementarios que comprendan toda conducta abarcada en el Protocolo que todavía no se haya penalizado. En general, el recurso a la tipificación de delitos suplementarios será la opción más compleja, pero tiene la ventaja de que no se modificará la tipificación anterior de los delitos ni, en los casos pertinentes, la jurisprudencia al respecto. La posibilidad de tipificar delitos enteramente nuevos tiene la ventaja de que permite reformar y agilizar la legislación, pero también puede aumentar la incertidumbre respecto de la forma de interpretar y aplicar la tipificación de estos nuevos delitos.

58. Por último, como se señaló *supra*, en el Protocolo se establece únicamente un requisito mínimo con respecto a la diversidad de conductas que se deben penalizar y al rigor con el que se han de sancionar, dejando al arbitrio de los Estados Parte la forma de proceder de forma más severa en ambos aspectos. La incorporación de delitos suplementarios o de delitos cuyo alcance sea mayor que el de los que se requiere tipificar podrá aumentar la eficacia de la prevención, la investigación y el enjuiciamiento en los casos de tráfico ilícito de migrantes o para abordar cuestiones más generales relativas a la delincuencia organizada. Tal es el caso no sólo en las situaciones en que los ordenamientos jurídicos internos no pueden hacer frente a cuestiones como las tentativas (véase *supra*), sino también en otros aspectos. En muchos casos, tal vez no sería posible demostrar la existencia de todos los elementos constitutivos de delitos como el tráfico ilícito, pero incluso en este caso sería posible perseguir otros delitos tipificados más estrechamente, que podrían utilizarse como base para investigaciones internas. Sin embargo, se debe tener presente que los delitos que superen los requisitos del Protocolo no serían delitos comprendidos en la Convención que, como tales, cumplieran los diversos requisitos previstos en ésta y en el Protocolo para ser objeto de cooperación internacional. Los Estados podrán cooperar voluntariamente en estos casos, pero no estarán obligados a hacerlo en virtud de los instrumentos propiamente dichos.

59. El Protocolo no dice nada sobre la sanción o la gama de sanciones que deberían aplicarse a los diversos delitos, dejando intacto el requisito básico

enunciado en el párrafo 1 del artículo 11 de la Convención, en el sentido de que las sanciones deberán tener en cuenta la gravedad de los delitos. En el caso de las personas jurídicas, se aplica también el principio enunciado en el párrafo 4 del artículo 10 de la Convención, en el sentido de que las sanciones deben ser eficaces, proporcionadas y disuasivas. Aparte de esto, los legisladores deberían en general tener en cuenta las sanciones aplicadas conforme al derecho interno a otros delitos que se consideren de gravedad equivalente, y la magnitud del problema concreto del tráfico ilícito de migrantes, así como el problema más generalizado (y a menudo más grave) de la delincuencia organizada transnacional. En los casos en que los legisladores deseen imponer penas mínimas obligatorias, también se deberá estudiar la posible existencia de eximentes o la mitigación de la pena en los casos en que los delincuentes hayan prestado cooperación o ayuda a las autoridades competentes, como una forma posible de aplicar el artículo 26 de la Convención. Además de las sanciones básicas consistentes en multas y penas de reclusión, los encargados de elaborar la normativa deben tener presente que en los artículos 12 a 14 de la Convención se exige también que existan medidas para localizar, incautar y decomisar bienes o activos que constituyan el producto de los delitos tipificados de conformidad con el Protocolo, los activos o los bienes equivalentes u otros bienes utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de estos delitos. (Véanse los párrafos 1 a 4 del artículo 13 de la Convención, en que figuran todos los bienes abarcados; además del producto básico del delito, los bienes utilizados o destinados a ser utilizados en el tráfico ilícito de migrantes podrían comprender billetes de avión, vehículos automotores, aeronaves o buques.) A modo de ejemplo, la Unión Europea ha exigido a sus Estados miembros que prevean penas máximas de ocho años de privación de libertad (seis años en algunas circunstancias) para los casos en que el tráfico ilícito se haya realizado con el fin de obtener beneficios financieros, entrañara la participación de una organización delictiva o pusiera en peligro la vida de una o varias personas, así como el decomiso de instrumentos como medios de transporte. (Véase la directiva 2002/90/CE del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 328, de 5 de diciembre de 2002), en particular su artículo 3, relativo a las sanciones.)

3. *Aplicación de las disposiciones obligatorias de la Convención al Protocolo*

60. Con respecto a los delitos cuya tipificación se exige en los Protocolos, es importante tener presente que cada Protocolo debe examinarse conjunta-

mente con la Convención madre. Como se señala en la sección anterior, las disposiciones de la Convención se aplican *mutatis mutandis* al Protocolo, por lo que los Estados Parte en este instrumento deben considerar los delitos tipificados de acuerdo con él como delitos tipificados con arreglo a la Convención. La aplicación de estas disposiciones entraña la obligación de los Estados Parte de, entre otras cosas, adoptar las medidas siguientes con respecto a los delitos tipificados conforme al Protocolo, cuya aplicación se examina en más detalle en la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada (primera parte del presente documento):

- a) Blanqueo de dinero.* Los Estados Parte deben penalizar el blanqueo del producto de una gran diversidad de delitos de trata, de conformidad con el artículo 6 de la Convención (véanse también los párrafos 77 a 162 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención);
- b) Responsabilidad de las personas jurídicas.* La responsabilidad por la comisión de los delitos deberá establecerse tanto en el caso de las personas naturales o biológicas como en el de las personas jurídicas como las empresas, de conformidad con el artículo 10 de la Convención (véanse también los párrafos 240 a 260 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención);
- c) Los delitos deben estar tipificados como delitos penales (con excepciones relativas a las personas jurídicas).* En todas las disposiciones de la Convención y el Protocolo relativas a los delitos se señala que estos actos deben corresponder al ámbito del derecho penal. Este principio se aplica a menos que el acusado sea una persona jurídica, en cuyo caso el acto en cuestión podrá corresponder al ámbito del derecho penal, el derecho civil o el derecho administrativo (artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención) (véanse también los párrafos 48 a 209 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención);
- d) Sanciones.* Las sanciones que se impongan conforme al derecho interno deben reflejar la gravedad del delito y ser proporcionales a ella (artículo 11, párrafo 1 de la Convención) (véanse también los párrafos 261 a 286 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención);
- e) Comparecencia del acusado.* Los Estados Parte deberán adoptar medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, a fin de que al fijarse las condiciones en que se conceda la libertad no se pierda de vista la necesidad de asegurar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior (artículo 11, párrafo 3 de la Convención) (véanse también los párrafos 261 a 286 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención);

f) Libertad condicional o libertad anticipada. Al considerarse la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de delitos tipificados de conformidad con el Protocolo se tendrá en cuenta la gravedad de tales delitos (artículo 11, párrafo 4 de la Convención) (véanse también los párrafos 261 a 286 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención);

g) Plazo de prescripción. Se deberá establecer, cuando proceda, un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualquiera de los delitos comprendidos en la Convención, en particular cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia (artículo 11, párrafo 5 de la Convención) (véanse también los párrafos 261 a 286 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención);

h) Decomiso de activos. En la medida de lo posible, se deberá prever la localización, el embargo preventivo y el decomiso del producto de estos delitos y los instrumentos utilizados para cometerlos, tanto en los casos que correspondan a la jurisdicción interna como para prestar asistencia a otros Estados Parte (artículos 12 a 14 de la Convención) (véanse también los párrafos 287 a 340 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención);

i) Jurisdicción. La Convención exige que los Estados Parte establezcan jurisdicción para investigar, enjuiciar y sancionar todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención y a cualquiera de los Protocolos en los que sea parte el Estado en cuestión. Se debe establecer jurisdicción para conocer de todos los delitos cometidos en la jurisdicción territorial del Estado de que se trate, incluidos los buques y aeronaves. Si la legislación interna de un Estado prohíbe la extradición de sus nacionales, se deberá establecer también jurisdicción para conocer de los delitos cometidos por dichos nacionales en cualquier lugar del mundo, a fin de que el Estado en cuestión pueda cumplir con su obligación prevista en la Convención de enjuiciar a los delincuentes que no puedan ser extraditados en respuesta a una solicitud en razón de su nacionalidad. Además, la Convención alienta a establecer la jurisdicción en otras circunstancias, por ejemplo, en todos los casos en que los nacionales de un Estado son ya sea víctimas o delincuentes, pero no lo exige (artículo 15, párrafos 1 (jurisdicción obligatoria) y 2 (jurisdicción facultativa), y artículo 16, párrafo 10 (obligación de enjuiciar cuando se deniegue la extradición en razón de la nacionalidad del delincuente)) (véase también el análisis de las cuestiones relativas a la jurisdicción que figura en los párrafos 210 a 239 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención);

j) Extradición. En cumplimiento de las obligaciones previstas en la Convención, los Estados Parte deberán considerar los delitos tipificados de conformidad con el Protocolo como casos de extradición conforme a los tra-

tados en que sean parte y a sus leyes, y someter tales delitos a las autoridades competentes para que enjuicien a sus autores conforme al derecho interno cuando se haya denegado la extradición por motivos de nacionalidad (artículo 16 de la Convención) (véanse también los párrafos 394 a 449 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

k) Asistencia judicial recíproca. Se prestará asistencia judicial recíproca a otros Estados Parte respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con esos delitos; se aplican numerosas disposiciones específicas del artículo 18 de la Convención (véanse también los párrafos 450 a 499 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

l) Técnicas especiales de investigación. Si lo permiten los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno del Estado Parte interesado, se utilizarán técnicas especiales de investigación para combatir estos delitos y, cuando se considere apropiado, otras técnicas como la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas (artículo 20 de la Convención) (véanse también los párrafos 384 a 393 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

m) Obstrucción de la justicia. La obstrucción de la justicia debe penalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención cuando se cometa en relación con los delitos tipificados con arreglo al Protocolo (véanse también los párrafos 195 a 209 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

n) Protección de las víctimas y los testigos. Se deberá proteger a víctimas y testigos contra eventuales actos de represalia o intimidación, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Convención (véanse también los párrafos 341 a 383 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

o) Cooperación de los delincuentes. El artículo 26 de la Convención exige que se adopten medidas apropiadas para alentar a quienes hayan participado en actividades delictivas organizadas a que cooperen con las autoridades competentes o les presten asistencia. No se detallan las medidas concretas, pero en muchos Estados éstas comprenden la promulgación de disposiciones por las cuales pueda eximirse de responsabilidad a los delincuentes que cooperan con la justicia o mitigarse de otro modo la pena que de lo contrario se les aplicaría. En algunos Estados existe flexibilidad suficiente en materia de enjuiciamiento y condena para que ello se haga sin necesidad de autoridad legislativa, pero en los casos en que no exista dicha flexibilidad tal vez sea necesario ajustar la legislación por la que se tipifiquen delitos

concretos, se fijen penas mínimas obligatorias o se establezcan mecanismos de enjuiciamiento, si los legisladores deciden aplicar las disposiciones sobre mitigación de la pena o inmunidad para aplicar el artículo 26. Ello podría hacerse instaurando una norma general o procediendo caso por caso, según se prefiera (véanse también los párrafos 341 a 383 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada);

p) Cooperación en materia de cumplimiento de la ley; capacitación y asistencia técnica. Se deberán establecer canales de comunicación y una cooperación entre los servicios de policía con respecto a los delitos tipificados con arreglo al Protocolo y de conformidad con el artículo 27 de la Convención (véanse también los párrafos 500 a 511 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada), y se deberá impartir capacitación y prestar asistencia técnica conforme a lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Convención.

4. Otros requisitos generales aplicables a la legislación interna para penalizar los delitos de tráfico ilícito

61. Además de las medidas señaladas *supra*, que deberán adoptarse con respecto a los delitos tipificados de conformidad con el Protocolo, la Convención y el Protocolo establecen requisitos específicos que se deberán tener presentes al elaborar legislación para tipificar delitos penales con arreglo al Protocolo, en particular:

a) No inclusión del carácter transnacional en los delitos tipificados en la legislación nacional. El elemento de transnacionalidad es uno de los criterios para aplicar la Convención y los Protocolos (artículo 3 de la Convención). Al mismo tiempo, en el párrafo 2 del artículo 34 se dispone que para tipificar un delito en el derecho interno no se requerirá necesariamente que éste tenga carácter transnacional. Desde luego, la definición de tráfico ilícito de migrantes que figura en el presente Protocolo se refiere a un delito que entraña desplazamiento transfronterizo. Así pues, en general, corresponderá incluir en la legislación interna para aplicar el Protocolo un aspecto relativo a actividades transfronterizas. Sin embargo, los criterios específicos relativos al carácter transnacional a que se alude en el artículo 3 de la Convención no deberán incorporarse obligatoriamente en esta legislación interna;

b) No inclusión del término “grupo delictivo organizado” en los delitos tipificados en la legislación nacional. Como en el caso del carácter transnacional que se señala *supra*, a efectos de un proceso entablado conforme al derecho interno no se exigirá que exista el elemento de la participación de un grupo delictivo organizado. Por consiguiente, los delitos tipificados con

arreglo al Protocolo se sancionarán igualmente, con independencia de que los hayan cometido personas aisladas u otras relacionadas con un grupo delictivo organizado y sin considerar la circunstancia de que ello pueda demostrarse o no (artículo 34, párrafo 2 de la Convención; véase también A/55/383/Add.1, párrafo 59);

c) La penalización podrá valerse de medidas legislativas y de otra índole, pero deberá basarse en el derecho. Tanto la Convención como el Protocolo señalan que con fines de penalización se utilizarán “las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias...”, reconociendo el hecho de que en algunos Estados podrá requerirse una combinación de medidas. Sin embargo, lo que preocupaba a los autores de estos instrumentos era que el imperio de la ley requeriría en general que los delitos estuvieran tipificados en la legislación, por lo que la referencia a “medidas ... de otra índole” no tenía por objeto exigir ni permitir la penalización sin legislación. Por lo tanto, en las notas interpretativas se precisa que estas medidas de otra índole complementarían las medidas legislativas y presuponen la existencia de una ley. (El mismo principio se aplica por separado a la Convención y a todos sus Protocolos; véanse A/55/383/Add.1, párrafos 9, 69 y 91, y A/55/383/Add.3, párrafo 5; véase también el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo).);

d) Sólo es necesario penalizar las conductas intencionales. Todos los requisitos de penalización de la Convención y sus Protocolos exigen que las conductas de cada delito se penalicen sólo si se comenten intencionalmente. Por consiguiente no es necesario penalizar las que entrañen un nivel inferior, como la negligencia. Sin embargo, estas conductas podrían constituir un delito con arreglo al párrafo 3 del artículo 34 de la Convención, que permite expresamente adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la Convención. Los encargados de elaborar la normativa deben tomar nota de que el elemento de intencionalidad se refiere únicamente a la conducta o al acto que constituye cada delito, por lo que dicho elemento no debe considerarse como factor al decidir sobre si eximir o no de responsabilidad a las personas, en particular en los casos en que hubieran actuado en desconocimiento de la ley que tipifica el delito;

e) Descripción de los delitos. Aunque en el párrafo 6 del artículo 11 de la Convención se estipula que la descripción de los delitos queda reservada en principio al derecho interno de los Estados Parte, los autores de la normativa deben examinar el significado de las disposiciones sobre los delitos que figuran en la Convención y el Protocolo y no limitarse a incorporar literalmente el texto del Protocolo. Al tipificar los delitos en el derecho interno, se deberá utilizar un lenguaje que los tribunales nacionales y otros organismos competentes puedan interpretar de manera congruente con el significado del

Protocolo y con la intención manifiesta de sus autores. En algunos casos, es posible que el significado propuesto se haya aclarado en las notas interpretativas¹⁰;

f) Las disposiciones de la Convención se aplican, mutatis mutandis, al Protocolo y las disposiciones de éste se interpretarán conjuntamente con ellas. La aplicación del artículo 37 de la Convención y del artículo 1 del Protocolo se examina en los párrafos 13 y 14 *supra*.

5. Recursos de información

62. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 3 (Ámbito de aplicación)

Artículo 5 (Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado)

Artículo 10 (Responsabilidad de las personas jurídicas)

Artículo 11 (Proceso, fallo y sanciones)

Artículo 12 (Decomiso e incautación)

Artículo 13 (Cooperación internacional para fines de decomiso)

Artículo 14 (Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados)

Artículo 15 (Jurisdicción)

Artículo 16 (Extradición)

Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)

Artículo 20 (Técnicas especiales de investigación)

Artículo 23 (Penalización de la obstrucción de la justicia)

Artículo 24 (Protección de los testigos)

¹⁰Todavía no se han publicado los *travaux préparatoires* oficiales relativos a la Convención y sus Protocolos. Reconociendo que ello tomaría algún tiempo y con el fin de asegurar que los encargados de elaborar leyes nacionales tuvieran acceso a las notas interpretativas en los primeros años de existencia de los instrumentos, durante sus períodos de sesiones finales el Comité Especial redactó un texto convenido de las notas sobre muchas de las cuestiones decisivas. Éste se presentó a la Asamblea General junto con las versiones definitivas de los instrumentos, y puede consultarse en los documentos de la Asamblea que figuran como anexos de sus informes: A/55/383/Add.1 (notas sobre la Convención, el Protocolo contra la trata de personas y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, presentadas a la Asamblea junto con la resolución 55/25) y A/55/383/Add.3 (notas sobre el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, presentadas a la Asamblea junto con la resolución 55/255).

Artículo 26 (Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley)

Artículo 27 (Cooperación en materia de cumplimiento de la ley)

Artículo 29 (Capacitación y asistencia técnica)

Artículo 30 (Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica)

Artículo 34 (Aplicación de la Convención)

Artículo 37 (Relación con los protocolos)

b) *Protocolo contra la trata de personas*

Artículo 3 (Definiciones)

Artículo 5 (Penalización)

c) *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes*

Artículo 2 (Finalidad)

Artículo 4 (Ámbito de aplicación)

Artículo 16 (Medidas de protección y asistencia)

Artículo 18 (Repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito)

d) *Otros instrumentos*

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545

Artículo 31

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990

Resolución 45/158 de la Asamblea General, anexo

Artículo 19, párrafo 2

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/m_kwctoc.htm

Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (2002/946/JAI), 2002

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 328, de 5 de diciembre de 2002

Artículos 1 y 3 (sanciones y sanciones contra las personas jurídicas)

Directiva 2002/90/CE del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, 2002

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 328, de 5 de diciembre de 2002

B. Otorgamiento de asistencia y protección a las víctimas del tráfico ilícito de migrantes

Otorgamiento de asistencia y protección a los migrantes que hayan sido objeto de tráfico ilícito y a las personas a las que se les haya facilitado la residencia ilegal (artículos 5, 16, 18 y 19)

“Artículo 5

“Responsabilidad penal de los migrantes

“Los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.”

“Artículo 16

“Medidas de protección y asistencia

“1. Al aplicar el presente Protocolo, cada Estado Parte adoptará, en consonancia con sus obligaciones emanadas del derecho internacional, todas las medidas apropiadas, incluida la legislación que sea necesaria, a fin de preservar y proteger los derechos de las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, conforme a las normas aplicables del derecho internacional, en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

“2. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para otorgar a los migrantes protección adecuada contra toda violencia que puedan infiigirlas personas o grupos por el hecho de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.

“3. Cada Estado Parte prestará asistencia apropiada a los migrantes cuya vida o seguridad se haya puesto en peligro como consecuencia de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.

“4. Al aplicar las disposiciones del presente artículo, los Estados Parte tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños.

“5. En el caso de la detención de personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte cumplirá las obligaciones contraídas con arreglo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹¹, cuando proceda, incluida la de informar sin demora a la persona afectada sobre las disposiciones relativas a la notificación del personal consular y a la comunicación con dicho personal.”

“Artículo 18

“Repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito

“1. Cada Estado Parte conviene en facilitar y aceptar, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de toda persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y que sea nacional de ese Estado Parte o tuviese derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de la repatriación.

“2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de facilitar y aceptar la repatriación de una persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y que, de conformidad con el derecho interno, tuviese derecho de residencia permanente en el territorio de ese Estado Parte en el momento de su entrada en el Estado receptor.

“3. A petición del Estado Parte receptor, todo Estado Parte requerido verificará, sin demora indebida o injustificada, si una persona que ha sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo es nacional de ese Estado Parte o tiene derecho de residencia permanente en su territorio.

“4. A fin de facilitar la repatriación de toda persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y que carezca de la debida documentación, el Estado Parte del que esa persona sea nacional o en cuyo territorio tenga derecho de residencia permanente convendrá en expedir, previa solicitud del Estado Parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarios para que la persona pueda viajar a su territorio y reingresar en él.

“5. Cada Estado Parte que intervenga en la repatriación de una persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo adoptará todas las medidas que proce-

¹¹Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, Nos. 8638 a 8640.

da para llevar a cabo la repatriación de manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la seguridad y dignidad de la persona.

“6. Los Estados Parte podrán cooperar con las organizaciones internacionales que proceda para aplicar el presente artículo.

“7. Las disposiciones del presente artículo no menoscabarán ninguno de los derechos reconocidos a las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo por el derecho interno del Estado Parte receptor.

“8. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones contraídas con arreglo a cualquier otro tratado bilateral o multilateral aplicable o a cualquier otro acuerdo o arreglo operacional que rija, parcial o totalmente, la repatriación de las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.”

“Artículo 19
“Cláusula de salvaguardia

“1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los demás derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951¹² y su Protocolo de 1967¹³, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos.

“2. Las medidas previstas en el presente Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo. La interpretación y aplicación de esas medidas estarán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos.”

Protección en relación con la adopción de medidas contra buques (artículo 9)

“Artículo 9
“Cláusulas de protección

“1. Cuando un Estado Parte adopte medidas contra un buque con arreglo al artículo 8 del presente Protocolo:

¹²Ibíd., vol. 189, No. 2545.

¹³Ibíd., vol. 606, No. 8791.

“a) Garantizará la seguridad y el trato humano de las personas que se encuentren a bordo;

“b) Tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad del buque o de su carga;

“c) Tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no perjudicar los intereses comerciales o jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado;

“d) Velará, dentro de los medios disponibles, por que las medidas adoptadas con respecto al buque sean ecológicamente razonables.

“2. Cuando las razones que motivaron las medidas adoptadas con arreglo al artículo 8 del presente Protocolo no resulten fundadas y siempre que el buque no haya cometido ningún acto que las justifique, dicho buque será indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido.

“3. Toda medida que se tome, adopte o aplique de conformidad con lo dispuesto en el presente capítulo tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no interferir ni causar menoscabo en:

“a) Los derechos y las obligaciones de los Estados ribereños en el ejercicio de su jurisdicción de conformidad con el derecho internacional del mar; ni en

“b) La competencia del Estado del pabellón para ejercer la jurisdicción y el control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales relacionadas con el buque.

“4. Toda medida que se adopte en el mar en cumplimiento de lo dispuesto en el presente capítulo será ejecutada únicamente por buques de guerra o aeronaves militares, o por otros buques o aeronaves que ostenten signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y autorizados a tal fin.”

1. Resumen de los principales requisitos

63. Cada Estado Parte deberá adoptar todas las medidas apropiadas con el fin de:

a) Proteger a las personas que hayan sido objeto de tráfico ilícito de la muerte, la tortura o de otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 16, párrafo 1);

b) Prestar asistencia apropiada a las personas que corran peligro como consecuencia de las actividades de los traficantes de que han sido víctimas, teniendo en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños (artículo 16, párrafos 3 y 4).

64. Cada Estado Parte deberá asimismo:

- a) Cumplir el requisito previsto en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de informar a la persona afectada sobre las obligaciones en materia de notificación y comunicación que incumben al Estado Parte con arreglo a esa Convención (artículo 16, párrafo 5);
- b) Aceptar, sin demora indebida o injustificada, y facilitar la repatriación de toda persona que haya sido objeto de tráfico de migrantes que sea nacional del Estado Parte o tenga derecho de residencia permanente en su territorio (artículo 18, párrafo 1);
- c) Verificar, sin demora indebida o injustificada, si una persona que ha sido objeto de tráfico de migrantes es nacional del Estado Parte o si tiene derecho de residencia permanente en su territorio y expedir los documentos de viaje que sean necesarios para su reingreso (artículo 18, párrafos 3 y 4);
- d) Llevar a cabo la repatriación de manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la seguridad y dignidad de la persona que se repatría (artículo 18, párrafo 5).

65. Cuando un Estado Parte adopte medidas contra un buque:

- a) Garantizará la seguridad y el trato humano de los pasajeros (artículo 9, párrafo 1);
- b) Indemnizará al buque por todo perjuicio o daño sufrido cuando las razones que motivaron las medidas adoptadas no resulten fundadas (artículo 9, párrafo 2).

2. *Principales elementos de los artículos*

66. En líneas generales, las cláusulas de protección se incluyeron para amparar ciertos derechos fundamentales y poner en claro la relación o interacción entre las disposiciones del Protocolo y otros preceptos del derecho internacional. Como se señaló anteriormente, la atención se centró ante todo en los principios de derecho humanitario que rigen la migración de refugiados o de solicitantes de asilo, y en los principios de derecho marítimo que regulan la detención, la visita y el registro de buques. Con toda probabilidad son esos principios los que los autores de la legislación interna deberán considerar cuando transpongan las disposiciones del Protocolo. No obstante, debe tenerse presente, además, que el párrafo 1 del artículo 19 abarca todos los demás derechos, obligaciones y responsabilidades dimanantes del derecho internacional y que podrían plantearse asimismo otras cuestiones, habida cuenta de los demás instrumentos internacionales o regionales en

que el Estado promulgante también sea parte y de las características de cada derecho interno.

67. Las disposiciones de protección del Protocolo amparan dos conjuntos principales de derechos:

a) Los derechos, la condición y seguridad jurídica de los migrantes objeto de tráfico ilícito y de los residentes ilegales, incluidos los que también sean solicitantes de asilo;

b) Los derechos e intereses comerciales de los Estados y de los armadores previstos en el derecho marítimo.

68. Reconociendo que la migración ilegal o irregular y, en algunos casos, el tráfico ilícito de migrantes pueden suponer la circulación de refugiados legítimos o de solicitantes de asilo, se extremaron las precauciones para que la aplicación del Protocolo no menoscabara la protección de que gozan en virtud del derecho internacional los migrantes que pertenecen también a una de esas dos categorías. Se pretendió enunciar las disposiciones de forma que los delitos y sanciones que se tipifiquen con arreglo al Protocolo se apliquen a quienes llevan a cabo el tráfico ilícito de migrantes aun cuando sean, además, solicitantes de asilo, pero únicamente si media la participación de un grupo delictivo organizado. Como se señaló en la sección anterior, se puso cuidado en no penalizar la actividad de grupos humanitarios o altruistas que hacen ingresar en un país a solicitantes de asilo con fines totalmente ajenos a la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material (véanse los artículos 5 y 19).

69. A los autores del texto les preocupó también la cuestión de la seguridad y la protección básica de los derechos humanos de las personas que hayan sido objeto de uno de los delitos principales tipificados con arreglo al Protocolo, incluidos los migrantes a los que se haya introducido en un país de forma clandestina y los que quizá hayan ingresado legalmente pero cuya residencia ilegal posterior haya sido posibilitada por un grupo delictivo organizado¹⁴. En este caso, la finalidad de las disposiciones es establecer pautas apropiadas de conducta para los funcionarios que tratan con migrantes que han sido objeto de tráfico ilícito y residentes ilegales, además de disuadir comportamientos de los delincuentes que pongan en peligro o degraden a los migrantes. Al mismo tiempo, al enunciarse las disposiciones pertinentes

¹⁴Con objeto de abarcar las dos categorías se escogió la formulación “personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo”. Por razones prácticas, en la presente Guía se utilizarán las expresiones “migrantes objeto de tráfico ilícito” y “residentes ilegales” en el entendimiento de que en la última categoría entran personas cuya residencia ilegal ha sido obtenida o facilitada por un grupo delictivo organizado infringiendo las disposiciones del derecho interno por las que se da aplicación a lo dispuesto en el apartado *c)* del párrafo 1 del artículo 6 del Protocolo; véase también al respecto el párrafo 107 de las notas interpretativas (A/55/383/Add.1).

se procuró garantizar que no se concediera ningún otro tipo de condición jurídica ni se crearan otros derechos sustantivos o procesales en beneficio de los migrantes ilegales, que no pueden incurrir como autores en los delitos tipificados con arreglo al Protocolo, pero pueden ser inculpados de otros delitos relacionados con el ingreso o la residencia ilegales y ser pasibles de sanciones como la deportación (artículo 9, párrafo 1, y artículo 16).

70. La tercera esfera de interés era más especializada y se refería a la relación entre el Protocolo y el derecho marítimo en vigor. En la parte II del Protocolo se autoriza a los Estados Parte a visitar y registrar un buque en determinadas circunstancias, cuando sospechen que está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes. Al elaborarse esta disposición se generó inquietud acerca de la seguridad y protección básicas de los migrantes y de otras personas a bordo de buques bajo sospecha, habida cuenta del mal estado de los buques que los traficantes suelen utilizar y del hecho de que la visita podría hacerse en alta mar, donde las condiciones de seguridad de un puerto no existen. El acto de detener y visitar un buque también planteó la cuestión de la soberanía de los Estados cuyo pabellón los buques enarbolan o en los que los buques están registrados, y la de las pérdidas comerciales que los armadores podrían sufrir en esos casos. Por ese motivo, se estimó necesario incorporar ciertas disposiciones básicas en que se previera la protección de esos derechos e intereses comerciales antes y durante la visita y la posibilidad de entablar recursos en los casos en que las razones que hubieran motivado el registro hayan resultado infundadas (artículos 8 y 9).

a) *Condición jurídica, seguridad y derechos de los migrantes y residentes ilegales*

71. Como se señaló en el capítulo anterior, las diversas disposiciones del Protocolo se han enunciado de tal forma que no conlleven la penalización de los migrantes o residentes ilegales ni de las conductas en que probablemente incurran sólo tales personas, y que a la vez amparen el derecho soberano de los Estados Parte a tipificar otros delitos que podrían imputarse a tales personas o a mantener los que ya estén tipificados. Además, en el Protocolo se pide a los Estados Parte que protejan los derechos enunciados en el artículo 16, incluidos los derechos humanos básicos generales (artículo 16, párrafos 1 y 2, y artículo 19, párrafo 2) y el derecho a recibir asistencia del consulado correspondiente (artículo 16, párrafo 5). Si bien en el párrafo 3 del artículo 16 no se crea un nuevo derecho, sí se impone una nueva obligación dado que los Estados Parte deberán prestar asistencia apropiada a los migrantes y residentes ilegales cuando se haya puesto en peligro su vida o seguridad como consecuencia de un delito tipificado con arreglo al Protocolo. Se presta

atención especial a la preservación de los derechos consagrados en el derecho humanitario internacional, que se refieren principalmente a los migrantes o residentes ilegales que también solicitan asilo (artículo 19, párrafo 1).

72. En el artículo 18, en el que se establecen las condiciones de repatriación a sus países de origen de los migrantes que han sido objeto de tráfico ilícito y de los residentes ilegales, tampoco se dispone la creación de ningún derecho sustantivo o procesal para amparar a tales personas, aunque en el párrafo 5 del mismo artículo se prevé la adopción de medidas que propicien la repatriación de manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la seguridad y dignidad de la persona.

b) Disposiciones relativas a los buques

73. Como se señaló anteriormente, en las disposiciones de la parte II (artículos 8 y 9) del Protocolo se impone a los Estados Parte la obligación de otorgar alguna forma de protección a los migrantes ilegales y a otras personas que se encuentren a bordo de los buques que se registren por sospecharse que están involucrados en el tráfico ilícito de migrantes, así como de amparar los intereses comerciales y nacionales de otros Estados y de los armadores afectados en tales casos. Como se trata de obligaciones que el Protocolo impone directamente a los Estados Parte, en general no será necesario promulgar leyes para aplicar esas disposiciones, aunque tal vez sea menester dictar medidas legislativas o administrativas que permitan garantizar que los actos de los funcionarios se ajusten a los requisitos establecidos, y fijar normas de derecho sustantivo y procesal que rijan la interposición de recursos en los casos en que se lleve a cabo un registro y se cause algún tipo de pérdida o perjuicio cuando las razones que hayan motivado el registro resulten infundadas.

3. Aplicación de los artículos

74. Si la normativa interna se ajusta a los derechos básicos existentes y a los instrumentos que los consagran, ninguno de los requisitos previstos para preservar o proteger los derechos de los migrantes y residentes ilegales plantearía problemas legislativos, aunque esos requisitos deberían estudiarse detenidamente al planificar los procedimientos administrativos y la formación de funcionarios. Cuando en el derecho interno no se recoja todavía la normativa existente, el Estado tal vez tenga que dictar las medidas que sean indispensables para ajustarse al Protocolo. Si bien ello bastaría, cabe señalar que en las notas interpretativas se especifica que el hecho de que un Estado ratifique y aplique el Protocolo no supone que contraerá también las obligaciones previstas en otros instrumentos internacionales, entre ellos los referen-

tes a derechos de carácter humanitario o a los derechos de los solicitantes de asilo, a que remite el Protocolo (A/55/383/Add.1, párrafo 118; véase también el párrafo 117, relativo a la condición jurídica de los refugiados). Cuando las leyes internas en vigor no cumplan los requisitos básicos del Protocolo, tal vez sea necesario introducir enmiendas en las que se prevea:

- a) Preservar y proteger los derechos básicos de los migrantes que hayan sido objeto de tráfico ilícito y de los residentes ilegales (artículo 16, párrafo 1);
- b) Proteger contra todo acto de violencia (artículo 16, párrafo 2);
- c) Informar acerca de las disposiciones relativas a notificación del personal consular y a la comunicación con dicho personal (artículo 16, párrafo 5)¹⁵.

75. Los autores de la normativa interna tal vez deban adaptar también el texto de otras disposiciones legislativas para que se apliquen de forma que no sea discriminatoria para los migrantes que hayan sido objeto de tráfico ilícito o los residentes ilegales por el hecho de serlo (artículo 19, párrafo 2).

76. Como se señaló anteriormente, en el artículo 18 no se prevé la creación de ningún derecho sustantivo ni procesal que determine la repatriación a sus países de origen de los migrantes que hayan sido objeto de tráfico ilícito o de los residentes ilegales. En cambio, en el párrafo 5 del artículo 18 se prevé la adopción de las medidas que proceda para que la repatriación se lleve a cabo de manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la seguridad y la dignidad de la persona. En la mayoría de los países esas medidas podrán ser de carácter administrativo, aunque podrían tener que consistir en leyes, de ser necesario para que se las aplique adecuadamente.

77. Los encargados de elaborar normativas para aplicar las disposiciones del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes y del Protocolo contra la trata de personas también deben tomar nota de que las disposiciones del otro Protocolo que rigen la repatriación de las víctimas de la trata de personas en condiciones de seguridad y protección son mucho más extensas, habida cuenta del mayor peligro al que suelen estar expuestas tales víctimas (véase el párrafo 61 de la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra la trata de personas), y de que en los artículos 24 y 25 de la Convención (relativos al otorgamiento de asistencia y protección a las víctimas y testigos en todos los casos previstos en la Convención) son aplicables también a las víctimas de la

¹⁵Esto sólo se requerirá cuando no se haya aplicado la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; no será necesario que la disposición adquiera forma de ley, siempre que los funcionarios tengan orden de dar acceso cuando se necesite y se solicite. (Véase también la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.)

trata de personas (véanse también los párrafos 341 a 383 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada). No se aplican, en cambio, a los migrantes que han sido objeto de tráfico ilícito ni a los residentes ilegales, de modo que los legisladores por lo general considerarán necesario introducir disposiciones específicas en la materia.

78. Cabe señalar que la Organización Marítima Internacional y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados han expresado su preocupación por el hecho de que, ante registros o retenciones innecesarios de buques, sus capitanes desistan de cumplir obligaciones humanitarias fundamentales, como el rescate de migrantes a bordo de pequeñas embarcaciones en peligro en alta mar. Al crear y reglamentar facultades para detener y registrar buques y para retener buques o miembros de la tripulación que puedan ser testigos (pero no sospechosos de haber cometido un delito penal), los legisladores deberán tener en cuenta que la aplicación de esos procedimientos debería estudiarse detenidamente y que debería recurrirse a ellos con la mayor prudencia posible.

4. Recursos de información

79. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 24 (Protección de los testigos)

Artículo 25 (Asistencia y protección a las víctimas)

b) Protocolo contra la trata de personas

Artículo 6 (Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas)

c) Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes

Artículo 2 (Finalidad)

Artículo 3 (Definiciones)

Artículo 4 (Ámbito de aplicación)

Artículo 5 (Responsabilidad penal de los migrantes)

Artículo 8 (Medidas contra el tráfico ilícito de migrantes por mar)

Artículo 10 (Información)

Artículo 14 (Capacitación y cooperación técnica)

Artículo 15 (Otras medidas de prevención)

d) *Otros instrumentos*

Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1184, No. 18961

Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos, 1979

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1405, No. 23489

Anexo

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, No. 31363

Artículo 98, párrafo 1

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, 1990

Resolución 45/158 de la Asamblea General, anexo

http://unhchr.ch/html/menu3/b/m_mwctoc.htm

Artículo 8

Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 30 de noviembre de 1994, relativa a un modelo de acuerdo bilateral de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país, 1994

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 274, de 19 de septiembre de 1996

Anexo del anexo II.2, artículo 2, párrafo 1

Conferencia de Ministros sobre la prevención de la migración ilícita, celebrada en Praga los días 14 y 15 de octubre de 1997 en el marco del Proceso de Budapest, 1997

<http://www.icmpd.org/uploadimg/Recommendations%20Prague%20Ministerial%20Oct%2097.pdf>

Recomendaciones 24 a 38 (Repatriación de migrantes)

Comentarios generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2002 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9)

Comentario general No. 27 (67), párrafo 21 (sobre la repatriación de migrantes)

Propuesta de plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea (2002/C 142/02), 2002

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 142, de 14 de junio de 2002

Segunda parte, sección E (Política de readmisión y repatriación)

Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, 2002

Documento E/2002/68/Add.1

Directrices 1 (Promoción y protección de los derechos humanos) y 6 (Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas)

C. Prevención

“Artículo 11 “Medidas fronterizas

“1. Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados Parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar el tráfico ilícito de migrantes.

“2. Cada Estado Parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible, la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comerciales para la comisión de los delitos tipificados con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 6 del presente Protocolo.

“3. Cuando proceda y sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables se preverá, entre esas medidas, la obligación de los transportistas comerciales, incluidas las empresas de transporte, así como los propietarios o explotadores de cualquier medio de transporte, de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar en el Estado receptor.

“4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para prever sanciones en caso de incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 3 del presente artículo.

“5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al presente Protocolo.

“6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención, los Estados Parte considerarán la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo, en particular, entre otras medidas, estableciendo y manteniendo conductos de comunicación directos.”

“Artículo 12

“Seguridad y control de los documentos

“Cada Estado Parte adoptará, con los medios de que disponga, las medidas que se requieran para:

“a) Garantizar la necesaria calidad de los documentos de viaje o de identidad que expida a fin de que éstos no puedan con facilidad utilizarse indebidamente ni falsificarse o alterarse, reproducirse o expedirse de forma ilícita; y

“b) Garantizar la integridad y seguridad de los documentos de viaje o de identidad que expida o que se expidan en su nombre e impedir la creación, expedición y utilización ilícitas de dichos documentos.”

“Artículo 14

“Capacitación y cooperación técnica

“1. Los Estados Parte impartirán a los funcionarios de inmigración y a otros funcionarios pertinentes capacitación especializada en la prevención de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y en el trato humano de los migrantes objeto de esa conducta, respetando sus derechos reconocidos conforme al presente Protocolo, o reforzarán dicha capacitación, según proceda.

“...”

“Artículo 15

“Otras medidas de prevención

“1. Cada Estado Parte adoptará medidas para cerciorarse de poner en marcha programas de información o reforzar los ya existentes a fin de que la opinión pública sea más consciente de que las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo son una actividad delictiva que frecuentemente realizan los grupos delictivos organizados con fines de lucro y que supone graves riesgos para los migrantes afectados.

“2. De conformidad con el artículo 31 de la Convención, los Estados Parte cooperarán en el ámbito de la información pública a fin

de impedir que los migrantes potenciales lleguen a ser víctimas de grupos delictivos organizados.

“3. Cada Estado Parte promoverá o reforzará, según proceda, los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo.”

1. Resumen de los principales requisitos

80. Cada Estado Parte deberá:

- a)* Reforzar los controles fronterizos (artículo 11, párrafo 1);
- b)* Adoptar medidas a fin de exigir a los transportistas comerciales que se cercioren de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos, incluida la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de tal obligación (artículo 11, párrafo 3);
- c)* Garantizar la calidad de los documentos de viaje y de identidad que expida para impedir la alteración o utilización indebida de dichos documentos (artículo 12, apartado *a*));
- d)* Garantizar la seguridad de los documentos de viaje que expida para impedir la expedición ilícita de dichos documentos (artículo 12, apartado *b*));
- e)* Impartir o intensificar, según proceda, la capacitación de funcionarios como forma de prevenir el tráfico ilícito de migrantes y velar por el trato humano de los migrantes objeto de tal tráfico (artículo 14, párrafo 1);
- f)* Efectuar o intensificar, según proceda, las campañas de información de la opinión pública (artículo 15, párrafos 1 y 2);
- g)* Promover o reforzar, según proceda, los programas de desarrollo para combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico de migrantes (artículo 15, párrafo 3).

2. Principales elementos de los artículos

81. En líneas generales, los autores del Protocolo y de la Convención madre consideraron que las diversas formas de prevención eran un elemento importante de la lucha contra la delincuencia. La prevención puede reducir, o incluso evitar, los altos costos financieros e institucionales que entraña la

realización de grandes investigaciones y enjuiciamientos en diversos países. Más importante aún, tal vez puedan evitarse muchos de los sufrimientos que se infligen a las víctimas y, por el hecho de disminuir las posibilidades de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas, la prevención puede llegar a reducir las ganancias mal habidas que esas prácticas ilícitas reditúan a los grupos delictivos organizados y que suelen servir posteriormente para perseguir otros fines ilegales, como la corrupción de funcionarios o la financiación de otras actividades delictivas.

82. En la tercera parte del Protocolo se prevé la aplicación de medidas para prevenir los factores sociales y situacionales de la delincuencia. Partiendo de la premisa de que la raíz del tráfico ilícito de migrantes es el deseo de toda persona de dejar atrás circunstancias adversas, como la pobreza o la opresión, y migrar en busca de una vida mejor, en el párrafo 3 del artículo 15 se prevé la promoción o el fortalecimiento, según proceda, de los programas de desarrollo a fin de combatir las causas socioeconómicas del tráfico ilícito de migrantes. En los párrafos 1 y 2 del artículo 15 se prevé la realización de campañas de información acerca de las lacras de la delincuencia organizada en general y del tráfico ilícito de migrantes en particular, dirigidas a posibles migrantes y a otras personas más directamente involucradas en esa forma de delito. La finalidad de los artículos 11 a 13 es prevenir de modo más directo el tráfico ilícito de migrantes mediante la creación de condiciones que hagan más difícil y riesgoso el hecho de delinquir. En el artículo 11 se prevé la aplicación de medidas que obliguen a los transportistas comerciales a verificar los documentos de viaje de sus pasajeros y otras medidas no enunciadas tendientes a aumentar la eficacia de los controles fronterizos. En el artículo 12 se establece que los Estados Parte deben expedir documentos de viaje con características que dificulten su falsificación u obtención ilícita y en el artículo 13 se pretende disminuir las posibilidades de utilización ilegal de documentos y aumentar las probabilidades de descubrir los actos ilícitos al exigir que los Estados Parte verifiquen, dentro de un plazo razonable, si un documento presuntamente expedido en su nombre es legítimo y válido.

3. *Aplicación de los artículos*

a) *Sensibilización de la opinión pública y lucha contra las causas socioeconómicas del tráfico ilícito (artículo 15)*

83. Como se señaló anteriormente, los autores del Protocolo se propusieron establecer medidas tendientes a sensibilizar a la opinión pública respecto de la índole del tráfico ilícito de migrantes y del alto grado de participación en tal práctica de grupos delictivos organizados. Si bien se trata de una obligación

imperativa, nada indica que deban dictarse al respecto medidas legislativas. No obstante, las campañas de sensibilización de la opinión pública respecto del tráfico ilícito de migrantes podrían ir acompañadas de información sobre la legislación en que se tipifican los delitos con arreglo al Protocolo y los elementos de la Convención que se han transpuesto en el derecho interno. Sería una forma de destacar que el tráfico ilícito de migrantes es una actividad delictiva grave que suele redundar en perjuicio de los propios migrantes y en el aumento del índice de delincuencia de la comunidad.

b) Promoción o fortalecimiento de los programas de desarrollo para abordar las raíces socioeconómicas del tráfico ilícito de migrantes

84. Al igual que en el punto anterior, también se trata de una obligación positiva, aunque no entraña la promulgación de legislación. Ahora bien, los programas de desarrollo tal vez lleven aparejada la promulgación de leyes en otros ámbitos, para, por ejemplo, introducir reformas encaminadas a combatir la corrupción y fomentar el imperio de la ley como forma de estabilizar la situación socioeconómica.

c) Medidas aplicables a los transportistas comerciales

85. El principal requisito legislativo previsto en la tercera parte del Protocolo es que los Estados Parte adopten medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible, que los traficantes utilicen los vehículos explotados por transportistas comerciales (artículo 11, párrafo 2). Se deja a criterio de los legisladores decidir sobre la índole exacta de tales medidas, aunque sí se obliga a los transportistas transfronterizos a que verifiquen los documentos de viaje de sus pasajeros (artículo 11, párrafo 3) y se les imponen sanciones si no lo hacen (artículo 11, párrafo 4). Al elaborar la legislación para dar aplicación a esos requisitos, sus autores deben tener en cuenta los puntos siguientes:

a) La obligación básica que ha de imponerse a los transportistas es que se cercioren de que los pasajeros dispongan de los documentos necesarios para ingresar en el Estado de destino; no les incumbe, en cambio, pronunciarse sobre la autenticidad o validez de los documentos ni sobre si éstos se han expedido de forma válida a sus portadores (A/55/383/Add.1, párrafos 80 y 103);

b) Es obligatorio establecer que los transportistas que no hayan verificado los documentos como se prevé serán responsables de incumplimiento.

Si bien los Estados podrán atribuir responsabilidad a un transportista por haber trasladado a migrantes sin documentos, en el Protocolo no se estipula tal requisito;

c) Se recuerda también a los Estados que gozan de la facultad de no atribuir responsabilidad a las empresas que transporten refugiados sin documentación (A/55/383/Add.1, párrafos 80 y 103). Sin embargo, no es un requisito obligatorio y el tratamiento de la cuestión podrá dejarse a criterio de las fiscalías cuando tengan facultades para hacerlo y cuando proceda;

d) En el párrafo 4 del artículo 11 se establece la obligación de imponer sanciones, cuya índole no se especifica ni en el Protocolo ni en las notas interpretativas. De considerarse la posibilidad de prever una responsabilidad penal, conviene que los autores de la normativa interna se remitan al artículo 10 de la Convención, relativo a la obligación de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles;

e) En las notas interpretativas se hace referencia varias veces a la expresión “documentos de viaje o de identidad”, por la que se entiende todo tipo de documento requerido para entrar o salir de un Estado y todo documento habitualmente utilizado para determinar la identidad de una persona en un Estado con arreglo al derecho interno de dicho Estado (A/55/383/Add.1, párrafos 78 y 83).

d) *Medidas aplicables a los documentos de viaje o de identidad*

86. Como se señaló anteriormente, en el artículo 12 se establecen medidas para garantizar la adecuada calidad, integridad y seguridad de los documentos que se expidan, como los pasaportes. Se mencionan concretamente la implantación de ciertos procedimientos técnicos que dificulten la falsificación, adulteración o alteración de documentos y la adopción de elementos administrativos y de seguridad destinados a impedir que medien actos de corrupción, sustracción u otra forma de manipulación o utilización espuria de documentos durante el proceso de producción y expedición¹⁶. No se establece que tales medidas deban traducirse en legislación, salvo posiblemente en el caso de cierto tipo de documentos prescritos por ley, como los pasaportes, en que habría que enmendar las leyes correspondientes a fin de introducir los requisitos más estrictos que se hayan implantado o de dar validez jurídica a

¹⁶En las notas interpretativas se establece una gama relativamente amplia de prácticas abusivas con documentos. Los autores del Protocolo procuraron abarcar no sólo la creación de documentos falsos, sino también la alteración de documentos legítimos y la utilización de documentos válidos y legítimos por una persona que no sea su titular (A/55/383/Add.1, párrafo 105).

los documentos que incorporan las nuevas características. Indirectamente, podría considerarse la posibilidad de tipificar como delitos suplementarios adicionales ciertos actos de sustracción, falsificación y otras formas de conducta indebida en relación con documentos de viaje o de identidad, si delitos de índole más genérica no fuesen ya aplicables.

87. Han surgido o están en desarrollo varias tecnologías que ofrecen grandes posibilidades de crear nuevos tipos de documentos que permitan identificar a una persona por sus características singulares, que sean legibles por aparatos de forma rápida y precisa y cuya falsificación sea muy difícil porque se basan en información almacenada en una base de datos fuera del alcance de los delincuentes y no en información proporcionada en el propio documento. Un ejemplo pertinente es el sistema europeo de archivo de imágenes, denominado FADO (False and Authentic Documents: Documentos Falsos y Auténticos)¹⁷, que posibilita la rápida verificación de documentos y el envío inmediato de información exhaustiva a las autoridades competentes, encargadas de hacer cumplir la ley o migratorias, de los demás países participantes en el sistema cuando se descubre un documento falso o la utilización indebida de un documento. Una inquietud que surgió durante las deliberaciones sobre el artículo 12 del Protocolo se refirió a los problemas financieros y técnicos a los que los países en desarrollo que quieran aplicar un sistema de ese tipo probablemente deberían hacer frente. La creación de sistemas y tecnologías que reduzcan al mínimo el grado de mantenimiento complejo y la infraestructura avanzada imprescindibles para el funcionamiento de tales sistemas será esencial para que se puedan utilizar los nuevos sistemas de forma eficiente en los países en desarrollo y, en algunos casos, para la asistencia técnica que se preste en virtud del artículo 30 de la Convención.

4. Disposiciones conexas de la Convención y del Protocolo contra la trata de personas

88. Conviene que los legisladores y los autores de la normativa interna tengan en cuenta que las disposiciones del Protocolo deben interpretarse y aplicarse conjuntamente con el artículo 31 de la Convención, que trata de la prevención de toda forma de delincuencia organizada. Habida cuenta del carácter del fenómeno de la migración y del delito de tráfico ilícito de migrantes, en el artículo 31 de la Convención, los párrafos 5, relativo a la sensibilización de la opinión pública respecto de los problemas causados por la

¹⁷Acción común, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo de la Unión Europea (98/700/JAI) sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se crea un sistema europeo de archivo de imágenes (FADO) (véase *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 333, de 9 de diciembre de 1998, en el sitio web <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/133075.htm>).

delincuencia organizada, y 7, relativo a la mitigación de las circunstancias que hacen vulnerables a los grupos socialmente marginados a las actividades de la delincuencia organizada, revisten interés particular para la aplicación del Protocolo.

89. Los legisladores y los autores de la normativa interna encargados de aplicar las disposiciones del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes y del Protocolo contra la trata de personas tal vez deseen tomar en consideración asimismo el hecho de que hay muchas semejanzas entre las causas de los casos de tráfico ilícito de migrantes y las de los de trata de personas. Por lo tanto, en muchas situaciones las medidas preventivas podrán elaborarse y aplicarse de forma conjunta. Ejemplos que vienen al caso son los programas destinados a que las posibles víctimas, entre ellas los migrantes, cobren conciencia de los peligros que entrañan el tráfico ilícito, la trata de personas y las relaciones en general con grupos delictivos organizados, así como medidas más globales conducentes a mitigar las condiciones sociales y de otra índole que fuerzan a las personas a migrar, cuya aplicación conjunta sería eficiente y eficaz.

5. Recursos de información

90. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar los instrumentos siguientes:

a) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

Artículo 29, párrafos 1 y 3 (Capacitación y asistencia técnica)
Artículo 31 (Prevención)

b) *Protocolo contra la trata de personas*

Artículo 10 (Intercambio de información y capacitación)
Artículo 11 (Medidas fronterizas)
Artículo 12 (Seguridad y control de los documentos)
Artículo 13 (Legitimidad y validez de los documentos)

c) *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes*

Artículo 2 (Finalidad)
Artículo 6 (Penalización)

Artículo 13 (Legitimidad y validez de los documentos)

Artículo 14, párrafo 2 (Capacitación y cooperación técnica)

d) *Otros instrumentos*

Conferencia de Ministros sobre la prevención de la migración ilícita, celebrada en Praga los días 14 y 15 de octubre de 1997 en el marco del Proceso de Budapest, 1997

<http://www.icmpd.org/uploadimg/Recommendations%20Prague%20Ministerial%20Oct%2097.pdf>

Recomendación 13 (campañas de información)

Doce compromisos en materia de lucha contra la trata de seres humanos, convenidos en la reunión del Consejo de Ministros de Justicia y de Asuntos Interiores de los Estados miembros de la Unión Europea y de los Estados candidatos a integrarla, celebrada en Bruselas el 28 de septiembre de 2001

Puntos 5, 8 y 12 (Cooperación, campañas de prevención y lucha contra la falsificación de documentos)

Declaración de Bruselas sobre la prevención y la lucha contra la trata de personas emitida al término de la Conferencia sobre la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos—un reto mundial para el siglo XXI, organizada por la Unión Europea y celebrada en Bruselas del 18 al 20 de septiembre de 2002

<http://www.belgium.iom.int/STOPConference/Conference%20Papers/brudeclaration.pdf>

Puntos 8, 10 y 11

Propuesta de plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea (2002/C 142/02), 2002

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 142, de 14 de junio de 2002

Capítulo II, sección C.III (Campañas de sensibilización de la opinión pública)

Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, 2002

Documento E/2002/68/Add.1

Directriz 7 (Prevención de la trata de personas)

D. Requisitos en materia de cooperación y asistencia

“Artículo 7

“Cooperación

“Los Estados Parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar.”

“Artículo 8

“Medidas contra el tráfico ilícito de migrantes por mar

“1. Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque que enarbole su pabellón o pretenda estar matriculado en su registro, que carezca de nacionalidad o que, aunque enarbole un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón, tenga en realidad la nacionalidad del Estado Parte interesado está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar podrá solicitar la asistencia de otros Estados Parte a fin de poner término a la utilización del buque para ese fin. Los Estados Parte a los que se solicite dicha asistencia la prestarán, en la medida posible, con los medios de que dispongan.

“2. Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otro Estado Parte está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar podrá notificarlo al Estado del pabellón, pedirle que confirme la matrícula y, si la confirma, solicitarle autorización para adoptar medidas apropiadas con respecto a ese buque. El Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a:

“a) Visitar el buque;

“b) Registrar el buque; y

“c) Si se hallan pruebas de que el buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar, adoptar medidas apropiadas con respecto al buque, así como a las personas y a la carga que se encuentren a bordo, conforme le haya autorizado el Estado del pabellón.

“3. Todo Estado Parte que haya adoptado cualesquiera de las medidas previstas en el párrafo 2 del presente artículo informará con prontitud al Estado del pabellón pertinente de los resultados de dichas medidas.

“4. Los Estados Parte responderán con celeridad a toda solicitud de otro Estado Parte con miras a determinar si un buque que está

matriculado en su registro o enarbola su pabellón está autorizado a hacerlo, así como a toda solicitud de autorización que se presente con arreglo a lo previsto en el párrafo 2 del presente artículo.

“5. El Estado del pabellón podrá, en consonancia con el artículo 7 del presente Protocolo, someter su autorización a las condiciones en que convenga con el Estado requirente, incluidas las relativas a la responsabilidad y al alcance de las medidas efectivas que se adopten. Los Estados Parte no adoptarán otras medidas sin la autorización expresa del Estado del pabellón, salvo las que sean necesarias para eliminar un peligro inminente para la vida de las personas o las que se deriven de los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes.

“6. Cada Estado Parte designará a una o, de ser necesario, a varias autoridades para recibir y atender las solicitudes de asistencia, de confirmación de la matrícula o del derecho de un buque a enarbolar su pabellón y de autorización para adoptar las medidas pertinentes. Esta designación será dada a conocer, por conducto del Secretario General, a todos los demás Estados Parte dentro del mes siguiente a la designación.

“7. Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda.”

“Artículo 10

“Información

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Convención y con miras a lograr los objetivos del presente Protocolo, los Estados Parte, en particular los que tengan fronteras comunes o estén situados en las rutas de tráfico ilícito de migrantes, intercambiarán, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos internos, información pertinente sobre asuntos como:

“a) Los lugares de embarque y de destino, así como las rutas, los transportistas y los medios de transporte a los que, según se sepa o se sospeche, recurren los grupos delictivos organizados involucrados en las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo;

“b) La identidad y los métodos de las organizaciones o los grupos delictivos organizados involucrados o sospechosos de estar involucrados en las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo;

“c) La autenticidad y la debida forma de los documentos de viaje expedidos por los Estados Parte, así como todo robo o concomitante utilización ilegítima de documentos de viaje o de identidad en blanco;

“d) Los medios y métodos utilizados para la ocultación y el transporte de personas, la alteración, reproducción o adquisición ilícitas o cualquier otra utilización indebida de los documentos de viaje o de identidad empleados en las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, así como las formas de detectarlos;

“e) Experiencias de carácter legislativo, así como prácticas y medidas conexas, para prevenir y combatir las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo; y

“f) Cuestiones científicas y tecnológicas de utilidad para el cumplimiento de la ley, a fin de reforzar la capacidad respectiva de prevenir, detectar e investigar las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y de enjuiciar a las personas implicadas en ellas.

“2. El Estado Parte receptor de dicha información dará cumplimiento a toda solicitud del Estado Parte que la haya facilitado en el sentido de imponer restricciones a su utilización.”

“Artículo 11
“Medidas fronterizas

“1. Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados Parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar el tráfico ilícito de migrantes.

“...

“5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al presente Protocolo.

“6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención, los Estados Parte considerarán la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo, en particular, entre otras medidas, estableciendo y manteniendo conductos de comunicación directos.”

“Artículo 13
“Legitimidad y validez de los documentos

“Cuando lo solicite otro Estado Parte, cada Estado Parte verificará, de conformidad con su derecho interno y dentro de un plazo razonable, la legitimidad y validez de los documentos de viaje o de

identidad expedidos o presuntamente expedidos en su nombre y sospechosos de ser utilizados para los fines de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.”

“Artículo 14

“Capacitación y cooperación técnica

“1. Los Estados Parte impartirán a los funcionarios de inmigración y a otros funcionarios pertinentes capacitación especializada en la prevención de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y en el trato humano de los migrantes objeto de esa conducta, respetando sus derechos reconocidos conforme al presente Protocolo o reforzarán dicha capacitación, según proceda.

“2. Los Estados Parte cooperarán entre sí y con las organizaciones internacionales competentes, las organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, según proceda, a fin de garantizar que en sus respectivos territorios se imparta una capacitación de personal adecuada para prevenir, combatir y erradicar las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, así como proteger los derechos de los migrantes que hayan sido objeto de esas conductas. Dicha capacitación incluirá, entre otras cosas:

“a) La mejora de la seguridad y la calidad de los documentos de viaje;

“b) El reconocimiento y la detección de los documentos de viaje o de identidad falsificados;

“c) La compilación de información de inteligencia criminal, en particular con respecto a la identificación de los grupos delictivos organizados involucrados o sospechosos de estar involucrados en las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, los métodos utilizados para transportar a los migrantes objeto de dicho tráfico, la utilización indebida de documentos de viaje o de identidad para los fines de las conductas enunciadas en el artículo 6 y los medios de ocultación utilizados en el tráfico ilícito de migrantes;

“d) La mejora de los procedimientos para detectar a las personas objeto de tráfico ilícito en puntos de entrada y salida convencionales y no convencionales; y

“e) El trato humano de los migrantes afectados y la protección de sus derechos reconocidos conforme al presente Protocolo.

“3. Los Estados Parte que tengan conocimientos especializados pertinentes considerarán la posibilidad de prestar asistencia técnica a los Estados que sean frecuentemente países de origen o de tránsito de personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo. Los Estados Parte harán todo

lo posible por suministrar los recursos necesarios, como vehículos, sistemas de informática y lectores de documentos, para combatir las conductas enunciadas en el artículo 6.”

“Artículo 15

“Otras medidas de prevención

“1. Cada Estado Parte adoptará medidas para cerciorarse de poner en marcha programas de información o reforzar los ya existentes a fin de que la opinión pública sea más consciente de que las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo son una actividad delictiva que frecuentemente realizan los grupos delictivos organizados con fines de lucro y que supone graves riesgos para los migrantes afectados.

“2. De conformidad con el artículo 31 de la Convención, los Estados Parte cooperarán en el ámbito de la información pública a fin de impedir que los migrantes potenciales lleguen a ser víctimas de grupos delictivos organizados.

“3. Cada Estado Parte promoverá o reforzará, según proceda, los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo.”

“Artículo 17

“Acuerdos y arreglos

“Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos bilaterales o regionales o arreglos operacionales con miras a:

“a) Adoptar las medidas más apropiadas y eficaces para prevenir y combatir las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo; o

“b) Contribuir conjuntamente a reforzar las disposiciones del presente Protocolo.”

“Artículo 18

“Repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito

“1. Cada Estado Parte conviene en facilitar y aceptar, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de toda persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y que sea nacional de ese Estado Parte o tuviese derecho

de residencia permanente en su territorio en el momento de la repatriación.

“2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de facilitar y aceptar la repatriación de una persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y que, de conformidad con el derecho interno, tuviese derecho de residencia permanente en el territorio de ese Estado Parte en el momento de su entrada en el Estado receptor.

“3. A petición del Estado Parte receptor, todo Estado Parte requerido verificará, sin demora indebida o injustificada, si una persona que ha sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo es nacional de ese Estado Parte o tiene derecho de residencia permanente en su territorio.

“4. A fin de facilitar la repatriación de toda persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y que carezca de la debida documentación, el Estado Parte del que esa persona sea nacional o en cuyo territorio tenga derecho de residencia permanente convendrá en expedir, previa solicitud del Estado Parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarios para que la persona pueda viajar a su territorio y reingresar en él.

“5. Cada Estado Parte que intervenga en la repatriación de una persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo adoptará todas las medidas que proceda para llevar a cabo la repatriación de manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la seguridad y dignidad de la persona.

“6. Los Estados Parte podrán cooperar con las organizaciones internacionales que proceda para aplicar el presente artículo.

“7. Las disposiciones del presente artículo no menoscabarán ninguno de los derechos reconocidos a las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo por el derecho interno del Estado Parte receptor.

“8. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones contraídas con arreglo a cualquier otro tratado bilateral o multilateral aplicable o a cualquier otro acuerdo o arreglo operacional que rija, parcial o totalmente, la repatriación de las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.”

1. Resumen de los principales requisitos

91. Los Estados parte deberán:

a) Cooperar en la mayor medida posible para prevenir el tráfico ilícito de migrantes por mar (artículo 7);

- b)* Prestar asistencia al Estado Parte que tenga derecho a visitar un buque que enarbole su pabellón (artículo 8, párrafo 1);
- c)* Informar al Estado del pabellón en caso de que haya visitado su buque (artículo 8, párrafo 3);
- d)* Responder con celeridad a toda solicitud de determinar si un buque está autorizado para afirmar que está matriculado en los registros de dicho Estado (artículo 8, párrafo 4);
- e)* Responder con celeridad a toda solicitud de autorización para visitarlo, registrarlo y adoptar otras medidas con respecto a un buque que enarbole su pabellón (artículo 8, párrafo 4);
- f)* Designar a una autoridad para que reciba y atienda las solicitudes de asistencia relativas a estos buques (artículo 8, párrafo 6);
- g)* Intercambiar información con otros Estados pertinentes sobre el tráfico ilícito de migrantes, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos internos (artículo 10, párrafo 1);
- h)* Cumplir las condiciones que le hayan impuesto los Estados que le transmitan dicha información (artículo 10, párrafo 2);
- i)* Impartir o reforzar la capacitación especializada necesaria para combatir el tráfico ilícito de migrantes (artículo 14, párrafo 1);
- j)* Cooperar con otros Estados y con las organizaciones internacionales competentes y las organizaciones no gubernamentales a fin de garantizar que se imparta una capacitación adecuada para prevenir y erradicar el tráfico ilícito de migrantes (artículo 14, párrafo 2).

2. *Principales elementos de los artículos*

Importancia de considerar conjuntamente los elementos de la Convención y del Protocolo

92. En términos generales, el alcance de la cooperación prevista en la Convención y sus Protocolos está determinado por el ámbito de aplicación de la Convención propiamente dicha; se establecen formas generales y concretas de cooperación y asistencia para la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los delitos comprendidos en la Convención y todo Protocolo en vigor en los casos en que el delito sea de carácter transnacional y entrañe la participación de un grupo delictivo organizado. Al formular normas y procedimientos legislativos y administrativos para concertar la cooperación prevista en el Protocolo, es importante que la Convención y el Protocolo se examinen conjuntamente. La primera establece a la vez requisitos generales

en materia de cooperación entre los Estados Parte (artículos 27 (Cooperación en materia de cumplimiento de la ley), 28 (Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada), 29 (Capacitación y asistencia técnica), 30 (Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica) y 31 (Prevención)) y una serie de obligaciones centradas en ámbitos o modalidades concretos de cooperación (artículos 12 (Decomiso e incautación), 13 (Cooperación internacional para fines de decomiso), 16 (Extradición), 17 (Traslado de personas condenadas a cumplir una pena), 18 (Asistencia judicial recíproca), 21 (Remisión de actuaciones penales) y 24 (Protección de los testigos)). Reviste especial importancia asegurar que las normas y prácticas en materia de cooperación previstas en la Convención y el Protocolo sean compatibles y que no subsistan lagunas que en determinados casos pudieran dar lugar a la imposibilidad de prestar la asistencia solicitada. Además de algunas formas de asistencia como las que se indican en el artículo 17 del Protocolo y de las medidas de cooperación previstas en su artículo 8, la Convención reconoce también que muchos países en desarrollo requerirán tipos más generales de asistencia, tanto en forma de recursos como de conocimientos especializados de carácter técnico o de otra índole, para poder aplicar plenamente la Convención y los Protocolos y hallarse en condiciones de prestar la asistencia o la cooperación que se les solicite cuando estos instrumentos entren en vigor. De este modo, el artículo 29 de la Convención se refiere a la capacitación y la asistencia técnica, y en los artículos 30 y 31 se exhorta a brindar una asistencia al desarrollo de carácter más general para ayudar a los países en desarrollo a que apliquen la Convención y hagan frente a las circunstancias de fondo que determinan que los grupos marginalizados sean socialmente vulnerables a la delincuencia organizada (véase en particular el párrafo 7 del artículo 31). En el apartado *c*) del párrafo 2 del artículo 30 y en la resolución por la que la Asamblea General aprobó la Convención y sus Protocolos (resolución 55/25, párrafo 9) se estipula que se deberán hacer contribuciones voluntarias para apoyar la aplicación de este instrumento.

93. Los aspectos concretos en que el Protocolo establece la obligación de concertar algún tipo de cooperación son los siguientes:

a) Asistencia para hacer frente a los casos de tráfico ilícito por mar.

Cuando los Estados Parte sospechen que un buque que enarbolá su pabellón o carece de nacionalidad se halla involucrado en el tráfico ilícito, podrán solicitar asistencia de carácter general a otros Estados Parte para poner término a la utilización del buque con ese fin. Esta asistencia se deberá prestar en la medida de lo posible con los medios de que disponga el Estado Parte requerido (artículo 8, párrafo 1). Cuando los Estados Parte sospechen que un buque matriculado en el registro de otro Estado parte o que enarbole su

pabellón está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar podrán pedir a dicho Estado Parte que los autorice para visitar el buque, registrarlo y adoptar otras medidas apropiadas. Se deberá examinar estas solicitudes y responder con celeridad a ellas (artículo 8, párrafos 2 y 4). A su vez, el Estado Parte que registre el buque deberá informar con prontitud al Estado Parte que lo haya autorizado para ello de los resultados de cualquier medida adoptada (artículo 8, párrafo 3). Cada Estado Parte deberá designar a una o a varias autoridades para recibir y atender las solicitudes de asistencia en casos relativos al tráfico ilícito por mar (artículo 8, párrafo 6);

b) Medidas fronterizas. En general, los Estados Parte deberán reforzar en la medida de lo posible los controles fronterizos y considerar la posibilidad de identificar la cooperación entre los organismos pertinentes, incluso estableciendo conductos de comunicación directos (artículo 11, párrafos 1 y 6);

c) Documentos de viaje y de identidad. Los Estados Parte deberán garantizar la integridad y seguridad de sus documentos de viaje, lo que podrá comprender el suministro de información a otros Estados Parte sobre las medidas adoptadas para dificultar la manipulación indebida de estos documentos y sobre las que podrán utilizarse para verificar que son auténticos (artículo 12). Además, deberán verificar dentro de un plazo razonable la legitimidad y validez de los documentos de viaje presuntamente expedidos en su nombre cuando así lo solicite otro Estado Parte (artículo 13);

d) Capacitación y asistencia técnica. Además de capacitar a sus propios funcionarios, los Estados Parte deberán cooperar entre sí a fin de impartir una capacitación adecuada para prevenir y combatir el tráfico ilícito y establecer métodos apropiados para hacer frente al problema de los migrantes objeto de tráfico ilícito. La obligación de cooperar comprende también la colaboración con organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, varias de las cuales se ocupan de cuestiones relacionadas con la migración (artículo 14, párrafo 2). Asimismo, el Protocolo exhorta a prestar asistencia técnica pertinente a los países de origen o de tránsito, llamamiento que se formula en términos más generales en los artículos 29 y 30 de la Convención (artículo 14, párrafo 3);

e) Prevención. En el Protocolo se dispone que cada Estado Parte deberá promover o reforzar programas de desarrollo a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes (artículo 15, párrafo 3);

f) Repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito. En general, los Estados Parte deberán aceptar la repatriación de sus nacionales y considerar la posibilidad de aceptar la de quienes tengan o hayan tenido derecho de residencia. Ello incluye verificar sin demora indebida su condición de na-

cionales o residentes, permitir su reingreso y, cuando se requiera facilitarles todos los documentos o autorizaciones necesarios para que puedan viajar de regreso al territorio del Estado Parte requerido (artículo 18, párrafos 1 a 4);

g) Intercambio de información. Los Estados Parte deberán, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, intercambiar información de diversas categorías, desde documentación de carácter general relativa a investigaciones y políticas en relación con el tráfico ilícito y los problemas conexos hasta pormenores más concretos de los métodos utilizados por sus responsables (artículo 10);

h) Otros acuerdos o arreglos. Como en el caso de la Convención madre, se alienta a los Estados Parte a que consideren la posibilidad de celebrar otros acuerdos bilaterales o regionales para apoyar mecanismos de cooperación y asistencia que puedan ser de alcance más amplio que los previstos en el Protocolo (artículo 17).

3. Aplicación de los artículos

94. En general, las disposiciones sobre cooperación y asistencia serán materia de normas y prácticas administrativas y no requerirán legislación, pero hay algunas excepciones.

a) Cooperación y asistencia en asuntos relacionados con el tráfico ilícito por mar (artículos 7 a 9)

95. En virtud de estos artículos los Estados Parte deberán cooperar para reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar. El establecimiento de jurisdicción respecto de este delito es condición previa para la aplicación eficaz de los artículos 7 a 9. Conforme al artículo 15 de la Convención madre, los Estados Parte deberán establecer su jurisdicción para conocer de los delitos que se hayan cometido a bordo de un buque que enarbole su pabellón. Además, y aunque no se trata de un requisito previsto en la Convención ni en el Protocolo, tal vez los Estados Parte deseen también establecer su jurisdicción respecto de buques que se encuentren en alta mar y enarbolean el pabellón de otro Estado Parte, así como respecto de los buques sin nacionalidad, pues ello aseguraría la aplicación correcta de las medidas previstas en la segunda parte del Protocolo.

96. El artículo 8 se centra principalmente en facilitar las medidas para el cumplimiento de la ley en relación con el tráfico ilícito de migrantes en que se hallen involucrados buques de otros Estados Parte. Por ello, tal vez sea necesario promulgar, para aplicarlo, legislación en la que se prevean facultades

coercitivas respecto de buques que enarbolean un pabellón extranjero. Entre las cuestiones que se deben abordar en dicha legislación figuran el otorgamiento de facultades para efectuar registros y obtener información, detener a personas y ordenar incautaciones y recurrir al uso de la fuerza en grado razonable, así como la forma de acreditar dichas facultades y el suministro de protección jurídica apropiada para los funcionarios de que se trate.

97. Los autores de la normativa deben tomar nota de que el significado de la frase “involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar” se examina en las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párrafo 102). Comprende la participación tanto directa como indirecta en el tráfico de migrantes, incluidos los casos en que un buque nodriza ya hubiera transbordado a los migrantes a embarcaciones más pequeñas para su desembarque y ya no tuviera ninguno a bordo, o en que los hubiera recogido en alta mar con el propósito de someterlos a tráfico ilícito. No comprendería a los buques que sencillamente hubiesen rescatado a migrantes que hubieran sido objeto de tráfico ilícito en otro buque.

98. En el párrafo 6 del artículo 8 se dispone que cada Estado Parte deberá designar a una autoridad central que se ocupe de los casos de tráfico ilícito por mar, lo que podrá requerir medidas legislativas para establecer dicha autoridad y otorgarle las facultades necesarias, en particular la de autorizar a otro Estado Parte para proceder contra los buques que enarbolean su pabellón. Al determinar el lugar apropiado para establecer a su autoridad designada, los Estados Parte deberán examinar aspectos como la facilidad de acceso al registro nacional de matrículas de los buques a efectos de confirmar que figuran en él, la facilidad de coordinación con otros organismos nacionales, incluidas las autoridades marítimas encargadas del cumplimiento de la ley, y la existencia de arreglos para que las actividades puedan realizarse sin interrupción. Además, la autoridad designada deberá encargarse de las solicitudes que se envíen a otros Estados Parte. Por ello, deberá estar en condiciones de recibir solicitudes de las autoridades nacionales —servicios de aduana y de policía y otros organismos encargados del cumplimiento de la ley— y de prestar asistencia para transmitirlas a otros Estados.

99. Además, con arreglo al párrafo 6 del artículo 8 los Estados Parte deberán notificar su autoridad designada al Secretario General a fin de que se pueda mantener una lista de puntos de contacto y distribuirla a todos los Estados Parte. Al cumplir este requisito los gobiernos deben velar por que se suministre la información de contacto indispensable (direcciones, números de teléfono y fax, horario de funcionamiento y el idioma o los idiomas en que podrán tramitarse las solicitudes).

100. El régimen de los procedimientos para la aplicación de la ley y de los mecanismos de cooperación que se define en los artículos 7 a 9 se inspiró en

gran parte en el conjunto de medidas para combatir el tráfico ilícito por mar que figuran en el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotópicas de 1988¹⁸. Sin embargo, por la diferencia fundamental entre el tráfico de drogas y el tráfico ilícito de personas, se han de considerar factores específicos al determinar la pertinencia de intervenir en el mar para impedir el tráfico ilícito de personas y garantizar que existan salvaguardias adecuadas para resguardar la seguridad de las personas que se encuentren a bordo y asegurar que se les brinde un trato humanitario. El hecho de que los artículos 7 y 8 se centren en la represión de una actividad delictiva no debe inducir a los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley a perder de vista el deber establecido en el derecho del mar y la tradición marítima de rescatar a quienes se hallen en peligro en el mar. Los buques utilizados para el tráfico ilícito pueden ser decomisados si se los detiene, y por ello sus responsables utilizan con frecuencia navíos en malas condiciones. En algunas ocasiones en que se ha interceptado a estos buques en el mar iban sobrecargados de migrantes y en peligro inminente de hundirse. Se debe elaborar y aplicar legislación para asegurar que los funcionarios sepan que el deber de proceder al salvamento es prioritario en estos casos, y que cuando haya indicios de que un buque corre peligro en el mar, se debe interceptarlo exista o no la sospecha de tráfico ilícito. En las facultades y salvaguardias que, en caso necesario, establezcan los países se deben considerar las cláusulas de protección que figuran en el artículo 9 y el imperativo de rescatar a los afectados y garantizar su seguridad. Sin embargo, con ellas no se debe restringir el deber ni la facultad de las autoridades para proceder en los casos en que pueda hallarse en peligro la vida o la seguridad de las personas, o en aquellos en que haya motivos para sospechar que en el buque viajan migrantes u otras personas que son objeto de tráfico ilícito o se encuentran en él contra su voluntad.

101. El Protocolo no limita la categoría ni la jerarquía de los funcionarios oficiales que pueden ejercer facultades de inspección en el mar a los de un buque de guerra y una aeronave militar, dejando al arbitrio de los legisladores la posibilidad de hacerlas extensivas a todo funcionario u organismo que desempeñe funciones apropiadas de aplicación de la ley. Sin embargo, se debe observar que todo buque o aeronave utilizado debe ostentar signos claros y ser identificable como una nave al servicio de un gobierno y autorizado a tal fin (artículo 9, párrafo 4). Habida cuenta de los riesgos y dificultades inherentes a la visita y la inspección de buques en alta mar, los legisladores tal vez deseen considerar también la posibilidad de limitar el ejercicio de las facultades establecidas con arreglo al Protocolo a relativamente pocos funcionarios u oficiales, que cuenten con la capacitación, la competencia y el equipo necesarios.

¹⁸Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1582, No. 27627.

b) Medidas fronterizas (artículo 11)

102. El requisito de reforzar los controles fronterizos básicos no significa necesariamente que se deba cooperar con otros Estados, y para establecer cualquier tipo de cooperación o coordinación de estos controles que se precise no se requerirá por lo general legislación. La intensificación de la cooperación entre organismos y el establecimiento de conductos de comunicación directos podrá suponer la existencia de leyes que faculten a los organismos interesados para cooperar entre sí, y que permitan el intercambio de una información que de otro modo pudiese estar protegida en virtud de leyes sobre confidencialidad. Muchas de las cuestiones relativas a la cooperación entre organismos de control fronterizo serán análogas a las que plantea la cooperación entre organismos encargados de hacer cumplir la ley, por lo que tal vez se deba examinar el artículo 27 de la Convención, la parte de la Guía legislativa que se refiere a ese artículo (los párrafos 500 a 511) y la legislación interna que se aplique para establecerla.

c) Documentos de viaje o de identidad (artículos 12 y 13)

103. La creación de formatos especiales y la fijación o modificación de las normas técnicas para la elaboración de documentos como pasaportes podrá ser una cuestión de orden legislativo en algunos Estados. En tales casos, los legisladores necesitarán, en general, consultar a expertos técnicos, ya sea en el país o en otros Estados Parte, para determinar qué normas básicas son viables y cómo se deben formular. El conocimiento de tecnologías como la biométrica y las que se utilizan en los documentos que contienen información almacenada electrónicamente, por ejemplo, será indispensable para la elaboración de normas jurídicas que requieran la aplicación de estas tecnologías. El cumplimiento del requisito de verificar los documentos de viaje o de identidad no requerirá, por lo general, legislación, porque prácticamente todos los Estados ya lo hacen cuando así se les solicita, pero tal vez se requieran recursos o cambios administrativos para que el procedimiento pueda realizarse dentro de los plazos relativamente cortos previstos en el Protocolo.

d) Asistencia técnica, cooperación y capacitación (artículo 14)

104. Para establecer programas de capacitación destinados a los funcionarios nacionales no se requerirán en general medidas legislativas, pero la determinación de material didáctico y el personal necesarios para impartir esta capacitación dependerá en gran medida de la legislación interna, los ins-

trumentos internacionales y, en muchos casos, la legislación de otros Estados con los que un Estado Parte determinado pueda considerar necesario cooperar frecuente o periódicamente. A fin de asegurar una cooperación eficiente y eficaz con otros Estados Parte en la aplicación de los tratados, también será importante cooperar para la elaboración y administración de programas de capacitación, así como prestar asistencia a otros Estados suministrándoles recursos y conocimientos especializados¹⁹.

e) *Intercambio de información (artículo 10)*

105. Como en otros ámbitos de cooperación, no es probable que para el mero intercambio de información se requieran medidas legislativas. Sin embargo, habida cuenta del carácter de alguna información que pueda intercambiarse, tal vez sea necesario modificar la normativa interna en materia de confidencialidad a fin de que pueda divulgarse dicha información, y acaso requiera adoptar precauciones para garantizar que no se haga pública por ello. En las notas interpretativas se plantea también la necesidad de celebrar consultas previas en algunos casos, especialmente antes de que se proceda a comunicar información delicada espontáneamente y no en respuesta a una petición (A/55/383/Add.1, párrafo 37, que se refiere al párrafo 15 del artículo 18 de la Convención). Las señaladas enmiendas podrán introducirse en las leyes sobre el acceso a la información para los medios de comunicación o el público, en las relativas al secreto oficial, en otras análogas, a fin de establecer un equilibrio adecuado entre la información secreta y la que pueda divulgarse.

f) *Repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito (artículo 18)*

106. Como se indicó *supra*, los Estados Parte deberán cooperar en la identificación o la determinación de la condición jurídica de sus nacionales y residentes. Se les exige que cooperen en la repatriación de sus nacionales (conviniendo para ello en facilitarla y aceptarla), y que consideren la posibilidad de cooperar en la repatriación de las personas que tengan algún derecho de residencia en ellos sin ser sus nacionales, incluso expediendo los documentos necesarios para que puedan viajar de regreso a su territorio desde los países

¹⁹Párrafos 2 y 3 del artículo 14 del Protocolo. A modo de ejemplo, véase también la propuesta de Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, puntos 64 a 66 (véase la sección 4, “Recursos de información”, *infra*). En el punto 64 se subraya la necesidad de que en estos programas se tomen en cuenta las características propias de cada sistema nacional de capacitación.

hacia los cuales se las hubiese trasladado como víctimas de tráfico ilícito (las obligaciones exactas se señalan *supra* y en el artículo 18 del Protocolo). En la mayoría de los Estados, para cumplir estos requisitos se debería, en lo esencial, impartir instrucciones administrativas a los funcionarios correspondientes, y asegurar que dispusieran de recursos suficientes para prestar la asistencia necesaria.

107. Sin embargo, en algunos Estados podrán requerirse enmiendas de la legislación para garantizar que los funcionarios queden obligados a actuar (o, en los casos pertinentes, a considerar la posibilidad de actuar) en respuesta a una solicitud, y que cuenten con las facultades legales necesarias para expedir visados u otros documentos de viaje cuando se deba repatriar a un nacional o residente. Al elaborar esta legislación, se deberá tener presente que ninguna de las obligaciones contraídas con arreglo al derecho internacional en lo tocante a los derechos o al tratamiento de los migrantes objeto de tráfico ilícito, incluidas las aplicables a los solicitantes de asilo, se verán afectadas por el Protocolo ni por el hecho de que el Estado interesado haya pasado a ser parte en él o esté por pasar a serlo (artículo 18, párrafo 8, del Protocolo y notas interpretativas (A/55/383/Add.1), párrafo 116). Tal vez los legisladores deseen consultar también las disposiciones de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (resolución 45/158 de la Asamblea General, anexo), en la que se prevén medidas de alcance más amplio que las establecidas en el Protocolo (en particular, el artículo 67 establece el requisito de “cooperar con miras a fomentar condiciones económicas adecuadas para su reasentamiento y para facilitar su reintegración social y cultural duradera en el Estado de origen”).

108. Los requisitos de aceptar la repatriación de los nacionales y de considerar la posibilidad de aceptar la de quienes tengan cierto derecho de residencia se conciben en función de la condición jurídica de estas personas en el momento de la repatriación. Se debe tener en cuenta el párrafo 111 de las notas interpretativas:

“En los *travaux préparatoires* se indicará que este artículo se basa en el entendimiento de que los Estados Parte no privarán a ninguna persona de su nacionalidad, medida que la convertiría en apátrida y sería contraria al derecho internacional.”

109. En las notas se indica también que no se procederá a una repatriación hasta que se haya verificado la nacionalidad o el derecho de residencia correspondientes (A/55/383/Add.1, párrafo 113).

110. Además, cuando sea viable los Estados deberán considerar la posibilidad de impartir capacitación a los funcionarios que hayan de ocuparse de la repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito, teniendo presente el

requisito de asegurar que se preserven y protejan los derechos fundamentales de las personas, enunciado en el artículo 16, y lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 18 en el sentido de que a efectos de la repatriación se adoptarán todas las medidas que proceda para efectuarla de manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la seguridad y dignidad de la persona.

g) Otros acuerdos o arreglos (artículo 17)

111. Como en el caso de la Convención, el Protocolo tiene por objeto fijar una norma mínima mundial para las diversas medidas relativas al tráfico ilícito de migrantes, su repatriación y otros problemas conexos. Sus autores previeron concretamente que algunos Estados desearían aplicar medidas más complejas, en particular ante problemas que se hubiesen planteado, o se considerasen especialmente graves, únicamente en el contexto de situaciones bilaterales o regionales. Por ejemplo, dos Estados Parte que tuvieran un problema concreto de tráfico ilícito transfronterizo podrían considerar adecuado elaborar un tratado o arreglo bilateral para acelerar la cooperación entre ellos, o tal vez los Estados que tienen ordenamientos jurídicos semejantes, como los de Europa, podrían hallarse en condiciones de adoptar procedimientos agilizados a fin de aprovechar esta circunstancia. Los requisitos jurídicos o legislativos para aplicar esta disposición, que no es obligatoria, diferirán de un país a otro. En algunos casos, se requerirán facultades legislativas o ejecutivas para celebrar deliberaciones o negociaciones, mientras que en otros tal vez pueda requerirse legislación, pero únicamente para ratificar o aprobar el tratado consiguiente o incorporarlo al derecho interno. Se utilizan las palabras “acuerdos … o arreglos operacionales” para asegurar la inclusión de opciones que vayan desde tratados jurídicos formales hasta acuerdos o arreglos menos oficiales.

4. Recursos de información

112. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 11 (Proceso, fallo y sanciones)

Artículo 12 (Decomiso e incautación)

Artículo 13 (Cooperación internacional para fines de decomiso)

- Artículo 15 (Jurisdicción)
- Artículo 16 (Extradición)
- Artículo 17 (Traslado de personas condenadas a cumplir una pena)
- Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)
- Artículo 21 (Remisión de actuaciones penales)
- Artículo 24 (Protección de los testigos)
- Artículo 27 (Cooperación en materia de cumplimiento de la ley)
- Artículo 28 (Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada)
- Artículo 29 (Capacitación y asistencia técnica)
- Artículo 30 (Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica)
- Artículo 31 (Prevención)

b) *Protocolo contra la trata de personas*

- Artículo 8 (Repatriación de las víctimas de la trata de personas)
- Artículo 10 (Intercambio de información y capacitación)
- Artículo 11 (Medidas fronterizas)

c) *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes*

- Artículo 2 (Finalidad)
- Artículo 7 (Cooperación)
- Artículo 8 (Medidas contra el tráfico ilícito de migrantes por mar)
- Artículo 9 (Cláusulas de protección)
- Artículo 10 (Información)
- Artículo 11 (Medidas fronterizas)
- Artículo 12 (Seguridad y control de los documentos)
- Artículo 13 (Legitimidad y validez de los documentos)
- Artículo 14 (Capacitación y cooperación técnica)
- Artículo 15, párrafo 3 (Otras medidas de prevención)
- Artículo 17 (Acuerdos y arreglos)
- Artículo 18 (Repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito)

d) *Otros instrumentos*

Convenio relativo a los trabajadores migrantes (revisado), 1949

Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 120, No. 1616

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C097>

Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, 1975

Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1120, No. 17426

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C143>

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1582, No. 27627

http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990

Resolución 45/158 de la Asamblea General, anexo

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/m_kwctoc.htm

Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, 1994

Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.95.XIII.18), cap. I, resolución 1, anexo

<http://www.iisd.ca/linkages/Cairo/program/p10000.html>

(Párrafos 10.1 y 10.2 a)

Conferencia de ministros sobre la prevención de la migración ilícita, celebrada en Praga los días 14 y 15 de octubre de 1997 en el marco del proceso de Budapest, 1997

<http://www.icmpd.org/uploadimg/recommendations%20prague%20Ministerial%20Oct97.pdf>

Recomendaciones 14 (cooperación relativa a las prácticas eficaces para el control de las personas en las fronteras exteriores) y 17 (Capacitación)

Declaración de Bangkok sobre Migración Irregular, aprobada durante el Simposio Internacional sobre la Migración, en que se abordó la cooperación regional para hacer frente a la migración irregular y la de personas indocumentadas, celebrado en Bangkok del 21 al 23 de abril de 1999

Documento A/C.2/54/2, anexo

Recomendación 1467 (2000) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la inmigración clandestina y la lucha contra los responsables del tráfico ilícito, 2000

Párrafo 11

Doce compromisos en materia de lucha contra la trata de seres humanos, convenidos en la reunión del Consejo de Ministros de Justicia y de Asuntos Interiores de los Estados Miembros de la Unión Europea y los Estados candidatos a integrarla, celebrada en Bruselas el 28 de septiembre de 2001

Punto 5 (Cooperación)

Propuesta 2002/C 142/02 acerca de un plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, aprobada por el Consejo de Ministros de Justicia y de Asuntos Interiores de la Unión Europea, en Bruselas el 28 de febrero de 2002

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 142, de 14 de junio de 2002

Capítulo II.E (puntos 64 a 66)

Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, 2002

Documento E/2002/68/Add.1

Directriz No. 11 (Cooperación y coordinación entre Estados y regiones)

Anexo. Requisitos en materia de notificación previstos en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes

A continuación figura una lista de las notificaciones que los Estados Parte deberán hacer al Secretario General de las Naciones Unidas:

Artículo 8. Medidas contra el tráfico ilícito de migrantes por mar

“6. Cada Estado Parte designará a una o, de ser necesario, a varias autoridades para recibir y atender las solicitudes de asistencia, de confirmación de la matrícula o del derecho

de un buque a enarbolar su pabellón y de autorización para adoptar las medidas pertinentes. Esa designación será dada a conocer, por conducto del Secretario General, a todos los demás Estados Parte dentro del mes siguiente a la designación.”

Artículo 20. Solución de controversias

“4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.”

Artículo 21. Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión

“3. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

“4. El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en el presente Protocolo. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.”

Artículo 23. Enmienda

“1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del presente Protocolo, los Estados Parte podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. Los Estados Parte en el presente Protocolo reunidos en la Conferencia de las Partes harán todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte en el presente Protocolo presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.

“4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.”

Artículo 24. Denuncia

“1. Los Estados Parte podrán denunciar el presente Protocolo mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.”

Cuarta parte

**GUÍA LEGISLATIVA PARA LA APLICACIÓN
DEL PROTOCOLO CONTRA LA FABRICACIÓN
Y EL TRÁFICO ILÍCITOS DE ARMAS DE FUEGO,
SUS PIEZAS Y COMPONENTES Y MUNICIONES,
QUE COMPLEMENTA LA CONVENCIÓN DE LAS
NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA
ORGANIZADA TRANSNACIONAL**

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.....	1-12	411
A. Estructura de la Guía legislativa	1-8	411
B. Estructura del Protocolo.....	9-12	413
II. Ámbito y disposiciones técnicas del Protocolo y su relación con la Convención	13-23	415
A. Principales elementos de los artículos.....	13-15	417
B. Finalidad del Protocolo	16	419
C. Ámbito de aplicación.....	17-21	420
D. Aplicación de los artículos.....	22-23	422
III. Definiciones.....	24-58	423
A. “Arma de fuego”	24-43	423
B. “Piezas y componentes”.....	44-51	429
C. “Municiones”.....	52-58	432
IV. Medidas de control.....	59-165	437
A. Introducción.....	59-64	437
B. Marcación	65-90	439
C. Sistemas de licencias o autorizaciones	91-115	448
D. Registros	116-133	460
E. Decomiso, incautación y disposición.....	134-149	467
F. Desactivación de las armas de fuego.....	150-157	473
G. Corredores y corretaje	158-165	476
V. Derecho penal sustantivo.....	166-237	481
A. Introducción.....	166-180	481
B. Fabricación ilícita	181-200	490
C. Tráfico ilícito	201-218	499
D. Manipulación de marcas	219-228	506
E. Delitos de tipificación facultativa	229-237	509

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VI. Intercambio de información	238-261	513
A. Localización	240-253	513
B. Cooperación	254-261	520

Anexos

I. Requisitos de notificación previstos en el Protocolo sobre armas de fuego	523
II. Cuadro de ejemplos de leyes nacionales pertinentes	524
III. Organización Internacional de Policía Criminal	525
A. Sistema de Interpol para la Búsqueda de Explosivos y Armas: pantalla modelo	525
B. Información de contacto	526
IV. Canadá: normas de desactivación	526

I. Introducción

A. Estructura de la Guía legislativa

1. La presente Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (resolución 55/255 de la Asamblea General, anexo) se divide en seis capítulos, a saber, introducción; ámbito y disposiciones técnicas del Protocolo y su relación con la Convención; definiciones; medidas de control; derecho penal sustantivo, e intercambio de información.
2. Cada uno de los cuatro capítulos sustantivos contiene, a manera de prólogo, una breve descripción en la que se resumen las principales cuestiones que allí figuran. En cada uno de los capítulos se reseñan en secciones distintas los artículos principales del Protocolo. Cada sección se inicia con la cita de las disposiciones pertinentes del Protocolo y, cuando procede, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (resolución 55/25 de la Asamblea General, anexo I), y comprende las siguientes partes: una introducción; un resumen de los principales requisitos; requisitos obligatorios; otras medidas, incluidos aspectos facultativos, y recursos de información.
3. Complementan la Guía anexos en los que figura una lista de requisitos en materia de presentación de informes estipulados en el Protocolo (anexo I), así como ejemplos de legislación nacional pertinente (anexo II). Se insta a los lectores a que consulten, cuando proceda, los anexos. Las secciones tituladas “Resumen de los principales requisitos” ofrecen una lista de control de los requisitos esenciales del artículo en cuestión.
4. El procedimiento para cumplir las disposiciones del Protocolo variará de un Estado a otro. Los Estados con un sistema jurídico monista podrían ratificar el Protocolo e incorporar sus disposiciones en el derecho interno mediante la publicación oficial, mientras que en los sistemas dualistas habría que promulgar la legislación de aplicación.
5. Al clasificar y establecer las prioridades y obligaciones dimanantes del Protocolo, se deberán tener presentes las directrices que figuran a continuación.

6. Al establecer sus prioridades, los legisladores nacionales deberán tener en cuenta que las disposiciones de la Convención y de sus Protocolos no tienen todos el mismo grado de obligación. En general, las disposiciones pueden agruparse en las tres siguientes categorías:

- a) Medidas que son obligatorias (ya sea absolutamente o cuando se hayan cumplido determinadas condiciones);
- b) Medidas cuya aplicación los Estados Parte deban considerar o procurar;
- c) Medidas que son facultativas.

7. Siempre que se empleen las palabras “los Estados deberán” se hace referencia a una disposición obligatoria. De lo contrario, la expresión que se utiliza en la Guía legislativa es “deberán considerar la posibilidad de”, lo que significa que se pide encarecidamente a los Estados que estudien con detenimiento la posibilidad de adoptar una medida específica y que hagan un esfuerzo real para determinar si tal medida sería compatible con su propio ordenamiento jurídico. Para las disposiciones que son totalmente facultativas se emplean las palabras “tal vez deseen considerar la posibilidad de”. En algunas ocasiones los Estados “deberán” elegir una u otra opción (por ejemplo, en el caso de los delitos a que se refiere el artículo 5 de la Convención). En esos casos, los Estados son libres de elegir una u otra opción, o ambas.

8. La naturaleza exacta de cada disposición se abordará a medida que se plantee la cuestión. Como se indicó anteriormente, en vista de que la finalidad de la presente Guía es promover los esfuerzos en pro de la ratificación y la aplicación y prestar asistencia a tal fin, la atención se centrará principalmente en las disposiciones que son hasta cierto punto obligatorias y en los elementos de esas disposiciones que sean esenciales a efectos de la ratificación y de la aplicación. Los elementos que puedan ser legislativos o administrativos o que puedan pertenecer a otras categorías se señalarán como tales en términos generales, pero aparecerán en la Guía basados en el fondo de la obligación y no en la naturaleza de las medidas necesarias para su aplicación, que pueden variar, hasta cierto punto, de un Estado a otro y de un ordenamiento jurídico a otro. (Cabe advertir, sin embargo, que el Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional dejó claro que consideraba que la obligación de tipificar delitos era de naturaleza fundamentalmente legislativa (véanse las notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención contra la Delincuencia Organizada (A/55/383/Add. 1), párrafo 69).)

B. Estructura del Protocolo

9. El Protocolo prevé un sistema amplio de control del tráfico de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. Habida cuenta de que se centra en las transacciones internacionales, el Protocolo prevé procedimientos detallados para la importación, la exportación y el tránsito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. El sistema, basado en la reciprocidad, exige que los Estados se otorguen unos a otros autorización antes de permitir que las remesas de armas de fuego abandonen sus territorios, los atraviesen o ingresen a ellos y permite que los encargados de hacer cumplir la ley rastreen la circulación lícita de las remesas a fin de prevenir el robo y la desviación. Las normas tienen por objeto contribuir a que se alcance un grado de transparencia tal que permita a los Estados Parte combatir con mayor éxito las transacciones ilícitas. El Protocolo contiene asimismo medidas de reglamentación de la fabricación de armas de fuego.

10. El artículo que trata de la marcación de las armas de fuego guarda relación con la fabricación de dichas armas y con el régimen de importación, exportación y tránsito a que están sujetas. La labor en el plano nacional e internacional encaminada a reducir el tráfico ilícito de armas de fuego depende de la capacidad de localizar y rastrear cada una de esas armas. Ello exige, a su vez, identificar las armas de fuego con una marca distintiva. La marcación de las armas de fuego constituye, por ende, un instrumento efectivo para garantizar la aplicación de la ley.

11. Las medidas de control de la circulación lícita de armas de fuego se aplican a través de la disposición sobre penalización del Protocolo, que exige que los Estados Parte tipifiquen como delito la fabricación ilícita de armas de fuego, el tráfico ilícito de armas de fuego y la alteración u obliteración de las marcas de un arma de fuego. Puesto que reconoce que sin las pruebas apropiadas no se pueden descubrir delitos ni procesar de manera eficaz a sus autores, el Protocolo contiene artículos que exigen registros detallados de la circulación transnacional de armas de fuego, así como una disposición sobre intercambio de información entre los Estados que participan en esas transacciones. Los instrumentos contenidos en la Convención también son de importancia crítica a ese respecto. En particular, los artículos que tratan de la asistencia judicial recíproca y la extradición por comisión de delitos comprendidos en el Protocolo serán instrumentos esenciales para la aplicación coercitiva de la ley.

12. El Protocolo establece los requisitos mínimos que deberá incorporar el derecho interno. Los Estados podrán legislar respecto de una gama más amplia de armas y adoptar medidas más rigurosas o de mayor alcance en su ordenamiento jurídico interno si así lo desean, pero tal vez no obtengan colaboración extranjera en relación con las disposiciones que superen los requisitos establecidos en el Protocolo.

II. Ámbito y disposiciones técnicas del Protocolo y su relación con la Convención

Protocolo sobre armas de fuego

“Artículo 1

“Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

“1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención.

“2. Las disposiciones de la Convención se aplicarán *mutatis mutandis* al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.

“3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.”

Convención contra la Delincuencia Organizada

“Artículo 37

“Relación con los protocolos

“1. La presente Convención podrá complementarse con uno o más protocolos.

“2. Para pasar a ser parte en un protocolo, los Estados o las organizaciones regionales de integración económica también deberán ser parte en la presente Convención.

“3. Los Estados Parte en la presente Convención no quedarán vinculados por un protocolo a menos que pasen a ser parte en el protocolo de conformidad con sus disposiciones.

“4. Los protocolos de la presente Convención se interpretarán juntamente con ésta, teniendo en cuenta la finalidad de esos protocolos.”

Protocolo sobre armas de fuego**“Artículo 2****“Finalidad**

“La finalidad del presente Protocolo es promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados Parte con el propósito de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.”

“Artículo 4**“Ámbito de aplicación**

“1. A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención de la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y a la investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

“2. El presente Protocolo no se aplicará a las transacciones entre Estados ni a las transferencias estatales cuando la aplicación del Protocolo pudiera perjudicar el derecho de un Estado Parte a adoptar medidas en aras de la seguridad nacional en consonancia con la Carta de las Naciones Unidas.”

“Artículo 18**“Entrada en vigor**

“1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, a condición de que no entre en vigor antes de la entrada en vigor de la Convención. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.

“2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si ésta es posterior.”

A. Principales elementos de los artículos

1. Aplicación de la Convención al Protocolo (artículo 1 del Protocolo y artículo 37 de la Convención)

13. El artículo 37 de la Convención y el artículo 1 de cada uno de sus Protocolos establecen juntamente la relación básica entre la Convención y sus Protocolos. Los cuatro instrumentos se redactaron como un grupo de forma tal que la Convención contuviera disposiciones generales contra la delincuencia organizada transnacional (por ejemplo, extradición y asistencia judicial recíproca) y que cada Protocolo contuviera elementos específicos según el tema (por ejemplo, delitos tipificados con arreglo al Protocolo y disposiciones relativas a documentos de viaje e identidad). Habida cuenta de que los Protocolos no se han concebido como tratados independientes, todo Estado interesado en pasar a ser parte en cualquiera de ellos deberá ser parte en la Convención. Así se garantiza que, en todo caso que se presente conforme a lo dispuesto en algún Protocolo en el que sean parte los Estados afectados, se podrá recurrir también a todas las disposiciones generales de la Convención, y éstas serán aplicables. Muchas de las disposiciones específicas se redactaron según ese principio: la Convención contiene, por ejemplo, los requisitos generales para la asistencia judicial recíproca y otras modalidades de cooperación internacional, en tanto que los requisitos de asistencia específica, como la verificación de documentos de viaje o la localización de un arma de fuego, aparecen únicamente en los Protocolos apropiados. Otras normas adicionales establecidas en los artículos pertinentes tratan de la interpretación de disposiciones similares o paralelas en cada uno de los instrumentos y de la aplicación de las disposiciones de carácter general de la Convención a los delitos tipificados con arreglo al Protocolo y a las demás disposiciones que contiene.

14. El artículo 1 del Protocolo y el artículo 37 de la Convención establecen los siguientes principios generales que rigen la relación entre los dos instrumentos:

a) Los Estados no podrán pasar a ser parte en ninguno de los Protocolos a menos que sean también parte en la Convención (artículo 37, párrafo 2, de la Convención). Aunque se permite la ratificación o la adhesión simultáneas, no es posible que un Estado esté sujeto a ninguna obligación establecida con arreglo al Protocolo si no está sujeto también a las obligaciones establecidas en la Convención;

b) La Convención y el Protocolo se interpretarán juntamente (artículo 37, párrafo 4, de la Convención y artículo 1, párrafo 1, del Protocolo). Al interpretar los diversos instrumentos, deberán tenerse en cuenta todos los instrumentos pertinentes y se atribuirá por lo general el mismo significado a las

disposiciones de tenor similar o paralelo. Al interpretar un Protocolo, deberá tenerse también en cuenta la finalidad de ese Protocolo, que puede modificar el significado que se aplique a la Convención en algunos casos (artículo 37, párrafo 4, de la Convención);

c) Las disposiciones de la Convención se aplicarán *mutatis mutandis* al Protocolo (artículo 1, párrafo 2, del Protocolo). En las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párrafo 62) se aclara que la expresión “*mutatis mutandis*” se interpretará en el sentido de “con las modificaciones que sean del caso” o “con las modificaciones necesarias”. Ello significa que, al aplicar las disposiciones de la Convención al Protocolo, se podrán introducir modificaciones secundarias, ya sea de interpretación o de aplicación, a fin de tener en cuenta las circunstancias que se presenten con arreglo al Protocolo; no se podrán, sin embargo, introducir modificaciones a no ser que sean necesarias, y cuando lo sean se introducirán únicamente en la medida necesaria. Esta regla general no se aplica en los casos en que los legisladores la excluyan de manera expresa;

d) Los delitos tipificados con arreglo al Protocolo se considerarán también delitos tipificados con arreglo a la Convención (artículo 1, párrafo 3, del Protocolo). Este principio, análogo al requisito de *mutatis mutandis*, constituye un nexo de importancia fundamental entre el Protocolo y la Convención. Garantiza que todo delito tipificado por un Estado con miras a penalizar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y la manipulación de marcas, como lo exige el artículo 5 del Protocolo, quede automáticamente incluido en el ámbito de las disposiciones básicas de la Convención que rigen las modalidades de cooperación internacional como la extradición (artículo 16) y la asistencia judicial recíproca (artículo 18)¹. El principio establece también un nexo entre el Protocolo y la Convención al determinar que otras disposiciones obligatorias de la Convención sean aplicables a los delitos tipificados con arreglo al Protocolo. En particular, como se indicará más adelante en el capítulo V de la presente Guía dedicado al derecho penal sustantivo, las obligaciones establecidas en la Convención en materia de blanqueo del producto del delito (artículo 6), responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 10), proceso, fallo y sanciones (artículo 11), decomiso (artículos 12 a 14), jurisdicción (artículo 15), extradición (artículo 16), asistencia judicial recíproca (artículo 18), técnicas especiales de investigación (artículo 20), obstrucción de justicia (artículo 23), protección de los testigos y las víctimas y medios para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir

¹En la mayor parte de los casos, los redactores emplearon la expresión “delitos comprendidos en la presente Convención” para establecer ese nexo. Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 18 en que se establece el ámbito de la obligación de extraditar.

la ley (artículos 24 a 26), cooperación en materia de cumplimiento de la ley (artículo 27), capacitación y asistencia técnica (artículos 29 y 30) y aplicación de la Convención (artículo 34), se aplican igualmente a los delitos tipificados con arreglo al Protocolo. Establecer un nexo similar constituye, por consiguiente, un elemento importante de la legislación interna para la aplicación de los Protocolos;

e) Los requisitos del Protocolo constituyen una norma mínima. Las medidas que se adopten en el derecho interno podrán tener un ámbito de aplicación mayor o podrán ser más severas de lo que el Protocolo exige, siempre que se haya cumplido con todas las obligaciones estipuladas en el Protocolo (artículo 34, párrafo 3, de la Convención).

2. Interpretación del Protocolo (artículos 1 y 19 del Protocolo y artículo 37 de la Convención)

15. La interpretación de los tratados es materia que compete a los Estados Parte. Las normas generales para la interpretación y aplicación de los tratados se abordan en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969² y no se examinarán en detalle en la presente Guía. No obstante, estas normas generales pueden enmendarse o complementarse con normas establecidas en otros tratados, y tanto en la Convención como en el Protocolo figuran una serie de referencias interpretativas específicas. (Véase, por ejemplo, el párrafo 14 del artículo 16 de la Convención, que establece que el principio de no discriminación limita la interpretación y la aplicación de la obligación fundamental de extraditar.) Las disposiciones para la solución de controversias que aparecen en los cuatro instrumentos también exigen negociaciones, seguidas de arbitraje, como medio de resolver toda controversia en materia de interpretación o aplicación (véanse el artículo 35 de la Convención y el artículo 16 del Protocolo). Se formularán referencias específicas respecto del tema al que se apliquen, pero también hay disposiciones interpretativas generales que se aplican al Protocolo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Convención y en el artículo 1 del Protocolo, hay que tener en cuenta elementos de la Convención al interpretar el Protocolo.

B. Finalidad del Protocolo (artículo 2 del Protocolo)

16. La finalidad del Protocolo es “promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados Parte con el propósito de prevenir, combatir y erradicar

²Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232 (se puede consultar también la versión electrónica en línea: <http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>).

la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones” (artículo 2 del Protocolo).

C. Ámbito de aplicación (artículo 4 del Protocolo)

17. Es esencial entender el ámbito del Protocolo que se enuncia en el artículo 4. El párrafo 1 del citado artículo establece el ámbito pleno de aplicación del Protocolo, mientras que en el párrafo 2 figuran exclusiones relativas a determinadas transacciones y transferencias de los Estados y otras vinculadas con la seguridad nacional.

18. El principio general enunciado en el párrafo 1 del artículo 4 del Protocolo es que el instrumento se aplica a la “prevención de la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones” y a la “investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado”.

19. El párrafo 2 del artículo 4 estipula que el Protocolo “no se aplicará a las transacciones entre Estados ni a las transferencias estatales cuando la aplicación del Protocolo pudiera perjudicar el derecho de un Estado Parte a adoptar medidas en aras de la seguridad nacional en consonancia con la Carta de las Naciones Unidas”. El párrafo 2 tenía como intención excluir determinadas transacciones o transferencias en las que participan los Estados. El alcance de la restricción depende de la interpretación de los términos “transacciones entre Estados” y “transferencias estatales”, que suele dejarse a los Estados Parte, pero los redactores estaban interesados en que el Protocolo se aplicara a la actividad comercial que realizan los Estados Parte, como los negocios de las empresas estatales o de gestión estatal de fabricación de armas de fuego. Con el fin de aclarar la cuestión, se señala en las notas interpretativas que las palabras “transacciones entre Estados” se refieren únicamente a transacciones efectuadas por los Estados en ejercicio de su soberanía, con lo que quedan excluidos los Estados en su calidad de agentes comerciales³.

20. Como ocurre con otras disposiciones de la Convención y los Protocolos, el párrafo 3 del artículo 34 de la Convención establece una norma mínima que los Estados Parte están en libertad de rebasar si así lo desean, teniendo presente que toda investigación, enjuiciamiento u otros procedimientos rela-

³Véanse las notas interpretativas (A/55/383/Add.3), párrafo 4; véase también la sesión de la Asamblea General en que se aprobó la resolución 55/255, que contiene el texto del Protocolo sobre armas de fuego (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, sesiones plenarias*, 101a. sesión plenaria).

tivos a actividades fuera del ámbito de la Convención o del Protocolo no estarían comprendidos en los diversos requisitos de cooperación internacional.

21. Es importante que los legisladores de cada Estado tomen nota de que las disposiciones relativas al carácter transnacional de los delitos o a la participación de un grupo delictivo organizado no siempre se aplican. Si bien en general el lector debe consultar la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, donde encontrará información detallada (artículo 34, párrafo 3, de la Convención) sobre los casos en que se aplican esos criterios y los casos en que ello no ocurre (véanse los párrafos 29 a 31 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención), es importante hacer hincapié en que, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 34 de la Convención establece expresamente que los legisladores no deberán incorporar los elementos de carácter transnacional o de grupo delictivo organizado al tipificar delitos en el derecho interno. (La única excepción a este principio se plantea cuando el texto de la disposición incorpore específicamente uno de esos elementos, como en el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención (presencia de un grupo delictivo organizado). Estos requisitos se examinan con mayor detalle en la Guía legislativa para la aplicación de la Convención.) Tomadas en conjunto, estas disposiciones sientan el principio de que, si bien los Estados Parte tendrían que incorporar en alguna medida el carácter transnacional y la participación de un grupo delictivo organizado en lo que atañe a la mayoría de los aspectos del Protocolo, sus fiscales no deben verse en la obligación de demostrar ni un elemento ni el otro para obtener una condena por fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, y por manipulación de marcas o por cualquier otro delito establecido en la Convención o en sus Protocolos. En el caso de la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y de la manipulación de marcas, la comisión de los delitos tipificados en el derecho interno dará lugar a enjuiciamiento incluso cuando el delito no revista carácter transnacional o cuando no haya participación de un grupo delictivo organizado, o cuando ello no se pueda probar. Cabe citar también como ejemplo los párrafos iniciales de los artículos sobre extradición (artículo 16) y asistencia judicial recíproca (artículo 18) de la Convención, que establecen determinadas circunstancias en que se puede considerar cumplido uno de esos requisitos, o ambos. Por lo que respecta a la definición de “grupo delictivo organizado”, se debería tomar nota de que, de acuerdo con las notas interpretativas del apartado *a*) del artículo 2 de la Convención (A/55/383/Add.1, párrafo 3):

“En los *travaux préparatoires* se indicará que 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 redes.”

D. Aplicación de los artículos

22. En general, la mayor parte de los artículos comprendidos en el presente capítulo rigen la interpretación y la aplicación de otras disposiciones. Por consiguiente, pueden proporcionar asistencia y orientación a gobiernos y legisladores sin que exijan, de por sí, medidas de aplicación concretas.

23. No obstante, los requisitos de que la Convención se aplique *mutatis mutandis* al Protocolo y de que los delitos tipificados con arreglo al Protocolo se consideren delitos tipificados con arreglo a la Convención pueden plantear la necesidad de promulgar legislación. Las medidas requeridas como resultado de esos requisitos se reseñan en detalle en el capítulo V.

III. Definiciones

A. “Arma de fuego”

“Artículo 3

“Definiciones

“Para los fines del presente Protocolo:

“a) Por ‘arma de fuego’ se entenderá toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas de fuego antiguas o sus réplicas. Las armas de fuego antiguas y sus réplicas se definirán de conformidad con el derecho interno. En ningún caso, sin embargo, podrán incluir armas de fuego fabricadas después de 1899;

“...”

1. *Introducción*

24. La definición del término “arma de fuego” circunscribe la principal cosa material que se regula en el Protocolo.

2. *Resumen de los principales requisitos*

25. Según la definición enunciada en el Protocolo, un arma de fuego:

- a) Es portátil,
- b) Tiene cañón; y
- c) Lanza un proyectil por la acción de un explosivo.

Un arma de fuego no es:

- a) Un arma antigua; ni
- b) Una réplica de un arma antigua.

3. Requisitos obligatorios

26. El término “arma de fuego” se define a efectos de delimitar con claridad su sentido en el Protocolo. Si bien no se requiere la definición del término en el derecho interno, las legislaturas nacionales tal vez decidan incorporar o enmendar ciertas definiciones presentes en su legislación para cerciorarse de que otros requisitos previstos en ella se apliquen a la totalidad de la materia objeto del Protocolo.

a) Principales elementos del artículo

27. Según los autores del Protocolo, el elemento básico de la definición de “arma de fuego” radica en que sea un “arma que tenga cañón”. Sin embargo, el concepto se delimita añadiéndole ciertos determinativos, por ejemplo, excluyendo toda arma de fuego que no sea portátil, las armas de fuego antiguas y sus réplicas y ciertas armas con cañón, como las armas de fuego de aire comprimido.

i) Transportabilidad

28. Con el empleo de la palabra “portátil” se pretende excluir de la definición las armas de fuego de gran tamaño. Para precisar el sentido de “portátil”, en las notas interpretativas se indica que “la palabra ‘portátil’ se ha incluido en el entendimiento de que con ella se limita la definición de ‘arma de fuego’ a aquellas armas de fuego que pueden ser movidas o llevadas por una persona sin necesidad de ayuda mecánica o de otra índole” (A/55/383/Add.3, párrafo 3).

ii) Acción de un explosivo

29. Al emplearse las palabras “por la acción de un explosivo” se pretende excluir de la definición las armas en que el proyectil se lance por otro medio de propulsión, tal como el gas comprimido.

iii) Armas de fuego antiguas

30. Además, los autores consideraron apropiado excluir del ámbito de aplicación del Protocolo las armas de fuego que se fabricaron hasta fines de 1899.

iv) Réplicas

31. Si bien la definición tampoco abarca las réplicas de armas de fuego antiguas, cabe observar que han de tenerse en cuenta sólo las réplicas en buen estado de funcionamiento con sistemas modernos de tiro (es decir, las verdaderamente concebidas para lanzar proyectiles). Las réplicas incapaces de disparar municiones se incluirían únicamente si pueden “transformarse fácilmente” para lanzar un proyectil.

b) Aplicación del artículo

32. Por ser las armas de fuego la principal categoría objeto del Protocolo, la definición de “arma de fuego” será un elemento esencial de la legislación de aplicación interna. En muchos casos, en la legislación de un Estado habrá una o más definiciones jurídicas del concepto. Los Estados que aún no tengan una definición deberían incorporar una que, como mínimo, se ajustara a la definición enunciada en el Protocolo.

i) Cuando el sentido del término “arma de fuego” sea más restringido en la legislación interna que en el Protocolo

33. Cuando la definición de la legislación interna no abarque todos los elementos incluidos en la definición del Protocolo, cabrá ampliar esa definición para que esté en consonancia con los requisitos del Protocolo. Enmendar la definición de la legislación interna para ceñirse a los elementos previstos en el Protocolo o introducir nuevos elementos supondrá enmendar también, conforme a la nueva definición de “arma de fuego”, otras disposiciones y la tipificación de ciertos delitos que se basen en la definición interna. Así pues, cuando se amplíe la definición de la legislación interna, se ampliaría automáticamente el alcance de otras leyes internas relativas, por ejemplo, a ciertos delitos y al régimen de licencias relacionadas con las armas de fuego. Este enfoque tiene la ventaja de garantizar la simplicidad de la elaboración de leyes y la coherencia interna de la legislación que atañe a las cuestiones nacionales y transnacionales relacionadas con las armas de fuego. No obstante, tendría consecuencias de política general más amplias que las previstas en el Protocolo, y que cada gobierno tendría que examinar. Si fuera indispensable conservar la integridad de las normas vigentes sin enmienda alguna, también sería posible establecer definiciones específicas para el tema concreto usando expresiones como “Para los fines del presente requisito/disposición, las palabras ‘arma de fuego’ incluirán/no incluirán...”; no obstante, convendría evitar, de ser posible, ese tipo de enunciado. La creación de definiciones y

esquemas separados para dar eficacia al Protocolo y de distintas políticas internas aplicables a las mismas cuestiones probablemente confundiría la relación entre las categorías de armas de fuego y las normas que las regulan y daría lugar a ineficiencias en razón de la existencia de dos marcos reguladores paralelos.

ii) Cuando la definición de la legislación interna sea más amplia que la del Protocolo

34. Las definiciones de la legislación interna que incluyan una variedad más amplia de armas en la categoría “armas de fuego” estarán en consonancia con el Protocolo siempre que no se omita ninguna de las armas de fuego comprendidas en éste, obviando la necesidad de enmiendas legislativas.

35. No obstante, los legisladores deberían tener presente que, cuando las armas de fuego definidas en una ley interna no se incluyan en la definición del Protocolo, podría ocurrir que otros Estados Parte no estuvieran obligados a colaborar en la localización de armas de fuego que se establece en el Protocolo o a facilitar otras formas de cooperación previstas en distintas disposiciones de la propia Convención. Ello obedece al hecho de que un delito vinculado a un arma que no sea un “arma de fuego” con arreglo a la definición del Protocolo no sería un delito comprendido en éste y, por tanto, no daría lugar a la invocación del párrafo 3 del artículo 1 del Protocolo ni del artículo 3 de la Convención. El único caso en que tal delito permitiría invocar la Convención sería cuando se tratara de un “delito grave” y si se cumplieran los otros requisitos previstos en el artículo 3 de la Convención (véanse el artículo 3 de la Convención (Ámbito de aplicación) y el apartado *b*) del artículo 2 (definición de “delito grave”), que se aplican *mutatis mutandis* al Protocolo).

iii) Cuando las definiciones de la legislación interna se basen en la utilización o en la utilización prevista de las armas de fuego (por ejemplo, armas de fuego para fines militares)

36. Los autores de la legislación deberían observar que en el Protocolo las armas de fuego se definen por sus características físicas o forenses, no por sus características de diseño ni por la aplicación prevista para la que una determinada arma de fuego se ha concebido. Las definiciones de la legislación interna que se basen en ciertas categorías o utilicen calificativos como “militar” o “deportivo o recreativo” no se ajustarán en líneas generales al Protocolo, a menos que aludan también a las características forenses básicas. Por ejemplo, las definiciones y las leyes internas que regulen de forma

diferente las armas de fuego de uso militar y recreativo se conformarían al Protocolo únicamente si la combinación de categorías abarcara toda la variedad de armas de fuego comprendidas en el Protocolo y si la reglamentación menos estricta concordara con la norma mínima establecida en el Protocolo. De lo contrario, probablemente sería menester enmendar las definiciones o los requisitos reglamentarios de fondo.

iv) *Armas de fuego antiguas*

37. Al elaborar o enmendar la definición de “arma de fuego”, los autores de la legislación interna deberían tener presente la forma en que se aborda el tema de las armas de fuego antiguas en sus propias leyes.

38. Las definiciones que prevén la aplicación de la legislación nacional a las armas de fuego fabricadas antes de 1899, aunque son más estrictas que la enunciada en el Protocolo, incluyen todas las armas de fuego abarcadas en el Protocolo y, por consiguiente, estarían en conformidad con él sin requerir enmienda. Como se trata de una norma más estricta que la que se aplica en el Protocolo, los otros Estados Parte no se verían obligados a facilitar cooperación en casos relacionados con armas de fuego que se hayan fabricado antes o en el correr de 1899.

39. Las definiciones existentes en el derecho interno que especifiquen una fecha posterior a 1899, excluyendo de la categoría de armas de fuego las armas de fuego antiguas fabricadas después de esa fecha, no se ajustarían al Protocolo y, por ende, correspondería enmendarlas.

40. También habría que modificar los enunciados en que, en vez de establecerse una fecha precisa, se estipule un número determinado de años para caracterizar las armas de fuego antiguas. Por ejemplo, si con arreglo a la legislación de un país las armas de fuego antiguas son las que tienen 100 años, la definición no se ajustaría a la del Protocolo porque la fecha límite sería posterior a 1899. Aun si el número de años fuera mayor, supongamos 125, con el correr del tiempo la fecha límite dejaría de ser compatible con lo previsto en el Protocolo.

v) *Réplicas*

41. Aparte de la fecha límite, en el Protocolo no figura ningún otro factor que indique el alcance de la expresión “armas de fuego antiguas o sus réplicas”, con lo que la delimitación de su sentido queda reservada al legislador nacional. Sin embargo, en la legislación interna de muchos Estados las armas de fuego antiguas y sus réplicas se someten a un régimen reglamentario me-

nos estricto por considerar que sus prestaciones reducidas las hacen menos peligrosas y, por ese motivo, los legisladores tal vez deseen considerar la posibilidad de aplicar criterios que se centren en las prestaciones de una réplica y no en su apariencia. Por consiguiente, un arma de fuego que se asemejara superficialmente a un arma de fuego antigua pero que hubiera sido dotada de prestaciones muy superiores mediante el empleo de una tecnología inexistente en el momento de la fabricación del arma original no sería considerada una réplica. Por otro lado, una réplica que deba cargarse por la boca al igual que el arma de fuego original, por ejemplo, y tenga la misma potencia de fuego y cadencia de tiro que el original se clasificaría como una réplica. Se recomienda a los legisladores que consulten a ese respecto a peritos forenses y otros expertos en la materia.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

42. Cabe considerar la posibilidad de extender el sentido de “arma de fuego” o el ámbito de la legislación de aplicación del Protocolo para que incluyan algunos tipos de armas militares de mayor tamaño o armas que no sean de fuego. No obstante, debería tenerse presente que las mismas consideraciones acerca de la no obligatoriedad de facilitar cooperación internacional que se enunciaron anteriormente se aplicarían a esas disposiciones.

5. *Recursos de información*

43. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) *Protocolo sobre armas de fuego*

Artículo 1, párrafo 3 (Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional)

Artículo 12, párrafo 4 (Información)

b) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

Artículo 2, apartado b) (Definiciones)

Artículo 3 (Ámbito de aplicación)

Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

c) *Otros instrumentos*

Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, 1997

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2029, No. 35005

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/A-63.html>

Artículo I

Reglamento Modelo para el Control del Tráfico Internacional de Armas de Fuego, sus Partes y Componentes y Municiones, 1997 (Organización de los Estados Americanos)

http://www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/esp/Reglamentos/

ReglamentoModelo/RegModeloIdiomas/ReglArmseng.doc

Artículo 1.3

Documento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre armas pequeñas y armas ligeras, 2000 (A/CONF.192/PC/20)

<http://www.osce.org/docs/spanish/fsc/2000/decisions/fscew231.htm>

Anexo, apéndice, preámbulo

Protocolo sobre el control de las armas de fuego, las municiones y otros materiales relacionados en la región de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, 2001

http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_firearms

Artículo 2

B. “Piezas y componentes”

“Artículo 3

“Definiciones

“Para los fines del presente Protocolo:

“...

“b) Por ‘piezas y componentes’ se entenderá todo elemento o elemento de repuesto específicamente concebido para un arma de fuego e indispensable para su funcionamiento, incluidos el cañón, la caja o el cajón, el cerrojo o el tambor, el cierre o el bloqueo del cierre y todo dispositivo concebido o adaptado para disminuir el sonido causado por el disparo de un arma de fuego;

“...”

1. *Introducción*

44. El término “piezas y componentes” se refiere a una de las tres categorías de materias reguladas por el Protocolo. Las piezas y los componentes de las armas de fuego se incluyeron en el Protocolo para impedir que se soslayaran las disposiciones relativas al desplazamiento transfronterizo de las armas de fuego por el mero recurso de desarmarlas. Con ese fin, la mayoría de los delitos comprendidos en el Protocolo, y los requisitos conexos, con excepción de las disposiciones sobre marcación, se aplican igualmente a las piezas y componentes. La marcación de piezas y componentes se consideró impracticable y no ha sido objeto de requisito alguno en el Protocolo. Se incluye expresamente todo dispositivo “concebido o adaptado para disminuir el sonido causado por el disparo de un arma de fuego”, vale decir, los “silenciadores”, por haberse considerado que las armas de fuego dotadas de un silenciador o una sordina podían aumentar el riesgo para la seguridad pública.

2. *Resumen de los principales requisitos*

45. La definición consta de dos partes:

- a)* Elementos de un arma de fuego; y
- b)* Un accesorio determinado para un arma de fuego: el silenciador.

3. *Requisitos obligatorios*

46. El término “piezas y componentes” se define a efectos de delimitar con claridad su sentido en el Protocolo. No se prevé que la legislación interna contenga una definición, aunque las legislaturas nacionales tal vez estimen necesario adoptar o enmendar las definiciones que aparezcan en sus leyes para garantizar que otros requisitos legislativos se apliquen a todas las materias reguladas en el Protocolo.

a) Principales elementos del artículo

47. En la primera parte de la definición, referida a los “elementos de un arma de fuego”, se excluyen toda pieza y todo componente que no hayan sido concebidos específicamente para un arma de fuego y que no sean indispensables para su funcionamiento. Así, por ejemplo, las piezas pequeñas, como resortes o tornillos mecánicos, quedarían excluidas si se utilizaran corrientemente en otros instrumentos que no fuesen armas de fuego. Se excluirían asi-

misimo los componentes o accesorios como bandoleras o fundas, ya que las armas de fuego funcionan perfectamente sin ellas. Además de la definición general, para mayor claridad, la categoría incluye expresamente los principales elementos de un arma de fuego, a saber, “el cañón, la caja o el cajón, el cerrojo o el tambor, el cierre o el bloqueo del cierre”. La segunda parte de la definición se refiere a los accesorios concebidos o adaptados para disminuir el sonido causado por el disparo de un arma de fuego, denominados comúnmente “silenciadores”.

48. Sin embargo, cabe observar que si bien todos los requisitos y delitos comprendidos en el Protocolo rigen para las armas de fuego, ciertas disposiciones no son obligatorias respecto de las piezas y componentes (por ejemplo, los requisitos de marcación o de registro). Cuando ello sucede, se pone de relieve en la descripción de las disposiciones *infra*.

b) *Aplicación del artículo*

49. En lo que atañe a lo enunciado en la primera parte de la definición (“todo elemento o elemento de repuesto específicamente concebido para un arma de fuego e indispensable para su funcionamiento, incluidos el cañón, la caja o el cajón, el cerrojo o el tambor, el cierre o el bloqueo del cierre”), los autores de la legislación interna podrán limitarse a utilizar la descripción general, confiando en que los tribunales solicitarán en su momento el asesoramiento de peritos forenses, o si no optar por incluir la lista indicativa en aras de la claridad. El último elemento enumerado en la definición (“todo dispositivo concebido o adaptado para disminuir el sonido causado por el disparo de un arma de fuego”) plantea una nueva cuestión. Esos dispositivos están concebidos para ser utilizados con las armas de fuego pero no son indispensables para su funcionamiento y, por consiguiente, habrá que referirse expresamente a ellos en las disposiciones legislativas internas.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

50. Cabe tener presente que en los países en los que se aplican restricciones se ha intentado soslayarlas fabricando y vendiendo “juegos” de piezas con las que se puede armar fácilmente un dispositivo. Al elaborar la definición, los legisladores tal vez deseen tomar en consideración la posibilidad de que se intente desarrollar ese tipo de actividad. Se recomienda a los legisladores que se hagan asesorar por peritos forenses o expertos en esas cuestiones.

5. Recursos de información

51. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) Protocolo sobre armas de fuego

Artículo 8 (Marcación de las armas de fuego)

b) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

c) Otros instrumentos

Reglamento Modelo para el Control del Tráfico Internacional de Armas de Fuego, sus Partes y Componentes y Municiones, 1997 (Organización de los Estados Americanos)

http://www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/esp/Reglamentos/Reglamento Modelo/RegModeloIdiomas/ReglArmseng.doc

Artículo 1.3

C. “Municiones”

“Artículo 3

“Definiciones

“Para los fines del presente Protocolo:

“...”

“c) Por ‘municiones’ se entenderá el cartucho completo o sus componentes, entre ellos las vainas, los cebos, la carga propulsora, las balas o proyectiles utilizados en las armas de fuego, siempre que esos componentes estén de por sí sujetos a autorización en el respectivo Estado Parte;

“...”

1. Introducción

52. La definición de “municiones” establece la tercera categoría de materias reguladas en el Protocolo. De su enunciado se desprende que, por un

lado, es imposible controlar eficazmente las transacciones que suponen la importación, exportación u otro tipo de transferencia de municiones sin someter a algún grado de reglamentación los componentes básicos de las municiones, habida cuenta de que esos componentes pueden transferirse fácilmente en algunos casos para ser ensamblados en el punto de destino. Al mismo tiempo, en vista de la carga reglamentaria y otros factores inherentes al control de componentes inertes que no constituyen riesgo alguno cuando están sueltos, la mayoría de los Estados han evitado reglamentar todos los componentes y muchos de ellos reglamentan únicamente los cartuchos armados. Algunos reglamentan las municiones terminadas y, por razones de seguridad, los cebos y la carga propulsora, que entrañan el riesgo suplementario de explosión o incendio.

2. Resumen de los principales requisitos

53. Por municiones se entenderá:

- a) El cartucho completo; o
- b) El cartucho completo y sus componentes, siempre que éstos ya estén sujetos a autorización en el Estado Parte.

3. Requisitos obligatorios

54. El término “municiones” se define a efectos de delimitar con claridad su sentido en el Protocolo. Si bien no se requiere la definición del término en el derecho interno, las legislaturas nacionales tal vez estimen necesario adoptar o enmendar las definiciones que figuren en las leyes internas para garantizar que otros requisitos legislativos se apliquen a todas las materias reguladas en el Protocolo.

a) Principales elementos del artículo

55. Toda referencia a “municiones” en el Protocolo incluye todos los tipos de municiones terminadas o ensambladas, que generalmente consisten en una vaina de cartucho en la que se coloca un cebo, una carga propulsora y un proyectil (o proyectiles). Conforme a la definición del Protocolo, los Estados deberían, además, aplicar los mismos controles a los componentes, si dichos componentes ya están sujetos a reglamentación en la legislación interna en vigor.

b) *Aplicación del artículo*

56. En muchos casos, la legislación interna de los Estados ya contendrá una definición. Los Estados que aún no dispongan de ella deberían elaborar una definición que, como requisito mínimo, se conforme a la definición del Protocolo. Como se indicó anteriormente, la definición debería referirse en general a todos los tipos de municiones terminadas o armadas. Las municiones están sujetas a los requisitos básicos de importación y exportación previstos en el Protocolo, aunque no se exige que sean marcadas. Se dispone el mantenimiento de un registro de transferencias de municiones sólo “cuando sea apropiado y factible”.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

57. En los Estados en que las piezas constitutivas de las municiones no estén sujetas a requisitos de autorización, los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen recabar el asesoramiento de los organismos encargados de hacer cumplir la ley para determinar si es necesario que extiendan la definición de municiones para incorporar esos elementos. Deberían tener presente que los dos elementos principales de las municiones, la carga propulsora y los cebos, tal vez ya estén reglamentados o ya se haya restringido su uso por tratarse de materiales explosivos y, por consiguiente, no será necesario introducir leyes al respecto.

5. *Recursos de información*

58. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

b) *Otros instrumentos*

Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, 1997

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2029, No. 35005

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/A-63.html>

Artículo I

Reglamento Modelo para el Control del Tráfico Internacional de Armas de Fuego, sus Partes y Componentes y Municiones, 1997 (Organización de los Estados Americanos)

http://www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/esp/Reglamentos/Reglamento%20Modelo/RegModeloIdiomas/ReglArmseng.doc

Artículo 1.3

Protocolo sobre el control de las armas de fuego, las municiones y otros materiales relacionados en la región de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, 2001

http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_firearms

Artículo 2

IV. Medidas de control

A. Introducción

1. *Resumen de las disposiciones*

59. En los artículos siguientes del Protocolo se enuncian los requisitos administrativos necesarios para dar fundamento jurídico a los delitos penales tipificados con arreglo al Protocolo. Habida cuenta de las diferencias de índole jurídica y constitucional entre Estados, la clasificación de esas medidas en legislativas, reglamentarias o administrativas puede variar un tanto. Con todo, el principio es que las medidas constituyan una base suficiente en que se sustente la tipificación de los delitos conexos. Las medidas deben fundarse en una ley (A/55/383/Add.3, párrafo 5) y han de estar en vigor en el momento de la ratificación.

60. El principio rector del Protocolo es controlar los movimientos transfronterizos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y tipificar como delito toda transacción o transferencia que no se ajuste a los requisitos del Protocolo o que no esté excluida del ámbito de aplicación del Protocolo (párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo). Las armas de fuego deben llevar una marca distintiva que permita identificarlas y localizarlas (artículo 8); deben establecerse sistemas de emisión de licencias o autorizaciones de exportación e importación (artículo 10), y deben llevarse registros que posibiliten la ulterior localización de las armas de fuego a partir de la información proveniente de la marcación de las armas de fuego y la emisión de autorizaciones (artículo 7). Además, en el Protocolo se establecen normas de decomiso, incautación y disposición de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que constituyen excepciones a las normas aplicables a otro tipo de bienes que se utilicen para la comisión de delitos o se destinan para ser utilizados con ese fin, conforme se enuncia en los artículos 12 a 14 de la Convención (artículo 6). En el Protocolo también se establecen normas de desactivación de armas de fuego (artículo 9) y se dispone que los Estados consideren la posibilidad de dictar medidas que reglamenten las operaciones de corretaje (artículo 15).

61. Las armas de fuego han de marcarse en cinco situaciones: en el momento de su fabricación, en el momento su importación, en el momento de

su transferencia del inventario de un gobierno, en el momento de su disposición en caso de no ser destruidas y en el momento de su desactivación. Las autorizaciones se requieren en cuatro situaciones, a saber, la importación, la exportación, el tránsito y la fabricación de armas de fuego.

2. Ámbito de aplicación

62. Antes de proceder a examinar los requisitos en materia de control de marcaciones, transferencias y otras transacciones es imprescindible pasar revista al ámbito de aplicación del Protocolo, enunciado en el artículo 4. En el párrafo 1 del artículo 4 se establece el ámbito general de aplicación y en el párrafo 2 se estipulan las excepciones a la aplicación del Protocolo en el caso de ciertas transacciones y transferencias entre Estados y relacionadas con la seguridad nacional (véanse los párrafos 17 a 21 para un examen general del tema).

63. El principio general establecido en el párrafo 1 del artículo 4 del Protocolo es que el instrumento se aplica a la “prevención de la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones” y a “la investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo *cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado*” [se ha agregado la cursiva]. Cabe preguntarse si los calificativos “de carácter transnacional” y “participación de un grupo delictivo organizado” restringen la aplicación de las medidas de control previstas en el Protocolo. No lo hacen, ya que se refieren a la investigación y el enjuiciamiento de delitos, no a su prevención. En el Protocolo se reconoce que a fin de prevenir la fabricación y el tráfico ilícitos un Estado debe establecer un régimen jurídico con un vasto ámbito de aplicación. Esencialmente, a fin de individualizar las transacciones ilícitas, toda transacción debe someterse a examen para diferenciar las legítimas de las que no lo son. Por esa razón las medidas de control han de aplicarse a todas las transacciones, con excepción de las que se mencionan en el párrafo 2 del artículo 4.

64. En el párrafo 2 del artículo 4 se dispone que el Protocolo “no se aplicará a las transacciones entre Estados ni a las transferencias estatales cuando la aplicación del Protocolo pudiera perjudicar el derecho de un Estado Parte a adoptar medidas en aras de la seguridad nacional en consonancia con la Carta de las Naciones Unidas”. En el párrafo 2 se pretendió excluir ciertas transacciones o transferencias en que intervienen Estados. El grado de restricción dependerá de la forma de interpretar las expresiones “transacciones entre Estados” y “transferencias estatales”. Si bien por lo general se reserva

esa facultad de interpretación a los Estados Parte, a los autores del Protocolo les preocupó que la disposición pudiera aplicarse a actividades de índole comercial de los Estados Parte, como las operaciones de las fábricas de armas de fuego de propiedad del Estado o administradas por él. Para aclarar ese punto, en las notas interpretativas se indica que la expresión “transacciones entre Estados” se refiere únicamente a las transacciones efectuadas por los Estados en ejercicio de su soberanía, de lo que se desprende que las transacciones efectuadas por los Estados en calidad de agentes comerciales quedan excluidas³.

B. Marcación

“Artículo 8

“Marcación de las armas de fuego

“1. A los efectos de identificar y localizar cada arma de fuego, los Estados Parte:

“a) En el momento de la fabricación de cada arma de fuego exigirán que ésta sea marcada con una marca distintiva que indique el nombre del fabricante, el país o lugar de fabricación y el número de serie, o mantendrán cualquier otra marca distintiva y fácil de emplear que ostente símbolos geométricos sencillos, junto con un código numérico y/o alfanumérico, y que permita a todos los Estados Parte identificar sin dificultad el país de fabricación;

“b) Exigirán que se aplique a toda arma de fuego importada una marca sencilla y apropiada que permita identificar el país de importación y, de ser posible, el año de ésta, y permita asimismo a las autoridades competentes de ese país localizar el arma de fuego, así como una marca distintiva, si el arma de fuego no la lleva. Los requisitos del presente apartado no tendrán que aplicarse a la importación temporal de armas de fuego con fines lícitos verificables;

“c) Velarán por que, en el momento en que se transfiera un arma de fuego de las existencias estatales a la utilización civil con carácter permanente, se aplique a dicha arma la marca distintiva apropiada que permita a todos los Estados Parte identificar el país que realiza la transferencia.

“2. Los Estados Parte alentarán a la industria de fabricación de armas de fuego a formular medidas contra la supresión o la alteración de las marcas.”

1. *Introducción*

65. En el artículo 8 del Protocolo se exige a los Estados Parte que adopten medidas para garantizar la marcación de las armas de fuego que se fabriquen en sus respectivas jurisdicciones o que se importen.

66. Habida cuenta de que la marca distintiva de un arma de fuego la identifica, permite localizarla y es la base de los registros, muchos Estados consideraron que el requisito de marcación era una disposición fundamental del Protocolo. Cuando se recupera un arma de fuego en el curso de la fabricación o el tráfico ilícitos o en alguna otra circunstancia, el Estado Parte puede cotejar las marcas con la información de sus propios registros y utilizarlas como base para solicitar que se localice esa arma de fuego y, posiblemente, que se le preste asistencia judicial recíproca con arreglo a lo dispuesto en la Convención. (En ésta se prevé la prestación de asistencia también en otras circunstancias, tales como la recuperación de un arma de fuego en el contexto de la comisión de un “delito grave” al que la Convención sea aplicable (apartado *b*) del artículo 2 y artículo 3) o cuando se considere que un arma de fuego se ha utilizado para cometer un delito comprendido en la Convención o se haya destinado para la comisión de tal delito, o cuando pueda considerarse que es el producto derivado de tal delito (artículos 12 a 14). Cuando los Estados de que se trate sean Partes en el Protocolo, los delitos “comprendidos en la Convención” incluirán los tipificados como tales en el propio Protocolo. En virtud del artículo 3 de la Convención, ésta se aplicará a un “delito grave” cuando ese delito sea de carácter transnacional y entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.)

67. Se introdujo el requisito del país importador con el propósito de complementar la marca que se coloca en el momento de la fabricación, marca que ya debería posibilitar la identificación del país de fabricación. Las marcas de importación serán particularmente importantes cuando un arma de fuego haya circulado durante muchos años ya que, gracias a ellas, el proceso de localización se agilizará al posibilitar la identificación del último país al que el arma de fuego se importó. Se estableció una excepción al requisito de marcación de las armas de fuego importadas para permitir que los Estados Parte aligeraran las exigencias reglamentarias impuestas a los particulares que importan o exportan armas de fuego personales para fines recreativos y a las empresas que con frecuencia importan y exportan armas de fuego para fines de mantenimiento o reparación (apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 8 y párrafo 6 del artículo 10).

68. Dado que las armas de fuego de propiedad del Estado pueden llevar marcas diferentes de las que ostentan las que son objeto de comercio, en el

Protocolo se prevén otras disposiciones que regulan la marcación de las armas de fuego que se transfieran de las existencias estatales.

2. Resumen de los principales requisitos

69. En el Protocolo se dispone que los Estados Parte garanticen la marcación apropiada de un arma de fuego en el momento de su:

- a) Fabricación;
- b) Importación; y
- c) Transferencia de las existencias estatales a la utilización civil con carácter permanente.

3. Requisitos obligatorios

a) Principales elementos del artículo

i) *Marcación en el momento de la fabricación*
(artículo 8, párrafo 1, apartado a))

70. Se establecen tres requisitos básicos de marcación en el momento de la fabricación de un arma de fuego. Las marcas deben:

- a) Identificar de forma distintiva cada arma (en combinación con otras características, como la marca de fábrica, el modelo, el tipo y el calibre);
- b) Permitir que toda persona determine el país de origen; y
- c) Permitir que todo experto del país de origen identifique cada arma de fuego.

71. En el apartado a) del párrafo 1 del artículo 8 se prevén dos sistemas distintos de marcación, aunque en la mayoría de los casos los autores de la legislación interna podrán optar sólo por uno. Los Estados en que ya se utilice el segundo sistema, consistente en colocar “cualquier otra marca distintiva y fácil de emplear que ostente símbolos geométricos sencillos, junto con un código numérico y/o alfanumérico”, podrán mantenerlo o seguir utilizándolo. Por el contrario, los Estados en que no se utilice todavía están obligados a limitar las formas de marcación permitidas a “una marca distintiva que indique el nombre del fabricante, el país o lugar de fabricación y el número de serie”. En el caso de esta norma, es importante señalar que la singularidad de la marca puede tener en cuenta otras características distintivas como la marca de fábrica, el modelo, el tipo y el calibre del arma de fuego. Los Es-

tados Parte podrán determinar las características distintivas adicionales que deseen incorporar en los sistemas de marcación y la forma en que lo harán. (Las características suplementarias que utiliza la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) en su Sistema de Interpol para la Búsqueda de Explosivos y Armas (véase el anexo III) podrán servir de inspiración al respecto: las armas de fuego se identifican, además de por el número de serie y otras marcas, por la marca de fábrica, el modelo, el calibre, la longitud del cañón y la potencia de fuego. Cabe tener presente que algunas de esas características tal vez no sean pertinentes o particularmente útiles para algunos tipos de armas de fuego; por ejemplo, la potencia de fuego es un buen elemento identificativo de los revólveres, ya que en su caso el número de tiros se fija al fabricarlos, pero no para muchos otros tipos de armas de fuego que pueden venir equipadas con recámaras separables de distinta capacidad.)

72. Cuando se opte por los símbolos geométricos, las marcas deberán ser suficientemente claras para que los encargados de hacer cumplir la ley de cualquier Estado Parte puedan identificar el país de fabricación a efectos de enviarle una solicitud de localización del arma de fuego. Deben servir también para que los expertos del país de fabricación puedan rastrear el origen del arma de fuego. La expresión “fácil de emplear” significa que ha de ser posible reconocer fácilmente la marcación y que los caracteres o símbolos utilizados deben ser fáciles de leer y de transmitir de un país a otro para que el proceso internacional de localización sea a la vez viable y preciso.

*ii) Marcas que se aplicarán a las armas de fuego importadas
(artículo 8, párrafo 1, apartado b))*

73. Conforme al apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 8, toda arma de fuego importada ha de marcarse con información suplementaria con miras a permitir la ulterior identificación del país de importación y, de ser posible, el año de ésta.

74. Además de la marca de importación, podrá requerirse también otro tipo de marcación. Cuando el arma de fuego no tenga marca de fábrica conforme a los requisitos básicos de marcación previstos en el apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 8, esa marca deberá colocarse también en el arma de fuego importada. Ello puede ser necesario cuando el arma de fuego se importe de un país que no es Estado Parte en el Protocolo o cuando el arma se haya fabricado sin marca alguna antes de la entrada en vigor del Protocolo. Todas las “armas de fuego importadas” han de llevar esas marcas adicionales, lo que supone que el proceso debe haber concluido en general antes de la importación efectiva del arma de fuego. En el Protocolo no se especifica si incumbe al importador o al exportador colocar las marcas adicionales ni en qué etapa

del proceso deben colocarse, de modo que esas decisiones se dejan al arbitrio de los parlamentos nacionales.

75. En general, los legisladores deberán exigir que las armas de fuego importadas lleven las marcas correspondientes, aunque podrán decidir que las armas de fuego que se importen temporalmente “con fines lícitos verificables” queden eximidas del cumplimiento de ese requisito (véase también el párrafo 6 del artículo 10 del Protocolo con respecto a la cuestión de los procedimientos simplificados de importación y exportación previstos en tales casos).

iii) *Marcas distintivas de la transferencia de un arma de fuego de las existencias estatales a la “utilización civil con carácter permanente” (artículo 8, párrafo 1, apartado c))*

76. Conforme a lo dispuesto en el apartado *c*) del párrafo 1 del artículo 8, las armas de fuego que se transfieran de las existencias estatales a la utilización civil con carácter permanente deberán cumplir el mismo requisito básico de llevar una marca distintiva apropiada. Si un arma de fuego no presenta ya el número suficiente de marcas que permitan a todos los Estados identificar el país desde el que se transfiere, deberá marcarse como corresponde en el momento de la transferencia.

77. Cabe señalar aquí que ese requisito no se aplica a las armas de fuego decomisadas que vuelvan a circular en el mercado civil. Tales armas de fuego están sujetas a los requisitos específicos de marcación enunciados en el párrafo 2 del artículo 6.

b) *Aplicación del artículo*

78. Del artículo 8 se desprende que los Estados Parte exigirán que los fabricantes, importadores o exportadores de armas de fuego pongan las marcas necesarias, con una excepción. Del texto del apartado *c*) del párrafo 1 del artículo 8, que trata de la marcación de las armas de fuego que se transfieran de las existencias estatales a la utilización civil con carácter permanente, se deduce que los Estados Parte podrán marcar las armas de fuego por sí mismos o que podrán imponer esa obligación a la parte interesada (“los Estados Parte velarán por que ... se aplique ... la marca distintiva apropiada”).

79. En la mayoría de los Estados, el cumplimiento del requisito de marcación probablemente suponga la elaboración de medidas legislativas y reglamentarias, la delegación de facultades legislativas y medidas administrativas. La delegación de facultades legislativas a ciertos funcionarios puede ser par-

ticularmente útil en ámbitos que requieran frecuentes ajustes como consecuencia de los adelantos de la técnica, siempre que tenga fundamento jurídico.

80. Por ejemplo, mientras que los requisitos básicos de marcación de armas de fuego y los delitos incurridos por no cumplir esos requisitos se establecerían normalmente mediante reglamentaciones dictadas por los legisladores, la facultad de determinar en detalle en qué habrán de consistir las marcas y la forma en que se colocarán podría delegarse en ciertos funcionarios, siempre que las normas, especificaciones u otras disposiciones reglamentarias se elaboren, preparen y publiquen en la forma debida. La aplicación de este criterio permite mantener vigente el imperio de la ley y el principio de legalidad, a la vez que posibilita modificar los requisitos establecidos en función de la evolución de las técnicas de marcación y de los diferentes artículos que requieran marcación. No obstante, cabe señalar que las modificaciones o enmiendas deben efectuarse mediante los mismos procedimientos. (Por ejemplo, en el caso de los requisitos de marcación, los legisladores podrían establecer un requisito básico de la marcación de las armas de fuego y tipificar como delito el incumplimiento de ese requisito y delegar luego en un funcionario la facultad de imponer y enmendar los requisitos reglamentarios en los que se establezcan las normas que determinarán en qué habrán de consistir las marcas, en qué lugar deberán colocarse en cada tipo de arma de fuego y los métodos particulares que deberán utilizarse para colocar la marca en sí. En las notas interpretativas se indica que las “medidas de otra índole” mencionadas en relación con los delitos tipificados con arreglo al Protocolo presuponen la existencia de una ley (A/55/383/Add. 3, párrafo 5).)

81. En cuanto a la importación, no se especifica la persona que debe colocar las marcas correspondientes, sino que se deja al arbitrio de los legisladores la posibilidad de exigir el cumplimiento de ese requisito al fabricante, al exportador o al importador. Habida cuenta de que el exportador por lo general está fuera de la jurisdicción del Estado importador, toda norma que imponga el cumplimiento del requisito a los exportadores adoptaría en general la forma de una disposición en virtud de la cual se prohibiera el ingreso de armas de fuego a menos que ya estuvieran adecuadamente marcadas. Toda norma que imponga el cumplimiento del requisito a los importadores, que sí pertenezcan a la jurisdicción del Estado, consistiría en una disposición que exigiera al importador marcar apropiadamente el arma de fuego en algún momento inmediatamente posterior a la importación y que estableciera que no hacerlo en un cierto plazo constituiría delito. Podría optarse por una combinación de esas dos formulaciones, vale decir, determinar que incumbiría al importador velar por la colocación de las marcas, pero enunciando en términos suficientemente flexibles la disposición de ejecución de ese requisito de modo que fuese posible exigir la marcación tanto al importador como al exportador.

82. En cuanto al contenido en sí de las marcas, según la disposición es posible poner el nombre completo del país o un símbolo distintivo de éste, siempre que ese símbolo tenga difusión suficiente para permitir “identificar el país de importación”. Por ejemplo, en los Estados en que se exigen marcas de prueba como certificación de la seguridad de las armas de fuego, esas marcas pueden servir de marcas de importación si reúnen los requisitos de la disposición.

83. Respecto de las transferencias de un arma de fuego de las existencias estatales a la utilización civil con carácter permanente, en la disposición se establece que los Estados Parte “velarán por que ... se aplique ... la marca distintiva apropiada”. Los Estados Parte podrían cumplir esa obligación imponiendo la observancia de ese requisito, bien a los funcionarios encargados de la disposición de las armas de fuego mediante directivas administrativas, bien a partes ajena al Estado, como los receptores de las armas de fuego, mediante legislación en virtud de la cual se estableciera, por ejemplo, un requisito de marcación y la tipificación como delito del incumplimiento de ese requisito.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

84. Los requisitos de marcación establecidos en el Protocolo tienen carácter de normas mínimas, y los Estados podrán establecer o mantener requisitos que sean más estrictos que los del Protocolo, teniendo presente que en ese caso tal vez no puedan invocarse las disposiciones sobre cooperación previstas en el Protocolo y la Convención. Como criterio general, tal vez convenga revisar periódicamente las normas internas de marcación para ir incorporando en ellas las nuevas técnicas de marcación e identificación de armas de fuego a medida que surjan y sean adoptadas por los organismos de aplicación coercitiva de la ley y las empresas fabricantes. (En el párrafo 2 del artículo 8 del Protocolo se pide a los Estados Parte que alienten a la industria de fabricación de armas de fuego a formular medidas contra la supresión o la alteración de las marcas.)

85. Los legisladores que deseen establecer requisitos de marcación más rigurosos que los del Protocolo y que a la vez sean más confiables y útiles para combatir la fabricación y el tráfico ilícitos podrán optar por distintas soluciones. Podrían dictarse normas legislativas por las que se exigiera la colocación de marcas que tuvieran un grado suficiente de resistencia al paso del tiempo y a los intentos de manipulación. En el caso del método utilizado más comúnmente, la estampación de números o letras en partes metálicas, por ejemplo, podrían determinarse la presión y la profundidad de estampado,

el tamaño y la ubicación de la marca o la índole de las piezas que habrán de estamparse. Podrían incluirse asimismo disposiciones en las que se especificara la forma de las marcas y su ubicación en cada tipo de arma de fuego. En la medida en que esa normalización fuera factible, podría simplificarse el proceso de reconocimiento e interpretación de marcas, por parte de la policía, la aduana y órganos de otra índole, con lo que se incuriría en menos errores y se evitaría la necesidad de impartir capacitación especializada. La disminución de errores redundaría también en una mayor calidad y fiabilidad de los registros previstos en el artículo 7 y podría reducir los gastos que entraña la ratificación y aplicación del Protocolo. Los legisladores tal vez deseen considerar la posibilidad de consultar a peritos forenses y a fabricantes para determinar qué requisitos son viables y la forma de elaborar y establecer normas adecuadas.

86. Los legisladores tal vez deseen especificar más claramente cuándo deben marcarse las armas de fuego, sustituyendo las palabras “en el momento de la fabricación” por una expresión más precisa. Por ejemplo, si se exigiera la marcación del arma de fuego en el momento de su armado y la del cajón o el cañón en el momento de su fabricación, se contrarrestaría el problema de la desviación y el tráfico ilícito de armas de fuego desarmadas. Por motivos análogos, los autores de la legislación interna tal vez deseen considerar la posibilidad de establecer determinados requisitos en los que se especifique qué piezas y componentes de un arma de fuego han de marcarse, a fin de frustrar todo intento de impedir la localización de un arma de fuego consistente en marcar alguna pieza o componente susceptible de retirarse de ella o sustituirse con facilidad. La mayoría de los Estados que han hecho frente a ese problema exigen que se marque la caja o cajón del arma de fuego, en la que se colocan las otras piezas y componentes. Algunos exigen la marcación del cañón en vez de la caja, o de ambas piezas.

87. En lo que atañe a la marcación de armas de fuego importadas, tal vez quepa examinar la viabilidad de regular su marcación con las mismas normas aplicables a las armas de fuego que se fabrican conforme a reglamentaciones internas.

88. Respecto de las armas que se transfieran de las existencias estatales a la utilización civil con carácter permanente, en el Protocolo no se determina en detalle el contenido de las marcas; los legisladores y peritos forenses deberían tener presentes la posible utilización de la información en la localización de un arma de fuego y la índole de las marcas que se apliquen en los tipos de armas de fuego fabricadas para uso estatal y que ulteriormente puedan pasar a manos de particulares. Si el arma de fuego no cumple los requisitos del apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 8, los legisladores deberían considerar la posibilidad de exigir la colocación de marcas que se ajusten a esa norma.

89. Los Estados que deseen imponer requisitos de marcación respecto de algunas piezas y componentes, o marcas como la estampación de culotes o la colocación de conjuntos de marcas que identifiquen parcialmente los lotes de cartuchos o municiones podrán hacerlo aunque no esté previsto en el Protocolo. Cuando los requisitos de marcación de un Estado sean más estrictos que los del Protocolo, los autores de la legislación interna tal vez deseen ampliar el alcance de los delitos de fabricación ilícita correspondientes para abarcar las nuevas situaciones, teniendo presente que no se podrán invocar las disposiciones sobre cooperación internacional respecto de procedimientos de investigación, enjuiciamiento y de otra índole relativos a situaciones que no estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la Convención ni del Protocolo.

5. Recursos de información

90. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) Protocolo sobre armas de fuego

Artículo 3, apartado *d*), inciso *iii*), y apartado *e*) (Definiciones)

Artículo 4 (Ámbito de aplicación)

Artículo 5, párrafo 1, apartados *a*), *b*) y *c*) (Penalización)

Artículo 6, párrafo 2 (Decomiso, incautación y disposición)

Artículo 7 (Registros)

Artículo 10, párrafo 6 (Requisitos generales para sistemas de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito)

Artículo 12, párrafo 4 (Información)

b) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)

Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

c) Otros instrumentos

Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, 1997

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2029, No. 35005
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-63.html>
Artículo VI

Documento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre armas pequeñas y armas ligeras, 2000 (A/CONF.192/PC/20)
<http://www.osce.org/docs/spanish/fsc/2000/decisions/fscsw231.htm>
Anexo, apéndice, sección II

Programa de Acción para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos, 2001

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligera en Todos sus Aspectos, Nueva York, 9 a 20 de julio de 2001 (A/CONF.192/15)

Capítulo IV, párrafo 24, sección II

Protocolo sobre el control de las armas de fuego, las municiones y otros materiales relacionados en la región de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, 2001

http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_firearms

Artículos 5 y 9

C. Sistemas de licencias o autorizaciones

“Artículo 10

“Requisitos generales para sistemas de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito

“1. Cada Estado Parte establecerá o mantendrá un sistema eficaz de licencias o autorizaciones de exportación e importación, así como de medidas aplicables al tránsito internacional, para la transferencia de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

“2. Antes de emitir licencias o autorizaciones de exportación para la expedición de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, cada Estado Parte se asegurará de que:

“a) Los Estados importadores hayan emitido las correspondientes licencias o autorizaciones; y

“b) Los Estados de tránsito hayan al menos comunicado por escrito, con anterioridad a la expedición, que no se oponen al tránsito, sin perjuicio de los acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales destinados a favorecer a los Estados sin litoral.

“3. La licencia o autorización de exportación e importación y la documentación que la acompañe contendrán conjuntamente información que, como mínimo, comprenda el lugar y la fecha de emisión, la fecha de expiración, el país de exportación, el país de importación, el destinatario final, una descripción y la cantidad de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y, cuando haya tránsito, los países de tránsito. La información contenida en la licencia de importación deberá facilitarse a los Estados de tránsito con antelación.

“4. El Estado Parte importador notificará al Estado Parte exportador, previa solicitud, la recepción de las remesas de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que le hayan sido enviadas.

“5. Cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades, las medidas necesarias para garantizar que los procedimientos de licencia o autorización sean seguros y que la autenticidad de los documentos de licencia o autorización pueda ser verificada o validada.

“6. Los Estados Parte podrán adoptar procedimientos simplificados para la importación y exportación temporales y para el tránsito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones para fines lícitos verificables, tales como cacerías, prácticas de tiro deportivo, pruebas, exposiciones o reparaciones.”

1. *Introducción*

91. En virtud del artículo 10 del Protocolo, los Estados Parte deben adoptar medidas para establecer un régimen amplio de control de la importación, la exportación y el tránsito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. En ese régimen se pone de relieve el principio rector del Protocolo, en el sentido de que las armas de fuego y sus elementos afines no pueden importarse ni exportarse sin que todos los Estados tengan conocimiento de las transacciones correspondientes y las aprueben y de que todo incumplimiento al respecto dará lugar a investigaciones, enjuiciamientos y sanciones penales.

2. *Resumen de los principales requisitos*

92. En el Protocolo se requiere que los Estados Parte:

a) Establezcan un sistema para garantizar que las armas de fuego no se exporten a otro país o a través de su territorio si dicho país no ha autorizado la transferencia (párrafos 2 y 4 del artículo 10);

b) Se aseguren de que el contenido de los documentos utilizados en los trámites de importación y exportación baste para corroborar un acto delictivo de tráfico ilícito (párrafo 3 del artículo 10); y

c) Potencien la fiabilidad y seguridad propias de un sistema de importación y exportación (párrafo 5 del artículo 10).

93. En el Protocolo también se permite a los Estados Parte adoptar un procedimiento simplificado para que particulares puedan importar y exportar temporalmente un pequeño número de armas de fuego para uso recreativo (párrafo 6 del artículo 10). (Cabe señalar también que no tendrán que aplicarse marcas adicionales de importación a las armas de fuego que se importen temporalmente con “fines lícitos verificables”, como se establece en el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 8.)

3. Requisitos obligatorios

a) Principales elementos del artículo

94. En el párrafo 1 del artículo 10 se enuncia el requisito básico de instituir medidas de control de las transacciones o transferencias relacionadas con operaciones de importación, exportación o tránsito. No se establece obligación alguna respecto de las actividades de carácter puramente interno.

95. En el párrafo 2 del artículo 10 se dispone que, antes de permitir la exportación de armas de fuego, cada Estado Parte se asegure de que el Estado importador haya emitido las correspondientes licencias o autorizaciones y que los Estados de tránsito hayan comunicado por escrito que tienen conocimiento de ese tránsito y no se oponen a él. No se especifican los medios que los Estados de tránsito y de destino utilizarán para notificar al Estado exportador y es probable que en la mayoría de los casos la carga de probar que disponen de las autorizaciones requeridas recaiga en los particulares que intervengan en la transacción. Se exigirá que el exportador o el importador, o ambos, obtengan la documentación necesaria de los países de tránsito y de destino y la entreguen a las autoridades a las que se solicita el permiso de exportación.

96. No se prevé ninguna obligación automática de notificar o verificar directamente los documentos o transferencias, aunque se exige al Estado importador que, previa solicitud, notifique al Estado exportador la recepción de una remesa autorizada (párrafo 4 del artículo 10). En líneas más generales, se exige a los Estados Parte que garanticen que los procedimientos sean seguros y que la autenticidad de los documentos de licencia o autorización pueda ser verificada o validada (párrafo 5 del artículo 10).

97. En el párrafo 3 del artículo 10 y en el artículo 7 se establecen los requisitos básicos mínimos correspondientes a la documentación de importación y exportación. Esencialmente, en los documentos debe constar la información siguiente: las marcas aplicadas en las armas de fuego de conformidad con el artículo 8; las fechas de emisión y expiración de las licencias o autorizaciones correspondientes; el lugar de emisión de los permisos o autorizaciones correspondientes; los países intervenientes, incluidos los países de importación, de exportación y de destino final y, de haberlos, los países de tránsito; una descripción de los artículos importados o exportados, y la cantidad de artículos importados o exportados.

98. En el párrafo 6 del artículo 10 se permite (aunque no se exige) a los Estados Parte que establezcan una excepción parcial a los requisitos por lo demás aplicables de licencias o autorizaciones cuando se trate de importaciones temporales o de artículos importados para fines lícitos verificables, tales como el uso recreativo.

b) *Aplicación del artículo*

99. En la mayoría de los Estados se requerirán disposiciones legislativas para establecer el marco básico de licencias o autorizaciones previsto en los párrafos 1 y 2 del artículo 10. Cuando ya existan regímenes de control de las importaciones y exportaciones, tal vez resulte necesario promulgar leyes para extender su aplicación a las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y a todo otro requisito específico del Protocolo que todavía no esté comprendido en ellos. Será importante en general que el procedimiento relativo a las licencias o autorizaciones tenga un fundamento jurídico claro, no sólo para garantizar su cumplimiento, sino también porque el incumplimiento de alguno de los aspectos del procedimiento constituirá un delito penal.

100. En general, también deberán promulgarse medidas legislativas para dar a ciertos funcionarios las facultades requeridas para examinar los documentos de importación y exportación y, si procede, de tránsito prescritos por ley y emitirlos o denegar su emisión. Ese objetivo podrá alcanzarse, bien creando nuevas oficinas, bien enmendando las leyes a fin de ampliar la competencia de determinados funcionarios. También debería preverse el otorgamiento de facultades para dejar sin efecto los documentos de importación, exportación y tránsito y la instauración de un recurso de apelación en casos de denegación de la expedición o de revocación de dichos documentos.

101. Para determinar la amplitud real de las facultades discrecionales que se delegarán en determinados funcionarios, cabe tener en cuenta varios puntos. En general, cuando las facultades discrecionales son amplias se facilitan

las transferencias, aunque también puede favorecerse la comisión de actos de corrupción o de otros actos que son incompatibles con el Protocolo o con los criterios de política general que establezca cada país en materia de emisión o denegación de permisos. En las disposiciones que se dicten podría establecerse simplemente que los funcionarios han de basar sus decisiones en determinados criterios o, si los criterios son suficientemente claros, podría prohibirse sencillamente la emisión de los documentos solicitados si no se cumplen ciertos criterios. Por lo corriente se adopta el último enfoque cuando se trata de establecer nexos con los controles internos. Por ejemplo, se puede prohibir simplemente a los funcionarios que autoricen la importación de un arma de fuego, a menos que se hayan iniciado o terminado los trámites de obtención de permisos previstos en el derecho interno para poseer legalmente dicha arma de fuego tras su importación.

102. A fin de garantizar que los países importadores y de tránsito reciban notificación de las transferencias propuestas o pendientes, será necesario establecer canales de comunicación. Sin embargo, queda al arbitrio de los Estados Parte que aplican las disposiciones del Protocolo determinar si el Estado Parte o el exportador será responsable de obtener las autorizaciones requeridas del Estado importador y del Estado de tránsito, o si la responsabilidad será compartida, vale decir, el exportador obtiene la autorización del importador (por conducto del importador) y el Estado de exportación se comunica con el país de tránsito para cerciorarse de que éste no se opone a la transacción.

103. También será necesario elaborar un formulario a fin de tramitar los documentos de importación y exportación y de consignar la información requerida en el párrafo 3 del artículo 10. A continuación se describen los tipos de formularios que podrían necesitarse en función de los distintos elementos previstos en el Protocolo.

a) Uno o más formularios de solicitud de licencias que permitieran al solicitante cumplir su obligación básica de proporcionar la información requerida sobre la transacción. Si se utilizara un formulario legalmente obligatorio, la omisión de un dato que se exigiera en un formulario de solicitud significaría que el documento incompleto no constituiría una solicitud formalmente válida del permiso o autorización requeridos. Tal solicitud no podría ser legítimamente aceptada por la autoridad competente y su negativa a hacerlo no sería un acto discrecional de dicha autoridad ni tampoco una decisión recurrible ante un tribunal administrativo o judicial. Si el suministro de información falsa o equívoca también constituyera delito, el acto de llenar el formulario serviría igualmente de motivo de enjuiciamiento. La prescripción y concepción de un formulario en el que se precisen claramente los requisitos de información contribuyen a probar el elemento de

intencionalidad de tales delitos. La incorporación en el propio formulario de una advertencia sobre el delito y el riesgo consecuente de enjuiciamiento también tendría mayor fuerza disuasiva y contribuiría a probar la intención. Habida cuenta de que los principios de política general que rijan la exportación o la importación de armas de fuego probablemente sean diferentes, tal vez convendría que los importadores y exportadores tuvieran que llenar formularios distintos;

b) Una licencia o autorización oficial de importación o exportación de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. Este tipo de documento es necesario no sólo para cumplir el requisito del artículo 10, sino también en apoyo de la tipificación como tráfico ilícito de las importaciones y exportaciones que se efectuaren sin esos documentos (apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 5 y apartado *e*) del artículo 3). En general, el permiso servirá de prueba ante los funcionarios nacionales de que se han aprobado determinadas importaciones o exportaciones y, tratándose de un permiso de importación, para certificar ante el gobierno exportador que se ha autorizado la importación de determinadas remesas. El permiso puede servir también como medio de notificación y base de análisis de los Estados de tránsito, si los hubiere, como se prevé en el apartado *b*) del párrafo 2 del artículo 10. En función de la información suplementaria que se recabe y de la estructura de la legislación interna y los sistemas de registro, podrían utilizarse bien formularios independientes para las armas de fuego completas, sus piezas y componentes, y para las municiones, bien un único formulario unificado. El propio formulario o la información que contenga constituirán a la larga los registros previstos en el artículo 7 y servirán de base en su momento para localizar las armas de fuego de que se trate y prestar asistencia a otros Estados con ese mismo fin, según lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 12. La elaboración de formularios con características difíciles de falsificar, alterar o adulterar de algún otro modo apoyaría también la conformidad con los requisitos de seguridad enunciados en el párrafo 5 del artículo 10;

c) Como el Protocolo no se refiere a la utilización de medios electrónicos ni de las telecomunicaciones para transmitir formularios u otro tipo de información entre Estados, queda la posibilidad de utilizar esas tecnologías, siempre que los Estados intervenientes tengan la capacidad de hacerlo y adopten las medidas de seguridad correspondientes. Los medios electrónicos deberían ser capaces de producir documentos impresos auténticos cuando fuera necesario. (Si bien este aspecto no se trata expresamente en el Protocolo, en la Convención constituye un requisito expreso para los formularios de solicitud general de asistencia judicial recíproca (véase el párrafo 14 del artículo 18 de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 450 a 499).);

d) Tal vez se necesiten también formularios mediante los que se solicite y conceda autorización para el envío de remesas en tránsito. En el apartado *b*) del párrafo 2 del artículo 10 se prohíbe la emisión de una licencia o autorización si la expedición propuesta ha de hacerse a través de un Estado de tránsito y ese Estado no ha sido notificado y no ha dado su aprobación por escrito. Si bien podría procederse caso por caso, los Estados que aspiren a uniformar los procedimientos y a disminuir las facultades discrecionales o que administren volúmenes relativamente grandes de remesas en tránsito tal vez deseen establecer formularios normalizados jurídicamente vinculantes para la presentación de solicitudes y la autorización de remesas en tránsito. La prescripción por ley de tales formularios inspiraría mayor confianza en los países que deciden sobre el otorgamiento de licencias en función de tales autorizaciones, en particular si se establece algún mecanismo que permita la verificación rápida del formulario. Las medidas de ese tipo también aumentarían el grado de seguridad a que se refiere el párrafo 5 del artículo 10 y contribuirían a reducir los gastos.

104. Para cumplir con el requisito de que el Estado importador confirme la recepción de las remesas (párrafo 4 del artículo 10), tal vez sea necesario designar a un funcionario en particular con esa finalidad.

105. Si bien la validación a solicitud del interesado es el requisito mínimo para estar en conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 10, podría establecerse también un mecanismo mediante el cual se notificara automáticamente a los Estados importadores o de tránsito indicados como tales en una solicitud de licencia de exportación. Los Estados podrían requerir la presentación de los originales o de copias autenticadas de la documentación original. La notificación podrá ser cursada por el punto de contacto central previsto en el párrafo 2 del artículo 13 del Protocolo, o por otro funcionario. Si el funcionario designado como punto de contacto central no es la autoridad que habrá de verificar o validar los formularios y confirmar la recepción efectiva de las transferencias, el punto de contacto central debería estar preparado para identificar al funcionario correspondiente y, cuando fuera posible, deberían establecerse canales directos de comunicación mediante disposiciones legislativas o administrativas. (Cabe observar que en la Convención y en el Protocolo se dispone la designación de otros puntos de contacto. En general, las autoridades centrales previstas en el párrafo 13 del artículo 18 de la Convención y los puntos de contacto previstos en el párrafo 2 del artículo 13 del Protocolo serán los departamentos u organismos encargados de hacer cumplir la ley o las fiscalías. Por otra parte, las autoridades encargadas de tramitar y verificar las transferencias de importación y exportación de armas de fuego probablemente tengan funciones de control aduanero o, en algunos casos, sean órganos de seguridad o defensa.)

106. Si los legisladores nacionales decidieran establecer una excepción parcial a los requisitos por lo demás aplicables de obtención de una licencia o autorización cuando la importación sea temporal y para fines lícitos verificables, como es el caso del uso recreativo de un arma de fuego de conformidad con el párrafo 6 del artículo 10, habría que enmendar las disposiciones de fondo y de procedimiento que rijan la emisión de licencias o autorizaciones.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

107. La incorporación en la legislación interna de los requisitos enumerados en los artículos 7 y 10 del Protocolo es indispensable para prestar conformidad a éste, pero como esas disposiciones representan normas mínimas, los Estados también podrán imponer requisitos suplementarios si lo desean. Al hacerlo deberán tener presente que no podrán invocar las diversas disposiciones sobre cooperación internacional respecto de la investigación, el enjuiciamiento u otros procedimientos relacionados con actividades que no estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la Convención ni del Protocolo.

108. En el Protocolo no se imponen restricciones sobre las armas de fuego con miras a la realización de un control interno ni se establecen criterios de importación y exportación para fines de seguridad o de limitación de armamentos. Ahora bien, cuando en un Estado existan tales controles y restricciones, los autores de la legislación interna deberían velar por que las leyes de aplicación del Protocolo sean compatibles con las políticas o la legislación vigentes en la materia y por que las medidas administrativas sean coherentes. El Protocolo opera primordialmente mediante la autorización de transacciones y transferencias, por lo que la vinculación entre las medidas dispuestas en él y las medidas del ordenamiento interno generalmente adoptaría la forma de criterios legislativos o administrativos aplicables para estructurar o restringir las facultades discretionales de la autoridad encargada de determinar si emitirá o no la autorización de importación o exportación requerida. A continuación se describen algunas de las vinculaciones que deberían tenerse en cuenta:

- a) La denegación de licencias o autorizaciones a particulares o grupos conocidos por sus actividades delictivas internas o transnacionales o que tengan antecedentes penales en la materia;
- b) La denegación de licencias o autorizaciones cuando la fabricación, transacción o transferencia propuesta plantea problemas de delincuencia interna, sea cual fuera su índole;

c) La denegación de licencias o autorizaciones cuando no se hayan cumplido los requisitos legales de otorgamiento u otro tipo de control interno (por ejemplo, podría facultarse a un funcionario para que denegara un permiso de importación, o imponerle la obligación de hacerlo, si no existen pruebas de que se pretende importar las armas de fuego para un vendedor o un propietario particular habilitado conforme al derecho interno o para exportarlas con arreglo a lo dispuesto en el Protocolo);

d) La denegación de licencias o autorizaciones cuando el destino previsto de los artículos u otros factores indiquen que aquéllos se utilizarán en un conflicto armado o en un movimiento insurgente en curso o en gestación o que contribuirán a agravarlo (véase, por ejemplo, el apartado *b*) del párrafo 2 de la sección III del documento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre armas pequeñas y armas ligeras (A/CONF.192/PC/20, anexo, apéndice), en el que se enumeran algunos criterios sustantivos de denegación de una autorización de exportación, tales como la utilización de las armas en un conflicto existente o en cierres o su posible empleo en la supresión de derechos humanos);

e) La denegación de licencias o autorizaciones cuando el permiso de fabricación, transacción o transferencia suponga quebrantar o infringir alguna obligación jurídica extrínseca de carácter internacional, tal como otro tratado o un embargo impuesto por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (además de originarse en compromisos jurídicos impuestos por el Consejo de Seguridad, las obligaciones podrían dianar de otros tratados bilaterales y regionales, como la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados⁴);

f) La denegación de licencias o autorizaciones cuando la fabricación, transacción o transferencia propuesta pudiere plantear problemas de seguridad nacional al propio Estado Parte, por ejemplo, si las transferencias se destinaran a posibles enemigos o a enemigos de los aliados del país.

109. Si bien el Protocolo no requiere que se celebren consultas internas o deliberaciones antes de decidir sobre si se emitirá o no una licencia o autorización, al crear la legislación para otorgar las facultades necesarias, los legisladores tal vez deseen garantizar que se tengan en cuenta diversos intereses importantes en el seno del gobierno. Aunque los organismos o intereses concretos podrán diferir de un Estado a otro, en la mayoría de los casos relativos a armas de fuego o artículos afines, los intereses pertinentes se relacionarán con los de departamentos u organismos cuyas esferas de competencia son la

⁴Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2029, No. 35005.

lucha contra la delincuencia, los régímenes de importación y exportación, los régímenes comercial y tributario, la seguridad nacional y cuestiones de política internacional (embargos). Podría crearse un grupo interinstitucional para llevar adelante un proceso de consulta a este respecto.

110. El Protocolo tampoco contiene ningún requisito expreso de que los Estados Parte elaboren formularios independientes para acompañar las remesas de armas de fuego, sus piezas y componentes o municiones o de que exijan la utilización de esos formularios, aunque en virtud del párrafo 3 del artículo 10 los requisitos básicos de contenido a los que deben ajustarse las licencias o autorizaciones de exportación e importación se aplican también a “la documentación que [las] acompañe”. En la mayoría de los régímenes de control de exportaciones e importaciones se exige el envío de copias o duplicados tanto con la propia remesa como por separado y la consignación en ellos de información precisa sobre el contenido de cada remesa, de modo que la exactitud de los documentos y el contenido de la remesa puedan verificarse por cotejo y determinarse así si han sufrido manipulaciones o ha habido alguna desviación entre los puntos de origen y de destino. Una forma de poner en práctica esos tipos de régímenes consistiría bien en establecer que las copias de los permisos de exportación e importación se transmitan de las aduanas de los países de origen y de destino tanto con la remesa como por separado con antelación, bien en disponer la emisión de documentos independientes que contengan la misma información básica y se adjunten a las remesas, de modo que la propia remesa pueda cotejarse con los documentos al llegar y antes de su entrega al importador. Se podrían emplear también formularios y medios de transmisión electrónicos, cuando se disponga de la infraestructura técnica necesaria. (Como se señaló anteriormente, en la disposición correspondiente de la Convención (párrafo 14 del artículo 18) se prevé que habrá de ser posible obtener documentos impresos a partir de los formularios electrónicos cuando sea necesario, requisito importante a la hora de efectuar transmisiones precisas a los Estados Parte que no utilicen formularios electrónicos (véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 450 a 499).)

111. Si bien en el Protocolo se requiere que sólo los países de tránsito no se opongan a la circulación de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones a través de su territorio, los Estados tal vez deseen considerar la posibilidad de crear por razones de coherencia y para impedir la producción de documentación falsa, una licencia o autorización por la que se permita la circulación en tránsito. La existencia de ese tipo de formularios promueve la seguridad.

112. En el apartado *c*) del párrafo 1 del artículo 15 del Protocolo, que no es obligatorio, se invita a los Estados Parte a que exijan que se consigne en los

documentos de importación y exportación correspondientes la identidad de los corredores, si los hubiere, que intervengan en una transacción o transferencia en particular. Puede que el requisito de hacer constar la participación e identidad de los corredores en las licencias o autorizaciones que puedan establecerse conforme al artículo 10 exija que las facultades legislativas necesarias para imponer la utilización de tales documentos sean suficientemente amplias para abarcar la imposición de todo otro requisito suplementario que pudiere aplicarse a las transacciones o transferencias en que intervengan corredores. La consignación de operaciones de corretaje en las licencias o autorizaciones supondrá en general que se las haga constar también en los formularios de solicitud.

113. Otro elemento que los legisladores tal vez deseen examinar se refiere a los procedimientos simplificados para la importación o exportación temporales que los Estados podrán adoptar con arreglo al párrafo 6 del artículo 10. La legislación por la que se establezcan procedimientos simplificados de importación o exportación temporales para fines lícitos verificables, tales como cacerías, prácticas de tiro deportivo, pruebas, exposiciones o reparaciones, podría disponer la creación de un conjunto paralelo de formularios (por ejemplo, formularios de solicitud y de permiso) y de criterios y procedimientos de emisión, o la ampliación o adaptación de los formularios principales para poder utilizarlos con ese fin. Podría disponer asimismo la adopción de procedimientos acelerados, tales como permitir que agentes de control emitieran licencias en puestos fronterizos en el momento en que las mercancías cruzaran efectivamente la frontera o en el lugar de embarque o recepción, después de que hayan ingresado en un país.

114. Para garantizar la integridad de los controles internos y facilitar la localización de las armas de fuego prevista en el Protocolo, los autores de la legislación interna por la que se creen procedimientos simplificados de importación y exportación temporales deberían disponer que la información básica identificativa de las armas de fuego y de los importadores o exportadores se consignara en los formularios. Tal vez deseen considerar, además, la posibilidad de incluir disposiciones que limitaran el tiempo de permanencia en el país de las armas de fuego que se hayan importado temporalmente y salvaguardias que previeran la reexportación de tales armas de fuego al Estado de origen. La exportación a un Estado que no fuera el Estado de procedencia de las armas de fuego importadas temporalmente podría bien tipificarse como delito, bien incluirse en la categoría general de delitos de tráfico ilícito. Los legisladores podrían exigir también pruebas de que la transacción se efectúa con fines lícitos verificables. En este caso, por ejemplo, podría pedirse un permiso de caza como prueba de que la persona exporta o importa un arma de fuego para cazar.

5. Recursos de información

115. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) *Protocolo sobre armas de fuego*

Artículo 3, apartado *e*) (Definiciones)
Artículo 4 (Ámbito de aplicación)
Artículo 5, párrafo 1, apartado *b*) (Penalización)
Artículo 7 (Registros)
Artículo 8, párrafo 1, apartado *b*) (Marcación de las armas de fuego)
Artículo 11, apartado *a*) (Medidas de seguridad y prevención)
Artículo 13, párrafo 2 (Cooperación)
Artículo 15 (Corredores y corretaje)

b) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)
Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

c) *Otros instrumentos*

Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, 1997

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2029, No. 35005
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-63.html>
Artículo IX

Reglamento Modelo para el Control del Tráfico Internacional de Armas de Fuego, sus Partes y Componentes y Municiones, 1997 (Organización de los Estados Americanos)
http://www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/esp/Reglamentos/Reglamento Modelo/RegModeloIdiomas/ReglArmseng.doc
Capítulos I a III

Documento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre armas pequeñas y armas ligeras, 2000 (A/CONF.192/PC/20)

<http://www.osce.org/docs/spanish/fsc/2000/decisions/fscsw231.htm>
Anexo, apéndice, sección III

Programa de Acción para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos, 2001

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos, Nueva York, 9 a 20 de julio de 2001 (A/CONF.192/15)

Capítulo IV, párrafo 24, sección II

Protocolo sobre el control de las armas de fuego, las municiones y otros materiales relacionados en la región de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, 2001

http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_firearms

Artículo 5

Directrices sobre prácticas recomendadas para las exportaciones de armas pequeñas y ligeras del Acuerdo de Wassenaar sobre el control de las exportaciones de armas convencionales y de bienes y tecnologías de uso dual, 2002

<http://www.wasenaar.org/>

D. Registros

“Artículo 7

“Registros

“Cada Estado Parte garantizará el mantenimiento, por un período no inferior a diez años, de la información relativa a las armas de fuego y, cuando sea apropiado y factible, de la información relativa a sus piezas y componentes y municiones que sea necesaria para localizar e identificar las armas de fuego y, cuando sea apropiado y factible, sus piezas y componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos, así como para evitar y detectar esas actividades. Esa información incluirá:

“a) Las marcas pertinentes requeridas de conformidad con el artículo 8 del presente Protocolo;

“b) En los casos que entrañen transacciones internacionales con armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, las fechas de emisión y expiración de las licencias o autorizaciones correspondientes, el país de exportación, el país de importación, los países de tránsito, cuando proceda, y el receptor final, así como la descripción y la cantidad de los artículos.”

1. *Introducción*

116. En el artículo 7 del Protocolo se establece la obligación básica en materia de registros, consistente en garantizar el mantenimiento de registros con información suficiente que permita la ulterior localización de las armas de fuego. Por el término “localización” se entiende “el rastreo sistemático” de las armas de fuego desde el fabricante al comprador, como se indica en el apartado *f*) del artículo 3.

2. *Resumen de los principales requisitos*

117. El Protocolo dispone que los Estados Parte:

- a)* Mantengan registros de armas de fuego por un período no inferior a 10 años; y
- b)* Mantengan registros de las marcaciones de las armas de fuego y de la información relacionada con el traslado internacional de armas de fuego.

118. Los Estados Parte también deberán mantener registros de la información relativa a las piezas y componentes y municiones, pero sólo cuando ello sea “apropiado y factible”.

3. *Requisitos obligatorios*

a) Principales elementos del artículo

119. En el artículo 7 se especifica que los registros deben mantenerse por un período no inferior a 10 años. Habida cuenta de que no se determina ninguna fecha de inicio del período, éste comenzaría con cada acto que el registro en cuestión documente: la fabricación de un artículo o una determinada transacción o transferencia (importación, exportación o tránsito). Aunque el mínimo exigido es 10 años, podrá disponerse que el plazo dure más.

120. En tanto que es obligatorio mantener registros de “armas de fuego” completas, los registros de piezas, componentes y municiones han de llevarse sólo “cuando sea apropiado y factible”. Si bien los autores del Protocolo consideraron en general que convenía llevar tales registros, se reconoció que la consignación de anotaciones detalladas, en particular de cada pieza y componente, plantearía problemas técnicos de identificación de las marcas distintivas y entrañaría comprometer recursos de los que la mayoría de los países no disponen.

121. En el artículo 7 se especifican dos elementos, uno de los cuales se aplica a todas las armas de fuego que estén en el territorio del Estado Parte de que se trate (apartado *a*)) y el otro, únicamente a las armas de fuego que también sean objeto de transacciones internacionales (apartado *b*)). El requisito básico de mantenimiento de registros aplicable a todas las armas de fuego, enunciado en el apartado *a*), consiste simplemente en que en el registro se consignen “las marcas pertinentes” requeridas con arreglo al Protocolo. En el apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 8 se exige que tales marcas incluyan “...el nombre del fabricante, el país o lugar de fabricación y el número de serie”. Otro posible procedimiento previsto es que los Estados que ya cuenten con esos sistemas sigan utilizando “...otra marca distintiva y fácil de emplear que ostente símbolos geométricos sencillos, junto con un código numérico y/o alfanumérico, y que permita a todos los Estados Parte identificar sin dificultad el país de fabricación”. De lo anterior se desprende que debe crearse un registro básico para cada arma de fuego en el momento de su fabricación o de su importación (cuando no se haya colocado una marca distintiva en el arma de fuego en el momento de fabricarla), en el que se haga constar cuál de los dos sistemas de marcación se ha utilizado y toda la información requerida aplicable a ese sistema.

122. Además de la información identificativa de cada arma de fuego, en el apartado *b*) del artículo 7 se requieren otros registros para las armas de fuego que sean objeto de transacciones internacionales. En el párrafo 3 del artículo 10 y en el apartado *b*) del artículo 7 se determina la información que debe incluirse en la documentación de importación y exportación. Esta información comprenderá, en general, detalles suficientes que permitan a los países que participen en la transacción identificar los otros países intervenientes, a cada importador y exportador, los artículos que hayan motivado la solicitud de documentos de importación y exportación, así como determinar el período de validez de la licencia o autorización correspondiente. Debe identificarse al “destinatario final”, independientemente de que haya intervenido o no en la transacción en sí. El requisito de documentar la “descripción y la cantidad” de los artículos de que se trate consistirá, en el caso de las armas de fuego completas, en consignar la misma información que se prevé en el apartado *a*) del artículo 7.

b) Aplicación del artículo

123. La formulación “garantizará el mantenimiento de [registros]” en el enunciado del requisito tiene por objeto incluir los dos sistemas básicos de registro que muchos países utilizan en la actualidad. En algunos, el sistema consiste en que el propio Estado mantenga en un lugar centralizado los

registros, que se componen de información recopilada por él mismo (por ejemplo, la emanada de inspecciones) o proporcionada por quienes fabrican o transfieren armas de fuego (por ejemplo, la consignada en los formularios de solicitud de licencias). Otros Estados cuentan con sistemas consistentes en exigir a quienes fabrican o transfieren armas de fuego que lleven y conserven registros, que habrán de facilitarse cuando se necesiten para localizar un arma de fuego y, en muchos casos, para llevar a cabo inspecciones de rutina.

124. Si bien no se requieren registros informatizados, no cabe duda de que la utilización, cuando sea viable, de formas de registro automatizadas contribuirá a que los países cumplan su obligación de responder con prontitud a las solicitudes de localización de un arma de fuego conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 12.

125. Desde el punto de vista práctico, cabe señalar que el requisito básico de que se incluya únicamente el nombre del fabricante, el país o lugar de fabricación y el número de serie tal vez no baste para identificar inequívocamente un arma de fuego en un registro, habida cuenta de que a los distintos tipos de armas de fuego (por ejemplo, un rifle y una pistola o un revólver del mismo fabricante) puede corresponderles el mismo número de serie. Así pues, otras características, como la marca de fábrica, el modelo y el tipo de arma de fuego, también son pertinentes en estos casos. Se recomienda consultar a los peritos forenses nacionales acerca de cómo formular exactamente la disposición correspondiente, teniendo presente que el requisito básico del artículo 7 (Registros) y del artículo 8 es la identificación y la localización de un arma de fuego y en ambos casos se requiere que la información baste para identificar cada arma de fuego con exclusión de todas las demás. (Como se señaló anteriormente, las características complementarias que utiliza la Interpol en su Sistema de Interpol para la Búsqueda de Explosivos y Armas, en el que las armas de fuego se identifican, además de por el número de serie y otras marcas, por la marca de fábrica, el modelo, el calibre, la longitud del cañón y la potencia de fuego, podrán servir de inspiración siempre que se tenga presente que algunas de esas características tal vez no sean pertinentes o particularmente útiles para algunos tipos de armas de fuego. Por ejemplo, la potencia de fuego es un buen elemento identificativo de los revólveres, ya que en este caso el número de tiros se fija al fabricarlos, pero no para muchos otros tipos de armas de fuego que pueden venir equipadas con recámaras separables de distinta capacidad.)

126. El artículo 7 no contiene ninguna disposición general sobre la creación de registros de armas de fuego que han sido destruidas. En el párrafo 2 del artículo 6, en cambio, sí se requiere la constitución de registros cuando se disponga de armas de fuego o municiones decomisadas que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos.

127. En el párrafo 6 del artículo 10 se permiten los “procedimientos simplificados” en caso de importación o exportación temporales de armas de fuego, sus piezas y componentes o municiones, procedimientos que pueden entrañar requisitos de registro que difieran de los que se aplican a las transacciones de carácter permanente. Ahora bien, debe procurarse formular esos procedimientos de tal forma que no socaven los principios básicos del Protocolo. Por ejemplo, debería delimitarse la extensión del período de “importaciones temporales”. Si una transacción se llevara a cabo en el espacio de tiempo fijado, no sería necesario mantener el registro por un período completo de 10 años, como se dispone en el artículo 7, aunque únicamente si las armas de fuego se reexportaran al mismo país del que se importaron temporalmente en un principio. En tal caso, en el curso de operaciones posteriores de localización no se detectarían las exportaciones temporales ni las reimportaciones, aunque sí se localizaría el arma de fuego en el país apropiado. No obstante, si no se mantuvieran registros completos por el período establecido de 10 años, en el supuesto de que se permitieran las reexportaciones a terceros países, la realización de una reexportación de esta índole haría nacer, efectivamente, una nueva transacción que no podría rastrearse en el futuro. Por consiguiente, para que al optar por procedimientos simplificados en caso de importaciones temporales no se obstaculice la localización de las armas de fuego, en la legislación interna debería exigirse que los registros se conserven hasta que la reexportación del arma de fuego se haya confirmado. Otra posibilidad sería disponer, como forma de garantizar que las armas de fuego pudieran localizarse ulteriormente, que en tales casos correspondería observar todos los requisitos de mantenimiento de registros.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

a) *Delitos*

128. Convendría, en general, que los Estados que se propongan llevar por sí mismos los registros consideraran la posibilidad de establecer requisitos destinados a garantizar la fidelidad de la información que se les proporcione y tipificar los delitos pertinentes en caso de incumplimiento. Los Estados que exijan a otros el mantenimiento de registros, en cambio, deberían considerar la posibilidad de tipificar los delitos y otros requisitos para garantizar que los registros se mantengan efectivamente, sean exactos y se faciliten cuando se necesiten para localizar armas de fuego o realizar algún otro tipo de investigación. En el último sistema también será menester garantizar en general que las sanciones por incumplimiento de los requisitos de registro sean las mismas que las que se imponen en caso de fabricación o tráfico ilícitos, para

que los delincuentes no recurran al expediente de destruir los registros como forma de impedir su inculpación por los principales delitos, más graves, tipificados con arreglo al Protocolo.

b) Período durante el que han de llevarse registros

129. En el artículo 7 se especifica que los registros deberán mantenerse por un período no inferior a 10 años (apartado *a*) del artículo 7 del Protocolo y párrafo 3 del artículo 34 de la Convención) y que los Estados Parte podrán imponer plazos más largos si lo desean. Teniendo presente la durabilidad de las armas de fuego, los legisladores tal vez deseen optar por la segunda posibilidad, cuando sea viable.

c) Armas de fuego destruidas o desactivadas

130. Las normas de desactivación enunciadas en el artículo 9 del Protocolo tienen por objeto garantizar que las armas de fuego desactivadas no se reacondicionarán para volver a usarlas después de que se hayan destruido los registros correspondientes. No obstante, como salvaguardia adicional contra la reactivación ilícita, los legisladores podrían considerar la posibilidad de exigir que los registros de armas de fuego destruidas o desactivadas se conservaran otros 10 años, después de la fecha de destrucción o desactivación. Aunque ello no se requiera expresamente en el Protocolo, tal requisito ayudaría a la localización de las armas de fuego que hubieran sido reactivadas.

d) Piezas y componentes

131. Algunos países tal vez deseen considerar la posibilidad de exigir el mantenimiento de registros de piezas y componentes para prevenir que se soslayen los requisitos de registro por el simple hecho de transferir armas de fuego desarmadas que estén completas. Al mismo tiempo, habrá de tenerse en cuenta la carga administrativa y económica que significa constituir registros de cada componente. Una solución intermedia sería limitar la aplicación del requisito a determinados componentes principales, como el cañón, la caja o ambos, o a todo componente que deba marcarse conforme al artículo 8.

e) Corretaje

132. Si debe incluirse información sobre las operaciones de corretaje en las licencias o autorizaciones, tal vez sea también apropiado incorporar esa información en los registros requeridos en virtud del artículo 7 del Protocolo.

5. Recursos de información

133. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) Protocolo sobre armas de fuego

Artículo 3, apartado *f*) (Definiciones)
Artículo 4 (Ámbito de aplicación)
Artículo 6, párrafo 2 (Decomiso, incautación, disposición)
Artículo 8, párrafo 1 (Marcación de armas de fuego)
Artículo 9 (Desactivación de las armas de fuego)
Artículo 10, párrafo 3 (Requisitos generales para sistemas de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito)
Artículo 12, párrafo 4 (Información)
Artículo 13, párrafo 2 (Cooperación)
Artículo 15 (Corredores y corretaje)

b) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

c) Otros instrumentos

Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, 1997

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2029, No. 35005

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-63.html>

Artículo XI

Reglamento Modelo para el Control del Tráfico Internacional de Armas de Fuego, sus Partes y Componentes y Municiones, 1997 (Organización de los Estados Americanos)

http://www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/esp/Reglamentos/

Reglamento Modelo/RegModeloIdiomas/ReglArmseng.doc

Capítulo IV

Documento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre armas pequeñas y armas ligeras, 2000 (A/CONF.192/PC/20)

<http://www.osce.org/docs/spanish/fsc/2000/decisions/fscsw231.htm>
Anexo, apéndice, sección II

Programa de Acción para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos, 2001

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligera en Todos sus Aspectos, Nueva York, 9 a 20 de julio de 2001 (A/CONF.192/15)

Capítulo IV, párrafo 24, sección II

Protocolo sobre el control de las armas de fuego, las municiones y otros materiales relacionados en la región de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, 2001

http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_firearms

Artículo 9

E. Decomiso, incautación y disposición

*“Artículo 6
Decomiso, incautación y disposición*

“1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención, los Estados Parte adoptarán, en la mayor medida posible de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos.

“2. Los Estados Parte adoptarán, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, las medidas necesarias para impedir que las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos caigan en manos de personas no autorizadas, en particular mediante la incautación y destrucción de esas armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, a menos que se haya autorizado oficialmente otra forma de disposición, siempre y cuando se hayan marcado las armas de fuego y se hayan registrado los métodos para la disposición de esas armas de fuego y municiones.”

1. *Introducción*

134. A pesar de que las cuestiones de decomiso e incautación se abordan en la Convención (artículos 12 a 14 de la Convención, véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 287 a 340), existen dos razones fundamentales para que se modifique el proceso cuando son objeto de decomiso las armas de fuego, piezas, componentes o municiones comprendidos en el Protocolo. En primer lugar, la naturaleza peligrosa de los artículos comprendidos en el Protocolo puede exigir que se adopten medidas complementarias de seguridad para evitar que caigan en manos de quienes no debieran, antes, durante o después del proceso de incautación y decomiso. En segundo lugar, si bien la política fundamental de la Convención es que los bienes decomisados deben venderse y los fondos derivados de la venta de esos bienes cederse al Estado Parte que los haya decomisado, o destinarse a fines como la repartición con otros Estados Parte o al pago de indemnización a las víctimas del delito o ser devueltos (artículo 14), la peligrosidad de los artículos comprendidos en el Protocolo lleva a los legisladores a inclinarse por la política de destrucción y a que se juzguen aceptables otras formas de disposición únicamente en los casos en que se adopten medidas complementarias.

2. *Resumen de los principales requisitos*

135. A fin de cumplir con este artículo, los Estados Parte deberán:

- a) Adoptar medidas para decomisar las armas de fuego y artículos conexos que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos;
- b) Incautarse de esas armas de fuego y artículos conexos y destruirlos a menos que el Estado apruebe otra forma de disposición; y
- c) Mantener un registro de todas las modalidades de disposición aprobadas por el Estado que no sean la destrucción y marcar las armas de fuego cuando proceda.

3. *Requisitos obligatorios*

a) *Principales elementos del artículo*

136. El artículo 6 del Protocolo deberá leerse e interpretarse juntamente con los artículos 12 a 14 de la Convención, que se aplican a la incautación, el decomiso y la disposición de bienes producto del delito o utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de delitos. Se incluirán, por lo general,

entre esos bienes las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos o de ambas cosas.

137. En la medida en que se considera que las armas de fuego objeto de fabricación o de tráfico ilícitos constituyen ya sea bienes “derivados” de esos delitos o “utilizados o destinados a ser utilizados” en la comisión de tales delitos, pasan a sujetarse a las disposiciones de los artículos 12 y 13 de la Convención, que exigen que los Estados Parte velen por la promulgación de leyes que autoricen el decomiso e incluso tramiten el decomiso por autoridad apropiada cuando lo requiera otro Estado Parte.

138. El Protocolo modifica, entonces, las formas de disposición que el artículo 14 de la Convención establece. Como se indicó anteriormente, la distinción fundamental radica en que la política que rige las armas de fuego se inclina por la destrucción, mientras que la política referida al producto de otros delitos y a otros instrumentos parte del supuesto de que éstos se venderán y de que el producto se devolverá al Estado que haya decomisado los bienes o se utilizará para otros fines. Por esa razón, en el párrafo 2 del artículo 6 del Protocolo se establece una excepción a las reglas de la Convención en el caso de las armas de fuego. El párrafo exige que se adopten medidas jurídicas que garanticen la destrucción de las armas de fuego “a menos que se haya autorizado oficialmente otra forma de disposición, siempre y cuando se hayan marcado las armas de fuego y se hayan registrado los métodos para la disposición de esas armas de fuego y municiones”.

b) *Aplicación del artículo*

139. Con miras a posibilitar el decomiso de las armas de fuego y artículos conexos, será por lo general necesario establecer potestades de registro e incautación de esos artículos y tramitar una orden judicial que los declare decomisados. En aras de la conformidad con el Protocolo, esas potestades deberían vincularse a la sospecha o a otros motivos para creer que se ha cometido o va a cometerse un delito tipificado con arreglo al Protocolo y que los artículos o son la prueba del delito cometido o por cometerse o constituyen de por sí el objeto del delito en cuestión. Tales potestades guardarían, por lo general, coherencia con la legislación interna de aplicación de las disposiciones de incautación y decomiso de la Convención, pese a que algunos Estados aplican procedimientos más acelerados a fin de incautarse rápidamente de las armas de fuego debido al riesgo que para la seguridad entrañarían los retrasos procesales.

140. Al exigir que se establezcan potestades para “permitir” el decomiso, en el párrafo 1 del artículo 6 no se hace referencia explícita al registro y

a la incautación (el tema está, sin embargo, comprendido en el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención), y no se abordan, por consiguiente, las garantías procesales en la etapa de incautación. El párrafo 1 del artículo 6 exige medidas que permitan el decomiso en los casos en que los artículos “hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos”, pero los legisladores harían bien en considerar un nivel de exigencia menor como requisito para la incautación inicial de los artículos, ya que ésta se efectuará en muchos casos como medida de investigación antes de que se puedan demostrar plenamente la fabricación o el tráfico ilícitos. La incautación también puede ser necesaria en algunos casos como medida urgente a fin de impedir que las armas se exporten ilícitamente o circulen o sean utilizadas ilícitamente en el país.

141. En muchos casos, los Estados tal vez cuenten ya con disposiciones de registro, incautación y decomiso que se apliquen específicamente a las armas de fuego. En los casos en que existan tales disposiciones, sólo será menester examinar si requieren modificaciones a fin de ceñirse al Protocolo. Tales disposiciones deberán aplicarse a “las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones” y deberán existir para todos los delitos tipificados con arreglo al Protocolo, algunos de los cuales pueden no haber estado comprendidos en la anterior legislación. En todo caso, los legisladores deberán velar por que las disposiciones del Protocolo sean compatibles con toda regla de registro y decomiso vigente.

142. Los Estados que hayan permitido el registro, la incautación y el decomiso de bienes de una categoría más general sobre la base de la relación con cualesquiera delitos “comprendidos en la Convención” al aplicar el artículo 12 de la Convención no tendrán que adoptar medidas más concretas en el caso de bienes relacionados con las armas de fuego, a condición de que resulte claro que la categoría general abarca todas las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones comprendidos en el Protocolo.

143. Entre las medidas jurídicas para aplicar la regla general de destrucción de las armas de fuego cabría incluir las siguientes:

a) El establecimiento de potestades para autorizar la disposición por medios que no sean la destrucción y la fijación de límites apropiados a los casos en que un encargado de adoptar decisiones podría otorgar dicha autorización. En ese contexto, la legislación podría incluir ejemplos de medios autorizados de disposición como los que se aplican con fines científicos, históricos o forenses;

b) Criterios legislativos o administrativos para que se emita o deniegue una autorización para disponer de las armas de fuego por medios que no sean la destrucción. Tales criterios deberán incluir los dos requisitos expues-

tos en el párrafo 2 del artículo 6, a saber, que se hayan marcado las armas de fuego y que se haya registrado la forma en que se dispuso de esas armas de fuego. Podrían establecerse también otros criterios de conformidad con la evaluación de políticas nacionales.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

144. Los Estados que carecen de potestades generales para el registro, la incautación y el trámite de decomiso de armas de fuego y artículos conexos podrían considerar la posibilidad de ampliar las nuevas potestades establecidas para cumplir con los requisitos del Protocolo de modo tal de abarcar las armas de fuego que estuvieran relacionadas con todos los delitos y no sólo las relacionadas con los delitos comprendidos en la Convención y en el Protocolo.

145. A fin de hacer cumplir una política que propugne la destrucción de las armas de fuego y artículos conexos incautados, se podría promulgar legislación en la que se tipificaran determinados delitos penales con miras a disuadir del robo o la desviación de armas de fuego incautadas, sus piezas y componentes y municiones (por ejemplo, los delitos de inducir a error o informar erróneamente a los encargados de la adopción de decisiones).

146. Se podrían elaborar también normas legislativas o de otra índole que garantizaran la idoneidad de la destrucción. Por lo general, ello entraña, como mínimo, las normas de desactivación establecidas en el artículo 9 del Protocolo. En un plano más general, se utilizan con frecuencia métodos como el aplastado, el corte en fragmentos menores y la licuefacción⁵. Reviste importancia, como cuestión práctica, garantizar la seguridad de los procesos de destrucción, a fin de velar por que no se desvíen ilícitamente las armas de fuego, sus piezas y municiones antes de ser destruidos.

147. Podría también requerirse la creación de registros de destrucción de armas de fuego en los que pudieran apoyarse los intentos posteriores de localizar las armas en cuestión (véanse *supra* requisitos facultativos en materia de registros).

148. Se podrían establecer también normas de marcación de las armas de fuego incautadas conservadas y no destruidas.

⁵En el informe del Secretario General sobre métodos de destrucción de armas pequeñas, armas ligeras, municiones y explosivos de 15 de noviembre de 2000 (S/2000/1092) figura un examen detallado de los métodos prácticos de destrucción de armas de fuego y materias conexas (<http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/747/29/PDF/N0074729.pdf?OpenElement>).

5. Recursos de información

149. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) Protocolo sobre armas de fuego

Artículo 3, apartados *a), b) y c)* (Definiciones)

Artículo 4 (Ámbito de aplicación)

Artículo 7 (Registros)

Artículo 8, párrafo 1, apartado *c)* (Marcación de las armas de fuego)

b) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 12 (Decomiso e incautación)

Artículo 13 (Cooperación internacional para fines de decomiso)

Artículo 14 (Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados)

Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

c) Otros instrumentos

Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, 1997

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2029, No. 35005

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-63.html>

Artículo VII

Documento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre armas pequeñas y armas ligeras, 2000 (A/CONF.192/PC/20)

<http://www.osce.org/docs/spanish/fsc/2000/decisions/fscsw231.htm>
Anexo, apéndice, sección IV

Informe del Secretario General sobre métodos de destrucción de armas pequeñas, armas ligeras, municiones y explosivos, 2000 (S/2000/1092)

<http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/747/29/PDF/N0074729.pdf?OpenElement>

Programa de Acción para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos, 2001

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos, Nueva York, 9 a 20 de julio de 2001 (A/CONF.192/15)

Capítulo IV, párrafo 24, sección II

Protocolo sobre el control de las armas de fuego, las municiones y otros materiales relacionados en la región de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, 2001

http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_firearms

Artículos 5 y 11

F. Desactivación de las armas de fuego

“Artículo 9

“Desactivación de las armas de fuego

“Todo Estado Parte que, de conformidad con su derecho interno, no reconozca como arma de fuego un arma desactivada adoptará las medidas que sean necesarias, incluida la tipificación de delitos específicos, si procede, a fin de prevenir la reactivación ilícita de las armas de fuego desactivadas, en consonancia con los siguientes principios generales de desactivación:

“a) Todas las piezas esenciales de un arma de fuego desactivada se tornarán permanentemente inservibles y no susceptibles de ser retiradas, sustituidas o modificadas de cualquier forma que pueda permitir su reactivación;

“b) Se adoptarán disposiciones para que una autoridad competente verifique, cuando proceda, las medidas de desactivación a fin de garantizar que las modificaciones aportadas al arma de fuego la inutilizan permanentemente;

“c) La verificación por una autoridad competente comprenderá la expedición de un certificado o la anotación en un registro en que se haga constar la desactivación del arma de fuego o la inclusión de una marca a esos efectos claramente visible en el arma de fuego.”

1. Introducción

150. Los legisladores que definan el término “arma de fuego” y determinen el alcance de la materia a la que se aplica el derecho interno se enfrentan al

problema de carácter técnico relacionado con la inclusión de artículos que entrañan la amenaza de ser utilizados efectivamente como armas de fuego sin ampliar las medidas legislativas a las armas de fuego que han sido desactivadas permanentemente. Muchos países lo logran restringiendo la definición básica del término “arma de fuego”, de forma tal que abarque únicamente artefactos susceptibles de ser utilizados efectivamente como tales y excluyendo las armas de fuego desactivadas. Surge, entonces, el peligro de que las armas de fuego sean desactivadas de modo tal que queden excluidas de los mecanismos de control nacionales e internacionales, pero la desactivación pueda revertirse una vez que las armas se hayan trasladado a un destino ilícito. Para frustrar tal tentativa, el artículo 9 establece normas técnicas encaminadas a garantizar que toda forma de desactivación como consecuencia de la cual un arma de fuego no se considere o registre como tal deba ser también esencialmente irreversible.

2. Resumen de los principales requisitos

151. Los Estados Parte que permiten la desactivación de las armas de fuego y someten las armas de fuego desactivadas a menor control deberán adoptar medidas para impedir su reactivación.

3. Requisitos obligatorios

a) Principales elementos del artículo

152. Hay tres factores restrictivos relacionados con el artículo. En primer lugar, el artículo se aplica únicamente a los Estados Parte que no consideran armas de fuego a las armas de fuego desactivadas. En segundo lugar, si bien el principio de prevenir la reactivación de armas de fuego desactivadas es obligatorio, la tipificación como delito y el requisito de verificación de las armas de fuego desactivadas sólo se exige si el Estado Parte lo juzga apropiado. En tercer lugar, las disposiciones específicas de los apartados *a*) a *c*) son de carácter esencialmente consultivo y no preceptivo, y establecen “principios generales” como guía para la aplicación.

b) Aplicación del artículo

153. La cuestión de la desactivación puede abordarse de diversas formas: esto es, puede determinarse de conformidad con criterios específicos establecidos por la jurisprudencia, la legislación o las normas de legislación delegada. Una vez que se han establecido los criterios para evaluar la desactivación,

se delegará, por lo general, a un funcionario determinado la autoridad para que determine si cada arma de fuego ha sido desactivada de forma aceptable. Al formular las disposiciones legislativas, se pueden tomar en consideración las circunstancias en las que podría tener que determinarse la categoría de desactivación. Éstas podrán oscilar desde los casos en que se solicita una determinación por la vía administrativa a fin de establecer que una ex arma de fuego no está sujeta a las restricciones que imponen la legislación nacional o el Protocolo hasta casos en que la desactivación de hecho o de derecho se convierte en cuestión en los procesamientos penales por delito de tráfico o delitos relacionados con las armas de fuego con arreglo al derecho interno.

154. Al elaborar la legislación, las definiciones del término “arma de fuego” pueden formularse de modo tal que se excluyan las armas de fuego que no estén en condiciones de funcionar o que cumplan con criterios específicos de desactivación, o se pueden emplear definiciones distintas del término “arma de fuego desactivada”, solución que han adoptado algunos países de tradición civil o romanista. Generalmente, el carácter técnico de la materia y la necesidad de introducir modificaciones según van apareciendo nuevas modalidades de reactivación delictiva llevan a los encargados de elaborar la normativa a inclinarse por la opción administrativa o por las normas de legislación delegada a fin de fijar normas técnicas cuando ello es factible. En el anexo IV figura un ejemplo de esta opción.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

155. A fin de garantizar que se puedan localizar las armas de fuego desactivadas si éstas son objeto de reactivación ilícita, los Estados tal vez deseen considerar la posibilidad de mantener un registro de armas de fuego desactivadas.

156. Los Estados tal vez deseen considerar también la posibilidad de que el sistema de importación y exportación al que hace referencia el artículo 10 se amplíe de modo tal que abarque las armas de fuego desactivadas. Se impediría así que las armas de fuego desactivadas se exportaran sin que ello constara en un registro (por ejemplo, como ornamentos) y se reactivaran en el país importador sin que se documentara la transacción en un registro idóneo.

5. *Recursos de información*

157. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) *Protocolo sobre armas de fuego*

Artículo 3, apartado a) (Definiciones)

Artículo 4 (Ámbito de aplicación)

b) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

c) *Otros instrumentos*

Documento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre armas pequeñas y armas ligeras, 2000 (A/CONF.192/PC/20)

<http://www.osce.org/docs/spanish/fsc/2000/decisions/fscsw231.htm>
Anexo, apéndice, sección IV

G. Corredores y corretaje

“Artículo 15

“Corredores y corretaje

“1. Con miras a prevenir y combatir la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, los Estados Parte que aún no lo hayan hecho considerarán la posibilidad de establecer un sistema de reglamentación de las actividades de las personas dedicadas al corretaje. Ese sistema podría incluir una o varias de las siguientes medidas:

“a) Exigir la inscripción en un registro de los corredores que actúen en su territorio;

“b) Exigir una licencia o autorización para el ejercicio del corretaje; o

“c) Exigir que en las licencias o autorizaciones de importación y de exportación, o en la documentación adjunta a la mercancía, se consigne el nombre y la ubicación de los corredores que intervengan en la transacción.

“2. Se alienta a los Estados Parte que hayan establecido un sistema de autorización de las operaciones de corretaje como el descrito en el párrafo 1 del presente artículo a que incluyan datos sobre los corredores y las operaciones de corretaje en sus intercambios de información efectuados con arreglo al artículo 12 del presente Protocolo y a que mantengan un registro de corredores y de las operaciones de

corretaje conforme a lo previsto en el artículo 7 del presente Protocolo.”

1. *Introducción*

158. La finalidad del artículo 15 es alentar a los Estados a que empiecen a considerar cómo ampliarían los controles a fin de registrar toda actividad relacionada con el traslado de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. Habida cuenta de que los corredores pueden desempeñar a menudo una función de importancia fundamental para concertar la expedición de armas de fuego y artículos conexos, aumentar la transparencia de las transacciones en que éstos participan redundaría en un aumento de la información que podría aprovecharse en investigaciones y contribuiría a las tareas de localización.

2. *Resumen de los principales requisitos*

159. Los Estados Parte deberán considerar la posibilidad de establecer un sistema de reglamentación de las actividades de corretaje.

160. Aunque las disposiciones del Protocolo abarcan las actividades de corretaje, no son imperativas las medidas legislativas o de otra índole para controlar o reglamentar esas actividades. Por consiguiente, se deja en última instancia a los Estados Parte la decisión de promulgar o no legislación, y el artículo 15 del Protocolo ofrece a este respecto orientación básica.

3. *Requisitos obligatorios*

161. El artículo 15 no es obligatorio.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

a) *Principales elementos del artículo*

162. El término corretaje, que no se define en el Protocolo, se refiere, por lo general, a actividades que implican concertar transacciones o transferencias de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones por personas o empresas que no son parte directa en las transacciones (por ejemplo, en calidad de vendedor o comprador), y que no suelen establecer contacto directo con los artículos objeto de la operación ni poseerlos. Los corredores operan a menudo desde países que pueden no participar directamente en la operación,

lo que plantea numerosas cuestiones de jurisdicción. El término “corredor” abarca una categoría de personas que no se limita a los agentes de aduanas.

163. En el artículo 15 se contemplan tres modelos, o alguna combinación de los tres, para los corredores. En primer lugar, los Estados Parte podrían exigir que los corredores mismos se inscriban en un registro y garantizar que sus operaciones comerciales se sometan a un escrutinio básico, así como establecer un mecanismo riguroso de cumplimiento, con la inhabilitación como castigo en caso de que se descubrieran actividades ilícitas. En segundo lugar, los Estados Parte podrían exigir que cada transacción o transferencia realizada por un corredor se autorizara por separado. Por lo general, este modelo genera mayor información y permite un escrutinio mayor de las actividades que realizan los corredores, aunque impone también una mayor carga regulatoria tanto a los Estados Parte como a las empresas que intervienen. En tercer lugar, los Estados Parte podrían exigir que se consignara la participación y la identidad de los corredores en las licencias o autorizaciones que deben emitirse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Protocolo.

b) *Aplicación del artículo*

164. Si los legisladores optaran por instituir mecanismos de control de las actividades de corretaje, el método de fiscalización dependería del modelo que se eligiera entre los tres que se ofrecen.

5. Recursos de información

165. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) *Protocolo sobre armas de fuego*

Artículo 3, apartados a), b) y c) (Definiciones)

Artículo 10, párrafo 3 (Requisitos generales para sistemas de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito)

b) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

c) *Otros instrumentos*

Documento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre armas pequeñas y armas ligeras, 2000 (A/CONF.192/PC/20)

<http://www.osce.org/docs/spanish/fsc/2000/decisions/fscsw231.htm>
Anexo, apéndice, sección III

Programa de Acción para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos, 2001

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos, Nueva York, 9 a 20 de julio de 2001 (A/CONF.192/15)

Capítulo IV, párrafo 24, sección II

Protocolo sobre el control de las armas de fuego, las municiones y otros materiales relacionados en la región de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, 2001

http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_firearms

Artículo 5

Elementos para una legislación eficaz en materia de correaje de armas del Acuerdo de Wassenaar sobre el control de las exportaciones de armas convencionales y de bienes y tecnologías de uso dual, 2003

<http://www.wassenaar.org/>

V. Derecho penal sustantivo

A. Introducción

1. Resumen de delitos

166. El artículo 5 del Protocolo tipifica como delito una serie de conductas vinculadas a la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. Por lo general, la tipificación como delito tiene por objeto garantizar que los Estados Parte establezcan un marco jurídico que autorice la fabricación y transferencia lícitas de armas de fuego y permita identificar las transacciones ilícitas con miras a facilitar el enjuiciamiento de los autores y la consiguiente aplicación de penas.

167. El Protocolo exige la penalización de los tres grupos siguientes de delitos que entrañan “fabricación ilícita”, “tráfico ilícito” y manipulación de las marcas de las armas de fuego:

- a)* Fabricación ilícita (tres delitos):
 - i) La fabricación o el montaje de armas de fuego sin marcación;
 - ii) La fabricación o el montaje a partir de piezas y componentes que hayan sido objeto de tráfico ilícito; y
 - iii) La fabricación o el montaje sin licencia o autorización legales;
- b)* Tráfico ilícito (dos delitos):
 - i) Toda transferencia de carácter transnacional sin autorización legal; y
 - ii) Toda transferencia de carácter transnacional si las armas de fuego no están marcadas;
- c)* Suprimir o alterar los números de serie u otras marcas (un delito).

168. Los requisitos básicos para la tipificación como delito penal figuran en el artículo 5 del Protocolo, pero el contenido mismo de los diversos delitos depende de otras disposiciones. El contenido de los delitos “centrales” de fabricación ilícita y tráfico ilícito se describe en la definición de esos términos que figura en el artículo 3. Al elaborar la legislación nacional deberán con-

sultarse también los siguientes términos definidos: “arma de fuego”, “piezas y componentes” y “municiones”. Los elementos específicos de los delitos centrales se vinculan también a otras obligaciones establecidas en el Protocolo relativas a la marcación y la emisión de autorizaciones o licencias de importación o exportación.

169. Las conductas básicas de fabricación y tráfico ilícitos pueden considerarse los delitos centrales tipificados en el Protocolo. Cada una de estas conductas es, en realidad, un grupo de delitos conexos cuyos pormenores se exponen en la sección pertinente dedicada a las definiciones. La fabricación ilícita, por ejemplo, abarca tres delitos individuales relacionados el primero con el montaje de armas de fuego a partir de piezas y componentes que hayan sido objeto de tráfico ilícito (artículo 3, apartado *d*, inciso i)); el segundo con la fabricación sin cumplir con los requisitos de licencia o autorización que estipulan las leyes o normas nacionales aplicables (apartado *d* inciso ii)), y el último con la fabricación sin colocar en cada arma de fuego las marcas de identificación en cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 8 del Protocolo (apartado *d*, inciso iii)).

170. De manera análoga, el delito de tráfico ilícito abarca dos delitos específicos relacionados con diversos tipos de transferencias de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, incluidas la importación, la entrega, la venta y otros tipos de transferencias sin autorización (artículo 3, apartado *e*), o, en el caso de las armas de fuego, si éstas no han sido marcadas como corresponde (artículo 3, apartado *e*)).

171. Es importante señalar que algunos de los delitos se aplican únicamente a las conductas en relación con las armas de fuego. Entre éstos se incluye el delito definido en el inciso iii) del apartado *d* del artículo 3; el delito de tráfico ilícito de armas de fuego sin marcar, que es uno de los delitos definidos en el apartado *e* del artículo 3, y los delitos de manipulación de marcas que establece el apartado *c*) del párrafo 1 del artículo 5. Estos delitos se relacionan con las marcas que exige el artículo 8. Habida cuenta de que el artículo 8 exige únicamente la marcación de las “armas de fuego” debido a las dificultades técnicas y de otra índole que implicaría marcar las piezas, componentes y municiones con marcas distintivas, estos delitos se aplican también únicamente a las armas de fuego, aunque los legisladores de Estados que exijan, en efecto, alguna modalidad de marcación para las piezas, componentes o municiones tal vez deseen considerar la posibilidad de una ampliación correspondiente de las disposiciones pertinentes relacionadas con el delito.

172. Además de los cinco delitos centrales anteriormente indicados, el apartado *c*) del párrafo 1 del artículo 5 establece un nuevo grupo de delitos y penaliza una lista de actividades que hacen que las marcas de un arma de

fuego se tornen ininteligibles o imprecisas, en razón de lo cual resulta imposible identificar inequívocamente el arma de fuego o localizarla mediante comprobación en registros creados empleando la marcación original. Tales delitos apoyan, por lo general, la política de velar por que las armas de fuego puedan identificarse y localizarse. Estos delitos se aplican a toda conducta que entrañe la manipulación de las marcas en cualquier momento después de que se haya completado el proceso de fabricación o montaje, con excepción de los casos en que las marcas se alteran o se añaden de conformidad con lo dispuesto por alguna autoridad legal.

2. Aplicación al Protocolo de las disposiciones obligatorias de la Convención en que se basa

173. Al tipificar los delitos establecidos en los Protocolos, es importante tener presente que cada Protocolo debe interpretarse juntamente con la Convención en que se basa. Conforme a lo dispuesto en el capítulo II, las disposiciones de la Convención se aplican *mutatis mutandis* al Protocolo y entre los Estados Parte en el Protocolo los delitos tipificados con arreglo al Protocolo deben considerarse delitos tipificados con arreglo a la Convención. La aplicación de estas disposiciones obliga a los Estados Parte, entre otras cosas, a adoptar las siguientes medidas con respecto a los delitos tipificados con arreglo al Protocolo, cuya aplicación se aborda con mayor detalle en la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada:

- a) *Blanqueo de dinero.* Los Estados Parte deben penalizar el blanqueo del producto de una gama amplia de delitos de tráfico ilícito⁶;
- b) *Responsabilidad de las personas jurídicas.* La responsabilidad por la comisión de los delitos debe establecerse tanto para personas “naturales” o biológicas como para personas “jurídicas” como las empresas⁷;
- c) *Los delitos deben ser delitos “penales” (excepto cuando se trate de personas jurídicas).* Cada una de las disposiciones relativas a los delitos en la Convención y en el Protocolo establecen que los delitos han de tipificarse como tales en el derecho penal. Este principio se aplica a menos que el acusado sea una persona jurídica, en cuyo caso el delito puede ser penal, civil o administrativo⁸;

⁶Artículo 6 de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 77 a 162.

⁷Artículo 10 de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 240 a 260.

⁸Artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 48 a 209.

d) Sanciones. Las sanciones que se adopten en el derecho interno deberán tener en cuenta la gravedad de los delitos y estarán en proporción a ella⁹;

e) Comparecencia del acusado. Los Estados Parte adoptarán medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa con miras a velar por que las condiciones impuestas en relación con la decisión de conceder la libertad no supongan un riesgo para la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior¹⁰;

f) Libertad condicional o libertad anticipada. La gravedad de los delitos tipificados de conformidad con el Protocolo deberá tenerse en cuenta al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a las personas declaradas culpables¹¹;

g) Plazo de prescripción. Deberán establecerse con respecto a tales delitos plazos de prescripción suficientemente prolongados¹²;

h) Decomiso de activos. Se deberá establecer, en la mayor medida posible, la localización, el embargo preventivo y el decomiso del producto y los instrumentos de estos delitos en los casos que se juzguen según el derecho interno y al prestar asistencia a otros Estados Parte¹³;

i) Jurisdicción. La Convención exige que los Estados Parte establezcan jurisdicción para investigar, perseguir y sancionar todos los delitos tipificados con arreglo a la Convención y a cualesquiera Protocolos en los que el Estado en cuestión sea parte. Se debe establecer jurisdicción para conocer de todos los delitos cometidos en la jurisdicción territorial del Estado, incluidos los buques y aeronaves. Si la legislación de un Estado prohíbe la extradición de sus nacionales, se debe establecer también jurisdicción para conocer de delitos cometidos por dichos nacionales en cualquier lugar del mundo a fin de permitir que el Estado cumpla con la obligación establecida en la Convención de enjuiciar a delincuentes que no puedan ser extraditados en respuesta a una solicitud por motivo de su nacionalidad. La Convención alienta también a que se establezca jurisdicción en otras circunstancias, como en todos los

⁹Artículo 11, párrafo 1, de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 261 a 286.

¹⁰Artículo 11, párrafo 3, de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 261 a 286.

¹¹Artículo 11, párrafo 4, de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 261 a 286.

¹²Artículo 11, párrafo 5, de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 261 a 286.

¹³Artículos 12 a 14 de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 287 a 340.

casos en que los nacionales de un Estado son ya sea víctimas o delincuentes, pero no lo exige¹⁴;

j) Extradición. Las obligaciones de la Convención en que se basa el Protocolo exigen que los Estados Parte, entre otras cosas, consideren los delitos tipificados con arreglo al Protocolo como delitos que dan lugar a extradición con arreglo a sus tratados y leyes y sometan tales delitos a autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento interno en los casos en que la extradición se haya denegado por motivo de nacionalidad¹⁵;

k) Asistencia judicial recíproca. Deberá prestarse asistencia judicial recíproca a otros Estados Parte respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales en relación con esos delitos; se aplican numerosas disposiciones específicas del artículo 18 de la Convención en que se basa el Protocolo¹⁶;

l) Técnicas especiales de investigación. Está previsto que se adopten para combatir esos delitos técnicas especiales de investigación, en particular la entrega vigilada, siempre que lo permitan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno del Estado Parte en cuestión y, cuando se considere apropiado, otras técnicas como la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas¹⁷;

m) Obstrucción de la justicia. Se debe tipificar como delito la obstrucción de la justicia cuando se realice en relación con los delitos tipificados con arreglo al Protocolo¹⁸;

n) Protección de las víctimas y los testigos. Con arreglo a las disposiciones contenidas en los artículos 24 y 25 de la Convención, se protegerá a los testigos y las víctimas contra eventuales actos de represalia o intimidación¹⁹;

o) Cooperación de los delincuentes. El artículo 26 de la Convención exige que se adopten medidas apropiadas para alentar a las personas involucradas en la delincuencia organizada a cooperar con las autoridades competentes o a prestarles asistencia. Aunque no se establecen las medidas

¹⁴Artículo 15, párrafo 1, de la Convención (jurisdicción obligatoria); artículo 15, párrafo 2 (jurisdicción facultativa), y artículo 16, párrafo 10 (obligación de enjuiciar en casos en que se deniegue la extradición por motivo de la nacionalidad del delincuente); véase también la discusión sobre cuestiones jurisdiccionales en los párrafos 210 a 239 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención.

¹⁵Artículo 16 de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 394 a 449.

¹⁶Artículo 18 de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 450 a 499.

¹⁷Artículo 20 de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 384 a 393.

¹⁸Artículo 23 de la Convención; véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 195 a 209.

¹⁹Véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 341 a 383.

propriamente dichas, en muchos Estados éstas abarcan la promulgación de disposiciones en virtud de las cuales los delincuentes que cooperen pueden ser eximidos de responsabilidad o se puede mitigar la pena que de lo contrario se aplicaría. Algunos Estados poseen suficiente discreción en el proceso y el fallo para permitir la exención o mitigación sin autoridad legislativa; sin embargo, en los casos en que no exista tal discreción, tal vez haya que modificar la legislación que tipifica determinados delitos, establece penas mínimas obligatorias o dispone procedimientos para el proceso si el legislador decide recurrir a las disposiciones de mitigación o inmunidad para aplicar el artículo 26. Esto podría hacerse estableciendo una norma general o según las circunstancias del delito, como se prefiera²⁰;

p) Cooperación en materia de cumplimiento de la ley y capacitación y asistencia técnica. Se han de prever canales de comunicación y cooperación entre organismos policiales en relación con los delitos tipificados con arreglo al Protocolo de conformidad con el artículo 27 de la Convención, y capacitación y asistencia técnica de conformidad con sus artículos 29 y 30²¹.

3. Otras consideraciones generales relativas a la legislación interna de delitos penales de tráfico

174. Además de las medidas indicadas anteriormente, que deben adoptarse en relación con los delitos tipificados con arreglo al Protocolo, la Convención y el Protocolo contienen requisitos específicos que se han de tomar en consideración al elaborar legislación con miras a sancionar los delitos penales tipificados con arreglo al Protocolo, en particular:

a) No inclusión del carácter transnacional en los delitos tipificados en la legislación nacional. Como se indicó en la primera parte, el elemento de transnacionalidad es uno de los criterios para la aplicación de la Convención y los Protocolos (artículo 3 de la Convención), pero no debe ser necesario demostrar el carácter transnacional en las acciones judiciales en el plano nacional. Por tal motivo, el carácter transnacional no se requiere como elemento de los delitos tipificados en la legislación nacional. La excepción a este principio la constituyen aquellos delitos en los que el carácter transnacional es uno de los elementos del delito;

b) No inclusión del concepto de “grupo delictivo organizado” en los delitos tipificados en la legislación nacional. Al igual que en el caso del ca-

²⁰Artículo 26 de la Convención, véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 341 a 383.

²¹Véase también la Guía legislativa para la aplicación de la Convención, párrafos 500 a 511.

rácter transnacional indicado anteriormente, no debe ser necesario demostrar la participación de un “grupo delictivo organizado” en el marco de las acciones judiciales en el plano nacional. Por consiguiente, los delitos tipificados con arreglo al Protocolo se sancionarán igualmente, tanto si el delito ha sido cometido por una persona o por personas vinculadas a un grupo delictivo organizado, y ya sea que ello pueda o no demostrarse²²;

c) *La penalización podrá valerse de “medidas legislativas y de otra índole”, pero deberá basarse en el derecho.* Tanto la Convención como el Protocolo aluden a la penalización con recurso a “medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias”, reconociendo que tal vez sea necesaria una combinación de medidas en algunos países. A los autores les preocupaba, no obstante, que el imperio de la ley suele exigir que los delitos penales estén preceptuados por ley, y la alusión a “medidas de otra índole” no tenía por objeto requerir ni permitir la penalización sin medidas legislativas. Las notas interpretativas establecen, por consiguiente, que las medidas de otra índole complementan las medidas legislativas y “presuponen la existencia de una ley”²³;

d) *Sólo es necesario penalizar la conducta intencional.* Todos los requisitos de penalización de la Convención y los Protocolos exigen que las conductas de cada delito se penalicen sólo si se cometen intencionalmente. Por consiguiente, no es necesario penalizar conductas que entrañen un nivel inferior, como la negligencia. Esas conductas podrían constituir, sin embargo, delito con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 34 de la Convención, que permite expresamente la adopción de medidas que sean “más estrictas o severas” que las mínimas previstas en ella. Los legisladores deben tomar nota también de que el elemento de intencionalidad se refiere solamente a las conductas o actos que constituyan cada delito penal y no debe considerarse un factor en el momento de decidir sobre la exención de responsabilidad en los casos en que las personas hayan actuado en desconocimiento de la ley por la que se tipifica el delito;

e) *Descripción de los delitos.* Como con todos los requisitos de la Convención y los Protocolos, los legisladores deberían considerar el sentido de las disposiciones relativas a los delitos y no limitarse a incorporar literalmente el texto de los Protocolos. Al tipificar los delitos en la legislación nacional, el lenguaje empleado debería ser tal que los tribunales nacionales y otras autoridades competentes lo interpretasen de forma compatible con

²²Véase el párrafo 2 del artículo 34 de la Convención y las notas interpretativas (A/55/383/Add.1), párrafo 59.

²³El mismo principio se aplica independientemente a la Convención y a todos sus Protocolos; véanse las notas interpretativas (A/55/383/Add.1, párrafos 9, 69 y 91, y A/55/383/Add.3, párrafo 5); véase también el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

el significado del Protocolo y las intenciones aparentes de sus autores. En algunos casos, las notas interpretativas aclaran el sentido buscado por los autores²⁴;

f) Las disposiciones de la Convención se aplican mutatis mutandis al Protocolo y las disposiciones de éste se interpretarán juntamente con ellas. Como se indicó en el segmento precedente de la presente Guía, el artículo 1 del Protocolo y el artículo 37 de la Convención rigen la relación entre el Protocolo y la Convención. Ambos artículos disponen que el Protocolo deberá entenderse como complemento de la Convención e interpretarse juntamente con ella. Todos los delitos tipificados con arreglo al Protocolo se consideran también delitos tipificados con arreglo a la Convención, y las disposiciones de la Convención se aplican *mutatis mutandis*, al Protocolo²⁵. Por este motivo, sería aconsejable que los encargados de elaborar leyes nacionales que apliquen el Protocolo consultaran también la Convención y las leyes nacionales que la aplican como cuestión de principio general. Por ejemplo, la terminología común a la Convención y a un Protocolo no debería interpretarse en un instrumento de manera incompatible con su interpretación en el otro.

4. Principios básicos que establece el Protocolo

175. Se deberán considerar también los principios complementarios generales que establece el Protocolo.

a) Ámbito de los delitos tipificados con arreglo al Protocolo

176. El artículo 4 del Protocolo establece que el instrumento se aplica a la “prevención de la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones” y a la “investigación y el enjuiciamiento de los delitos comprendidos en el instrumento *cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado*” [se ha agregado la cursiva]. Cabe preguntarse de qué forma la precisión “de

²⁴Los *travaux préparatoires* oficiales de la Convención y sus Protocolos no se han publicado todavía. Reconociendo que ello llevaría demasiado tiempo y con miras a garantizar que los encargados de elaborar leyes nacionales tengan acceso a las notas interpretativas durante los años iniciales de los instrumentos, el Comité Especial redactó y convino en el tenor de notas interpretativas sobre muchas de las cuestiones más críticas examinadas en sus últimos períodos de sesiones. Dichas notas se presentaron a la Asamblea General junto con las versiones definitivas de los instrumentos y figuran en adiciones a un informe del Comité Especial. Las notas interpretativas relacionadas con la Convención y sus dos primeros Protocolos figuran en el documento A/55/383/Add.1 y las relacionadas con el Protocolo sobre armas de fuego figuran en el documento A/55/383/Add.3.

²⁵La locución *mutatis mutandis* deberá interpretarse en el sentido de “con las modificaciones necesarias” o “con las modificaciones que sean del caso” (véase A/55/383/Add.1, párrafo 62). Se adoptaron notas parecidas con respecto a los otros dos Protocolos.

carácter transnacional” y la participación de un “grupo delictivo organizado” afectan la creación de los delitos. Como se indicó anteriormente, el principio general al tipificar en el derecho interno delitos penales con arreglo a la Convención y sus Protocolos es que el carácter transnacional y la participación de grupos delictivos organizados no deben constituir elementos del delito interno (párrafo 2 del artículo 34 de la Convención, aplicable, *mutatis mutandis*, al Protocolo, en virtud del párrafo 2 del artículo 1 de ese instrumento).

b) *Excepción*

177. El párrafo 2 del artículo 4 establece que el Protocolo “no se aplicará a las transacciones entre Estados ni a las transferencias estatales cuando la aplicación del Protocolo pudiera perjudicar el derecho de un Estado Parte a adoptar medidas en aras de la seguridad nacional en consonancia con la Carta de las Naciones Unidas”. La intención al redactar dicho párrafo era excluir determinadas transacciones o transferencias en las que participan los Estados. El alcance de la limitación gira en torno a la interpretación de las expresiones “transacciones entre Estados” y “transferencias estatales”. Las notas interpretativas indican que las palabras “transacciones entre Estados” se refieren únicamente a transacciones efectuadas por los Estados en ejercicio de su soberanía. La expresión no incluiría, por consiguiente, las actividades de los Estados en su calidad de entidades comerciales²⁶.

c) *Armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*

178. El Protocolo hace referencia repetidamente a “armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones” [se ha agregado la cursiva] porque éste es el tenor de la resolución 53/111 de la Asamblea General (párrafo 10), con arreglo a la cual se negoció el Protocolo. Al elaborar las disposiciones relativas a los delitos internos, sin embargo, los legisladores deberán examinar cuidadosamente si se ha de emplear la construcción copulativa “y” o bien la construcción disyuntiva “o”, teniendo en cuenta el contexto legislativo sentado por la Convención, el Protocolo y la legislación interna pertinente. Al formular las disposiciones relativas a los delitos nacionales será por lo general más apropiada la construcción disyuntiva. Por ejemplo, al requerir que los Estados Parte penalizaran “la fabricación ilícita de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones”, la intención era exigir la penalización

²⁶Véase el párrafo 4 de las notas interpretativas (A/55/383/Add.3); véase también el acta de la sesión de la Asamblea General en la que se aprobó la resolución 55/255, que contiene el texto del Protocolo (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Sesiones plenarias*, 101a. sesión).

de la fabricación ilícita de cualesquiera de esos elementos. De incorporarse literalmente en una disposición relativa a un delito interno, el empleo de la conjunción copulativa “y” podría tener el efecto de exigir que se demostrara que la persona acusada había fabricado ilícitamente todos los objetos enumerados (es decir, por lo menos un ejemplar de cada uno de los cuatro grupos), no habiendo sido ésa la intención. Este análisis se aplica a los requisitos de penalización contenidos en los apartados *a* y *b*) del párrafo 1 del artículo 5 y a la interpretación de los apartados *d*) y *e*) del artículo 3. La cuestión no se plantea con respecto a los delitos que se aplican únicamente a las armas de fuego (véase inciso *iii*) del apartado *d*) del artículo 3).

d) *Tentativas de comisión*

179. Los Estados Parte deberán penalizar las tentativas de comisión de los delitos tipificados con arreglo al Protocolo. Los *travaux préparatoires* deberían entrar en detalle a este respecto indicando que las referencias a tentativas de cometer delitos incluyen, según los criterios de algunos países, los actos perpetrados en preparación de un delito o los que se llevan a cabo en un intento infructuoso de cometer el delito, cuando esos actos sean también delictivos o penalizables con arreglo al derecho interno (A/55/383/Add.3, párrafo 6). El Protocolo exige también la penalización de la organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento para la comisión de un delito.

5. *Delitos de tipificación facultativa*

180. A fin de complementar los delitos de tipificación obligatoria, los Estados tal vez deseen considerar los delitos complementarios que se exponen en la sección E del presente capítulo, titulada Delitos de tipificación facultativa, teniendo en cuenta que la investigación, el enjuiciamiento y otros procedimientos relacionados con actividades fuera del ámbito de la Convención o del Protocolo no estarán amparados por los diversos requisitos de cooperación internacional.

B. Fabricación ilícita

“Artículo 5

“Penalización

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas, cuando se cometan intencionalmente:

“a) La fabricación ilícita de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones;

“...

“2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas:

“a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo o la participación en él como cómplice; y

“b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.”

“Artículo 3

“Definiciones

“Para los fines del presente Protocolo:

“...

“d) Por ‘fabricación ilícita’ se entenderá la fabricación o el montaje de armas de fuego, sus piezas y componentes o municiones:

“i) A partir de piezas y componentes que hayan sido objeto de tráfico ilícito;

“ii) Sin licencia o autorización de una autoridad competente del Estado Parte en que se realice la fabricación o el montaje; o

“iii) Sin marcar las armas de fuego en el momento de su fabricación, de conformidad con el artículo 8 del presente Protocolo;

“La concesión de licencia o autorización respecto de la fabricación de piezas y componentes se hará de conformidad con el derecho interno;

“...”

1. *Introducción*

181. La finalidad del artículo 5, en el que se tipifican como delito de fabricación ilícita tres formas de conducta, es garantizar que queden abarcadas todas las etapas del proceso de fabricación, desde la relacionada con las materias primas hasta la correspondiente a las armas de fuego terminadas. Más concretamente, al caracterizar el primer tipo de delito (la fabricación o el

montaje de un arma de fuego a partir de piezas y componentes que hayan sido objeto de tráfico ilícito) se pretende impedir que se soslayen los requisitos básicos de importación, exportación y localización previstos en el Protocolo recurriendo al expediente de fabricar todas las piezas y componentes de un arma de fuego, exportarlas antes de montarlas y obtener así el producto terminado. La inclusión del segundo tipo de delito tiene por objeto impedir la fabricación encubierta de armas de fuego, ya que se exige la autorización de una autoridad competente para fabricarlas. El objeto de caracterizar el tercer tipo de delito es que el requisito de marcar las armas de fuego en el momento de su fabricación posibilite toda localización ulterior.

2. Resumen de los principales requisitos

182. La obligación básica de penalizar la fabricación ilícita se amplía con la definición de “fabricación ilícita”, en virtud de la cual se requiere que se tipifiquen tres figuras delictivas distintas pero afines, a saber:

- a) La fabricación o el montaje a partir de piezas y componentes que hayan sido objeto de tráfico ilícito;
- b) La fabricación o el montaje sin licencia o autorización de una autoridad competente; y
- c) La fabricación o el montaje de armas de fuego sin marcación.

3. Requisitos obligatorios

a) Principales elementos del artículo

- i) *Delito de fabricación o montaje de armas de fuego a partir de piezas y componentes que hayan sido objeto de tráfico ilícito*

183. Hay que tener en cuenta varias cuestiones al tipificar en el derecho interno este delito de fabricación ilícita.

184. En primer lugar, debe entenderse claramente el ámbito del delito en sí. Dado que por “piezas y componentes” se entiende en el Protocolo “todo elemento o elemento de repuesto específicamente concebido para un arma de fuego e indispensable para su funcionamiento...”, el término abarca sólo lo que se ajusta a la definición. En sentido estricto, el término no se aplica a las piezas y componentes de ningún otro artículo aparte de las armas de fuego; a componentes básicos menores, como resortes y tornillos mecánicos, que no son exclusivos de las armas de fuego, y a artículos que, aunque tal vez se

utilizan exclusivamente en la fabricación de armas de fuego, no son indispensables para su funcionamiento, ni a las materias primas.

185. En segundo lugar, habida cuenta de que uno de los elementos de este delito de fabricación ilícita es que las propias piezas y componentes hayan sido objeto de “tráfico ilícito”, tal vez convenga que en toda disposición del derecho interno en que se tipifique como delito penal la fabricación ilícita se precise el sentido de “objeto de tráfico ilícito” y se determinen las distintas maneras en que ese elemento podría probarse en un juicio penal. El sentido de “objeto de tráfico ilícito” en ese contexto debería ser compatible con el sentido asignado a ese término en el Protocolo.

186. En tercer lugar, dado el carácter transnacional de este tipo de delito²⁷, debería considerarse la posibilidad de incluir una disposición en virtud de la cual se estableciera que un tribunal podrá reconocer que toda prueba penal que se haya presentado en relación con las mismas piezas y componentes en algún otro procedimiento judicial nacional o extranjero cumple ese requisito. Cabe observar que cuando se reconozca una condena penal, no deberá requerirse que los mismos acusados hayan estado involucrados. También debería ser posible condenar a una persona por fabricación ilegal de armas de fuego fundándose en el hecho de que otra persona haya traficado las piezas y componentes de forma ilícita en alguna otra jurisdicción, siempre que el fabricante haya tenido conocimiento, real o presunto, de que esos artículos habían sido objeto de tráfico ilícito.

187. Por último, el delito debería abarcar en general todos los casos pasados de tráfico ilícito de las piezas y los componentes, independientemente de que la transacción o transferencia haya concluido efectivamente con la persona a la que se acuse de montar tales piezas y componentes. El hecho de que en transacciones o transferencias ulteriores intervengan personas que desconozcan el origen ilícito de las piezas y componentes no debería tener por efecto legitimarlas ni conceder inmunidad a quienes posteriormente montaren tales piezas y componentes. Deberían establecerse dos excepciones a este principio. La primera es que las piezas y componentes que hayan sido objeto de tráfico, decomiso y disposición por un método distinto del de la destrucción previsto en el artículo 6 del Protocolo no deberían servir de

²⁷Como se indicó anteriormente y se enuncia en el párrafo 2 del artículo 34 de la Convención, los delitos de fabricación ilícita no deben ser necesariamente de carácter transnacional en lo que a la propia fabricación y montaje se refiere. No obstante, el delito consistente en fabricar armas de fuego con piezas y componentes que hayan sido objeto de tráfico ilícito debe tener un elemento de índole transnacional en lo relativo a las piezas y componentes porque el traspaso de fronteras está implícito en la definición de “tráfico ilícito”. El hecho de que una persona fabrique armas de fuego con piezas que otra persona haya traficado ilícitamente constituiría delito con arreglo al Protocolo, siempre y cuando la fabricación ilícita fuera intencional, lo que por lo general entrañaría algún grado de conocimiento de que las piezas y componentes habían sido objeto de tráfico ilícito.

base para un delito de fabricación ilícita. La segunda es que el fabricante no se haya percatado verdaderamente del origen ilícito o de la trayectoria de las piezas y componentes.

188. En los ordenamientos en que se reconoce el error de hecho como defensa jurídica, éste excluiría esos casos; cabe señalar que los medios jurídicos de defensa se permiten expresamente en el párrafo 6 del artículo 11 de la Convención si ya están previstos en el derecho interno. En los ordenamientos en que no se reconozcan los medios jurídicos de defensa, tal vez resulte necesario introducir límites equivalentes en la disposición en que se tipifique el delito. En ambos casos, el principio general del Protocolo es que no debe permitirse que los fabricantes supongan, sin indagar razonablemente, que las piezas y componentes tienen procedencia legítima. Para lograrlo, se podría considerar la posibilidad de incorporar en la tipificación del delito los casos de “ceguera dolosa”, en que el acusado haga caso omiso de indicios de ilegalidad o evite hacer ciertas averiguaciones obvias que podrían haber revelado tal ilegalidad. Esto no sería necesariamente incompatible con la norma básica de intencionalidad que se establece en el párrafo 1 del artículo 5. En efecto, en ese caso se condenaría al acusado por haber armado intencionalmente armas de fuego incurriendo en “ceguera dolosa” respecto del origen de las piezas y componentes.

ii) Delito de fabricación o montaje de armas de fuego sin licencia o autorización de una autoridad competente

189. Si bien en el artículo 10 del Protocolo se exige el establecimiento de sistemas de licencias o autorizaciones de importación y exportación, no se prevé ningún requisito paralelo en materia de licencias de fabricación o montaje. No obstante, en el inciso ii) del apartado *d*) del artículo 3 se establece de hecho tal requisito al considerar la falta de una licencia o autorización como elemento constitutivo del delito de fabricación ilícita. Los requisitos de licencia o autorización sólo deberán aplicarse a la fabricación y al montaje de armas de fuego y municiones. Esto es así porque en el apartado *d*) del artículo 3 se especifica que la concesión de licencia o autorización respecto de la fabricación de piezas y componentes “se hará de conformidad con el derecho interno”. De ello resulta que los países podrán disponer la concesión de licencias o autorizaciones para la fabricación de piezas y componentes, pero no están obligados a ello.

190. Los delitos por incumplimiento de los requisitos de licencia deberían ajustarse en general a lo dispuesto en materia de concesión de licencias, teniendo en cuenta las disposiciones que rijan la emisión y el período de validez de una licencia. Por ejemplo, las disposiciones sobre el delito de incum-

plimiento deberían aplicarse no sólo a la fabricación o al montaje sin licencia, sino también a los casos en que las licencias hayan expirado o no cubran la totalidad o algunas de las actividades que se hayan realizado. Deberían constituir delito asimismo los casos en que la persona física o jurídica que haya efectuado la fabricación o el montaje no fuera la persona autorizada para hacerlo en la licencia y los casos en que los tipos o las cantidades de armas de fuego producidas no estuvieran autorizadas por la licencia.

191. La expresión “una autoridad competente” del Estado Parte en que se realice la fabricación o el montaje se refiere a todo funcionario facultado para ocuparse del proceso de concesión de licencias o autorizaciones con arreglo a las leyes del Estado Parte. En la práctica se trataría de funcionarios regionales, provinciales o estatales de regímenes federales encargados de la concesión de licencias en virtud de la constitución nacional o por delegación de poderes del gobierno federal o nacional. En el Protocolo no se pretende establecer facultades federales en materia de licencias en los Estados Parte en que la responsabilidad compete a instancias regionales, provinciales o estatales.

iii) Delito de fabricación o montaje de armas de fuego sin marcación

192. El tercer delito de fabricación ilícita previsto en el Protocolo consiste en fabricar o montar armas de fuego sin que lleven alguno de los dos tipos de marcación que se disponen en el apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 8. El delito debe incluir todo supuesto en que un arma de fuego se fabrique o monte sin marcación alguna o con marcas cuyo contenido y singularidad no se ajusten a lo previsto en el artículo 8.

193. Los encargados de elaborar la legislación interna que definan el delito deberán tener presente que en el Protocolo no se requiere la marcación de piezas, componentes ni municiones, de modo que deberán penalizar sólo la fabricación o el montaje de armas de fuego carentes de marcas. Por otro lado, los autores de la legislación interna de Estados en que se requiera algún grado de marcación de piezas, componentes o municiones tal vez deseen considerar también la posibilidad de penalizar la fabricación de esos artículos sin marcación, aunque deberán tener presente que, si bien en el párrafo 3 del artículo 34 de la Convención se permite expresamente incluir delitos que rebasen el ámbito de aplicación del Protocolo, en esos supuestos no podrán invocarse las diversas disposiciones del Protocolo y de la Convención en que se prevé la obligación de prestar cooperación internacional.

194. En la legislación en que se tipifique ese delito debería establecerse claramente el momento en que han de marcarse las armas de fuego. En el Protocolo se exige la penalización de “la fabricación o el montaje” de armas

de fuego que no se marquen “en el momento de su fabricación”. De ello se desprende que hay que marcar no sólo las “armas de fuego” completas, sino también las que están completas y aún no se han montado. Ello también es compatible con la práctica de muchos fabricantes, que marcan un componente principal, como “la caja o el cajón”, al término o casi al término del proceso de fabricación y luego proceden a montar el arma de fuego incorporando piezas y componentes más pequeños sin marcación. Esto permite frustrar las tentativas de impedir la localización de las armas de fuego marcando sólo las piezas más pequeñas y fáciles de intercambiar, a la vez que aporta material útil para todo requisito suplementario en materia de auditoría y registros que pudiese imponerse al fabricante.

195. En el apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 8 se describen dos opciones distintas de marcación, aunque en la mayoría de los casos los legisladores podrán escoger sólo una de ellas. Los Estados que ya utilicen “otra marca distintiva y fácil de emplear que ostente símbolos geométricos sencillos, junto con un código numérico y/o alfanumérico” podrán “mantener” o seguir utilizando tal sistema. En esos Estados deberán adoptarse disposiciones relativas a la tipificación de los delitos en las que se excluyan los casos en que se utilice ese sistema en lugar de la primera opción o además de ella. Los Estados que todavía no estén utilizando tal sistema, en cambio, están obligados a limitar las formas permitidas de marcación a “una marca distintiva que indique el nombre del fabricante, el país o lugar de fabricación y el número de serie” (véanse también los párrafos 65 a 90 *supra*). En la disposición correspondiente del ordenamiento interno se debería bien penalizar expresamente el incumplimiento de ese requisito, bien remitir al requisito correspondiente de las leyes internas que refleje la norma prevista en el Protocolo.

b) *Aplicación del artículo*

196. Las tres figuras delictivas distintas pero afines del Protocolo podrán aplicarse ya sea como un solo delito de fabricación ilícita indiviso, tomando como modelo la definición del apartado *d*) del artículo 3, o como tres delitos separados. La ventaja de este último enfoque tal vez radique en que permite definir delitos más concretos y sencillos que simplifican en la mayoría de los ordenamientos el proceso de imputación de cargos penales y de enjuiciamiento y que probablemente se ajusten más a las normas constitucionales básicas de claridad y especificidad relativas a las disposiciones sobre delitos penales cuando sean aplicables. Este enfoque tal vez facilite asimismo la introducción de enmiendas o adiciones si se requirieren o desearen en el futuro. En cambio una disposición en que se defina un delito indiviso probablemente presente menos riesgos de que haya lagunas o incoherencias entre distin-

tos delitos, algo que los encargados de elaborar leyes nacionales que opten por desglosar la figura delictiva básica en varios delitos separados deberían procurar evitar. Independientemente del enfoque que se adopte al definir el o los delitos, debería ya sea penalizarse el incumplimiento de la obligación prevista, que habrá de estipularse minuciosamente, o de lo contrario hacerse referencia a la obligación correspondiente del derecho interno.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

197. Los Estados podrán adoptar una norma más amplia (“más estricta o severa”) respecto de la “fabricación ilícita” aplicable a los delitos tipificados en el derecho interno (párrafo 3 del artículo 34 de la Convención). No obstante, cabe señalar que en los casos de fabricación ilícita con arreglo al ordenamiento interno que no queden comprendidos en el ámbito de aplicación del Protocolo, los investigadores tal vez no podrán invocar las disposiciones de éste y de la Convención que prevén la prestación de cooperación.

198. En el marco de la norma general de intencionalidad, los legisladores podrían examinar si corresponde aplicar normas de nivel inferior a algunos elementos específicos de los delitos. Por ejemplo, podría exigirse a quienes fabriquen o monten armas de fuego que eviten incurrir en ceguera dolosa o que procedan con determinado grado de diligencia para determinar si las piezas y componentes que utilizan han sido objeto de tráfico ilícito.

199. Como se señaló anteriormente, los encargados de elaborar leyes nacionales de Estados cuyos requisitos de marcación rebasen el ámbito de aplicación del Protocolo (por ejemplo, que dispongan algún tipo de marcación de las piezas, componentes o municiones) deberían ampliar en consecuencia las disposiciones en que se definen los delitos.

5. *Recursos de información*

200. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) *Protocolo sobre armas de fuego*

Artículo 1, párrafo 3 (Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional)

Artículo 3, apartados *a), b), c), d) y e)* (Definiciones)

- Artículo 4 (Ámbito de aplicación)
- Artículo 7 (Registros)
- Artículo 8 (Marcación de las armas de fuego)
- Artículo 10 (Requisitos generales para sistemas de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito)
- Artículo 12, párrafo 4 (Información)

b) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

- Artículo 11 (Proceso, fallo y sanciones)
- Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)
- Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

c) *Otros instrumentos*

Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, 1997
Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2029, No. 35005
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-63.html>
Artículo IV

Documento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre armas pequeñas y armas ligeras, 2000 (A/CONF.192/PC/20)
<http://www.osce.org/docs/spanish/fsc/2000/decisions/fscsw231.htm>
Anexo, apéndice, sección II

Programa de Acción para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos, 2001
Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligera en Todos sus Aspectos, Nueva York, 9 a 20 de julio de 2001 (A/CONF.192/15)
Capítulo IV, párrafo 24, sección II

Protocolo sobre el control de las armas de fuego, las municiones y otros materiales relacionados en la región de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, 2001
http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_firearms
Artículo 5

C. Tráfico ilícito

“Artículo 5 *“Penalización*

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas, cuando se cometan intencionalmente:

“...

“b) El tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones;

“c) La falsificación o la obliteración, supresión o alteración ilícitas de la(s) marca(s) de un arma de fuego requerida(s) de conformidad con el artículo 8 del presente Protocolo.

“2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas:

“a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo o la participación en él como cómplice; y

“b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.”

“Artículo 3 *“Definiciones*

“Para los fines del presente Protocolo:

“...

“e) Por ‘tráfico ilícito’ se entenderá la importación, exportación, adquisición, venta, entrega, traslado o transferencia de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones desde o a través del territorio de un Estado Parte al de otro Estado Parte si cualquiera de los Estados Partes interesados no lo autoriza conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo o si las armas de fuego no han sido marcadas conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del presente Protocolo;

“...”

1. *Introducción*

201. La finalidad de incluir las dos figuras delictivas de tráfico ilícito es dar mayor transparencia al traslado transfronterizo de armas de fuego y artículos afines. La caracterización del primer delito tiene como objetivo establecer que las armas de fuego y artículos afines sean enviados a ciertos Estados o a través de sus territorios únicamente si esos Estados han aceptado recibir las remesas. El mecanismo que se prevé en el Protocolo da lugar a un proceso de autorización recíproca en el que intervienen más Estados de los que son partes en el Protocolo, habida cuenta de que un Estado Parte que sea el Estado exportador necesitará autorización de los Estados importadores y de tránsito, aun si éstos no son Estados Parte en el Protocolo. La caracterización del segundo delito tiene como objetivo establecer que el traslado de armas de fuego se autorice sólo si éstas llevan marcas suficientes que permitan su ulterior localización.

2. *Resumen de los principales requisitos*

202. La obligación básica de penalizar el delito de tráfico ilícito enunciada en el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 5 se amplía en la definición de tráfico ilícito del apartado *e*) del artículo 3 del Protocolo, que abarca un conjunto de elementos diferentes (importación, exportación, etc.) y dos figuras delictivas distintas:

- a)* Un acto determinado (por ejemplo, importación) relacionado con armas de fuego que los Estados Parte interesados (Estados importadores, exportadores o de tránsito) no hayan autorizado con arreglo a lo dispuesto en el Protocolo;
- b)* Un acto determinado (por ejemplo, importación) relacionado con armas de fuego que no se hayan marcado conforme a lo dispuesto en el artículo 8.

3. *Requisitos obligatorios*

a) Principales elementos del artículo

- i) Delito de tráfico ilícito cuando los Estados Parte interesados no hayan autorizado la importación, exportación, adquisición, venta, entrega, traslado o transferencia de armas de fuego, sus piezas o componentes o municiones*

203. En la primera parte de la definición de tráfico ilícito se exige penalizar los casos en que se incurra en la conducta delictiva especificada si el traspaso

de armas de fuego, sus partes y componentes o municiones se efectúa “desde o a través del territorio de un Estado Parte al de otro Estado Parte”.

204. Lo que se entienda por “importación” y “exportación” debería ser compatible en términos generales con la legislación interna y las normas internacionales vigentes. Un problema radica en determinar si la importación se produce en el mismo momento en que las armas de fuego, sus piezas y componentes o municiones ingresan materialmente en el territorio del Estado Parte de que se trate o si los artículos pueden quedar materialmente durante un tiempo en otro país a fin de ser “importados” más tarde o estar en tránsito hacia otro país, sin que ello dé lugar a la aplicación de los requisitos de importación o suponga la comisión de los delitos correspondientes. En general, en la práctica internacional y en el artículo 10 del Protocolo se permite algún tipo de ingreso por un tiempo limitado, al menos para fines de “tránsito”, que no constituye un acto de importación y respecto del cual deben adoptarse medidas adecuadas de seguridad.

ii) Delito de tráfico ilícito de armas de fuego sin marcación

205. En la segunda parte de la definición de tráfico ilícito se exige penalizar los casos que entrañen los elementos específicos examinados anteriormente, cuando haya traspaso de armas de fuego y si “las armas de fuego no han sido marcadas conforme a lo dispuesto en el artículo 8”.

206. Los requisitos aplicables dependerían de las armas de fuego de que se trate: los requisitos de marcación enunciados en el apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 8 regirían para todas las armas de fuego (entendiéndose que todas se han “fabricado” en algún momento) y los requisitos previstos en el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 8 se aplicarían a todas las armas de fuego objeto de importación. Los requisitos del apartado *c*) del párrafo 1 del artículo 8 regirían también para armas de fuego que se hubieran transferido de las existencias estatales a la utilización civil con carácter permanente en algún momento pasado.

207. Los legisladores deberían tener en cuenta asimismo que todas las armas de fuego cuyas marcas hayan sufrido falsificación, obliteración, supresión o alteración ilícitas, actos tipificados como delito en el apartado *c*) del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo, ya no estarían “marcadas conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del presente Protocolo” y deberían garantizar que el tráfico de tales armas quedara comprendido en el delito de tráfico ilícito de armas de fuego sin marcación.

208. Cabe observar asimismo que, como delito relacionado con la marcación de armas de fuego, el delito de tráfico de tales armas sin marcación ha

de aplicarse únicamente a las armas de fuego y no a sus partes y componentes o municiones.

b) *Aplicación del artículo*

209. Las figuras delictivas distintas pero afines del Protocolo podrán trasponerse como un solo delito de tráfico ilícito indiviso, tomando como modelo la definición del apartado *e*) del artículo 3, o como dos o varios delitos separados. Como se indicó en los párrafos sobre fabricación ilícita, la ventaja de este último enfoque tal vez sea que permite definir delitos más concretos y sencillos que simplifican en la mayoría de los ordenamientos el proceso de imputación de cargos penales y de enjuiciamiento y que probablemente se ajusten más a las normas constitucionales básicas de claridad y especificidad relativas a las disposiciones sobre delitos penales cuando sean aplicables. Este enfoque tal vez facilite asimismo la introducción de enmiendas o adiciones si se requirieren o desearen en el futuro. En cambio, una disposición en que se defina un delito indiviso probablemente presente menos riesgos de que haya lagunas o incoherencias entre distintos delitos, algo que los encargados de elaborar las leyes nacionales que opten por desglosar la figura delictiva básica en varios delitos separados deberían procurar evitar. Independientemente del enfoque que se adopte al definir el o los delitos, debería ya sea penalizarse el incumplimiento de la obligación prevista, que habrá de estipularse minuciosamente, o de lo contrario hacerse referencia a la obligación correspondiente del derecho interno.

210. Los encargados de elaborar leyes nacionales tienen distintas opciones para la formulación de las disposiciones en que se definen los delitos:

- a)* La creación de figuras delictivas separadas que correspondan a cada una de las formas prohibidas de conducta;
- b)* La creación de varias figuras delictivas en función de ciertas formas de conducta, agrupándolas por sus características (por ejemplo, creando grupos relativos a delitos vinculados a la importación y la exportación); o
- c)* La creación de dos figuras delictivas que correspondan a actividades no autorizadas y al tráfico de armas de fuego sin marcación, cada una de las cuales abarque todas las formas prohibidas de conducta enumeradas.

211. Al elaborar la disposición en que se definen los delitos, debería procurarse penalizar no sólo los casos en que no se disponga de forma alguna de licencia o autorización de un Estado Parte, sino también los casos en que, si bien se dispone de algún tipo de autorización, ésta no es válida para todos los actos que se hayan realizado efectivamente. Las transferencias u otras actividades comerciales que podrían no quedar amparadas en una autorización

incluyen los casos en que las licencias no se hayan emitido válidamente o hayan expirado, los casos en que no se hayan cumplido las condiciones previas a la actividad a las que la licencia estaba vinculada y los casos en que las licencias no se aplicaran a las clases o las cantidades de armas de fuego, piezas y componentes o municiones que hayan sido objeto de la transferencia.

212. Los encargados de elaborar leyes nacionales deberían tomar nota también de que para no ser inculpado del delito se debe tener más de una “autorización”, habida cuenta de que todos los “Estados Parte interesados”, que en general serían los países de exportación, de importación y, cuando proceda, los países de tránsito, han de haber autorizado la transferencia o algún otro acto de comercio.

213. Cabe observar, además, que, a fin de tener validez, la autorización para realizar un acto en particular debe proceder del Estado Parte facultado para autorizar la acción de que se trate. Por ejemplo, una licencia de importación de armas de fuego debe haber sido emitida por el Estado Parte en que los artículos hayan ingresado efectivamente.

214. En el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 5 y en el apartado *e*) del artículo 3 se exige la penalización de todo acto de importación o exportación cuando los Estados de exportación, importación y, si procede, de tránsito no hayan autorizado la transferencia. En el artículo 10 se enumeran las circunstancias en que deberían emitirse los permisos o autorizaciones necesarios y el contenido de los diversos documentos correspondientes, a efectos de constituir los registros requeridos para la localización ulterior de transacciones o armas de fuego. En el párrafo 6 del artículo 10 se permite (aunque no se exige) que los Estados Parte establezcan una excepción parcial a los requisitos por lo demás aplicables de licencias o autorizaciones cuando se trate de importaciones temporales o de artículos para fines lícitos verificables, tales como el uso recreativo. Si los legisladores optaran por formular tal excepción, será necesario prever excepciones paralelas en la disposición en que se definen los delitos consistentes en efectuar importaciones sin los permisos o autorizaciones necesarios. Los legisladores deberían velar por que la principal figura delictiva de tráfico ilícito fuera aplicable en toda situación en que un tribunal determine que se han importado armas de fuego para fines no previstos en la excepción.

215. En el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 5 y en el apartado *e*) del artículo 3 también se exige la penalización de la importación de armas de fuego sin la marcación requerida conforme al artículo 8. Se prevé una excepción a esa regla general. No será necesario cumplir el requisito de marcar las armas de fuego que se importan cuando éstas se importen temporalmente “con fines lícitos verificables”. La excepción se establece para permitir que los Estados Parte atenúen las exigencias reglamentarias impuestas a los particulares que

importan o exportan armas de fuego personales para fines recreativos y a las empresas que con frecuencia importan y exportan armas de fuego para fines de mantenimiento y reparación (véase también al respecto el párrafo 6 del artículo 10). Cuando un gobierno opte por aplicar esa exclusión, debería incorporarse una exclusión paralela en la disposición en que se tipifique como delito el tráfico de armas de fuego sin la marcación requerida. En tal caso, la importación sin las marcas básicas necesarias seguirá constituyendo delito, aunque la importación sin las marcas suplementarias exigidas en el apartado *b*) del párrafo 1 del artículo 8 no lo sería si la importación fuera temporal y con fines lícitos verificables.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

216. Los Estados podrán adoptar una norma más amplia (“más estricta o severa”) respecto del “tráfico ilícito” aplicable a los delitos tipificados en el derecho interno (véase el párrafo 3 del artículo 34 de la Convención). No obstante, cabe señalar que en los casos de tráfico ilícito conforme al derecho interno que no estén comprendidos en el ámbito del Protocolo, los investigadores tal vez no podrán invocar las disposiciones sobre facilitación de cooperación previstas en el Protocolo y en la Convención. En el marco de la norma general de intencionalidad, los legisladores tal vez deseen considerar también la posibilidad de introducir normas de nivel inferior aplicables a algunos elementos específicos de las figuras delictivas.

217. Los legisladores tal vez deseen prever de forma específica que ciertos documentos extranjeros, como los permisos de importación, de exportación o de tránsito, podrán servir de prueba de que se ha concedido la autorización requerida; si lo hicieran, deberán tener en cuenta que la denominación y el contenido de tales documentos probablemente difieran de un Estado Parte a otro y establecer en la disposición legislativa que una autorización extranjera podrá probarse como emitida mediante esos documentos, independientemente de la forma que tengan.

5. *Recursos de información*

218. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) *Protocolo sobre armas de fuego*

Artículo 1, párrafo 3 (Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional)

Artículo 3, apartados *a), b), c), d) y e)* (Definiciones)
Artículo 4 (Ámbito de aplicación)
Artículo 7 (Registros)
Artículo 8 (Marcación de las armas de fuego)
Artículo 10 (Requisitos generales para sistemas de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito)
Artículo 12, párrafo 4 (Información)

b) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

Artículo 11 (Proceso, fallo y sanciones)
Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)
Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

c) *Otros instrumentos*

Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, 1997
Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2029, No. 35005
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-63.html>
Artículo IV

Documento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre armas pequeñas y armas ligeras, 2000 (A/CONF.192/PC/20)
<http://www.osce.org/docs/spanish/fsc/2000/decisions/fscsw231.htm>
Anexo, apéndice, sección III

Programa de Acción para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos, 2001
Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligera en Todos sus Aspectos, Nueva York, 9 a 20 de julio de 2001 (A/CONF.192/15)
Capítulo IV, párrafo 24, sección II

Protocolo sobre el control de las armas de fuego, las municiones y otros materiales relacionados en la región de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, 2001
http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_firearms
Artículo 5

D. Manipulación de marcas

“Artículo 5

“Penalización

“1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas, cuando se cometan intencionalmente:

“...

“c) La falsificación o la obliteración, supresión o alteración ilícitas de la(s) marca(s) de un arma de fuego requerida(s) de conformidad con el artículo 8 del presente Protocolo.

“2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas:

“a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo o la participación en él como cómplice; y

“b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.”

1. Introducción

219. Los delincuentes que tratan de impedir que se identifiquen y localicen las armas de fuego que se destinan a ser utilizadas o se utilizan en actos delictivos, incluido el tráfico ilícito, con frecuencia procuran eliminar o alterar las marcaciones distintivas para impedir su lectura. Por ese motivo, muchos Estados en que ya rigen leyes que disponen la marcación de las armas de fuego también han tipificado como delito la manipulación de marcas; en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo se establece que los Estados Parte han de incorporar ese delito, a su derecho interno.

2. Resumen de los principales requisitos

220. El delito abarca:

a) Todo supuesto en que un arma de fuego haya sido marcada en el momento de su fabricación con marcas que cumplen los requisitos del Protocolo pero que son falsas en comparación con la información que aparece en un registro que se podría utilizar ulteriormente para localizar el arma de fuego;

b) Toda la variedad de métodos ideados por los delincuentes para impedir la lectura de las marcas.

3. Requisitos obligatorios

a) Principales elementos del artículo

221. Con el empleo de la palabra “falsificación” en el apartado *c*) del párrafo 1 se pretende tipificar un delito que complementa el delito de fabricación ilícita. Incluye todo supuesto en que un arma de fuego haya sido marcada en el momento de su fabricación con marcas que cumplen los requisitos del Protocolo pero que son falsas en comparación con la información que aparece en un registro que se podría utilizar ulteriormente para localizar el arma de fuego. Por ejemplo, la marcación premeditada de un arma de fuego con el mismo número de otra arma de fuego entraría en la categoría de delito de fabricación ilícita (apartado *a*) del párrafo 1 del artículo 5 e inciso iii) del apartado *d*) del párrafo 3), mientras que la colocación de una marca distintiva en la que figurasen un nombre del país o un lugar de fabricación falsos o que discrepase con información que consta en el registro del fabricante o que se envía a los registros estatales a efectos de utilizarla en la ulterior localización de armas de fuego entraría en la categoría de manipulación de marcas.

222. La expresión “obliteración, supresión o alteración” de marcas tiene por objeto abarcar toda la variedad de métodos ideados por los delincuentes para impedir la lectura de las marcas. En general, las pruebas en que se funde el enjuiciamiento por tales delitos serán aportadas por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o por peritos forenses, que atestiguarán que tal actividad ha tenido lugar.

223. La calificación de la expresión “la obliteration, supresión o alteración” de marcas mediante el término “ilícitas” sirve para que los Estados Parte puedan disponer la alteración lícita de marcas, si así lo desean. Por ejemplo, en algunos ordenamientos las armas de fuego que las fuerzas armadas u otras entidades estatales adquieren o desechan se vuelven a marcar. Dado que esto constituiría una excepción a un delito tipificado por la ley, tal excepción, de establecerse, supondría en general la elaboración de una disposición legislativa.

b) Aplicación del artículo

224. Si bien la formulación exacta de los delitos de fabricación de armas de fuego sin marcación y de falsificación de marcas puede diferir, los encarga-

dos de elaborar leyes nacionales deberían procurar abarcar la gama completa de conductas y procurar que no haya lagunas entre uno y otro.

225. Tratándose de los delitos de “obliteración, supresión o alteración” ilícitas de las marcas, los legisladores tal vez deseen asesorarse con expertos al escoger los términos que utilizarán, de modo que quede comprendida en la legislación la variedad completa de métodos a que recurren los delincuentes. Las pruebas aportadas por peritos forenses para identificar las armas de fuego y determinar manipulación de marcas se fundarán por lo general en el examen ocular, físico, químico o radiológico del arma de fuego; los legisladores tal vez deseen prever en las disposiciones la admisibilidad del testimonio de peritos.

226. Al establecer las excepciones correspondientes a la alteración legal de las marcas de un arma de fuego, los legisladores deberían tener en cuenta la necesidad de garantizar que siga siendo posible localizar las armas de fuego que se hayan vuelto a marcar bien estableciendo normas que prohíban hacer ilegibles las marcas originales (por ejemplo, agregando simplemente otras marcas a las originales), bien disponiendo que se lleven registros de las nuevas marcas en los que se haga referencia a la antigua forma de identificación del arma de fuego, en caso de que fuera necesario localizarla ulteriormente.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

227. Por la índole misma de las marcas de un arma de fuego, que en la mayoría de los casos se graban profundamente en una o varias de las principales partes metálicas, es difícil proceder a su supresión, alteración u obliteración sin que ello torne el arma de fuego peligrosa para quien intente usarla posteriormente. Por ese motivo hay muchas tentativas fallidas y en ciertos casos se logra borrar sólo superficialmente las marcas, cuya lectura es posible mediante métodos químicos o radiológicos. En el apartado *a*) del párrafo 2 del artículo 5 se requiere penalizar toda tentativa de comisión de ese delito cuando ello sea compatible con los conceptos básicos del ordenamiento jurídico del país de que se trate. Cuando sea imposible penalizar la tentativa de comisión de un delito de forma separada, los legisladores podrían incluirla en la disposición en que se define la conducta prohibida. (Un ejemplo de enunciación es “todo aquel que suprima o intente suprimir una marca”.) Otra posibilidad sería prohibir otros tipos de actos si éstos se llevaran a cabo a efectos de la supresión, alteración u obliteración de marcas. (Un ejemplo de enunciación es “todo aquel que lime, pula, estampe o modifique de alguna otra forma las marcas de un arma de fuego a efectos de su obliteración, supresión o alteración”.) Además, dado que los peritos forenses con frecuencia “restituyen” la

legibilidad de las marcas gracias al empleo de procedimientos químicos de grabado u otro tipo de métodos, debería precisarse en las disposiciones de tipificación de un delito que el hecho de que un perito logre ulteriormente leer las marcas o restituirlas a una forma legible no constituirá prueba de que las marcas no se suprimieron, alteraron u obliteraron realmente.

5. Recursos de información

228. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) Protocolo sobre armas de fuego

Artículo 1, párrafo 3 (Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional)

Artículo 3, apartados *a), b), c), d) y e)* (Definiciones)

Artículo 4 (Ámbito de aplicación)

Artículo 7 (Registros)

Artículo 8 (Marcación de las armas de fuego)

Artículo 10 (Requisitos generales para sistemas de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito)

Artículo 12, párrafo 4 (Información)

b) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 11 (Proceso, fallo y sanciones)

Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)

Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

E. Delitos de tipificación facultativa

229. En función de las leyes en vigor y de los métodos escogidos para dar cumplimiento a los requisitos de registro, marcación, licencias y de otra índole previstos en el Protocolo, los gobiernos tal vez deseen considerar la posibilidad de tipificar como delito otras formas de conducta aunque ello no sea obligatorio (párrafo 3 del artículo 34 de la Convención), teniendo presente que en caso de hacerlo no podrán invocarse las diversas disposiciones sobre cooperación internacional respecto de todo procedimiento de investigación,

enjuiciamiento o de otra índole relacionado con actividades que no estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la Convención ni del Protocolo.

1. *Registros*

230. Por ejemplo, cuando un Estado opte por exigir a las personas que transfieren armas de fuego que lleven los registros necesarios para toda localización ulterior, tal vez desee considerar la posibilidad de tipificar como delito el incumplimiento de esa obligación, así como la falsificación y destrucción de registros; los Estados que dispongan que un organismo estatal lleve los registros, en cambio, tal vez deseen considerar la posibilidad de tipificar como delito el incumplimiento de la obligación de notificar las transacciones o el suministro de información falsa, inexacta o incompleta o formas similares de conducta.

231. En general, sería menester que las sanciones por la comisión de esos delitos fueran análogas a las que se imponen por las figuras delictivas básicas de fabricación y tráfico ilícitos para que los delincuentes no pudieran evitar sanciones más severas simplemente incumpliendo la obligación de llevar registros o destruyendo los registros necesarios para determinar que ha habido conducta delictiva.

2. *Marcación*

232. Los Estados que deseen imponer requisitos de marcación de algunas piezas y componentes o marcaciones de otra índole, como las “marcas de culotes” o las marcas de embalaje, que identifican parcialmente los lotes de cartuchos o municiones, deberán considerar asimismo la posibilidad de tipificar como delito la fabricación ilícita de tales artículos.

233. Si se establecen normas adicionales referidas a la forma, el contenido, la ubicación u otras características de las marcas de las armas de fuego, podría tipificarse como delito la inobservancia de esas normas.

3. *Licencias*

234. También podrá considerarse la posibilidad de tipificar como delito el suministro de información falsa o equívoca que pueda influir indebidamente en el juicio de los funcionarios encargados de decidir si emitirán o no la licencia o autorización requerida, indispensable para concluir una transferencia de importación o exportación. Ese delito podría ampliarse incluyendo la

omisión material de revelar información a fin de abarcar los casos en que se proporcione información veraz pero incompleta. Los Estados tal vez deseen considerar igualmente la posibilidad de tipificar como delito la falsificación o el uso indebido de tales documentos. Esos delitos podrían complementarse también con delitos relativos a la posesión o utilización de licencias fraudulentas²⁸.

235. Los Estados Parte podrán optar por un procedimiento simplificado distinto del sistema de licencias y autorizaciones, previsto en el párrafo 6 del artículo 10, cuando se trate de transacciones temporales (importación, exportación y tránsito). Si bien los Estados Parte podrán limitarse a dictar leyes en las que se disponga una mera exclusión de esos casos, podrán optar, además, por crear un sistema simplificado de permisos o autorizaciones y, a la vez, tipificar como delito el incumplimiento de la obligación de obtener el permiso o autorización simplificados. La excepción establecida en virtud del párrafo 6 del artículo 10 se aplica únicamente a las importaciones “temporales”, para las que han de fijarse plazos. A su vez, ello requiere tipificar como delito el incumplimiento de la obligación de reexportar las armas de fuego en el plazo fijado. Por último, cuando se exijan solicitudes y permisos por separado como parte de ese proceso, habrá que extender el sentido del delito consistente en proporcionar información falsa o equívoca a fin de que las nuevas formas queden comprendidas en él.

4. Desactivación de armas de fuego

236. Además de establecerse normas técnicas, en el artículo 9 se alienta a los Estados que para fines de control interno no consideren que un arma desactivada es un “arma de fuego” a que tipifiquen como delito las tentativas de reactivación a fin de castigar y prevenir esa forma de conducta.

5. Corretaje

237. Si un Estado establece un régimen de corretaje, tal vez desee tipificar también como delito afín la práctica del corretaje ilícito. Otra posibilidad

²⁸Los delitos relacionados con la falsificación o la utilización indebida de documentos y la verificación de ciertos documentos, como los pasaportes, se incluyeron en los otros dos Protocolos, pero no en el Protocolo sobre armas de fuego, en parte por falta de tiempo durante las negociaciones, y en parte por la mayor variedad de documentos que utilizan diversos Estados para controlar la importación y exportación de armas de fuego. A los legisladores que quieran conocer ejemplos de esos delitos podría resultarles útil examinar la legislación nacional de aplicación de los artículos 6, 12 y 13 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y de los artículos 12 y 13 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, así como las secciones pertinentes de las guías legislativas para la aplicación de esos dos Protocolos.

es que si como parte del proceso de obtención de licencias y autorizaciones de importación o exportación un Estado exige que se facilite información sobre un corredor, se incluya entre los delitos de suministro de información falsa o equívoca en los formularios de solicitud un delito consistente en el incumplimiento de proporcionar la información requerida sobre operaciones de corretaje.

VI. Intercambio de información

238. En los artículos 12 y 13 del Protocolo se establece un marco de cooperación que complementa las disposiciones de índole más general de la Convención.

239. Si bien algunos de los requisitos legislativos en materia de cooperación tal vez ya se hayan contemplado en la legislación para la aplicación de las disposiciones de índole más general de la Convención, en varias disposiciones del Protocolo se requiere el intercambio de información relacionada específicamente con las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. Al respecto tal vez sea necesario adoptar medidas legislativas o de otra índole antes de ratificar el Protocolo.

A. Localización

“Artículo 12

“Información

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Convención, los Estados Parte intercambiarán, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos internos, información pertinente para cada caso específico sobre cuestiones como los fabricantes, agentes comerciales, importadores y exportadores y, de ser posible, transportistas autorizados de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

“2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Convención, los Estados Parte intercambiarán, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos internos, información pertinente sobre cuestiones como:

“a) Los grupos delictivos organizados efectiva o presuntamente involucrados en la fabricación o el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones;

“b) Los medios de ocultación utilizados en la fabricación o el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, así como las formas de detectarlos;

“c) Los métodos y medios, los lugares de expedición y de destino y las rutas que habitualmente utilizan los grupos delictivos organizados que participan en el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones; y

“d) Experiencias de carácter legislativo, así como prácticas y medidas conexas, para prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

“3. Los Estados Parte se facilitarán o intercambiarán, según proceda, toda información científica y tecnológica pertinente que sea de utilidad para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a fin de reforzar mutuamente su capacidad de prevenir, detectar e investigar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y de enjuiciar a las personas involucradas en esas actividades ilícitas.

“4. Los Estados Parte cooperarán en la localización de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que puedan haber sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos. Esta cooperación incluirá la respuesta rápida de los Estados Parte a toda solicitud de asistencia para localizar esas armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, dentro de los medios disponibles.

“5. Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico o a cualesquiera acuerdos internacionales, cada Estado Parte garantizará la confidencialidad y acatará las restricciones impuestas a la utilización de toda información que reciba de otro Estado Parte de conformidad con el presente artículo, incluida información de dominio privado sobre transacciones comerciales, cuando así lo solicite el Estado Parte que facilita la información. Si no es posible mantener la confidencialidad, antes de revelar la información se dará cuenta de ello al Estado Parte que la facilitó.”

“Artículo 3
“Definiciones

“Para los fines del presente Protocolo:

“...

“f) Por ‘localización’ se entenderá el rastreo sistemático de las armas de fuego y, de ser posible, de sus piezas y componentes y municiones, desde el fabricante al comprador, con el fin de ayudar a las autoridades competentes de los Estados Parte a detectar, investigar y analizar la fabricación y el tráfico ilícitos.”

1. *Introducción*

240. Un requisito fundamental del Protocolo es que la información reunida a partir de las marcas que deben colocarse en un arma de fuego (artículo 8) y los datos que han de proporcionarse y archivarse en relación con la fabricación y las transacciones internacionales (artículos 7 y 10) deben facilitarse a los efectos de localizar las armas de fuego que puedan haber sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos y, de haber sido así, para servir de medios de prueba en los procesos de investigación y enjuiciamiento de los delincuentes involucrados.

2. *Resumen de los principales requisitos*

241. En el Protocolo se exige que los Estados Parte faciliten asistencia para localizar artículos que “puedan haber sido” objeto de fabricación o tráfico ilícitos, lo que los obliga a responder a toda petición fundada en una sospecha del Estado Parte requirente.

3. *Requisitos obligatorios*

a) *Principales elementos del artículo*

242. En el párrafo 4 del artículo 12 se exige la cooperación en relación con la localización no sólo de armas de fuego, sino también de sus piezas y componentes y municiones. Por otro lado, en la definición de “localización” que figura en el apartado *f*) del artículo 3 se alude al rastreo de las armas de fuego y, “de ser posible”, de sus piezas y componentes y municiones. En el artículo 8 se exige la marcación únicamente de las armas de fuego y en el artículo 7 el mantenimiento de registros con información relativa a las armas de fuego y, “cuando sea apropiado y factible”, con información sobre sus piezas y componentes y municiones. A la luz de esas disposiciones, en el párrafo 4 del artículo 12 se establece que los Estados Parte “cooperarán” en la localización de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. Sin embargo, no se especifica el grado exacto de cooperación que debe facilitarse, aunque éste se limita en el apartado *f*) del artículo 3 cuando, al definirse el término localización, se establece que la cooperación se facilitará únicamente cuando sea posible.

243. Además, en el párrafo 4 del artículo 12 se impone una limitación al establecerse que la prestación efectiva de asistencia se hará “dentro de los medios disponibles”. Como ello habrá de determinarse caso por caso en función de la disponibilidad de recursos y de la cantidad de éstos que el cumplimiento

de cada solicitud exija, ello no debería reflejarse en la legislación interna. Cuando sea viable para un Estado desarrollar un sistema informatizado, el almacenamiento y la recuperación de información serán en general más fáciles si se utiliza un sistema centralizado manejado por el Estado.

244. Como en el Protocolo se reconoce la índole confidencial de cierta información, se establece que un Estado Parte al que se le facilita información estará obligado a no transmitirla a otros Estados ni a revelarla de algún otro modo. Esas obligaciones son válidas únicamente cuando el Estado Parte que proporciona la información pide que se respete el carácter confidencial de ésta. En el artículo se reconoce asimismo que en ciertos casos no será posible garantizar o mantener la confidencialidad, lo que suele ocurrir cuando en el Estado Parte requirente existe la figura de amparo procesal (muchas de cuyas formas están consagradas como derechos constitucionales y exigibles), que obliga a los fiscales a revelar toda información susceptible de ser exculpatoria o, en algunos ordenamientos, a proporcionar toda información pertinente a una persona acusada antes del proceso. En el Protocolo se exige que, antes de revelar la información, se dé cuenta de ello al Estado Parte que la facilitó.

b) Aplicación del artículo

245. En algunos Estados, los requisitos de cooperación enunciados en el artículo 12 podrán transponerse como instrucciones administrativas a fin de velar por que las solicitudes de cooperación se reciban y la información necesaria se obtenga y proporcione al Estado Parte requirente. Sin embargo, en la mayoría de los Estados las disposiciones del Protocolo deberán adquirir forma de leyes para que la tramitación de solicitudes de localización se funde en una base jurídica en debida forma que sea compatible con otras cuestiones de asistencia judicial de carácter oficial u oficioso. En las medidas legislativas y administrativas debería disponerse que todo elemento de los registros que se lleven con arreglo al artículo 7 pueda localizarse y transmitirse a un Estado Parte requirente, siempre que se facilite información suficiente para rastrear los registros de que se trate.

246. Como sucede con otros aspectos del intercambio de información, la necesidad fundamental de facultades legislativas, si es que llegan a necesitarse, se relacionará con las facultades y salvaguardias para conciliar los intercambios de información con toda norma aplicable de confidencialidad, privacidad o algún otro género análogo de protección. En la mayoría de los países y en relación con el intercambio de la mayoría de los demás tipos de información que se prevén en los párrafos 2 y 3 del artículo 12 tal vez no se plantea el problema ya que, para comenzar, es poco probable que, por su misma índole, esos tipos de información estén sujetos a protección. Por ejemplo, la información

sobre experiencias de carácter legislativo y la mayor parte de la información científica o tecnológica tal vez ya sean de dominio público y, por consiguiente, podrán intercambiarse sin necesidad de autorización legal alguna.

247. No obstante, los legisladores deberán establecer excepciones a las leyes que protejan la privacidad o confidencialidad de la información relativa a las armas de fuego, las transacciones y las partes interesadas, permitiendo que sea posible facilitar dicha información cuando se la solicite. Tal vez haya que dictar otra medida legislativa conexa, sujeta a la normativa constitucional, por la que se exija (al Estado requerido) mantener reserva acerca de la existencia de una solicitud y se proteja toda información que se facilite y respecto de la cual se solicitó el mantenimiento de su carácter confidencial. Algunas de esas medidas podrán aplicarse junto con las disposiciones de los párrafos 19 y 20 del artículo 18 de la Convención, o tal vez ya estén previstas en otras medidas adoptadas para la aplicación de esas disposiciones.

248. Cuando exista una obligación básica de revelar información a la defensa, es probable que para establecer excepciones, si es que se pueden establecer, se requiera una autorización legislativa específica y salvaguardias apropiadas para garantizar que los derechos de una persona acusada no se vean indebidamente comprometidos si se revela una cantidad limitada de información o para establecer fórmulas que limiten la forma o el contenido de la información revelada de modo que los derechos básicos queden amparados, a la vez que se evita o se reduce al mínimo todo daño que pudiera ocasionar la revelación en sí de la información. El hecho de que se vayan a necesitar o no medidas legislativas que protejan la confidencialidad o un marco que regule la revelación de información dependerá en cierto grado de la índole de la normativa en vigor de carácter constitucional, jurídico y de otra índole del ordenamiento interno, de los efectos de todo otro acuerdo internacional aplicable y de la aplicación de los párrafos 4 y 5 (protección de la información intercambiada voluntariamente) del artículo 18 y de los artículos 19 y 20 (protección de la información transmitida con arreglo a la asistencia judicial prevista en el artículo 18) de la Convención. Es probable que, en la mayoría de los casos, las medidas legislativas adoptadas de conformidad con el artículo 18 de la Convención sirvan directamente para aplicar el Protocolo o puedan constituir la base de disposiciones paralelas. El organismo de administración de esas disposiciones podrá variar, en función de que se encomiende o no al mismo organismo la tramitación de las solicitudes que se presenten conforme a la Convención y al Protocolo.

249. En el Protocolo se exige que los funcionarios que están obligados legalmente a revelar información notifiquen con antelación que así lo harán. Deberían adoptarse medidas legislativas o administrativas para garantizar que esto se comunique a la oficina u organismo nacional encargado de la coo-

peración con arreglo al párrafo 2 del artículo 13 del Protocolo, a efectos de que se retransmita a su vez al Estado Parte que facilitó la información, como se dispone en el párrafo 5 del artículo 12.

250. Además de los artículos 12 a 14 (producto del delito y otros bienes relacionados con el delito) y el artículo 18 (asistencia judicial recíproca) de la Convención, en sus artículos 27 a 29 se enuncian otros requisitos generales de cooperación. En líneas generales, los legisladores deberían tener en cuenta la aplicación (pasada o pendiente) de esas disposiciones cuando elaboren medidas para aplicar las disposiciones correspondientes del Protocolo, tanto para que la prestación de asistencia y cooperación se haga con unidad de criterio y coherencia, como para determinar si es viable o no la aplicación de los distintos requisitos mediante las mismas disposiciones legislativas o estructuras administrativas.

4. *Otras medidas, incluidos aspectos facultativos*

251. En el Protocolo no se exige mantener registros de las transferencias internas ni localizar un arma de fuego mientras ésta permanece en el territorio de un país. No obstante, como ocurre con otras disposiciones de la Convención y el Protocolo, en este caso se trata de una norma mínima, de modo que los Estados Parte que sí creen y mantengan registros de posesión y transferencia interna de armas de fuego podrán facilitar esa información voluntariamente para que conste en una solicitud de localización.

252. Los legisladores tal vez deseen considerar también la posibilidad de introducir enmiendas en la legislación que rija la cooperación con otras organizaciones, como la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol), el Consejo de Cooperación Aduanera (denominado también Organización Mundial de Aduanas) y sus organismos regionales homólogos, a fin de ampliar la red de fuentes de asistencia en materia de localización de armas de fuego.

5. *Recursos de información*

253. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) *Protocolo sobre armas de fuego*

Artículo 3, apartados *a), b), c), d) y e)* (Definiciones)

Artículo 4 (Ámbito de aplicación)

Artículo 7 (Registros)

Artículo 8 (Marcación de las armas de fuego)

Artículo 10, párrafos 2 y 4 (Requisitos generales para sistemas de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito)

b) *Convención contra la Delincuencia Organizada*

Artículo 12 (Decomiso e incautación)

Artículo 13 (Cooperación internacional para fines de decomiso)

Artículo 14 (Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados)

Artículo 18 (Asistencia judicial recíproca)

Artículo 27 (Cooperación en materia de cumplimiento de la ley)

Artículo 28 (Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada)

Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

c) *Otros instrumentos*

Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, 1997

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2029, No. 35005

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-63.html>

Artículo XIII

Documento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre armas pequeñas y armas ligeras, 2000 (A/CONF.192/PC/20)

<http://www.osce.org/docs/spanish/fsc/2000/decisions/fscsw231.htm>

Anexo, apéndice, sección III

Programa de Acción para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos, 2001

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos, Nueva York, 9 a 20 de julio de 2001 (A/CONF.192/15)

Capítulo IV, párrafo 24, secciones II y III

Protocolo sobre el control de las armas de fuego, las municiones y otros materiales relacionados en la región de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, 2001

http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_firearms

Artículos 15 y 16

B. Cooperación

“Artículo 13

“Cooperación

“1. Los Estados Parte cooperarán en los planos bilateral, regional e internacional a fin de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

“2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 13 del artículo 18 de la Convención, cada Estado Parte designará un órgano nacional o un punto de contacto central encargado de mantener el enlace con los demás Estados Parte en toda cuestión relativa al presente Protocolo.

“3. Los Estados Parte procurarán obtener el apoyo y la cooperación de los fabricantes, agentes comerciales, importadores, exportadores, corredores y transportistas comerciales de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, a fin de prevenir y detectar las actividades ilícitas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.”

1. *Introducción*

254. Al abordar la materia especializada del Protocolo, sus autores reconocieron que en algunos casos sería más eficaz disponer de organismos especializados a través de los cuales se canalizaran algunos tipos de cooperación, además de designarse a la “autoridad central” conforme a lo dispuesto en el párrafo 13 del artículo 18 de la Convención contra la Delincuencia Organizada para atender a las solicitudes oficiales de prestación de asistencia judicial recíproca.

2. *Resumen de los principales requisitos*

255. Se exige a los Estados Parte que designen un punto de contacto central encargado de mantener el enlace con los demás países en toda cuestión relativa al Protocolo.

3. Requisitos obligatorios

a) Principales elementos del artículo

256. La característica central del artículo 13 es que requiere la creación de un órgano nacional o un punto de contacto central que se encargará de recibir las solicitudes o notificaciones sobre “toda cuestión relativa al presente Protocolo”. En las notas interpretativas se indica que la referencia a “toda cuestión relativa al presente Protocolo” en el artículo 13 se incluyó a fin de tener en cuenta el hecho de que, en toda cuestión referida a la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, algunos Estados Parte podrían considerar necesario designar autoridades distintas de las encargadas de las cuestiones de asistencia judicial recíproca derivadas del artículo 18 de la Convención.

b) Aplicación del artículo

257. Al aplicar las disposiciones del Protocolo a nivel legislativo y administrativo, los gobiernos deberían examinar el grado en que distintas formas de cooperación podrían prestarse por conducto de una autoridad central cuando se trate de la asistencia judicial recíproca prevista en el artículo 18 de la Convención, por conducto de otros órganos encargados de hacer cumplir la ley, conforme al artículo 27 de la Convención, o por medio de una estructura más especializada como se prevé en el párrafo 2 del artículo 13 del Protocolo. Son consideraciones importantes a este respecto la índole de los canales de cooperación existentes y el grado en que distintas formas de información sobre localización, identificación o algún otro tipo de dato relacionado con las armas de fuego exigen canales oficiales de comunicación; si se requiere o no la presentación de pruebas admisibles en un proceso, en cuyo caso deberán utilizarse los canales oficiales de prestación de asistencia judicial recíproca, o los casos en que podría utilizarse un conducto oficioso de intercambio más expeditivo.

258. No se impone la obligación de establecer una oficina u órgano distinto o separado para que facilite cooperación en los casos prescritos en el Protocolo; se estipula simplemente que debe adoptarse una decisión oficial acerca de qué órgano se ocupará de atender las solicitudes presentadas en virtud del Protocolo y que se “designará” tal órgano. Ahora bien, cuando se instituya tal órgano, tal vez sea necesario hacerlo mediante legislación. Cuando se cree una nueva dependencia en el seno de un organismo encargado de hacer cumplir la ley o de la aduana, la necesidad de nueva legislación dependerá de que la creación de esa dependencia esté autorizada o no por las autoridades existentes.

259. Cabe señalar asimismo que el punto de contacto central podrá actuar como punto de recepción de consultas, que derivará al organismo competente, o podrá ser una oficina especializada. Además, el punto de contacto central no tiene por qué ser la única oficina de un Estado que se ocupe de cuestiones relacionadas con el Protocolo.

260. Como en el caso del artículo 12, los países deberían procurar que el artículo 13 fuera compatible con las leyes internas sobre privacidad.

4. Recursos de información

261. Los encargados de elaborar leyes nacionales tal vez deseen consultar las disposiciones y los instrumentos conexos que se enumeran a continuación.

a) Protocolo sobre armas de fuego

Artículo 3, apartados *a), b), c), d) y e)* (Definiciones)

Artículo 4 (Ámbito de aplicación)

Artículo 8, párrafo 2 (Marcación de las armas de fuego)

b) Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 18, párrafo 13 (Asistencia judicial recíproca)

Artículo 27 (Cooperación en materia de cumplimiento de la ley)

Artículo 34, párrafo 3 (Aplicación de la Convención)

c) Otros instrumentos

Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, 1997

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2029, No. 35005

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-63.html>

Artículo XIV

Reglamento Modelo para el Control del Tráfico Internacional de Armas de Fuego, sus Partes y Componentes y Municiones, 1997 (Organización de los Estados Americanos)

http://www.cicad.oas.org/Desarrollo_Juridico/esp/Reglamentos/

Reglamento Modelo/RegModeloIdiomas/ReglArmseng.doc

Capítulo IV

Documento de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa sobre armas pequeñas y armas ligeras, 2000 (A/CONF.192/PC/20)

<http://www.osce.org/docs/spanish/fsc/2000/decisions/fscsw231.htm>
Anexo, apéndice, sección III

Programa de Acción para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos, 2001

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos, Nueva York, 9 a 20 de julio de 2001 (A/CONF.192/15)

Capítulo IV, párrafo 24, secciones II y III

Protocolo sobre el control de las armas de fuego, las municiones y otros materiales relacionados en la región de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, 2001

http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_firearms

Artículo 15

Anexo I. Requisitos de notificación previstos en el Protocolo sobre armas de fuego

A continuación figura una lista de las notificaciones que los Estados Parte deben hacer al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 16. Solución de controversias

“4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.”

Artículo 17. Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión

“3. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

“4. El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro

que sea Parte en el presente Protocolo. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.”

Artículo 19. Enmienda

“1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del presente Protocolo, los Estados Parte podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. Los Estados Parte en el presente Protocolo reunidos en la Conferencia de las Partes harán todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte en el presente Protocolo presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.

“4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.”

Artículo 20. Denuncia

“1. Los Estados Parte podrán denunciar el presente Protocolo mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.”

Anexo II. Cuadro de ejemplos de leyes nacionales pertinentes

Los Estados Parte que elaboren leyes relacionadas con las disposiciones del Protocolo sobre armas de fuego tal vez deseen consultar como fuente de inspiración, entre otras cosas, la legislación que se cita a continuación.

Canadá

Firearms Act 1995, capítulo 39, An Act respecting firearms and other weapons [Sancionada el 5 de diciembre de 1995]
(<http://laws.justice.gc.ca/en/F-11.6/58586.html>)

Estados Unidos de América

Gun Control Act (título 18, United States Code, capítulo 44)

National Firearms Act (título 26, United States Code, capítulo 53)

Arms Export Control Act (título 22, United States Code, § 2778/título 18, United States Code, § 1715 (Non-mailable firearms))

Código de Reglamentos Federales (CFR)

27 C.F.R. Part 47

27 C.F.R. Part 178

27 C.F.R. Part 179

27 C.F.R. Part 25

(Todos los reglamentos enumerados anteriormente podrán consultarse en el sitio http://www.atf.gov/pub/fire-explo_pub/2000_ref.htm)

Anexo III. Organización Internacional de Policía Criminal

A. Sistema de Interpol para la Búsqueda de Explosivos y Armas: pantalla modelo

B. Información de contacto

Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol)

Secretaría General

200, quai Charles de Gaulle

69006 Lyon

Francia

Facsímil: + (33) (4) 72 44 71 63

Anexo IV. Canadá: normas de desactivación

La desactivación consiste en quitar las piezas o porciones de piezas de un arma de fuego y aplicar chavetas y soldaduras como forma de anular la capacidad del arma de fuego para alojar o disparar municiones.

1. Desactivación de armas pequeñas de calibre de 20 mm o menor

a. Armas de fuego semiautomáticas, totalmente automáticas, modificadas y de tiro selectivo

1. Debe insertarse a presión en el cañón, a la altura de la recámara, una chaveta ciega de acero templado, de un diámetro mayor o igual al del alma del cañón, que, de ser posible, atraviese la caja o cajón, de modo que impida la introducción de municiones. Además, debe fijarse la chaveta ciega mediante una soldadura, de modo que ésta cubra completamente el extremo que queda a la vista. La resistencia y la dureza de la soldadura han de ser similares a las del metal de que el arma de fuego está hecha. Si el calibre del arma de fuego supera los 12,7 mm (0,5 pulgadas), el diámetro de la chaveta podrá no ser superior a 12,7 mm. Cuando se trate de un arma de fuego de cañones múltiples, deben colocarse en todos sus cañones tantas chavetas como se necesiten para obstruir todas las recámaras.

2. El cañón debe ir soldado a la caja o cajón para impedir su sustitución.

3. La cara del cierre de la culata o la parte del pasador del cierre que sostiene el cartucho debe quitarse o agrandarse taladrándola hasta que tenga un diámetro igual al del culote del cartucho para que el pasador ya no pueda sostenerlo.

4. El cajón debe cerrarse con una soldadura que impida la sustitución del pasador del cierre.

5. Tratándose de armas de fuego de tiro totalmente automático, debe inutilizarse su mecanismo de disparo destruyendo las piezas o componentes que lo accionan, lo que se logra cortando o limando esos dispositivos y luego soldándolos para inmovilizarlos e impedir de ese modo su sustitución.

b. Rifles, escopetas y armas accionadas con una sola mano excepto los revólveres

1. El cañón, el pasador y la caja o cajón deben modificarse como se indica en el punto 1.a. supra.

2. Si el pasador viene como pieza separada, debe soldarse a la caja o cajón para impedir su sustitución.

c. Revólveres, rifles de tambor y escopetas, y revólveres de cápsula y bala

1. El cañón y el cilindro deben obstruirse mediante una chaveta ciega de acero templado con un diámetro igual al del alma del cañón que recorra el cañón y el cilindro en toda su longitud. Debe soldarse la chaveta en la boca del cañón, el espacio cañón/cilindro y, salvo en el caso de armas de avancarga, en el extremo de la caja del lado del cierre de la culata. La resistencia y la dureza de la soldadura han de ser similares a las del arma de fuego.

d. Rifles y escopetas de pólvora negra

1. Debe obturarse el cañón con una chaveta ciega justo delante del oído de inflamación, según el procedimiento descrito en el punto 1.c.1. *supra*.
2. Debe taparse el oído de inflamación con una soldadura. Tratándose de armas de cápsula detonante, debe obturarse también la chimenea mediante soldadura y soldarse después al cañón para impedir su sustitución.

e. Cargadores

1. El elevador del cartucho debe soldarse en el interior del cargador para impedir que se introduzcan municiones.
2. El cuerpo del cargador debe soldarse a la caja o cajón para impedir que se quite o sustituya.

2. Armas de fuego de diseño o construcción singular

- a.* Será posible variar los procedimientos descritos en los puntos 1.a. a e. *supra* si el arma de fuego tiene un diseño inusual o si se la ha fabricado con materiales poco comunes. No obstante, toda variación deberá permitir la realización de todas las modificaciones indicadas en los procedimientos originales.



NACIONES UNIDAS

Oficina contra la Drogas 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

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购买联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经营处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Printed in Austria
V.04-50416 — December 2004 — 345

United Nations publication
Sales No. S.05.V.2
ISBN 92-1-333359-5

