



Ciclo Político de Justicia
compartido entre América Latina y la Unión Europea

EL PAcCTO  
EUROPA ↔ LATINOAMÉRICA
PROGRAMA DE ASISTENCIA CONTRA EL CRIMEN TRANSNACIONAL ORGANIZADO

DESAFIOS DE LA JUSTICIA FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO EN EL MARCO DEL CICLO POLÍTICO DE JUSTICIA

2023-2030

Jorge Díaz

Georgia Diogo

Germán Garavano

José Luis Lopes da Mota

Paulina Téllez

Ediciones EL PAcCTO
Colección Herramientas



DESAFIOS DE LA JUSTICIA FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO EN EL MARCO DEL CICLO POLÍTICO DE JUSTICIA

Jorge Díaz

Georgia Diogo

Germán Garavano

José Luis Lopes da Mota

Paulina Téllez





Edita: Programa EL PACCTO
Calle Almansa 105
28040 Madrid (España)
www.elpaccto.eu

Bajo la coordinación de:



Edición no venal



No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

Esta publicación ha sido elaborada con la financiación de la Unión Europea. Su contenido es solo responsabilidad del programa “EL PACCTO” y no refleja necesariamente las opiniones de la Unión Europea.

Contenido

Prólogo	5
Introducción, por Germán Garavano	7
Nuevas técnicas de investigación, por José Luis Lopes da Mota	14
La prueba digital y su necesaria regulación, por Jorge Díaz Almeida	27
Medidas de cooperación jurídica internacional, por José Luis Lopes da Mota	45
Líneas de acción para la investigación eficaz de los delitos de corrupción, por Germán Garavano	85
Estado de derecho, derechos humanos y género en Latinoamérica, por Paulina Téllez	104
La privación de los bienes procedentes del delito, por Georgia Diogo	115
Líneas de acción en los delitos con impacto medioambiental, por Germán Garavano	126
La transmisión electrónica de solicitudes, por Georgia Diogo	136

Prólogo

EL PAcCTO es un programa de la Unión Europea nacido para contribuir a la lucha contra la criminalidad organizada transnacional en América Latina. Como programa orientado a la demanda y a la consecución de resultados, EL PAcCTO ha desarrollado cientos de actividades nacionales y regionales en las que han intervenido actores de toda la cadena penal, desde la inteligencia desarrollada por la policía antes de que el delito llegue a manifestarse, hasta la conclusión de las responsabilidades de quienes han sido condenados por sus crímenes, tanto en un nivel nacional como regional.

Puede decirse que el combate contra las formas más graves de delincuencia, auténticas amenazas de las sociedades modernas, exige una labor de identificación y de persecución por parte de las fuerzas de seguridad. Sin embargo, el éxito de esta lucha por parte de los estados de derecho pasa inexorablemente por la intervención de los actores de la justicia, singularmente los ministerios públicos, los poderes o ramas judiciales y los ministerios de justicia, que reclaman estándares jurídicos y herramientas legales e institucionales para dar soluciones en derecho a quienes incurrir en las conductas más graves desarrolladas mediante estructuras organizadas.

Las sociedades actuales son complejas y se forman por individuos que atraviesan barreras físicas y tecnológicas con suma facilidad, colocando a los estados en las dificultades propias de la incapacidad de superar sus propias fronteras. Sin duda puede afirmarse que frente al delito del siglo XXI los estados que emplean herramientas del siglo XX se encuentran inermes.

El ciclo político de justicia compartido entre América Latina y la Unión Europea nació en junio de 2022 con el ánimo de establecer políticas de justicia orientadas a generar estándares jurídicos y desarrollar tanto herramientas como políticas públicas de justicia tendentes a perseguir las formas más graves de delincuencia transnacional. El punto de partida es la insoslayable necesidad de que la criminalidad transnacional requiere de la cooperación jurídica entre actores que deben emplear armas comunes reconocibles y admitidas en países distantes, pero con principios culturales y jurídicos comunes.

El acuerdo fue suscrito por la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), la Conferencia de ministros y ministras de los países iberoamericanos (COMJIB) y la Cumbre Judicial Iberoamericana, esto es, las entidades que agrupan a los principales actores de la justicia de los estados, que venían realizando de manera casi siempre separada acciones en muchas ocasiones planteadas con una orientación semejante.

A los efectos de plantear una hoja de ruta para los próximos años y con la base de los acuerdos suscritos entre estas entidades en Lisboa en 2021 y Bruselas en 2022, EL PAcCTO se propuso contar con la colaboración de grandes personalidades del campo de la justicia, con la nota común de haber desarrollado labores de alta responsabilidad en el ejercicio de sus funciones y por su reconocimiento general. Siguiendo un orden alfabético, se trata de:

Jorge Gisleno Díaz Almeida fue designado como Fiscal Corte y Procurador General de la Nación de la República Oriental del Uruguay en 2012. En 2015 la institución se transformó en Fiscalía General de la Nación como servicio descentralizado, manteniendo el Sr. Díaz su cargo hasta 2021. La AIAMP experimentó durante este período un importante avance en sus esquemas organizativos y la participación y el impulso de Jorge Díaz merece un reconocimiento.

Georgia Renata Sanchez Diogo ha prestado su valiosa contribución profesional como encargada de las relaciones institucionales de la *Procuradoria-Geral da República Federativa* de Brasil desde 2006 a 2018 y de la *Assessoria Especial Internacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública* entre 2019 y 2021. Su visión amplia le favoreció en sus ricas intervenciones en el marco de la AIAMP y la COMJIB sucesivamente.

Germán Carlos Garavano ha cumplido su participación en todas las instituciones de la justicia. Tras actuar como consejero del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires y ejercer el cargo juez de juzgado penal contravencional y de faltas de la Ciudad de Buenos Aires, fue nombrado fiscal general de la Ciudad de Buenos Aires en 2007 y Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina entre 2015 y 2019. Puede añadirse que cuenta con una visión amplia de las necesidades jurídicas y con una producción científica variada e importantísima.

José Luis Lopes da Mota es un fiscal portugués con una trayectoria sobresaliente. Entre 1996 y 1999 fue Secretário de Estado de Justiça, entre 2001 y 2010 Miembro Nacional de Portugal en Eurojust, institución europea que presidió entre 2007 y 2009, desde 2011 a 2017 Procurador-Geral Adjunto y, desde 2017, Juiz Conselheiro del Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Puede decirse que Lopes da Mota contribuyó decisivamente al nacimiento de la agencia de la Unión Europea Eurojust y que cuenta con una copiosa producción científica.

Paulina Téllez ha desarrollado sus funciones profesionales en la presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal y el Tribunal Superior Agrario. En 2019 fue designada Titular de la Unidad de Apoyo al Sistema de Justicia de la Secretaría de Gobernación de los Estados Unidos Mexicanos, una labor de responsabilidad en el momento histórico de la transformación de la Procuraduría General en Fiscalía General de la República.

El trabajo de tan altas personalidades ha sido sencillo dada su elevada implicación desde el comienzo de su labor con EL PACCTO. El resultado es esta excelente obra, llamada a ser una referencia para los próximos años. Tras los sucesivos debates en formato virtual y desde el capítulo introductorio hasta la reflexión final, los autores tratan las materias definidas en el acuerdo de Bruselas de junio de 2022 como prioritarias por parte de las instituciones de justicia de ambos continentes. Cada autor observa la realidad de la situación jurídica actual de cada materia, con una mirada moderna y enfocada hacia el futuro, con la mente puesta en una modernización de la lucha contra la criminalidad organizada seria y fundada en estándares comunes. De hecho, los capítulos concluyen con propuestas de actuación.

El autor tiene en su pantalla más que un retrato, una hoja de ruta, la que marca la exigencia de las altas responsabilidades en la lucha contra la criminalidad organizada en el marco de las instituciones de la justicia de dos continentes.

Introducción por Germán Garavano

Los desafíos que presenta la criminalidad organizada a los estados modernos es hoy una de las grandes preocupaciones en todo el planeta. La actividad de numerosos grupos criminales que acumulan poder y recursos económicos para sostener y expandir sus acciones delictivas es cada vez más difícil de ser abordada aisladamente por las fuerzas de seguridad y las instituciones de la justicia. Esta situación se agrava, pues, estas organizaciones desarrollan sus actividades o invierten sus recursos en múltiples países, logrando superar y complicar la actuación de las instituciones nacionales.

Este proceso común a toda la humanidad, lamentablemente tiene una particular relevancia en Latinoamérica, donde estas organizaciones, a partir de los “Carteles” responsables del tráfico de drogas hasta las “Maras” y los “Comandos” han tomado una relevancia criminal crítica y decisiva. Esta situación probablemente sea una de las razones que explica por qué nuestra región es una de las más violentas del mundo (entendida y medida por la cantidad homicidios dolosos que se producen cada cien mil habitantes).

Al mismo tiempo, la criminalidad organizada consigue enormes ganancias, sino que también consolida su “poder económico” como un elemento central de su impunidad y expansión. En este sentido, el prestigioso portugués Lopes Mota señala en una de sus contribuciones a este estudio que: “Con la globalización, la realidad criminal ha cambiado. El crimen se ha organizado y se ha internacionalizado, aprovechando la expansión de los mercados e de la circulación de las personas, la reducción de controles fronterizos y la utilización de las nuevas tecnologías. Las comunicaciones electrónicas han pasado a constituir un poderoso instrumento al servicio de la criminalidad transfronteriza. Al mismo tiempo, los sistemas informáticos se han constituido en objetivo de actos ilícitos. La criminalidad en la era de la globalización es una criminalidad económica y financiera en red, sofisticada, empresarial, generadora de elevados lucros ilícitos que terminan por introducirse en la economía legal”.

Por ello, cada vez más la cooperación jurídica internacional y el abordaje conjunto de esta situación es un imperativo ineludible para tratar de tener éxito en la persecución de estos delitos que afectan a toda la comunidad y en especial a la población más vulnerable.

La Unión Europea junto con los países de Latinoamérica pusieron en marcha EL PACCTO como un programa destinado a fortalecer la cooperación internacional y las capacidades en materia de Justicia, Seguridad y Sistema Penitenciario para hacer frente a este fenómeno.

A lo largo de estos años se han realizado múltiples acciones concretas que han perseguido y logrado estos objetivos.

En la ciudad de Lisboa, a mediados del 2021 se suscribió por parte de la Cumbre Judicial Iberoamericana, la Asociación de Fiscales de Iberoamérica (AIAMP) y la Cumbre de Ministros y Ministras de Justicia de Iberoamérica (COMJIB), la siguiente declaración:

Reunidos en Lisboa el 30 de junio de 2021 las representaciones de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Conferencia de Ministerios de Justicia de los Países Iberoamericanos y La Cumbre Judicial Iberoamericana

Conscientes de que el buen funcionamiento del estado de derecho es la base para alcanzar la seguridad general y jurídica de los ciudadanos, además de facilitar el desarrollo económico de la sociedad en su conjunto.

Asumiendo que los países de América Latina y Europa comparten una cultura jurídica y política basada en el respeto a los derechos fundamentales y las garantías de la ciudadanía.

Teniendo en cuenta que justicia y seguridad constituyen sistemas y principios necesariamente complementarios en la lucha contra el crimen organizado.

Destacando que las relaciones jurídicas entre Europa y América Latina son cada día más intensas y el buen funcionamiento de las instituciones de la justicia es clave para combatir la criminalidad organizada en ambos lados del Océano Atlántico.

Estimando que las grandes agresiones contra el medioambiente tienen efecto en todo el globo con independencia del lugar en que se manifiesten.

Subrayando que las transformaciones de un mundo cada vez más conectado vienen acompañadas de riesgos derivados de abusos en el uso de las tecnologías de información y comunicación.

Deseando incrementar la aplicación de técnicas necesarias para perseguir la gran delincuencia, aprovechar las ventajas de la tecnología en la cooperación entre las instituciones operativas de los estados y generar nuevas herramientas procesales.

Procurando ahondar en el desarrollo de estándares comunes en materias como la protección de las personas que se someten al enjuiciamiento de los delitos y la garantía de los derechos de todas las personas, incluido el habeas data.

Acordamos

La constitución de un foro permanente de diálogo basado en el establecimiento de medidas concretas que profundicen en los estándares comunes que rigen en América Latina y Europa en materia de justicia y que responda a los siguientes principios:

- a) La conformación por las instituciones que aglutinan los poderes judiciales, los ministerios públicos y los ministerios de justicia presentes en ambos continentes y firmantes del presente documento.*
- b) La definición de estrategias comunes en materia de justicia referidas a estándares presentes en América Latina y Europa, basados en el respeto a los derechos y la eficacia de la investigación y enjuiciamiento de las principales formas de delincuencia organizada.*
- c) La actualización periódica de las prioridades del trabajo en materia de justicia.*

La creación de un comité técnico de seguimiento, con intervención de un representante de cada organización firmante. El comité tendrá una composición renovable con el comienzo del año natural y articulará las líneas y actividades de trabajo.

A este foro permanente y a este comité se invitará a participar a las instituciones de la Unión Europea, en particular a la Comisión de la Unión Europea y Eurojust en los casos en que se traten materias relacionadas con sus respectivas competencias.

Esta declaración viene acompañada de una extensa Agenda de Lisboa, donde se puntualizan algunos de los temas prioritarios para las organizaciones políticas de justicia de Iberoamérica. En ella se incluyeron con un orden aleatorio: a) Cooperación Penal Internacional y derecho a la protección de datos, b) Delitos Medioambientales, c) Prueba Electrónica, d) Medidas Complejas contra la Criminalidad organizada en cooperación internacional: Normativa y Funcionamiento de equipos conjuntos de investigación (ECI), e) Creación y Transmisión de actos de cooperación

jurídica internacional, f) Persecución efectiva de los activos procedentes de la criminalidad organizada y g) Mejora de la independencia del Poder Judicial.

Para que dicha declaración no quede en letra muerta, las instituciones involucradas, lideradas por EL PACcTO firmaron el acuerdo de Bruselas denominado Ciclo Político de Justicia, mediante el cual la Cumbre Judicial Iberoamericana (que agrupa a las Cortes y Consejos de la Judicatura/Magistratura), la AIAMP (asociación de Ministerios Públicos de Iberoamérica) y la COMJIB (Cumbre de Ministros y Ministras de Justicia de Iberoamérica) se comprometen con el objeto de darle continuidad y fortalecer las acciones que se desarrollan en la región para combatir la criminalidad organizada en todas sus formas y delitos.

En este sentido, la especialista del Brasil, Sanchez Diogo, con una gran experiencia en la AIAMP y la COMJIB, señala en sus aportes a este libro que: “El Ciclo Político de Justicia Compartido entre América Latina y la Unión Europea, creado por el programa de asistencia técnica El PACcTO, pretende generar un sistema para facilitar la cooperación jurídica entre las dos regiones y constituye un ejemplo eficaz de gobernanza en justicia internacional. Con el objetivo de aunar esfuerzos para coordinar el trabajo, articular las políticas de justicia y definir estrategias conjuntas para hacer frente al crimen organizado, las estrategias comunes en materia de justicia criminal del Ciclo Político no pueden dejar de plasmar una instancia latinoamericana que contemple los órganos de justicia de esos países y una red de las redes de cooperación jurídica ya en curso, a ejemplo de la reciente creación la del Comité Latinoamericano de Seguridad Interior (CLASI), una entidad de diálogo político y técnico entre responsables de políticas de seguridad de los países latinoamericanos con una orientación muy concreta y operacional”.

En este libro que presentamos, se incorporan numerosos artículos, que a partir de los informes que realizo EL PACcTO en los últimos años sobre diversos aspectos de la investigación de la criminalidad organizada concluyen con líneas de acción específicas para cada uno de los aspectos más relevantes.

Estos informes abordan de un modo sistemático y completo la situación actual y las perspectivas de todos los temas fijados como prioritarios en la Agenda de Lisboa, además de sumar algunos otros de enorme relevancia y relación con los allí planteados. Se ha buscado lograr armonizar los documentos sobre los enormes desafíos que enfrentamos y articularlos del mejor modo posible para su amplia difusión y operatividad en los propios actores de las instituciones que colaboran y lideran este proceso.

Procuramos que se trate de un documento de fácil lectura que pueda servir a los jueces, fiscales, defensores públicos, policías, decisores políticos, y demás actores del sistema para actualizarse en relación con cada una de las temáticas, conocer los últimos avances, acuerdos y acciones para utilizarlos en su trabajo del día a día. Adicionalmente, se marcan las dificultades y las perspectivas y acciones necesarias a futuro. Un mapa o una hoja de ruta que permita a cada actor, este donde este enfrentar los desafíos que se le presentan todos los días en una región que lamentablemente es golpeada duramente por la criminalidad organizada.

Para ello partimos de un marco lógico, que distingue dos grandes ejes. Por un lado, a) los aspectos sustanciales de los delitos (o al menos algunos de ellos) que desarrolla la criminalidad organizada y por el otro, b) las herramientas transversales que resultan necesarias y relevantes para poder hacer frente a dichas organizaciones.

En el eje a) incluimos diversos delitos que cometen estas organizaciones, tales como narcotráfico, delitos con impacto en el medio ambiente, corrupción, trata de personas, tráfico de armas y otros elementos, cibercrimen, lavado de dinero, entre muchos otros que desarrollan estas bandas criminales. A lo largo del libro se analizará la situación de algunos de ellos en particular, otros quedarán para futuros documentos.

		a) Criminalidad organizada					
b) Herramientas	Cibercrimen	Delitos ambientales	Corrupción	Trata de personas	Tráfico de armas y otros elementos	Narcotráfico	Lavado de dinero
		Técnicas Especiales de Investigación (TEI) Prueba Digital Investigación económica/financiera y Recupero de Activos Gestión y Litigación de Casos Complejos Equipos Conjuntos de Investigación (ECI) Cooperación Jurídica Internacional y fortalecimiento de las redes de trabajo					

Del mismo modo, en el eje b) se incluyen herramientas como las técnicas de investigación especiales, la prueba digital, la investigación económica/financiera y el recupero de activos, la gestión y litigación de casos complejos, los equipos conjuntos de investigación (ECI) y la cooperación jurídica internacional que incluye el funcionamiento de las redes de trabajo activas en la región.

Este abordaje conceptual permite analizar la criminalidad organizada desde la óptica de los delitos que habitualmente realiza y detallar las herramientas que se están desarrollando y fortaleciendo para hacerles frente, marcando la agenda futura de los procesos de la región. Así, prácticamente todos los aspectos incluidos en el cuadro han sido abordados por EL PAcCTO desde su puesta en marcha, pero por primera vez se los relaciona y presenta de un modo conjunto.

A lo largo de los diversos artículos incluidos en este libro, se podrá repasar los avances logrados hasta el momento en cada uno de los temas abordados y las líneas de acción a futuro. Estamos frente a un abordaje integral de la problemática asociada la investigación y juzgamiento de la criminalidad organizada.

En relación a los delitos que impactan en el medio ambiente y aquellos vinculados a la corrupción, quien firma esta introducción en colaboración con un jurista y una juez de cámara Federal de ese país, desglosan la problemática que estos delitos presentan para las instituciones de justicia y el estado de derecho. Profundizan en las diversas cuestiones tanto normativas como vinculadas a las investigaciones y las dificultades existentes en la mayoría de los países de la región.

Debemos destacar, para ello, las herramientas de investigación que se presentan en este libro, su descripción, regulación, casos relevados y buenas prácticas detectadas. Así, Lopes da Mota profundiza, con muchos detalles y conocimiento, sobre Técnicas Especiales de Investigación (TEI) marcando que: “Las TEI incluyen las entregas controladas, las investigaciones encubiertas, la interceptación de las comunicaciones; la colocación de micrófonos ocultos en los locales; la vigilancia encubierta; las operaciones encubiertas en tiendas que parecen ofrecer oportunidades para delinquir; y los agentes encubiertos e informantes, así como nuevas medidas para controlar movimientos financieros, investigar delitos informáticos e recoger pruebas electrónicas. Los instrumentos internacionales en vigor definen un marco bastante completo y heterogéneo en este ámbito, con un enorme potencial para aumentar la eficacia de la lucha contra la delincuencia organizada de dimensión transnacional. No obstante, las bases jurídicas siguen estructuradas de acuerdo con las leyes nacionales que deben seguir aproximándose para evitar dificultades en el valor y la eficacia de las pruebas obtenidas mediante estas técnicas. La experiencia demuestra que aún queda mucho camino por recorrer”.

Del mismo modo, y en relación a los Equipos Conjuntos de Investigación (ECI), escribe que “la cooperación y la comunicación directas, el intercambio de información y coordinación entre las autoridades competentes constituyen el método más eficaz para hacer frente a la creciente sofisticación de las actividades delictivas organizadas. Los equipos de investigación conjuntos (ECI) ofrecen a las autoridades nacionales de los distintos Estados un marco flexible que es relativamente rápido y fácil de establecer y que permite a las respectivas autoridades participar en la investigación de forma mutuamente beneficiosa. Una vez que se ha creado un ECI, los socios pueden intercambiar directamente información y pruebas, cooperar en tiempo real y realizar operaciones conjuntamente”.

Por su parte, el que fuera fiscal general de la Nación de la República Oriental del Uruguay, Díaz Almeida, en su importante contribución sobre prueba digital y a la luz de los acuerdos regionales, expone que: “Latinoamérica tiene un importante rezago en materia de regulación de la prueba digital. Si bien la mayoría de los países de la región han realizado reformas procesales en el último tiempo, en estas no se han incluido normas que regulen la colección, propuesta y desahogo de la prueba digital, pese a la importancia cada vez mayor de esta en la elucidación de los procesos penales. En el corto plazo es razonable pensar que la mayoría de sus países ratificarán la Convención de Budapest y el Segundo Protocolo, bien que los esfuerzos de algunos sectores en priorizar la concreción de una norma con similares objetivos en el marco de las Naciones Unidas pueden perjudicar este objetivo del Ciclo Político de Justicia”.

Impulsando además que los países de la región no busquen nuevos acuerdos o regulaciones nacionales, sino que se focalicen en: “Propugnar la aprobación en cada uno de los países de normas de naturaleza procesal que regulen la colección de la evidencia digital, así como su proposición y desahogo en juicio”.

Por su parte, esta búsqueda de eficiencia en la investigación y el combate a las organizaciones criminales debe tener su contrapartida en un adecuado respeto por las garantías procesales, constitucionales y en definitiva por los Derechos Humanos de las víctimas, pero también los victimarios. Se trata de lograr sistemas y acciones eficaces pero respetuosas de los derechos de todas las personas involucradas, y en especial de aquellas que llegan con una situación de extrema vulnerabilidad y son aprovechadas y utilizadas por las diversas bandas delictivas.

En este sentido se inscribe el trabajo de la Téllez, que ha sido titular de la Unidad de Apoyo al Sistema de Justicia, Secretaría de Gobernación de México y que aporta, por un lado, la mirada de género imprescindible en estas situaciones, como también una precisa relación de estas asociaciones criminales y su investigación con el estado de derecho y el debido respeto de los derechos humanos. La prestigiosa jurista mexicana nos presenta un ágil relevamiento constitucional de los países de la región y la consolidación del estado de derecho. Así resume que: “Después de establecer los derechos fundamentales y con la evolución del tiempo y nuevas necesidades de la sociedad, surgen adecuaciones e impulso específico a ciertos temas, en este caso, con la evolución de los derechos humanos y además considerar, que más del 50% de la población son mujeres, se volvió indispensable implementar una perspectiva específica al género. Es por eso, que desde cada país debemos analizar que se está haciendo para impulsarlo en todas las instituciones y actuaciones de las autoridades. Se ha quedado únicamente en los textos constitucionales, o se ha llevado a leyes específicas, protocolos de actuación, que cada país ha implementado. Es necesario llevar a un plano práctico el impulso a los derechos fundamentales, por eso se debe dar seguimiento a como se capacita a quienes las aplican. Otro tema que destaca que se ha convertido en un problema para la mayoría si no es que todos los países de Latinoamérica es el crimen organizado, por lo que debemos conocer qué normas se han establecido, el nivel de castigo, la preparación de nuestras autoridades”.

En esta misma línea es importante destacar el aporte que realiza el juez de la Corte Portuguesa Lopes da Mota en materia de protección de datos personales de acuerdo a las nuevas regulaciones de la Unión Europea y su impacto en las investigaciones y las solicitudes de información personal. Específicamente reza en su informe que: “El documento Estándares Mínimos de Protección de Datos en la Cooperación Judicial Internacional entre Europa y Latinoamérica identifica, desde la óptica la Unión Europea, los aspectos prioritarios a tomar en consideración en materia de

protección de datos para una adecuada cooperación judicial internacional con terceros, al tiempo que ofrece una serie de estándares mínimos cuyo cumplimiento por los países latinoamericanos facilitaría la cooperación con los Estados miembros de la Unión. La necesidad y oportunidad del documento se justifican por la Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos. Esta Directiva, que es vinculante para los países de la Unión Europea, genera estándares comunes para toda la UE en materia de protección de datos personales en la investigación y persecución de los delitos”.

En un mundo donde las redes sociales, bases de datos e información disponible avanza sobre nuestra privacidad e intimidad, es necesario ser respetuosos de las regulaciones y restricciones establecidas constitucional, convencional y legalmente. La indispensable utilización de la Investigación y análisis de fuentes de información abierta (OSINT-Open Source Intelligence) para las fuerzas de seguridad y fiscalías requiere también de un atento equilibrio en el respeto de los derechos de las personas objeto de las mismas.

Finalmente, todo este andamiaje normativo y operativo va a requerir sin dudas en su consolidación y fortalecimiento de fuertes bases institucionales. Ello, pues, a medida que las organizaciones criminales sigan expandiéndose por los diversos países de la región y las conexiones cada vez sean mayores, la coordinación también deberá serlo.

En esa lógica, la experiencia europea marca un camino interesante para recorrer.

Nuevamente, la jurista y experta brasileña Sanchez Diogo y el nombrado Lopes da Mota, marcan los desafíos que presenta el proceso de construir las instancias de coordinación y cooperación en instituciones sólidas que aseguren respuestas inmediatas y eficaces, como marca la experiencia en materia policial de INTERPOL y específicamente EUROPOL en materia policial y de fuerzas de seguridad y de EUROJUST en materia de Justicia. Así destacan:

“En el marco de la Unión Europea, por ejemplo, el alto nivel de integración y aproximación de los sistemas de justicia ha favorecido innovaciones importantes en el sistema de cooperación de acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, o sea, una resolución judicial dictada en un Estado miembro, transmitida directamente por la autoridad que la dictó a la autoridad competente para su ejecución, adquiere validez y surte efecto en el territorio de los demás Estados miembros, como si fuera una resolución de una autoridad nacional, mediante un mecanismo de control por parte de la autoridad judicial del Estado de ejecución, sobre la base de motivos comunes para la no ejecución. Se trata, sin embargo, de un sistema único específico del funcionamiento del espacio de libertad, seguridad y justicia, tal y como se define y estructura en los términos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 82), que no tiene, todavía, paralelo en otras regiones. Otro ejemplo de avance en la cooperación jurídica, Eurojust, la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación en materia de Justicia Penal, es una instancia supranacional única donde las autoridades judiciales nacionales europeas trabajan en estrecha colaboración para luchar contra la delincuencia transfronteriza organizada grave. Eurojust ha desarrollado una red internacional cohesiva de fiscales de la Unión Europea y ha firmado acuerdos de cooperación con Estados no pertenecientes a la UE, varios de los cuales han adscrito Fiscales de Enlace a Eurojust para trabajar en casos con sus homólogos en el Colegio. La región latinoamericana debe inspirarse en los éxitos ya alcanzados por otros espacios y bloques, sin perjuicio de los trabajos bien sucedidos de la región y sin olvidarse, en especial, de sus realidades y peculiaridades. La cooperación policial ya inició esos pasos con Ameripol, así que los sistemas de justicia, con la creación de una posible Amerijust, no pueden apartarse de estas reformas que ya han comenzado en el ámbito policial.”

En este punto se incluyen en las recomendaciones de las hojas de ruta que: “debería ser dada prioridad a las negociaciones de acuerdos de cooperación con Eurojust entre la Unión Europea y Argentina, Brasil y Colombia autorizadas por el Consejo de la Unión Europea en 2021, con base en la recomendación de la Comisión. Estos acuerdos crean un entorno propicio en el que los terceros países pueden participar y beneficiarse de las herramientas prácticas de cooperación que ofrece Eurojust y también dan a las autoridades nacionales de terceros países la oportunidad de destinar fiscales de enlace a la sede de Eurojust para que trabajen con sus colegas de los Estados miembros, con acceso a las herramientas operativas de Eurojust (...) Esta negociación que tuvo el honor de iniciar e impulsar sobre finales de 2019 resulta de un relevante impacto en la región y marca uno de los caminos para seguir esforzándonos”.

Así diremos que sin dudas “Eurojust desempeña un papel central en la cooperación en materia penal en el ámbito de la lucha contra la delincuencia transnacional grave y organizada. Facilita y apoya la cooperación, proporcionando contactos directos entre las autoridades competentes con el fin de intercambiar información sobre las investigaciones y las actuaciones judiciales, desarrollar acciones y estrategias de investigación proactivas, utilizar los mecanismos e instrumentos más adecuados, en particular equipos de investigación conjuntos, y establecer la mejor coordinación posible entre las autoridades competentes”.

En el trabajo se avanza en las acciones necesarias una hoja de ruta para poder concretar la tan necesaria AMERIJUST para la cooperación y trabajo conjunto en toda nuestra región que enfrenta una criminalidad organizada cada vez más extendida.

Como vemos en este documento, se han incorporado las visiones de diversos expertos que, basados en los trabajos realizados durante esta primera etapa de EL PAcCTO, el impulso y la coordinación institucional, logrado por primera vez en la historia, nos ayudan a marcar un camino para transitar por los próximos años.

Todos ellos han marcado líneas de acción claras y concretas tanto en los temas sustanciales como en las herramientas claves para abordarlos. Se constituye así en un cierre adecuado para esta primera etapa del trabajo realizado y permite abrir un nuevo periodo apartar de bases sólidas.

Algunos han llamado a estos procesos la Agenda anotada, aunque, sin pretender tanto, lo que hemos querido es hacer un aporte cooperativo como una forma de ayudar a transitar una difícil, compleja y larga senda que nos lleve a todos los países de la región a un destino donde la criminalidad organizada no sea más un flagelo para nuestros pueblos.

Nuevas técnicas de investigación,

por José Luis Lopes

Introducción

Los grupos delictivos organizados adoptan muchas medidas para contrarrestar sus actividades delictivas o prepararlas para no atraer la atención de las fuerzas del orden. Los métodos tradicionales de investigación suelen ser inadecuados debido a las estructuras especiales y la profesionalidad de los grupos delictivos organizados. Por lo tanto, las técnicas especiales de investigación (en adelante y para este trabajo, TEI) se aplican para penetrar en dichos grupos delictivos.

Para recopilar inteligencia e información sobre las actividades de un grupo delictivo, es necesario recurrir a las TEI en función de las necesidades operativas.

Las TEI incluyen las entregas controladas, las investigaciones encubiertas, la interceptación de las comunicaciones; la colocación de micrófonos ocultos en los locales; la vigilancia encubierta; las operaciones encubiertas en tiendas que parecen ofrecer oportunidades para delinquir; y los agentes encubiertos e informantes, así como nuevas medidas para controlar movimientos financieros, investigar delitos informáticos y recoger pruebas electrónicas.

Los instrumentos internacionales en vigor definen un marco bastante completo y heterogéneo en este ámbito, con un enorme potencial para aumentar la eficacia de la lucha contra la delincuencia organizada de dimensión transnacional. No obstante, las bases jurídicas siguen estructuradas de acuerdo con las leyes nacionales que deben seguir aproximándose para evitar dificultades en el valor y la eficacia de las pruebas obtenidas mediante estas técnicas. La experiencia demuestra que aún queda mucho camino por recorrer¹.

Situación actual

A los efectos expositivos, diferenciamos la normativa en función de los distintos ámbitos internacionales de producción de normas sobre la materia.

Normativa de la Unión Europea

Son varias las normas que tratan las TEI.

- El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen fue el primer instrumento internacional que abordó el tema de las medidas o técnicas especiales de investigación en el marco de la integración europea, como medida compensatoria dictada por la apertura y supresión de los controles fronterizos, para buscar una respuesta más eficaz a los retos y oportunidades que ofrece la libre circulación de personas a las actividades delictivas de dimensión transfronteriza. Prevé dos medidas específicas: la vigilancia transfronteriza de personas (artículo 40) y las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (artículo 73).

¹ White Paper on transnational organised crime (2015) - <https://edoc.coe.int/en/organised-crime/6837-white-paper-on-transnational-organised-crime.html>.

- *El Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea² tiene por objeto completar las disposiciones y facilitar la aplicación entre los Estados miembros de la Unión Europea del Convenio europeo (del Consejo de Europa) de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959, del Protocolo adicional al Convenio europeo de asistencia judicial, de 17 de marzo de 1978 y de las disposiciones³ sobre asistencia judicial en materia penal del Convenio de aplicación de del Acuerdo de Schengen⁴. Regula las entregas vigiladas (artículo 12), investigaciones encubiertas (artículo 14) e intervención de telecomunicaciones (artículos 17-22). Respecto de las investigaciones encubiertas, aunque pueda revestir diversas formas, el artículo 14 solo se ocupa de las investigaciones en materia penal realizadas por agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa. Normalmente, se los denomina "agentes encubiertos". Es la primera vez que un convenio de asistencia judicial multilateral en materia penal trata la cuestión de la intervención internacional de telecomunicaciones, al menos de forma específica⁵.*
- *Sin perjuicio de su aplicación entre los Estados miembros y terceros Estados, la Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal⁶ sustituye a las disposiciones correspondientes de los siguientes convenios aplicables a las relaciones entre los Estados miembros vinculados por esta Directiva: el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del Consejo de Europa, de 20 de abril de 1959, así como sus dos protocolos adicionales y los acuerdos bilaterales celebrados con arreglo a su artículo 26; y el Convenio relativo a la aplicación del acuerdo de Schengen; Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y su Protocolo⁷. Incluye las siguientes medidas: información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras (artículo 26), información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras (artículo 27), medidas de investigación que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado período de tiempo (obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado período de tiempo, por ejemplo: seguimiento de operaciones bancarias u otras operaciones financieras efectuadas a través de una o más cuentas especificadas y entregas vigiladas – artículo 28), investigaciones encubiertas (artículo 29), intervención de telecomunicaciones (artículos 30 y 31). Las posibilidades de cooperación en materia de intervención de las telecomunicaciones no deben limitarse al contenido de la comunicación, sino que pueden abarcar igualmente la obtención de datos de tráfico y localización correspondiente a tales comunicaciones, lo que permitirá a las autoridades*

2 Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 197, de 12.7.2000).

3 Disposiciones que no queden derogadas en virtud del apartado 2 del artículo 2 (artículo 1).

4 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 los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. Tiene también por objeto completar las disposiciones y facilitar la aplicación entre los Estados miembros de la Unión Europea) del capítulo 2 del Tratado de extradición y de asistencia judicial en materia penal entre el Reino de Bélgica, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos, de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974 («Tratado Benelux»), en el marco de las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Económica Benelux.

5 Informe explicativo del Convenio en Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 379/7, 29.12.2000.

6 Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal (Diario Oficial de la Unión Europea, L 130 de 1.5.2014). La presente Directiva debe aplicarse teniendo en cuenta las Directivas 2010/64/UE (relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DO L 280 de 26.10.2010, p. 1), 2012/13/UE (relativa al derecho a la información en los procesos penales (DO L 142 de 1.6.2012, p. 1) y 2013/48/UE (sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DO L 294 de 6.11.2013, p. 1) del Parlamento Europeo y del Consejo relativas a derechos procesales en procedimientos criminales. La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por el artículo 6 del TUE y por la Carta, en particular su título VI, por el Derecho internacional y por los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros en sus respectivos ámbitos de aplicación. Nada de lo dispuesto en la presente Directiva podrá interpretarse en el sentido de que impide la negativa a ejecutar una OEI cuando existan razones objetivas para suponer que dicha OEI ha sido emitido con fines de enjuiciamiento o sanción a una persona por razón de sexo, raza, origen étnico, religión, orientación sexual, nacionalidad, lengua u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones (preámbulo, 36)

7 Artículo 34.

competentes emitir una Orden Europea de Investigación (OEI) con vistas a la obtención de datos de telecomunicaciones con menos intrusión en la vida privada. Una OEI emitida con el fin de obtener datos históricos de tráfico y de localización de las telecomunicaciones debe tratarse con arreglo al régimen general de ejecución de la OEI, y podrá considerarse, en función del Derecho nacional del Estado de ejecución, como una medida de investigación coercitiva⁸. Todos los Estados miembros han adoptado legislación interna, incluida la transposición de las directivas de la UE, para aproximar la legislación y garantizar así la cooperación.

Normativa del Consejo de Europa

A continuación, se refieren distintos instrumentos, algunos de los cuales tienen un alcance global.

- *El Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (1990)⁹ impone a los estados en su artículo 4 la obligación de, al menos, considerar la introducción de nuevas técnicas que, en algunos Estados, salvaguardando los derechos humanos fundamentales, han demostrado tener éxito en la lucha contra la delincuencia grave. Dichas técnicas podrían entonces utilizarse también a efectos de cooperación internacional. La enumeración de las técnicas no es exhaustiva¹⁰. Los artículos 2 y 3 se refieren a las medidas que deben adoptarse a nivel nacional: medidas de confiscación y medidas indagatorias y provisionales*
- *El art. 7 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (Varsovia, 2005)¹¹ regula facultades y técnicas indagatorias. El apartado 1 es idéntico al del artículo 4 del Convenio de 1990 y tiene el mismo objeto que los artículos 3 y 4. El secreto bancario no debe constituir un obstáculo para las investigaciones penales internas o la adopción de medidas provisionales en los Estados miembros del Consejo de Europa, en particular cuando el levantamiento del secreto bancario sea ordenado por un juez, un gran jurado, un juez de instrucción o un fiscal. El apartado 2 de este artículo es nuevo con respecto al Convenio de 1990. Las adiciones hechas a la disposición sobre los poderes y técnicas especiales de investigación tienen como objetivo garantizar a nivel nacional la coherencia con las disposiciones pertinentes (artículos 17-19 de este Convenio) contenidas en la parte de cooperación internacional sobre las solicitudes de información sobre cuentas bancarias, las solicitudes de información sobre transacciones bancarias y las solicitudes de control de las transacciones bancarias. El apartado 2 a) exige la localización de las cuentas que puedan tener los beneficiarios especificados e indirectamente exige a los Estados que dispongan de procedimientos que les permitan rastrear dichas cuentas. Aunque esta disposición obliga a los Estados a disponer de procedimientos para cumplir con esta obligación, el apartado deja libertad a los Estados para decidir cómo cumplir con esta obligación y no impone una obligación a los Estados de crear, por ejemplo, un registro centralizado de cuentas bancarias. Los apartados 2 b) y 2 c), en cambio, exigen la obtención de información y el seguimiento de las cuentas ya identificadas. La redacción también pretende dejar a las Partes Contratantes un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la mejor manera de cumplir los requisitos de estos sub apartados. El apartado 3 del artículo corresponde en gran medida al apartado 2 del artículo 4 del Convenio de 1990¹².*

⁸ Preámbulo (30).

⁹ Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Strasbourg 08/11/1990 (ETS No. 141). <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=141>

¹⁰ Informe explicativo.

¹¹ Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, Warsaw 16.5.2005 (CETS No. 198). <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=198>

¹² Informe explicativo: <https://rm.coe.int/16800d3813>.

¹³ Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (ETS No 182). <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=182>.

- *El Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (2001)*¹³ tiene como objetivo reforzar la capacidad de los Estados miembros, así como de los Estados asociados, para responder adecuadamente a la delincuencia. Este propósito se pretende alcanzar mejorando y completando el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, así como su Protocolo Adicional, hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978 (Protocolo 1). Al mismo tiempo, tiene en cuenta la necesidad de proteger los derechos individuales en el tratamiento de los datos personales. En muchas disposiciones sigue muy de cerca, a menudo literalmente, el Convenio de 29 de mayo de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, mientras que en otras disposiciones sigue el Convenio de 14 de junio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.
- *El Convenio sobre la ciberdelincuencia (Budapest, 2001)*¹⁴ es actualmente el principal instrumento de cooperación contra la ciberdelincuencia y tiene como objetivo principal armonizar los elementos de derecho penal interno de los delitos y las disposiciones conexas en el ámbito de la ciberdelincuencia, estableciendo las competencias de derecho procesal penal interno necesarias para la investigación y el enjuiciamiento de dichos delitos, así como de otros delitos cometidos por medio de un sistema informático o de pruebas en relación con el mismo en forma electrónica, estableciendo un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional. Los artículos 14 a 18 ofrecen herramientas de investigación específicas relacionadas con este ámbito de la criminalidad. Los artículos 20 y 21 permiten la obtención en tiempo real de datos informáticos (datos sobre el tráfico y datos sobre el contenido). Este Convenio se complementa con el Segundo Protocolo Adicional sobre cooperación reforzada y divulgación de pruebas electrónicas¹⁵.
- Como se indica en el preámbulo, el Segundo Protocolo tiene por objeto seguir mejorando la cooperación en materia de ciberdelincuencia y la capacidad de las autoridades de justicia penal para recoger pruebas en forma electrónica de un delito a efectos de investigaciones o procedimientos penales específicos, mediante instrumentos adicionales relativos a una asistencia mutua más eficaz y otras formas de cooperación entre autoridades competentes; la cooperación en casos de emergencia (es decir, en situaciones en las que exista un riesgo significativo e inminente para la vida o la seguridad de cualquier persona física); y la cooperación directa entre las autoridades competentes y los proveedores de servicios y otras entidades que posean o controlen la información pertinente. Cada Estado Parte está obligado a adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno y su marco jurídico, para establecer las facultades y los procedimientos descritos en esta Sección a efectos de "investigaciones o procedimientos penales específicos" (artículo 14). Las leyes y los procedimientos nacionales deberán incluir condiciones o salvaguardias, que podrán establecerse a nivel constitucional, legislativo, judicial o de otro tipo (artículo 15). Las modalidades deberán incluir la adición de ciertos elementos como condiciones o salvaguardias que equilibren los requisitos de la aplicación de la ley con la protección de los derechos humanos y las libertades. Las Partes se asegurarán de que estas condiciones y salvaguardias proporcionen una protección adecuada de los derechos humanos y las libertades. Existen algunas normas comunes o salvaguardias mínimas a las que las Partes del Convenio deben adherirse. Se trata de normas o garantías mínimas derivadas de las obligaciones que una Parte ha contraído en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables. Estos instrumentos incluyen el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y sus Protocolos adicionales, respecto a los Estados europeos que son Partes en ellos. También incluye otros instrumentos de

14 Convention on Cybercrime (ETS No. 185), Council of Europe, Budapest 23/11/2001 - <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=185>. Ratificado por 67 Estados, incluido Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Panamá, Paraguay y Perú.

15 Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced co-operation and disclosure of electronic evidence (CETS No. 224), Strasbourg 12/05/2022 - <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=224>

derechos humanos aplicables con respecto a los Estados de otras regiones del mundo (por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969) que son Partes de estos instrumentos, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado más universalmente. Otra salvaguarda del convenio es que los poderes y procedimientos "incorporarán el principio de proporcionalidad". Para los países europeos, esto se derivará de los principios del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, de su jurisprudencia aplicable y de la legislación y jurisprudencia nacionales, en el sentido de que el poder o procedimiento será proporcional a la naturaleza y las circunstancias del delito. Sin limitar los tipos de condiciones y salvaguardias que podrían aplicarse, el Convenio exige específicamente que dichas condiciones y salvaguardias incluyan, según proceda en vista de la naturaleza de la facultad o el procedimiento, la supervisión judicial o de otro tipo independiente, los motivos que justifican la aplicación de la facultad o el procedimiento y la limitación de su alcance o duración. Los legisladores nacionales tendrán que determinar, en aplicación de las obligaciones internacionales vinculantes y de los principios nacionales establecidos, cuáles de los poderes y procedimientos son de naturaleza suficientemente intrusiva como para requerir la aplicación de condiciones y salvaguardias particulares¹⁶.

- *Medidas especialmente previstas son la conservación rápida de datos informáticos almacenados (artículo 16), conservación y revelación parcial rápidas de datos sobre el tráfico (artículo 17), orden de presentación (artículo 18), obtención en tiempo real de datos sobre el tráfico (artículo 20), interceptación de datos sobre el contenido (artículo 21). El Convenio prevé que las Partes permitan a sus autoridades competentes obligar a una persona en su territorio a proporcionar determinados datos informáticos almacenados, o a un proveedor de servicios que ofrezca sus servicios en el territorio de la Parte a presentar información sobre los abonados. Los datos en cuestión son datos almacenados o existentes, y no incluyen los datos que aún no han surgido, como los datos de tráfico o los datos de contenido relacionados con futuras comunicaciones. En lugar de exigir a los Estados que apliquen sistemáticamente medidas coercitivas en relación con terceros, como el registro y la incautación de datos, es esencial que los Estados dispongan en su derecho interno de poderes de investigación alternativos que proporcionen un medio menos intrusivo de obtener información pertinente para las investigaciones penales¹⁷. Los artículos 20 y 21 prevén importantes medidas de investigación relacionadas con la ciberdelincuencia: la recogida en tiempo real de datos de tráfico y la interceptación en tiempo real de los datos de contenido asociados a determinadas comunicaciones transmitidas por un sistema informático, así como su recogida o interceptación por los proveedores de servicios.*
- *El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Varsovia, 2005)¹⁸ se basa en el reconocimiento del principio de que la trata de seres humanos constituye una violación grave de los derechos humanos y una ofensa a la dignidad e integridad del ser humano. La Convención del Consejo de Europa es un tratado global que tiene por objeto evitar la trata, proteger los derechos humanos de las víctimas de la trata y enjuiciar a los traficantes. Su artículo trata los principios generales y medidas de cooperación internacional. Por lo que se refiere a la cooperación internacional en materia penal a efectos de investigaciones o procedimientos, el principio general es que las disposiciones del capítulo VI no anulan ni sustituyen las disposiciones de los instrumentos internacionales o regionales pertinentes en materia de asistencia judicial y extradición, los acuerdos recíprocos entre las Partes en dichos instrumentos y las disposiciones pertinentes del derecho interno en materia de cooperación internacional¹⁹. En este ámbito, los instrumentos internacionales pertinentes incluyen los convenios del*

16 Informe explicativo.

17 Informe explicativo.

18 Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 -

19 Informe explicativo - <https://rm.coe.int/16800d3812>.

Consejo de Europa, como el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal y sus protocolos, los convenios sobre el blanqueo, el registro, la incautación y el decomiso de los productos del delito y el convenio sobre la ciberdelincuencia. El GRETA ha insistido regularmente en la importancia de utilizar las TIE para cumplir con la obligación de realizar investigaciones eficaces sobre la trata de seres humanos²⁰.

- La Recomendación Rec(2005)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa²¹ sobre las “técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluidos los actos de terrorismo, aprobada el 20 de abril de 2005, el Comité de Ministros del Consejo de Europa definió las “técnicas especiales de investigación” como técnicas aplicadas por las autoridades competentes en el contexto de las investigaciones penales con el objetivo de detectar e investigar los delitos graves y las personas sospechosas, a fin de recabar información sin alertar a las personas a las que van dirigidas las medidas. La recomendación Rec(2005)10 es una herramienta de referencia útil para el examen a fondo de la cuestión.

Normativa global

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988²² fue el primer acuerdo multilateral en que se respaldó la técnica de investigación y la práctica de la entrega vigilada. Los Comentarios a la Convención²³ enfatizan la idea de que el atractivo más evidente de esta estrategia de represión es que facilita la identificación, detención y procesamiento de los delincuentes principales, los organizadores y los que financian la empresa delictiva de que se trate, en lugar de concentrarse meramente en las capas inferiores de delincuentes. El párrafo 1 del artículo 11 impone una obligación calificada a los Estados parte de permitir el uso adecuado de la entrega vigilada internacional. La condición básica para una acción efectiva en esta esfera es asegurar que las operaciones de entrega vigilada están adecuadamente sancionadas por el ordenamiento jurídico interno.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)²⁴ regula en los artículos 2 y 20 las entregas vigiladas y las TEI. Esta disposición abarca los delitos graves cometidos de forma organizada, incluida la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo del producto del delito, la corrupción y la obstrucción a la justicia (artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención), la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones (protocolos adicionales)²⁵. Las técnicas especiales de investigación son métodos de recopilación de información para facilitar la detección e investigación de delitos y sospechosos. Estas técnicas son especialmente útiles cuando se trata de grupos delictivos organizados sofisticados, debido a los peligros y dificultades inherentes a la obtención de acceso a sus operaciones y a la recopilación de información y pruebas para su uso en los procesos nacionales, así como para la prestación de asistencia jurídica mutua a otros Estados parte. En muchos casos, los métodos menos intrusivos no han resultado eficaces, o no han podido llevarse a cabo sin riesgos inaceptables para los implicados. El artículo 20 de la Convención contra la Delincuencia Organizada respalda el uso de técnicas especiales de investigación, como la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas.

20 GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings): <https://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/publications-and-studies>.

21 https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec_2005_10.pdf

22 Texto completo y estado de adhesión al tratado: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/illicit-trafficking.html>

23 Comentarios a la Convención, para facilitar la interpretación e aplicación de la Convención, pedidos al Secretario General de las Naciones Unidas por el Consejo Económico y Social, en su resolución 1993/42, https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Commentaries-OfficialRecords/1988Convention/1988_COMMENTARY_sp.pdf

24 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, también conocida por Convención de Palermo. Texto completo y estado de adhesión: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&clang=en (Estados parte: 190, en 30.9.2022).

25 <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

La entrega vigilada es especialmente útil en los casos en los que el contrabando, como las drogas ilícitas, se identifica o se intercepta en tránsito y luego se entrega bajo vigilancia para identificar a los destinatarios o para controlar su posterior distribución en una organización delictiva. A menudo se requieren disposiciones legislativas para permitir este tipo de acción, ya que la entrega del contrabando por parte de un agente de la ley u otra persona puede constituir en sí misma un delito según la legislación nacional.

La vigilancia, especialmente la electrónica en forma de dispositivos de escucha o de interceptación de las comunicaciones, cumple una función similar y suele ser preferible cuando un grupo muy unido no puede ser penetrado por una persona ajena o cuando la infiltración o la vigilancia física representarían un riesgo inaceptable para la investigación o la seguridad de los investigadores. Dado su carácter intrusivo, la vigilancia electrónica suele estar sujeta a un estricto control judicial y a salvaguardias legales.

Las operaciones encubiertas pueden utilizarse cuando es posible que un agente de la ley u otra persona se infiltre en un grupo delictivo organizado para reunir pruebas”.²⁶

El Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional, creado en el ámbito de la Conferencia de las Partes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, incluyó en su programa de la 11.ª reunión del 7 y 8 de julio de 2020, el tema de “Cooperación internacional mediante técnicas especiales de investigación”²⁷, habiendo sido elaborado por la Secretaría un documento de antecedentes en el que se identifican los aspectos normativos y las potencialidades de este instrumento de cooperación y buenas prácticas en este dominio. Este documento constituye un precioso punto de referencia y de orientación en esta materia²⁸.

Se destacan algunos puntos:

a) se ha producido un cambio importante en la utilización de los métodos para detectar e investigar los delitos y en la naturaleza de las investigaciones al hacer más hincapié en las investigaciones proactivas y basadas en la inteligencia;

b) además, los medios tecnológicos que permiten reunir información de manera encubierta también han mejorado a pasos agigantados y a menudo implican recurrir a técnicas especiales de investigación;

c) en vista de la creciente complejidad de la actividad delictiva, los métodos para detectar e investigar los delitos también tienen que evolucionar y adaptarse para mantenerse a la par;

d) las técnicas especiales de investigación difieren de los métodos habituales de investigación, comprenden tanto técnicas encubiertas como el uso de la tecnología y resultan particularmente útiles para tratar con los grupos delictivos organizados más complejos, en vista del peligro y las dificultades inherentes al acceso a las operaciones delictivas y a la obtención de información y pruebas que puedan utilizarse en el enjuiciamiento y las actuaciones penales;

e) debe haber un equilibrio entre la necesidad de investigar los delitos, incluidos los delitos organizados transnacionales, y el respeto de los derechos y las libertades de las personas cuando se utilicen técnicas especiales de investigación;

²⁶ Digest of Cases of International Cooperation in Criminal Matters Involving the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime as a Legal Basis”, UNODC, Viena 2021, p. 58, en https://www.unodc.org/documents/organized-crime/tools_and_publications/Digest_Cases_International_Cooperation_UNTOC_Legal_Basis.pdf

²⁷ CTOC/COP/WG.3/2020/1. https://www.unodc.org/documents/treaties/International_Cooperation_2020/CTOCCOPWG.320201_ES.pdf.

²⁸ Documento CTOC/COP/WG.3/2020/3 (Cooperación internacional mediante técnicas especiales de investigación Documento de antecedentes preparado por la Secretaría), https://www.unodc.org/documents/treaties/International_Cooperation_2021/CTOC-COP-WG3-2020-3/CTOC_COP_WG.3_2020_3_S.pdf

f) las técnicas especiales de investigación abarcan: la vigilancia electrónica, operaciones encubiertas y operaciones “señuelo”, el uso de informantes, técnicas asociadas a las investigaciones financieras para “seguir el rastro del dinero”, técnicas para reunir pruebas electrónicas (conservación rápida de datos informáticos, órdenes de acceso a datos de contenido almacenados, a datos de tráfico almacenados o a la información sobre los abonados, obtención en tiempo real de datos de contenido o de tráfico, las órdenes de registro de equipos o datos informáticos, la incautación de equipos o datos informáticos, el acceso transfronterizo a un sistema informático o a datos informáticos, y la utilización de instrumentos de análisis forense a distancia).

En la 12.^a reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional, celebrada los días 25 y 26 de marzo de 2021, se finalizaron y aprobaron las siguientes recomendaciones sobre “Cooperación internacional mediante técnicas especiales de investigación”, resultantes de la 11.^a reunión del Grupo de Trabajo celebrada los días 7 y 8 de julio de 2020:

g) Se alienta a los Estados partes a que, cuando proceda y de conformidad con jurídico de la cooperación internacional mediante técnicas especiales de investigación, y a que utilicen otros instrumentos regionales y acuerdos o arreglos bilaterales pertinentes o, de no existir tales acuerdos o arreglos, utilicen técnicas especiales de investigación sobre la base de cada caso particular, a fin de promover la cooperación en este ámbito;

h) Se alienta también a los Estados partes a que intercambien las mejores prácticas y experiencias adquiridas en el ámbito de las técnicas especiales de investigación, en particular en lo que respecta a la aplicación del artículo 20 de la Convención;

i) Se alienta además a los Estados partes a que faciliten las actividades de capacitación dirigidas a jueces, fiscales, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y otros profesionales que utilizan las técnicas especiales de investigación o que supervisan su utilización, teniendo presente la complejidad de las cuestiones relacionadas con la utilización de esas técnicas, en particular para obtener pruebas electrónicas, y teniendo en cuenta asimismo las diversas etapas de desarrollo en que se encuentran los países desde el punto de vista del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones;

j) Se alienta a los Estados partes a que agilicen la comunicación y coordinación en las etapas iniciales de planificación de la cooperación, a fin de que las pruebas se encuentren, incauten y compartan de manera eficaz, de conformidad con su derecho interno, por medios electrónicos, entre otros;

k) Al utilizar técnicas especiales de investigación, los Estados partes deberían prestar especial atención a la protección de la población, a fin de evitar cualquier peligro para esta, respetando al mismo tiempo la soberanía nacional;

l) Se alienta a los Estados partes a que tengan debidamente en cuenta los derechos humanos, al desplegar órganos mixtos de investigación y al utilizar técnicas especiales de investigación para combatir la delincuencia transnacional y organizada, ya que ello podría contribuir a la utilización eficaz de esos métodos;

m) De conformidad con los mandatos previstos en la resolución 5/8 de la Conferencia y con las orientaciones pertinentes dimanantes de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, la Secretaría debería elaborar, con sujeción a la disponibilidad de recursos, una matriz en que se especifiquen las cuestiones de índole jurídica y práctica que podrían plantearse en relación con la aplicación del artículo 20 de la Convención y la utilización de técnicas especiales de investigación, así como las posibles soluciones a esas cuestiones, entre otras cosas mediante la reunión de ejemplos de arreglos o

acuerdos concertados entre los Estados partes sobre la utilización de esas técnicas, y prestar asistencia a los Estados partes que la soliciten para elaborar un conjunto de directrices jurídicas, prácticas y operacionales sobre la aplicación del artículo 20”.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)³⁰ trata las mismas formas de investigación. La Guía Técnica de la Convención³¹ destaca la importancia de este método de investigación proactiva para detectar e investigar los delitos, pero advierte de la necesidad de tener en cuenta que el aumento del uso de técnicas especiales de investigación ha de evaluarse cuidadosamente para que esté en consonancia con la protección de los derechos humanos y los requisitos probatorios de toda actuación jurídica ulterior.

Esta disposición permite la utilización de otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia técnica (interceptación telefónica y ocultación de micrófonos), vigilancia y observación físicas, operaciones encubiertas y recurso a las operaciones “trampa”, informadores y supervisión de transacciones financieras³².

Las Disposiciones legislativas modelo sobre la delincuencia organizada, redactadas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para promover y facilitar las iniciativas de los Estados Miembros para hacerse partes en la Convención contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos y para dar aplicación a sus disposiciones, ofrecen orientación complementaria sobre la elaboración de leyes en este ámbito. En concreto, en el capítulo IV de las Disposiciones legislativas modelo se proporciona, entre otras cosas, un marco jurídico básico para respaldar el empleo de técnicas especiales de investigación que puedan ayudar a responder eficazmente a delitos transnacionales complejos. El artículo 13 de ese capítulo se centra en las entregas vigiladas; el artículo 14, en la adquisición y utilización de una identidad falsa; el artículo 15, en las infiltraciones, y el artículo 16, en la vigilancia electrónica.

La recomendación 31 de las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera³³ trata de las facultades de las autoridades de orden público e investigativas y especifica que los países deben asegurar que las autoridades competentes que realizan investigaciones sean capaces de utilizar una amplia gama de técnicas investigativas pertinentes para la investigación de lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo³⁴.

“Al efectuar investigaciones de lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo, las autoridades competentes deben ser capaces de obtener acceso a todos los documentos e información necesaria para utilizarla en esas investigaciones, así como en procesos judiciales y acciones relacionadas. Ello debe incluir la facultad para exigir la presentación de los registros en poder de las instituciones financieras, las APNFD y otras personas naturales o jurídicas, para la búsqueda de personas y lugares, para la toma de declaraciones de testigos, y para el embargo y obtención de evidencia. Los países deben asegurar que las autoridades competentes que realizan investigaciones sean capaces de utilizar una amplia gama de técnicas investigativas pertinentes para la investigación de lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo. Estas técnicas investigativas incluyen: operaciones encubiertas, intercepción de comunicaciones, acceso a sistemas computarizados y envíos controlados. Además, los países deben contar con mecanismos eficaces establecidos para identificar, oportunamente, si las personas naturales o jurídicas tienen cuentas o controlan cuentas. Deben asimismo poseer mecanismos para asegurar

30 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. También conocida como la Convención de Mérida. Estado e adhesión: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&clang=_en (Estados parte: 189, 30-9-2022)

31 Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, UNODC, Viena, 2010 (https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_tecnica_corupcion.pdf) 32 Guía Técnica, p. 201-203.

33 <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/437-fatf-recomendacion-31-facultades-de-las-autoridades-de-orden-publico-e-investigativas>

34 El objetivo principal del GAFIC (Grupo de Acción Financiera del Caribe) es lograr la implementación efectiva y el cumplimiento con las recomendaciones del GAFI para prevenir y controlar el lavado de dinero y contrarrestar el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas - <https://www.cfatf-gafic.org/es/>

que las autoridades competentes cuenten con un proceso para identificar activos sin notificación previa al propietario. Al realizar investigaciones de lavado de activos, delitos determinantes asociados y financiamiento del terrorismo, las autoridades competentes deben ser capaces de pedir toda la información relevante en poder de la UIF”.

Consideraciones relativas a los derechos humanos³⁵

En vista de su amplia variedad, las técnicas especiales de investigación pueden dar lugar a dificultades en materia de derechos humanos en diversos planos.

a) Recomendación Rec(2005)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre “las técnicas especiales de investigación”³⁶

La recomendación Rec(2005)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre “las técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluidos los actos de terrorismo, mencionada anteriormente, es una herramienta de referencia útil para el examen a fondo de la cuestión. En ella, el comité de ministros señala la necesidad de mantener un equilibrio entre la salvaguardia de la seguridad pública a través de las medidas de cumplimiento de la ley y la garantía de los derechos de las personas. También reconoce que la existencia de unas normas comunes contribuiría a que la ciudadanía confiara en el recurso a las técnicas especiales de investigación. El comité de ministros enumera una serie de principios a fin de orientar a los Estados en la formulación de leyes y políticas nacionales, como la importancia de que las autoridades judiciales u otros órganos independientes controlen adecuadamente la utilización de las técnicas especiales de investigación mediante la autorización previa, la supervisión durante la investigación o el examen posterior a los hechos; la importancia de que la técnica especial de investigación empleada sea proporcional en relación con la conducta investigada (siguiendo el principio de que debe recurrirse al método menos invasivo que sea idóneo para lograr el objetivo); la necesidad de que los Estados promulguen leyes que permitan presentar ante el tribunal las pruebas obtenidas mediante las técnicas especiales de investigación, sin dejar de respetar el derecho a un juicio imparcial; la importancia de que haya orientaciones operacionales y capacitación para el empleo de las técnicas especiales de investigación, y la necesidad de que, siempre que sea posible, los Estados hagan uso de los arreglos internacionales vigentes en materia de cooperación judicial y policial en relación con el recurso a las técnicas especiales de investigación, complementados con otros arreglos, cuando sea necesario.

b) El uso de los medios tecnológicos modernos y sus efectos en los derechos Humanos. Esto reviste especial importancia en vista de que muchas de las tecnologías presentes y futuras podrían tener graves consecuencias para la privacidad personal y las libertades civiles.

La proliferación de los datos biométricos y de los sistemas de recopilación de datos puede tener un efecto corrosivo en la privacidad en los casos en que no hay el debido control o supervisión o estos son débiles. Asimismo, los profesionales encargados de hacer cumplir la ley utilizan programas de reconocimiento facial para identificar con mayor rapidez a las personas sospechosas. No obstante, a los detractores de esta tecnología les preocupa que su uso pueda dar lugar a una vigilancia gubernamental abusiva y a manipulación empresarial y que pueda suponer el final de la privacidad. Además, los sistemas biométricos tienen un componente de retención de datos que puede hacer que peligre la privacidad debido al posible uso indebido de estos.

En su resolución 68/167 relativa al derecho a la privacidad en la era digital³⁷, la Asamblea General reafirmó el derecho humano a la privacidad, según el cual nadie debe ser objeto de injerencias

35 Documento CTOC/COP/WG.3/2020/3, Naciones Unidas.

36 https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec_2005_10.pdf

37 Resolución 68/167 de la ONU sobre el derecho a la privacidad en la era digital. Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013 - <https://www.informatica-juridica.com/resolucion/la-resolucion-68-167-de-la-onu-sobre-el-derecho-a-la-privacidad-en-la-era-digital/>

arbitrarias o ilegales en su derecho a la vida privada. Exhortó a todos los Estados a que examinaran sus procedimientos, prácticas y legislación relativos a la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones y la recopilación de datos personales, incluidas la vigilancia, interceptación y recopilación a gran escala, con miras a afianzar el derecho a la privacidad, velando por que se diera cumplimiento pleno y efectivo de todas sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, y a que establecieran y mantuvieran mecanismos nacionales de supervisión independientes y efectivos capaces de asegurar la transparencia, cuando procediera, y la rendición de cuentas por las actividades de vigilancia e interceptación de las comunicaciones y recopilación de datos personales que realice el Estado.

c) Admisibilidad de las pruebas y consideraciones relativas a un juicio imparcial

En particular, la admisibilidad de las pruebas electrónicas exige que se sigan los procedimientos establecidos para salvaguardar los derechos humanos. Al determinar la admisibilidad de las pruebas electrónicas, debería hacerse hincapié en la importancia de cumplir el principio de proporcionalidad al utilizar técnicas especiales en las investigaciones de delitos cibernéticos, incluida la utilización de agentes encubiertos y técnicas forenses remotas, especialmente en la Internet oscura.

Además, la aplicación de los principios generales del derecho procesal y la jurisprudencia de cada país sobre la admisibilidad de las pruebas obtenidas mediante investigaciones forenses sobre criptomonedas es un ámbito nuevo y complejo que exige un análisis más detallado y un intercambio de experiencias al respecto, debido al carácter innovador de las técnicas empleadas en ese contexto.

El artículo 20, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada no obliga a los Estados parte a adoptar medidas para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas del empleo de las técnicas especiales de investigación en sus tribunales, como hace explícitamente el artículo 50, párrafo 1, de la Convención contra la Corrupción. Se trata de un elemento que hace referencia a la obligación positiva de los Estados parte de disponer de leyes, reglamentos y procedimientos que permitan la admisibilidad de las pruebas derivadas del empleo de las técnicas especiales de investigación en sus tribunales, en aras de la seguridad jurídica, la correcta administración de justicia y la protección de los derechos humanos.

A pesar de que el párrafo 1 del artículo 20 carece de este elemento, es esencial que los redactores de los textos legislativos nacionales consideren la cuestión de si las pruebas obtenidas, por ejemplo, mediante la infiltración o las operaciones encubiertas pueden presentarse ante los tribunales y, en ese caso, si el agente encubierto debe revelar su identidad real. Es importante equilibrar los intereses de la justicia (incluida la necesidad de combatir la delincuencia organizada transnacional) con la necesidad de garantizar el juicio imparcial de las personas acusadas⁴¹. Ni la Convención contra la Delincuencia Organizada ni la Convención contra la Corrupción abordan la cuestión de la validez jurídica de la información reunida mediante técnicas especiales de investigación. Por tanto, se deja al criterio del Estado en cuestión decidir en qué condiciones se puede emplear esa información como prueba admisible en los tribunales, teniendo en cuenta los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y los métodos de legalización y autenticación prescritos por su legislación.

En su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado reiteradamente que la admisibilidad de las pruebas es principalmente una cuestión que debe regularse en el derecho interno. Como norma, compete a los tribunales nacionales valorar las pruebas que se les presentan. La función del Tribunal Europeo consiste en examinar si el proceso en su conjunto, incluida la forma de obtención de las pruebas, fue equitativo y si contravino el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Aunque el artículo 6 garantice el derecho a un proceso equitativo, no regula la admisibilidad de las pruebas como tales, lo cual corresponde primordialmente al Derecho interno y a las jurisdicciones nacionales (Schenk c. Suiza, párrafos 45 y 46; Heglas c. República Checa, párrafo 84). Por lo tanto, en principio, no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre la admisibilidad de ciertas pruebas, como, por ejemplo, las obtenidas quebrantando el derecho nacional. Es necesario examinar si el procedimiento, incluyendo el modo en que se han obtenido las pruebas, ha sido equitativo en su conjunto, lo que implica el examen de la ilegalidad en cuestión y, en el caso en que se plantee la violación de otro derecho protegido por el Convenio, de la naturaleza de esta violación (Khan c. Reino Unido, párrafo 34; P.G. y J.H. c. Reino Unido, párrafo 76; Allan c. Reino Unido, párrafo. 42), por ejemplo, por utilizar como prueba informaciones obtenidas en violación del artículo 8³⁸ (derecho al respeto de la “vida privada”).

La noción de “vida privada”³⁹ es un concepto amplio, que no puede definirse de forma exhaustiva (Niemietz c. Alemania, § 29; Pretty c. Reino Unido, § 61; Peck c. Reino Unido, § 57) y que puede “englobar múltiples elementos de la identidad física y social de un individuo” (S. y Marper c. Reino Unido [GS], § 66). Sin embargo, mediante su jurisprudencia, el Tribunal ha proporcionado indicaciones sobre el sentido y el alcance del concepto de vida privada a los efectos del artículo 8 (Paradiso y Campanelli c. Italia [GS], § 159). Además, su generoso enfoque para definir los intereses personales le ha permitido desarrollar una jurisprudencia que responde a los cambios sociales y tecnológicos.

Habida cuenta de las múltiples cuestiones que engloba la vida privada, los asuntos que están comprendidos en este concepto se han agrupado en amplias categorías (que, a veces, se superponen) con el propósito de poder clasificarlos: la integridad física, psicológica y moral de una persona (i), su vida privada (ii) y su identidad (iii). Cada categoría va a dividirse a continuación en un subgrupo, en el que se van a mencionar los correspondientes ejemplos jurisprudenciales. El concepto incluye, entre otros, la vigilancia y a la recogida y protección de datos personales, el acceso a información personal. La creación de archivos o recogida de datos por los cuerpos de seguridad u otros órganos del Estado, la vigilancia policial, de las comunicaciones y conversaciones telefónicas, la protección de domicilio, la confidencialidad de las comunicaciones, la vigilancia de las telecomunicaciones en un contexto penal, la vigilancia secreta especial de los ciudadanos/organizaciones.

Propuestas

Sobre las bases anteriores, desglosaremos distintas propuestas de trabajo a considerar para los próximos años.

1. Para penetrar en las actividades criminales de grupos organizados, compilar información sobre las actividades de un grupo, conocer y dismantelar las organizaciones criminales y sus actividades ocultas y sofisticadas es necesario recurrir a las TEI en función de las necesidades operativas. Las TEI incluyen las entregas controladas, las investigaciones encubiertas, la interceptación de las comunicaciones, la vigilancia encubierta, las operaciones encubiertas y agentes encubiertos e informantes, así como medidas para controlar movimientos financieros, investigar delitos informáticos e recoger pruebas electrónicas.

2. Los instrumentos internacionales adoptados en el marco de las Naciones Unidas – Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (1988) Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo),

38 Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos Derecho a un proceso equitativo (parte penal) - https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf.

39 Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos Derecho al respeto de la vida privada y familiar - https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_SPA.pdf.

Convención contra la Corrupción (2003) –, de la Unión Europea – Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial, Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal – y del Consejo de Europa – Convenios relativos al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (1990 y 2005), Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (2001), Convenio sobre la ciberdelincuencia (Budapest, 2001) y Segundo Protocolo Adicional, Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005) – y la Recomendación 31 de las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera definen un marco bastante completo y heterogéneo en este ámbito con un enorme potencial que debe ser utilizado para aumentar la eficacia de la lucha contra la delincuencia organizada de dimensión transnacional.

3. Las bases jurídicas nacionales para utilización de técnicas especiales de investigación deben seguir aproximándose para aumentar la eficacia y evitar dificultades en la investigación transfronteriza en el valor y la eficacia de las pruebas obtenidas mediante estas técnicas.

4. El carácter altamente intrusivo de estas medidas exige que la ley y la práctica aseguren mecanismos que garanticen debidamente el respeto a los derechos humanos, limitando su uso de acuerdo con los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad, siguiendo los estándares de las convenciones que conforman el sistema internacional de protección de los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, como que hemos señalado del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, basadas en estándares comunes a ambos continentes

5. La cooperación requiere la intervención de jueces y tribunales independientes para la protección de los derechos fundamentales a fin de garantizar la validez y eficacia de la prueba obtenida, así como la legalidad del tratamiento de datos personales.

La prueba digital y su necesaria regulación

por Jorge Díaz Almeida

Introducción

El 30 de junio de 2021, en Lisboa, Portugal, bajo el patrocinio del Programa EL PAcCTO, se reunieron por primera vez las máximas autoridades de los tres ámbitos iberoamericanos relacionados con la justicia: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), la Conferencia de los Ministerios de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) y la Cumbre Judicial Iberoamericana. En la reunión, que se celebró en forma híbrida, participaron también autoridades y técnicos de la Unión Europea vinculados a la justicia.

Al final de las deliberaciones se firmó la Declaración de Lisboa, por la que se constituyó “...un foro permanente de diálogo basado en el establecimiento de medidas concretas que profundicen los estándares comunes que rigen en América Latina y Europa en materia de justicia”.

De acuerdo a la declaración, ese foro permanente responde a los siguientes principios: “a) La conformación por las instituciones que aglutinan los poderes judiciales, los ministerios públicos y los ministerios de justicia presentes en ambos continentes y firmantes del documento. b) la definición de estrategias comunes en materia de justicia referidas a los estándares presentes en América Latina y Europa, basados en el respeto a los derechos y la eficacia de la investigación y enjuiciamiento de las principales formas de delincuencia organizada”. Y “c) la actualización periódica de las prioridades del trabajo en materia de justicia”.

Por la misma declaración se conformó un comité técnico permanente, con intervención de un representante de cada una de las organizaciones firmantes, y se estableció que se invitará a participar a este órgano a las instituciones de la Unión Europea, en particular la Comisión de la Unión Europea y Eurojust, en los casos en que se traten materias relacionadas con sus respectivas competencias.

De más está decir que luego de muchos años de trabajo y acumulación de autoridades y técnicos, la Declaración de Lisboa constituyó un salto cualitativo en el relacionamiento de las instituciones iberoamericanas de justicia, y entre estas y sus pares de la Unión Europea.

Pero si la declaración de Lisboa fue un salto cualitativo para las instituciones de justicia iberoamericanas, la reunión entre los actores de la justicia penal de la Unión Europea y América Latina, celebrada en París los días 30 y 31 de mayo de 2022, significó su consolidación.

En las conclusiones de esa reunión se contempla el establecimiento de un Ciclo Birregional Común de Política de Justicia, buscando el consenso político y operativo para la elaboración de una estrategia común para la lucha contra el crimen organizado, que comprenda estándares y soluciones concretas en materias como la prueba electrónica, los delitos medioambientales o la cooperación jurídica internacional, sin perder de vista la perspectiva de género. Este ciclo supone la instauración de una estructura estable con representantes permanentes de las principales instituciones continentales: AIAMP, COMJIB Y Cumbre Judicial Iberoamericana.

Por su parte en la Declaración de Bruselas de 2022, las instituciones iberoamericanas ratifican “la vigencia plena del foro permanente de diálogo establecida en Lisboa el 30 de junio de 2021 y la necesidad de profundizar el ciclo político compartido en materia de justicia entre América Latina y Unión Europea, cuyo objetivo ha de ser la definición de estrategias comunes en materia de justicia criminal y su plasmación en medidas concretas, referidas a estándares comunes basados en el respeto a los derechos humanos y la eficacia de la investigación y enjuiciamiento de las principales formas delincuencia organizada, para promover sociedades más justas y pacíficas”.

En dicha declaración se definen además los objetivos específicos del Primer Ciclo Político en materia de Justicia entre América Latina y la Unión Europea (2022-2024).

Entre los objetivos específicos del Ciclo Político se encuentran: a) la mejora de la persecución penal de los delitos cometidos a través de medios tecnológicos, mediante instrumentos normativos y de trabajo actualizados y adecuados a los desarrollos convencionales actuales, siguiendo el espíritu de la Convención de Budapest y de sus protocolos adicionales, que viene a reforzar las normas en el plano internacional; y b) la generalización del uso de medios de prueba electrónica en los procesos penales, con atención a su obtención, custodia e intervención, también en línea con el Convenio de Budapest y el Segundo Protocolo, relativo a la obtención de pruebas electrónicas en las investigaciones y procesos penales que involucre a más de un estado.

Como vemos, dos de los objetivos específicos del Primer Ciclo Político en materia de justicia entre América Latina y la Unión Europea, aprobados por la AIAMP, COMJIB y Cumbre Judicial Iberoamericana, apuntan a alinear a los diferentes Estados de iberoamericanos y europeos con la Convención de Budapest y sus Protocolos.

En materia procesal, este objetivo tiene directa relación con la prueba electrónica o digital (su colección e incorporación al proceso penal).

Esta prueba, si bien es frecuentemente asociada al ciberdelito, tiene una aplicación mucho más amplia. La colección de la evidencia electrónica o digital y su incorporación como prueba a los procesos penales, está vinculado a las investigaciones y juicios por delitos informáticos, delitos comunes cometidos por medios informáticos y delitos comunes cuya prueba se encuentra en forma electrónica o digital. De hecho, se advierte a nivel mundial el paulatino reemplazo de la prueba física por pruebas digitales o electrónicas en todos los procesos penales.

Ahora bien, el trabajo hacia la concreción de este objetivo del Ciclo Político de Justicia será arduo, puesto que el panorama en la región sobre la regulación procesal de los medios de prueba electrónica o digital está en pañales.

Es posible prever que la mayoría de los Estados puedan ir en un plazo más o menos breve a la ratificación de la Convención de Budapest y sus Protocolos Adicionales, pero no es posible ser tan optimista en que logren rápidamente cumplir con las obligaciones impuestas por el Convenio y aprueben normas procesales de carácter nacional que regulen la colección de la evidencia digital y su incorporación a los procesos penales como prueba.

Hoy en día la gran mayoría de los países de la región no tienen normas procesales que regulen la prueba digital, pese a que muchos de ellos han aprobado códigos procesales modernos pasando del viejo sistema inquisitivo a sistema acusatorios.

Esta situación ha llevado a la aplicación de las normas sobre prueba documental, lo que ha arrojado un sinnúmero de problemas prácticos que, por razones obvias, no son de fácil solución.

El cumplimiento de este objetivo del Ciclo Político de Justicia exige que los estados de la región aprueben la Convención de Budapest y sus Protocolos adicionales. Exige además que los Estados tiendan a uniformizar la normativa supranacional y la legislación penal y procesal nacional en la materia.

El camino marcado por las Convenciones de Naciones Unidas en materia de narcotráfico, crimen organizado y corrupción, parece ser la vía adecuada para lograr investigaciones exitosas y condenas en materia de cibercrimen, de delitos informáticos, delitos comunes cometidos mediante medios electrónicos e incluso delitos comunes cuya prueba se encuentra en formato electrónico. Todos los países del planeta afrontamos estos problemas y la única forma de atacarlos es hacerlo juntos y para eso es necesario unificar legislaciones. Las reservas nacionalistas que en diferentes países se oponen a una internacionalización del derecho, bajo la bandera de una especie antiimperialismo jurídico, deben ser abandonadas en la búsqueda de la mejor solución para atacar un problema que es común a todos los países del mundo.

Y, en ese sentido, la Convención de Budapest y sus Protocolos Adicionales son los mejores instrumentos internacionales que los Estados tienen a su alcance para lograr esos objetivos.

Por esa razón, entiendo que en forma previa a analizar las normas procesales cuya adopción se recomiendan en la Convención de Budapest, es necesario analizar las Definiciones que la misma contiene y que deberían ser adoptadas por los diferentes Estados, tanto por la vía de la ratificación del mismo, como por la adopción de normas nacionales que las contengan.

Definiciones

En el Capítulo I del Convenio de Budapest, bajo el nomen iuris de “Terminología”, se incluye un único artículo titulado “Definiciones”.

El literal “a” establece que se entiende por “sistema informático” [...] “todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de alguno de sus elementos, sea el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa”.

Es un dispositivo que consta de hardware y software, cuya función es el tratamiento automatizado de datos digitales, puede incluir facilidades de entrada, salida y almacenamiento y funcionar en forma independiente o estar conectado a una red con otros dispositivos similares.

“Tratamiento automatizado de datos” significa que los datos que se encuentran en un sistema informático son operados mediante la ejecución de un programa informático sin intervención directa de un ser humano. Un “programa informático” es un conjunto de instrucciones que pueden ser ejecutadas por el equipo para alcanzar el resultado deseado.

Y una red es una interconexión entre dos o más sistemas informáticos, que puede a su vez estar interconectadas con otras redes que utilizan protocolos comunes.

En el literal “b” establece que se entiende por “datos informáticos” [...] “toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para que un sistema informático ejecute una función”

La definición incluye las palabras “que se preste a tratamiento informático”, que significa que los datos están en un formato tal que pueden ser procesados directamente por un sistema informático, se encuentren en un formato electrónico o de otro tipo.

El literal “c” establece que se entiende por “proveedor de servicios” [...] “i. toda entidad pública o privada que ofrezca a los usuarios de sus servicios la posibilidad de comunicar a través de un sistema informático, y ii. cualquier otra entidad que procese o almacene datos informáticos para dicho servicio de comunicación o para los usuarios”.

“Proveedor de servicios” abarca una amplia gama de personas que desempeñan un papel particular con respecto a la comunicación o el tratamiento de los datos a través de los sistemas informáticos, que pueden ser públicos o privados, constituir un grupo cerrado o abierto y prestar el servicio en forma onerosa o gratuita.

En el inciso ii) se aclara que “proveedor de servicios” abarca también a quienes procesan o almacenan datos en nombre de las personas mencionadas en el inciso i).

En el literal “d” se establece que se entiende por “datos relativos al tráfico” [...] todos los relativos a una comunicación realizada por medio de un sistema informático, generados por este último en tanto que elemento de la cadena de comunicación y que indiquen el origen, el destino, la ruta, la hora, la fecha, el tamaño y la duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente”. Si analizamos los tipos específicos de datos relacionados con las categorías de datos de abonado, tráfico y contenido que están incluidos en la Convención de Budapest y en el Segundo Protocolo tenemos que:

a) dentro de los datos de abonado se encuentran: nombre completo, nombre personalizado, apodo o nombre de inicio de sesión, ID de usuario, número de teléfono, correo electrónico, fecha de nacimiento, copia del documento de identidad, datos de facturación y medios de pago, fecha de inicio y finalización de la cuenta, estado de la cuenta, dirección IP de registro incluyendo fecha y hora, dispositivos asociados incluyendo ID, IMEI, MAC, dirección y UDID cuando esté disponible, tipo de registro, copia del contrato, medio de verificación de identidad al momento del registro y copias de documentos proporcionados por el suscriptor;

b) dentro de los datos de tráfico se encuentran los registros de direcciones IP, incluidas fecha y hora, registros de mensajes y de chat, registro de actividad incluida fecha y hora, información en enrutamiento (dirección IP de origen, dirección de IP de destino, número de puerto, navegador, encabezado de correo electrónico, ID de mensaje, volumen de transferencia de datos, origen o destino de cualquier mensaje electrónico enviado o recibido de la cuenta, e ID de la estación base, incluida la información geográfica y los datos de geolocalización;

c) y dentro de los datos de contenido se encuentran los contactos, mensajes, publicaciones, archivos multimedia, fotos de perfil, descarga de caja de correo electrónico y descarga del contenido del dispositivo.

Medidas procesales

Como ya señalamos, el objetivo del Ciclo Político incluido en el presente trabajo es la búsqueda de la generalización del uso de medios de prueba electrónica en los procesos penales, con atención a su obtención, custodia e intervención, también en línea con el Convenio de Budapest y el Segundo Protocolo, relativo a la obtención de pruebas electrónicas en las investigaciones y procesos penales que involucre a más de un estado.

Señala Antonio Roma “La sociedad actual tiene muy poco que ver con la que vio nacer la mayor parte de las leyes procesales vigentes. Nuestra vida está monitorizada por las tecnologías de comunicación y dependemos de ellas cada minuto. Vivimos pegados al teléfono: a través de una pantalla que se guarda en el bolsillo compramos, nos comunicamos, realizamos gestiones de toda clase, no usamos mapas ni preguntamos la dirección, contactamos y relacionamos por redes sociales, consultamos la mayor biblioteca de mundo en instantes etc. La tecnología nos controla y predice nuestro comportamiento al mismo tiempo que resuelve de manera acelerada muchos problemas. Sin embargo, las leyes están pensadas en el papel y en los testimonios”.

“Los delitos, todos los delitos y no solo el cibercrimen, pueden cometerse mediante tecnologías o bien pueden requerir la incorporación de material probatorio plasmado en formatos electrónicos, desde las conversaciones en un chat a las grabaciones de un robo común tomadas en la vía pública por la cámara de un establecimiento, pasando al contenido de la caja negra de un avión. Los fiscales deben tener la capacidad y la destreza de aportar y los jueces de valorar”

El análisis de las disposiciones procesales recogidas en la Convención de Budapest y sus Protocolos sobre prueba digital, es imprescindible para encarar las reformas procesales a realizar en los diferentes estados de la región.

3.1 Medidas procesales en la Convención de Budapest.

Las normas procesales incluidas en la Convención de Budapest están incluidas en la Sección 2 del Capítulo II del referido cuerpo de normas, titulado “Medidas que deberán adoptarse a nivel nacional”.

Por su parte, la Sección 2 se divide a su vez en 5 Títulos: 1. Disposiciones Comunes; 2. Conservación rápida de datos informáticos almacenados; 3. Orden de presentación; 4. Registro y confiscación de datos informáticos almacenados; y 5. Obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico.

3.1.1 Disposiciones comunes: ámbito de aplicación (Título 1, artículo 14).

El artículo 14 que establece que cada Estado parte de la Convención está obligado a adoptar las medidas legislativas y de otra índole que resulten necesarias para establecer los poderes y procedimientos previstos en esta Sección de la Convención, a los efectos de investigación o de procedimientos penales específicos. La obligación asumida por cada Estado parte surge del término “adoptará” incluido en la disposición, por lo que no es opcional de los Estados parte hacerlo o no.

Y estos poderes procedimientos mencionados en la Sección y que los Estados parte deberán adoptar, deberán aplicarse a los delitos que constituyen el ámbito de aplicación de las disposiciones procesales de la Convención: a) los delitos previstos en la Sección 1 de la Convención; b) cualquier otro cometido por medio de un sistema informático; y c) a la obtención de pruebas electrónica de cualquier delito.

La inclusión de las pruebas electrónicas de cualquier delito asegura la capacidad para obtener y recopilar datos informáticos, equivalente a la que existe en virtud de los poderes y procedimientos aplicables a los datos que no se encuentren en formato electrónico. De esta forma se establece explícitamente que los Estados parte deben incluir en su derecho interno la posibilidad de que la prueba digital pueda ser utilizada como prueba ante un tribunal en un juicio penal, independientemente del delito que se esté juzgado.

Respecto del ámbito de aplicación existen dos excepciones: por un lado, el artículo 21 de la Convención que establece la establece que la medida de interceptar datos relativos al contenido deberá estar limitada a una serie de delitos graves que serán determinados por la legislación nacional; y por otro el artículo 20 establece que los Estados parte pueden reservarse de aplicar la medida de obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico, solo a determinados delitos o categorías de delitos especificados en la reserva, siempre que estos delitos o categoría de delitos no sea más restringida que las contempladas en el artículo 21.

Respecto de la primera excepción, es claro que busca contemplar aquellos Estados que limitan el poder de interceptación de las comunicaciones a una serie de delitos graves, ponderando el derecho a la privacidad de las mismas y el carácter intrusivo de la medida. Sobre la segunda, tiene un fundamento mucho más discutible y se basa en que algunos Estados consideran que los datos relativos al tráfico son equivalentes a los relativos al contenido en cuanto al derecho a la privacidad.

Una tercera reserva, que no constituye una excepción al ámbito de aplicación de la Convención, sino al tipo de prestador de servicios de internet, está incluida en esta norma. Específicamente prevé que los Estados Parte puedan hacer una reserva cuando, por restricciones de su derecho interno vigentes al momento de adopción del Convenio, no puedan interceptar comunicaciones en los sistemas informáticos que se hayan puesto en funcionamiento para un grupo restringido de usuarios, que no empleen las redes públicas de telecomunicaciones y que no estén conectados a otros sistemas informáticos.

El término “grupo restringido de usuarios” se refiere a un conjunto de usuarios que está limitado por asociación con el proveedor de servicios; y la expresión “no esté conectado a otro sistema informático” quiere decir que el sistema en el que se transmiten las comunicaciones no tiene una conexión con otra red informática, en el momento en que se libra la orden.

3.1.2 Disposiciones comunes: de las disposiciones de procedimiento y condiciones y salvaguardias (Título 1, artículo 15).

Si bien los Estados Parte tienen la obligación de introducir en su normativa nacional los procedimientos y poderes establecidos en la Convención, la adopción y ejecución de los poderes y procedimientos previstos en esta están sometidos a las condiciones y salvaguardias previstas en el derecho interno de cada Estado Parte. El Convenio se aplica a Partes que tienen diferentes sistemas jurídicos y culturas muy diversas, por lo que no es posible especificar en detalle las condiciones y salvaguardias aplicables a cada poder o procedimiento.

Solamente se han incluido en el Convenio algunas disposiciones comunes que establecen condiciones y salvaguardias.

En primer lugar, nos encontramos con las condiciones y salvaguardias que se derivan de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. El Convenio menciona tanto en su preámbulo como en el artículo 15 los derechos humanos fundamentales consagrados en el Convenio de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966) y otros tratados internacionales aplicables en materia de derechos humanos, entre los que sin duda debemos incluir la Convención Americana de Derechos Humanos aplicable a la mayoría de los países iberoamericanos.

En segundo lugar, el Convenio exige para la autorización de estos poderes o procedimientos la supervisión judicial, o una supervisión independiente, que analice la justificación de su aplicación, la limitación del ámbito de aplicación y la duración de los mismos.

En tercer lugar, el Convenio exige que, para la adopción por parte de los Estados Parte de estos poderes y procedimientos, así como para la autorización de su aplicación al caso concreto por la autoridad competente, debe integrarse el principio de proporcionalidad, que deberá ser aplicado con arreglo a los principios del derecho interno.

Un muy buen ejemplo del principio de proporcionalidad lo constituye el artículo 21 del Convenio que establece la posibilidad de reservar ese poder y procedimiento concreto relativo al contenido de los datos, a un elenco de delitos graves. En el mismo sentido, la posibilidad de reserva de los poderes y procedimientos prevista en el artículo 20 respecto los datos relativos al tráfico a un elenco o categoría de delitos, que no puede ser más reducida que la prevista en el artículo 21. A mayor intrusión en la privacidad, más reducida puede ser la posibilidad de utilización del poder o procedimiento.

Resulta evidente que en la autorización de estos poderes y procedimientos se encuentran en permanente tensión el derecho a la intimidad del individuo, como derecho humano fundamental

que resulta vulnerado por medidas de investigación intrusivas, y la necesidad imperiosa de los Estados de investigar y perseguir criminalmente los delitos que vulneran bienes jurídicos fundamentales para nuestras comunidades. La adecuada ponderación de estos derechos es uno de los objetivos fundamentales de las legislaciones, pero también debe serlo de los funcionarios que a diario las disponen y estos extremos el Convenio los recoge dentro de las salvaguardias.

Como señalan Sixto Luque Delgado, Marcos Salt, Carlos Pinho y Pedro Verdelho la protección del derecho constitucional a la intimidad corresponde al legislador, pero también a la autoridad judicial que interviene en el momento mismo de la aplicación. Y “Amén de las particularidades de cada sistema procesal, podemos poner el acento sobre principios rectores clásicos cuya concurrencia inicial puede empezar el ajuste a Derecho de la prueba electrónica obtenida, haciéndonos eco de los apreciados por el legislador español en la importante reforma operada en su Ley de Enjuiciamiento Criminal en el año 2015:

- Autorización judicial: corresponderá a la autoridad judicial o fiscal sobre la que recaiga la instrucción de la causa judicial en cada estado, la autorización para hacer uso de cualquier medio de investigación tecnológico con el que se pretenda obtener datos de relevancia penal para la investigación de la causa, impidiendo así, que la fuerza policial obtenga por sí misma, datos sensibles para la intimidad del investigado.

- Principio de legalidad: la autorización anterior que habilite el uso de la medida invasiva del derecho fundamental no puede prestarse de forma caprichosa, sino tener expreso respaldo normativo. De una parte, el ciudadano tiene derecho a saber en qué circunstancias puede restringirse su secreto de las comunicaciones; de otro, se evitan situaciones de arbitrariedad por parte de los poderes públicos.

- Principio de especialidad: desde una perspectiva positiva, la medida autorizada de la que se puede extraer la evidencia digital debe estar relacionada con un delito. Y, en sentido negativo, el seguimiento de este principio evitará diligencias prospectivas o la apertura de investigaciones carentes de base objetiva. La investigación debe estar enfocada a la búsqueda de una evidencia digital concreta, impidiendo el acopio de datos íntimos del investigado de los que, resulte el hallazgo de una actividad delictiva sobre la que no existían indicios en el momento previo a la puesta en marcha de la investigación.

- Principio de idoneidad: con carácter previo a restringir el derecho fundamental, se reputa necesario valorar si el medio tecnológico a utilizar es útil al fin que se pretende obtener en la investigación, de modo que únicamente se haga uso de aquellos que resulten eficaces para empezar a conformar la evidencia electrónica en función de la telecomunicación empleada por el sujeto afectado y las posibilidades técnicas de los investigadores.

- Principios de excepcionalidad y necesidad: estando en juego un derecho fundamental, hay que valorar si los datos a obtener con el empleo de los medios limitativos a tal derecho se pueden conseguir con el uso de medidas menos gravosas que se presenten como igualmente útiles.

- Principio de proporcionalidad: como cualquier otra medida de investigación sometida a consideración del instructor, se llevará a cabo el juicio de ponderación entre el sacrificio temporal que comporta el uso de la medida para el derecho fundamental afectado por la misma y la existencia del interés público implícito en la necesidad de recabar pruebas por la vía electrónica en el marco de un procedimiento penal. En ocasiones, los parámetros para llevar adelante este juicio pueden venir definidos legalmente, y referirse a extremos tales como la gravedad del hecho, su trascendencia social, la intensidad de los indicios con los que se cuentan en el momento de la valoración o la relevancia del resultado que se persigue obtener”.

Y en cuarto lugar, el Convenio establece que cada Estado Parte debe examinar los efectos de los poderes y procedimientos sobre los derechos, responsabilidades e intereses legítimos de terceros, siempre que sea conforme al “interés público” y a la “buena administración de justicia”. Estos son conceptos jurídicos indeterminados, pero que la doctrina de los diferentes países de la región se ha encargado de definirlos.

Podemos definir el interés público “como el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin llegar a aniquilarlos”.

Y “buena administración de justicia” comprende todo aquello que suponga una garantía para el buen fin del proceso judicial, la consecución de una tutela judicial efectiva, entendiendo incluida en esa buena administración de justicia la adecuada actividad de abogados y jueces, el cumplimiento y en su caso la exigencia de las garantías procesales para las partes, tanto las indicadas en las leyes como en la constitución, sin dejar de lado, los aspectos materiales y humanos que, en los juzgados y Tribunales, soportan el proceso, que permiten otorgar las garantías procesales y la consecución de la tutela judicial efectiva.

3.1.3 Conservación rápida de datos informáticos almacenados (Título 2).

El Título 2 denominado Conservación rápida de datos informáticos almacenados contiene dos disposiciones: el artículo 16 que regula la conservación rápida de datos informáticos almacenados y el artículo 17 que establece la conservación y revelación parcial rápida de los datos relativos al tráfico.

Las medidas contenidas en los artículos 16 y 17 se aplican a los datos que ya existentes y están almacenados, obtenidos y conservados por los titulares de los datos. Estas medidas no se aplican a la obtención en tiempo real, ni a la conservación de datos relativos al tráfico futuro, que son reguladas por los artículos 20 y 21.

El término “conservación de datos” utilizado en esta norma debe distinguirse de la “retención de datos”. Conservar significa guardar datos que ya están almacenados de alguna forma, protegiéndolos para que no puedan ser modificados o deteriorados en su calidad o condición; al tiempo que retener implica almacenar a partir de ese momento los datos que se generen y guardarlos.

Este poder o procedimiento es una novedad en el derecho interno de la mayoría de nuestros países. Es una herramienta importante de investigación para hacer frente a los delitos que comprenden el ámbito de aplicación del Convenio, guardando datos que son fácilmente objeto de manipulaciones. Conservar datos que pueden perderse por un manejo negligente en el proceso de almacenamiento, destruidos o borrados intencionalmente para ocultar pruebas o eliminados en procesos sistemáticos para generar espacios porque no existe obligación de guardarlos, es una herramienta fundamental a la hora de investigar los delitos que integran el ámbito de aplicación del Convenio.

Los Estados Parte deben entonces adoptar las medidas que resulten necesarias para la conservación de determinados datos que se encuentren almacenados en carácter de medida cautelar durante el tiempo necesario, hasta un máximo de 90 días.

La conservación no significa que los datos serán revelados a las autoridades encargadas de la investigación desde el momento mismo de la conservación. La revelación de estos datos oportunamente conservados requiere una medida adicional de revelación de datos.

3.1.4 Conservación rápida de datos informáticos almacenados (artículo 16).

El artículo 16 regula la medida de la conservación rápida de los datos informáticos almacenados y establece la obligación de cada Estado Parte de adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para permitir a sus autoridades competentes ordenar o imponer de otro modo la conservación rápida de datos electrónicos específicos, incluidos los relativos al tráfico, almacenados por medio de un sistema informático, en particular cuando existan motivos para creer que dichos datos son particularmente susceptibles de pérdida o de modificación.

Obviamente, la medida está sujeta a lo dispuesto por los artículos 14 y 15 del Convenio y por ende debe existir un procedimiento penal específico, por alguno de los delitos que se incluyen en el ámbito de aplicación del mismo.

La disposición del Convenio no especifica de qué forma deben ser conservados los datos, por lo que eso debe ser establecido por la legislación nacional de cada Estado Parte.

En principio conservación no implica congelación o inaccesibilidad o que no puedan ser utilizados por sus legítimos usuarios, pero sí se debe asegurar su conservación e intangibilidad.

Hay que tener presente que el párrafo 3 impone al Estado Parte la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro tipo para obligar a la persona que custodia los datos o a otra persona encargada de su conservación a mantener en secreto la ejecución de los procedimientos durante el tiempo previsto en el derecho interno. El congelamiento puede tener como consecuencia dejar en evidencia la existencia de la medida.

Tampoco el Convenio establece que la orden deba ser judicial o administrativa, pero sí debe garantizarse que el derecho interno del Estado Parte debe contemplar el poder o procedimiento de ordenar efectivamente la conservación de los datos y que se actúe con la mayor celeridad posible para asegurar el efectivo cumplimiento de la medida.

El poder y procedimiento debe contemplar la conservación rápida de cualquier tipo de datos ya almacenados, sin distinción de tipo alguno.

Los datos almacenados cuya conservación se solicita a través de este poder o procedimiento pueden estar en poder o bajo el control de la persona a quien se le da la orden, lo que significa que estos pueden estar en posesión de ella o almacenados en otro lugar, pero sujeto a su control.

Y la conservación de la integridad de los datos debe ser durante el tiempo necesario, hasta un máximo de 90 días, el que deberá ser establecido por el derecho interno de cada Estado Parte. Sin perjuicio de ese plazo máximo, los Estados Parte pueden establecer la posibilidad de la renovación de la orden.

3.1.5 Conservación y revelación parcial rápidas de datos relativos al tráfico (artículo 17).

Con el fin de garantizar la conservación de los datos relativos al tráfico, en aplicación del artículo 16, los Estados Parte deben adoptar medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para garantizar la conservación rápida de los datos relativos al tráfico, ya sean uno o varios proveedores de servicios que hayan participado en la transmisión de dicha comunicación; y asegurar la revelación rápida a la autoridad competente del Estado Parte, o una persona designada por dicha autoridad, de un volumen suficiente de datos relativos al tráfico para que dicha Parte pueda identificar tanto a los proveedores de servicios como la vía por la que la comunicación se ha transmitido.

El artículo 17 establece la obligación de los Estados Parte de conservar los datos relativos al tráfico, que están definidos en el artículo 1 y que ya vimos *ut supra*.

Estos datos son esenciales para determinar el origen y el destino de las comunicaciones realizadas, elemento fundamental para identificar a las personas que han cometido delitos (por ejemplo, delitos de pornografía infantil, entre otros).

Nuevamente en este caso la Convención no especifica los medios que los Estados Parte deben utilizar para el desarrollo de la medida de investigación, quedando a criterio de la legislación interna de cada uno.

Como los datos relativos al tráfico no son relevados a las autoridades encargadas de la investigación cuando se envía una orden de conservación de datos, sino que estos se revelan cuando se han tomado otras medidas jurídicas, las autoridades no pueden saber si el proveedor de servicios posee todos los datos relativos al tráfico que son necesarios o si estos están en poder de otros proveedores. Es por esa razón que en este poder o procedimiento se establece que el proveedor de servicios que recibe una orden de conservación de datos, revele de inmediato a las autoridades competentes un volumen suficiente de datos relativos al tráfico, que les permita a estas identificar a todos los proveedores de servicio y las vías de comunicación utilizadas y analizar si es necesario disponer medidas de conservación respecto de otros proveedores.

Estos poderes y procedimientos son aplicables a investigaciones penales por los delitos que constituyen el ámbito de aplicación de la Convención y también estarán sujetos a las condiciones y salvaguardias previstas en el artículo 15.

3.1.6 Orden de presentación (Título 3).

En este título se establece la obligación de los Estados Parte de aprobar normas nacionales para facultar a las autoridades competentes a requerir la presentación de datos informáticos. A diferencia de los poderes y procedimientos regulados en el Título anterior, que regulaban la conservación de datos informáticos que se tienen almacenados y en el caso del artículo 17, a la revelación de algunos datos relativos al tráfico, acá se debe autorizar a las autoridades competentes el Estado Parte a requerir la presentación de los mismos al proveedor de servicios o una persona presente en el territorio.

3.1.7 Orden de presentación de datos relativos a abonados (artículo 18).

El artículo 18 establece con claridad la obligación de cada Estado Parte de adoptar las medidas legislativas o de otra índole, que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes a ordenar: a una persona presente en el territorio que comunique determinados datos informáticos que obren en su poder o bajo su control, almacenados en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento informático; o a un proveedor de servicios en el territorio de ese Estado Parte, que comunique los datos que obren en su poder o bajo su control relativos a los abonados en relación a dichos servicios.

La medida alcanza los datos ya almacenados y no incluye aquellos que todavía no se han generado. Se trata de una medida más intrusiva que las previstas en los artículos anteriores (Conservación rápida de datos informáticos almacenados y conservación y revelación rápida de los datos relativos al tráfico) y menos intrusiva de las medidas de registro y confiscación de datos.

La orden de presentación se refiere a datos informáticos o a información sobre los abonados que obren en poder o estén bajo el control de una persona o de un proveedor de servicios y que sean relativos al abonado, no al contenido ni al tráfico.

Los poderes y procedimientos establecidos en esta disposición también están sujetos a las condiciones y salvaguardias previstas en el artículo 15 del Convenio. Los Estados Parte pueden excluir determinados datos o información privilegiada, así como prescribir términos diferentes, o diferentes autoridades competentes autorizadas a solicitarlas o diferentes salvaguardias según el tipo de datos.

No se establece en el Convenio la confidencialidad de la medida, que en nuestra opinión es imprescindible para asegurar el éxito de una investigación criminal y que debería ser establecida en la legislación interna de cada Estado Parte más allá de que la norma convencional no lo contemple.

Respecto de las modalidades de presentación tampoco establece nada el Convenio, lo que puede ser regulado por la legislación interna de cada Estado Parte.

El párrafo 3 aclara el alcance del término “datos relativos a los abonados” estableciendo que se entenderá cualquier información, en forma de datos informáticos o de cualquier otro modo, que posea un proveedor de servicios y que se refiera a los abonados de servicios, diferentes de los datos relativos al tráfico o al contenido y que permita determinar: el tipo de servicio de comunicación utilizado, las disposiciones técnicas adoptadas; la identidad, la dirección postal, número de teléfono o cualquier otro número de acceso y datos relativos a la facturación y al pago disponibles en virtud de un contrato de prestación de servicios; cualquier otra información relativa al lugar en que se encuentren los equipos de comunicación, disponibles en virtud de un contrato o un acuerdo de prestación de servicio.

3.1.8 Registro y confiscación de datos informáticos almacenados (artículo 19).

En los artículos anteriores se establece la obligación de los Estados Parte de aprobar normas que autoricen la utilización de poderes y procedimientos para ordenar a los proveedores de servicios a conservar rápidamente datos, a conservar rápidamente datos y revelar parcialmente datos relativos al tráfico y a presentar datos relativos a los abonados de esos servicios.

Las medidas previstas en el Título 4 son mucho más intrusivas y dicen relación con el registro y confiscación de datos informáticos almacenados.

En todo ordenamiento procesal penal se establecen los poderes y procedimientos a las autoridades competentes encargadas de la investigación, a los efectos del registro y confiscación de los objetos tangibles. Respecto de los datos intangibles, estas disposiciones no son aplicables excepto si se aplican sobre los soportes donde estos se encuentran almacenados.

Sobre estos objetos son aplicables las mismas disposiciones existentes para el registro y la confiscación de los objetos tangibles, pero a la hora de registrar y confiscar datos intangibles, es necesario que los Estados Partes aprueben disposiciones que vayan en línea con la Convención y aseguren que estos se conserven inalterables hasta su presentación en juicio como prueba. La confiscación de discos duros u otro tipo de dispositivos genera daños, en cuanto allí pueden estar almacenados datos informáticos relacionados con la investigación, como otros que no lo están y dicen relación con la intimidad de las personas investigadas o de terceros (dispositivos de almacenamiento masivo de datos); sino que no asegura que ese sistema informático no pueda accederse desde otros dispositivos y se borren o modifiquen los datos alojados en el dispositivo confiscado.

Es necesario, pues, que los ordenamientos procesales establezcan la posibilidad de hacer inmediatamente copias de los datos informáticos confiscados y que se asegure la cadena de custodia de los mismos.

El artículo 19 establece la obligación de los Estados Parte de aprobar las normas que sean necesarias para registrar o a tener acceso a todo sistema informático o aparte del mismo, así como a los datos informáticos en él almacenados; y a todo dispositivo de almacenamiento informático que permita almacenar datos informáticos en su territorio.

Asimismo, cada Estado Parte debe adoptar las medidas necesarias para asegurar que, cuando las autoridades tengan acceso a un sistema informático específico o a una parte del mismo y tenga motivos para creer que los datos buscados se encuentran almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo situado en su territorio, y que dichos datos son legítimamente accesibles a partir del sistema inicial, puedan extender rápidamente el registro o el acceso de un modo similar a otro sistema.

Pero además del poder de registro, el Convenio obliga a los Estados Parte a adoptar medidas legislativas para facultar a sus autoridades competentes a confiscar, o a obtener de modo similar, los datos informáticos a los que se haya podido acceder durante el registro, incluyendo las prerrogativas de: confiscar un sistema informático o parte del mismo, o un sistema de almacenamiento; realizar y conservar una copia de esos datos informáticos; preservar la integridad de los datos informáticos almacenados; y hacer inaccesibles o suprimir dichos datos informáticos del sistema informático consultado.

Por otra parte, cada Estado Parte debe adoptar las medidas necesarias, legislativas o de otro tipo, para facultar a las autoridades competentes para ordenar a toda persona que conozca el funcionamiento de un sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos en el contenido, que proporcione la información necesaria para permitir el registro y la confiscación.

Demás está decir que este poder o procedimiento, al igual que los anteriores, debe restringirse a la investigación y proceso penal de los delitos que son ámbito de aplicación del Convenio y está sujeto a las condiciones y salvaguardias del artículo 15 del mismo.

Dentro de las condiciones o salvaguardias es necesario tener muy especialmente en cuenta algunos aspectos: uno, que tiene que ver con los dispositivos de almacenamiento masivo de datos y el especial cuidado que se debe tener, tanto en la legislación como en la aplicación de la misma por parte de las autoridades, de exigir una motivación adecuada de la medida conforme a lo expresado con anterioridad; dos, la delimitación precisa de los datos a registrar y confiscar a los efectos de evitar las excusiones de pesca de las autoridades policiales; y tres, la existencia de privilegios de algunas profesiones como abogados, médicos y periodistas entre otros, establecidos no en beneficio de las personas que la ejercen, sino de valores superiores como el derecho a la defensa en juicio y el debido proceso, de la intimidad de los pacientes en relación con su salud y a la libertad de expresión.

3.1.9 Obtención en tiempo real de datos informáticos.

Los poderes o procedimientos regulados en este Título son aún más intrusivos que los previstos en el Título anterior, que obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas legislativas y de otro orden para permitir a las autoridades a registrar y confiscar datos almacenados.

Los poderes y procedimientos regulados en este Título y que los Estados Partes deben incorporar a sus ordenamientos jurídicos internos dicen relación con la obtención de datos informáticos en tiempo real, los que podemos denominar como interceptación.

Estos artículos se refieren a comunicaciones específicas transmitidas por medio de un sistema informático, que puede incluir la transmisión de la comunicación a través de redes de comunicación antes de ser recibido por otro sistema informático.

3.1.10 Obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico (artículo 20).

Este artículo obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a las autoridades a obtener y grabar con medios técnicos; y/u obligar a cualquier proveedor de servicios a obtener y grabar con medios técnicos en su territorio o a ofrecer a las autoridades competentes su colaboración y su asistencia para obtener y grabar en tiempo real los datos relativos al tráfico asociado a comunicaciones específicas transmitidas en su territorio por medio de un sistema informático.

Cuando una parte no pueda establecer las medidas antes mencionadas por respeto a los principios establecidos en su ordenamiento jurídico interno, en su lugar podrá adoptar las medidas que resulten necesarias para asegurar la obtención o la grabación en tiempo real de los datos relativos al tráfico asociadas a comunicaciones específicas transmitidas en su territorio mediante la aplicación de los medios técnicos existentes en dicho territorio.

Por otra parte, y con toda lógica, la Convención obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para obligar al proveedor de servicios a mantener en secreto el hecho de que se haya ejercido cualquiera de los poderes previstos en el presente artículo.

Obviamente, estos poderes y procedimientos se deben utilizar en investigaciones penales de los delitos que componen el ámbito de aplicación de la Convención y rigen a su respecto las condiciones y salvaguardias previstas en el artículo 15 y que rigen para todos los poderes y procedimientos establecidos en la Convención.

3.1.11 Interceptación de datos relativos al contenido (artículo 21).

Este artículo obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a las autoridades, en lo que respecta a un repertorio de delitos graves que debe definirse en el derecho interno, a obtener y grabar con medios técnicos; y/u obligar a cualquier proveedor de servicios a obtener y grabar con medios técnicos en su territorio o a ofrecer a las autoridades competentes su colaboración y su asistencia para obtener y grabar en tiempo real los datos relativos al contenido de comunicaciones específicas transmitidas en su territorio por medio de un sistema informático.

Al igual que en los poderes y procedimientos previstos en el artículo anterior, si el Estado Parte no puede establecer las medidas antes mencionadas por respeto a los principios establecidos en su ordenamiento jurídico interno, en su lugar podrá adoptar las medidas que resulten necesarias para asegurar la obtención o la grabación en tiempo real de los datos relativos al contenido de comunicaciones específicas transmitidas en su territorio mediante la aplicación de los medios técnicos existentes en dicho territorio.

Por otra parte, y con toda lógica, la Convención obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para obligar al proveedor de servicios a mantener en secreto el hecho de que se haya ejercido cualquiera de los poderes previstos en el presente artículo.

Obviamente, estos poderes y procedimientos se deben utilizar en investigaciones penales de los delitos que componen el ámbito de aplicación de la Convención y rigen a su respecto las condiciones y salvaguardias previstas en el artículo 15 y que rigen para todos los poderes y procedimientos establecidos en la Convención.

Segundo Protocolo Adicional a la Convención de Budapest

Los Estados miembros del Consejo de Europa y los demás Estados Partes en el Convenio de Budapest firmaron el Segundo Protocolo Adicional relativo a la cooperación reforzada y la divulgación de pruebas electrónicas.

Este segundo Protocolo Adicional constituye un muy importante en los instrumentos de cooperación y en lo que respecta a la prueba digital se compone de cuatro secciones que componen el Capítulo dos, denominado de cooperación reforzada: procedimientos para mejorar la cooperación directa con proveedores de otras Partes; procedimientos para mejorar la cooperación internacional entre autoridades para la divulgación de datos informáticos almacenados; procedimientos relativos a la asistencia mutua en casos de emergencia; y procedimientos relativos a la cooperación internacional en ausencia de acuerdos internacionales aplicables.

4.1 Procedimientos para mejorar la cooperación directa con proveedores y entidades de otras Partes.

Esta sección establece procedimientos para mejorar la cooperación directa con proveedores y entidades ubicados en el territorio de otra Parte y se aplica independientemente de que exista o no un tratado o acuerdo de asistencia mutua sobre la base de una legislación uniforme o recíproca en vigor entre las Partes interesadas.

4.1.1 Solicitud de información sobre el registro de nombres de dominio (artículo 6).

Las Partes deben adoptar las medidas necesarias para facultar a sus autoridades competentes en el marco de investigaciones y procedimientos penales concretos, para emitir una solicitud a una entidad que preste servicios de nombres de dominio en el territorio de otra Parte para obtener la información que esté en posesión o bajo el control de la misma, con el fin de identificar o ponerse en contacto el titular de un nombre de dominio.

Y como contracara de lo dispuesto en el párrafo uno, cada Parte debe adoptar las medidas necesarias para permitir que una entidad ubicada en su territorio divulgue dicha información en respuesta a la solicitud, sujeto a condiciones razonables previstas en la legislación nacional.

En caso de falta de cooperación por la entidad, la Parte requirente podrá pedirle que le explique la razón de la no divulgación de la información requerida y además podrá solicitar consultas con la Parte en la que se encuentre aquella, a los efectos de determinar las medidas disponibles para obtener la información.

En el momento del depósito de su instrumento de ratificación, cada Parte comunicará al secretario general del Consejo de Europa la autoridad designada con los fines de consulta estipulados anteriormente.

4.1.2 Divulgación de la información de los abonados (artículo 7).

Las Partes deberán adoptar las medidas necesarias para facultar a sus autoridades competentes para emitir una orden a un proveedor de servicios ubicado en el territorio de otra Parte, con el fin de obtener la divulgación de información especificada y almacenada del abonado que esté en posesión o bajo el control de dicho proveedor, cuando la misma sea necesaria para las investigaciones o procedimientos penales concretos de la emisora.

Como contrapartida, las Partes deberán adoptar las medidas necesarias para que un proveedor de servicios ubicado en su territorio divulgue información sobre abonados en respuesta a la orden antes mencionada.

En el momento de la firma o al depositar el instrumento de ratificación, una Parte podrá hacer una declaración por la que la orden antes mencionada, respecto de los proveedores de servicios ubicados en su territorio, debe ser emitida por un fiscal u otra autoridad judicial, o bajo su supervisión, o de lo contrario ser emitida bajo una supervisión independiente.

El Protocolo Adicional regula minuciosamente el contenido de la orden tanto en los aspectos que deben estar especificados, como en la información complementaria que debe agregarse (párrafos 3 y 4).

En cualquier momento, una Parte puede notificar al secretario general del Consejo de Europa que cuando se emita una orden a un proveedor de servicios ubicado en su territorio, requiere una notificación simultánea de la orden, la información complementaria y un resumen de los hechos relacionados con la investigación o el procedimiento, en todos los casos o en circunstancias determinadas.

Asimismo, independientemente de que una Parte exija o no que se le notifique, puede exigirles a los proveedores de servicios ubicados en su territorio, que consulten a sus autoridades antes de la divulgación en determinadas circunstancias.

Las autoridades de un Estado Parte, notificadas o consultadas en función de los procedimientos antes descritos podrán ordenar al proveedor de servicios que no divulguen la información del abonado si la divulgación puede perjudicar las investigaciones o procedimientos penales en esa Parte, o si la información fuera denegada en función de lo establecido por los artículos 25 y 27, párrafo 4 del Convenio de Budapest (doble tipificación, delitos políticos o vinculados a delitos de carácter político o que puedan atentar contra su soberanía, seguridad, orden público y otros intereses esenciales).

Por otra parte, las autoridades notificadas o consultadas en función de los procedimientos antes mencionados, pueden solicitar información adicional a la autoridad del Estado que emitió la orden y oportunamente deberán informarle a esta si el proveedor de servicios recibió instrucciones de no divulgar la información sobre el abonado, exponiendo los motivos de la instrucción.

La Parte deberá designar a una única autoridad para recibir la notificación y para llevar adelante las acciones de instruir al proveedor de servicios de no brindar la información, solicitar información adicional y notificar a la autoridad del Estado requirente que el proveedor de servicios recibió instrucciones de no divulgar la información requerida.

En el caso de que el proveedor de servicios informa a la autoridad requirente que no divulgará la información solicitada o si no la divulga en un plazo de 30 contados a partir de la recepción de la solicitud o en el plazo estipulado por la autoridad solicitante si este es más largo, las autoridades competentes del Estado Parte emisor podrán solicitar la ejecución de la orden a través del procedimiento previsto en el artículo 8 que analizaremos a continuación.

Una parte podrá, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación reservarse el derecho de no aplicar este artículo en forma total o parcial si fuera incompatible con los principios fundamentales de su derecho interno.

4.2 Procedimientos para mejorar la cooperación internacional entre autoridades para la divulgación de datos informáticos almacenados.

Esta sección se compone de dos artículos, establece los procedimientos para mejorar la cooperación internacional entre las autoridades para la divulgación de los datos informáticos almacenados y se aplica independientemente de que exista o no un tratado o acuerdo de asistencia mutua.

4.2.1 Dar efecto a las órdenes de otra parte para la producción acelerada de información sobre los abonados y datos de tráfico (artículo 8)

Las Partes deben adoptar las medidas que sean necesarias para facultar a sus autoridades competentes para emitir una orden, que se presentará como parte de una solicitud a otro Estado Parte, para obligar a un proveedor de servicios ubicado en el territorio de la requerida a que presente información concreta y almacenada sobre datos de abonados y de tráfico que estén en su posesión o control y que sean necesarios para investigaciones o procedimientos penales específicos.

Como contrapartida, las Partes deben adoptar las medidas necesarias para dar efecto a una orden emitida por las autoridades competentes de otro Estado Parte.

La solicitud deberá contener la orden, la información de apoyo y cualquier instrucción especial de procedimiento con las especificaciones previstas en los literales a, b y c del párrafo 3 del artículo 8 en análisis. Si la Parte requerida no puede dar cumplimiento a las instrucciones procesales especificadas o alguna de las condiciones establecidas por la Parte requirente, debe informar a esta tal circunstancia, especificando en qué condiciones podría cumplirlas, a los efectos de que esta mantiene la orden a los efectos de su ejecución.

Al momento de la firma, al depositar su instrumento de ratificación y en cualquier otro momento, una Parte puede declarar que se requiere información adicional para dar efecto a la orden.

La Parte requerida debe realizar los esfuerzos razonables para notificar al proveedor de servicios en un plazo no mayor a 45 días y ordenará la devolución de la información a más tardar en un plazo de 20 días para la información sobre abonados y de 45 días los datos de tráfico.

Al igual que con las medidas previstas en la Sección 2, el Estado Parte podrá negarse a ejecutar una solicitud en virtud de los motivos establecidos en los artículos 25 y 27 párrafo 4 del Convenio o imponer las condiciones que considere necesarias para permitir la ejecución de la orden. Asimismo, podrá aplazar la ejecución de las solicitudes debido a que cumplirlas puede perjudicar investigaciones o procedimientos que se estén llevando a cabo por sus autoridades (artículo 27, párrafo 5 del Convenio).

Al momento de firmar o de depositar su instrumento de ratificación, la Parte comunicará al secretario general del Consejo de Europa la información de las autoridades designadas para presentar o recibir una orden en virtud del artículo en análisis.

Los Estados Parte podrán exigir que las solicitudes le sean presentadas por la autoridad central de la Parte requirente.

Finalmente, al momento de la firma o del depósito del instrumento de ratificación una Parte podrá reservarse el derecho de no aplicar el presente artículo a los datos de tráfico.

4.2.2 Divulgación acelerada de datos informáticos almacenados en caso de emergencia.

Las Partes adoptarán las medidas necesarias para que su Punto de Contacto para la Red 24/7 pueda, en caso de emergencia, transmitir una solicitud al Punto de Contacto de otra Parte y recibir una solicitud este, en la que se pida asistencia inmediata para obtener de un proveedor de servicios ubicado en el territorio de esa Parte, la divulgación acelerada de determinados datos informáticos almacenados que estén en su posesión o bajo su control, sin necesidad de una solicitud de asistencia mutua.

Cada Parte deberá adoptar las medidas necesarias para permitir que sus autoridades puedan recabar datos de un proveedor de servicios en su territorio a los efectos de este instituto, que como contrapartida, que un proveedor de servicios divulgue los datos solicitados por sus autoridades y que estas faciliten los datos la Parte requirente.

La solicitud deberá contener las especificaciones previstas en el párrafo 3 del artículo en análisis. Al momento de la firma o del depósito del instrumento de ratificación, una Parte podrá declarar que exige a las Partes requirentes que, una vez ejecutada la solicitud, presenten la solicitud y la información complementaria transmitida en apoyo de la misma, en el formato que especifiquen.

La Parte requerida debe informar en forma rápida y expedita su decisión sobre la solicitud recibida y si corresponde, debe especificar las condiciones en las que proporcionaría los datos requeridos. En caso de que la Parte requirente no pueda cumplir con la condición impuesta por la Parte requerida, lo informará de inmediato y aquella determinará si la información debe proporcionarse de todas formas. La Parte requerida que suministre información o material sujeto a condición podrá exigir a la requirente que explique el uso que se hace de dicha información o material.

4.3 Procedimientos relativos a la asistencia mutua en caso de emergencia (Sección 4).

Esta Sección se compone de un solo artículo, prevé los procedimientos relativos a la asistencia mutua de emergencia y se aplica independientemente de que exista o no un tratado o acuerdo de asistencia mutua sobre la base de una legislación uniforme o recíproca en vigor entre las partes.

Las Partes podrán solicitar asistencia mutua en forma rápida y expedita cuando considere que exista una emergencia, debiendo incluir en la misma una descripción de los hechos que demuestran que existe una emergencia y la forma en que la asistencia se relaciona con ella, amén de los demás elementos necesarios. Cada Parte debe garantizar que una persona de su autoridad responsable de responder a las solicitudes de asistencia mutua en virtud lo establecido en el Convenio, esté disponible 24/7 para responder a una solicitud presentada de conformidad con el presente artículo.

La Parte requerida podrá solicitar información complementaria para evaluar la solicitud y la requirente deberá facilitarla en forma rápida y expedita.

Las autoridades responsables de la asistencia mutua de ambas partes pueden determinar de común acuerdo que los resultados de la ejecución de una solicitud o una copia autenticada de los mismos, puedan facilitarse por una vía alternativa a la utilizada para la solicitud.

Cuando no exista un tratado o acuerdo de asistencia mutua basado en una legislación uniforme o recíproca en vigor entre las Partes, se aplicarán a la solicitud prevista en este artículo las disposiciones de asistencia mutua previstas en los artículos 27, párrafos 2.b y 3 a 8 y 28, párrafos 2 a 4 del Convenio.

Al momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, una Parte podrá declarar que las solicitudes también podrán ser enviadas directamente a sus autoridades judiciales, a través de los canales de INTERPOL o a través de su Punto de Contacto 24/7 previsto en el Convenio. En esos casos se enviará, al mismo tiempo, una copia a la autoridad central de la parte requerida a través de la autoridad central de la requirente.

Segundo Protocolo Adicional a la Convención de Budapest Conclusiones.

Latinoamérica tiene un importante rezago en materia de regulación de la prueba digital. Si bien la mayoría de los países de la región han realizado reformas procesales en el último tiempo, en estas no se han incluido normas que regulen la colección, propuesta y desahogo de la prueba digital, pese a la importancia cada vez mayor de esta en la elucidación de los procesos penales.

En el corto plazo es razonable pensar que la mayoría de sus países ratificarán la Convención de Budapest y el Segundo Protocolo, bien que los esfuerzos de algunos sectores en priorizar la concreción de una norma con similares objetivos en el marco de las Naciones Unidas pueden perjudicar este objetivo del Ciclo Político de Justicia. La tendencia política a aprobar disposiciones de contenido similar en cada una de las agrupaciones continentales y regionales no solo no suma a la necesaria unificación de la legislación en la materia, sino que se erige en un obstáculo para este objetivo.

Sin embargo, es bastante más complejo que en el corto plazo los países de la región puedan cumplir con las disposiciones que el Convenio y su Segundo Protocolo establecen y adecúen su derecho interno a las mismas.

Propuestas

En ese contexto sugerimos las siguientes líneas de acción:

- 1) Propugnar en todos los ámbitos de las organizaciones iberoamericanas de justicia la aprobación por todos los países de la región de la Convención de Budapest y su Segundo Protocolo, por considerarlas las normas más avanzadas en materia de prueba digital.*
- 2) Desalentar la aprobación de normas continentales y regionales con contenido similar que no solo no suman a la necesaria unificación de las legislaciones en la materia, sino que aumentan la confusión sobre la normativa vigente entre los operadores de justicia.*
- 3) Propugnar la aprobación en cada uno de los países de normas de naturaleza procesal que regulen la colección de la evidencia digital, así como su proposición y desahogo en juicio.*
- 4) Designar un comité de expertos que con la colaboración de los distintos países elabore una ley procesal modelo para Iberoamérica que sirva de base para la discusión en los parlamentos nacionales.*

Medidas de cooperación jurídica internacional

por José Luis Lopes da Mota

Introducción

Con la llegada de la globalización, la realidad criminal ha cambiado. El crimen se ha organizado y se ha internacionalizado, aprovechando la expansión de los mercados y la utilización de las nuevas tecnologías. Las comunicaciones electrónicas han pasado a constituir un poderoso instrumento al servicio de la criminalidad transfronteriza. Al mismo tiempo, los sistemas informáticos se han constituido en objetivo de actos ilícitos (cibercriminalidad y ciberterrorismo).

La criminalidad en la era de la globalización es una criminalidad económica y financiera, sofisticada, oculta, con estructura empresarial, en red, generadora de elevados lucros ilícitos que terminan por introducirse en la economía “legal”. El blanqueo está siempre presente; es, por tanto, absolutamente necesario, actuar en este ámbito.

Estas nuevas realidades plantean desafíos muy difíciles y complejos a los sistemas penales, delimitados por las fronteras de los Estados, los cuales tienen el poder exclusivo de perseguir y castigar los delitos.

En este trabajo se analizan los retos fundamentales en la cooperación jurídica internacional: los equipos conjuntos de investigación, el papel de la protección de datos en la cooperación jurídica internacional y la relación entre las autoridades nacionales y Eurojust. Al final, se realizan propuestas.

Equipos conjuntos de investigación

Introducción

La experiencia demuestra que los medios y métodos tradicionales de cooperación basados en las solicitudes de asistencia judicial recíproca no se adaptan a las necesidades de las investigaciones de delitos de dimensión transnacional. Además de la necesidad de determinar el lugar de comisión de los hechos, que puede tener lugar en diferentes jurisdicciones, es necesario garantizar la rapidez y la eficacia de la identificación y la conservación de las pruebas. La cooperación y la comunicación directas, el intercambio de información y coordinación entre las autoridades competentes constituyen el método más eficaz para hacer frente a la creciente sofisticación de las actividades delictivas organizadas. Los equipos de investigación conjuntos (ECI) ofrecen a las autoridades nacionales de los distintos Estados un marco flexible que es relativamente rápido y fácil de establecer y que permite a las respectivas autoridades participar en la investigación de forma mutuamente beneficiosa.

Una vez que se ha creado un ECI, los socios pueden intercambiar directamente información y pruebas, cooperar en tiempo real y realizar operaciones conjuntamente. Además, los ECI permiten que los profesionales estén presentes durante las medidas de investigación en los territorios de los demás y, por tanto, que compartan sus conocimientos técnicos y recursos humanos de forma más eficiente. Los contactos y la comunicación directos permiten a los miembros del ECI establecer relaciones personales y de confianza, lo que conduce a una cooperación más rápida y eficaz.

En este documento se pretenden cubrir varios objetivos teniendo en cuenta la experiencia de cooperación técnica desarrollada en el marco del programa EL PACCTO.⁴⁰

En primer lugar, se va a describir cuál es el punto de partida, que permite anclar la realidad para la creación de los ECI. Así, se va a examinar la normativa legal actual, nacional, bilateral, regional y global, que puede servir de sustento para la constitución de ECI. Junto a esa normativa legal, se describirán cuáles han sido las experiencias alcanzadas en la región y las buenas prácticas con las que se puede contar, no solo en América Latina, sino también en la Unión Europea, región con mucha más experiencia en la práctica de constitución de ECI, y donde se firman anualmente en torno a 100 ECI sobre las más variadas actividades criminales. Es, por tanto, necesario, tener en cuenta esa práctica para impulsar la constitución de ECI en la región con la necesaria dosis de calidad, a fin de evitar que experiencias negativas iniciales puedan ralentizar, o incluso, impedir, el camino iniciado en esta materia.

En segundo lugar, se van a reseñar cuáles son las necesidades que se han identificado como más urgentes a cubrir, teniendo en cuenta que se hace un esfuerzo de concreción para centrarse en las más imperiosas, como por ejemplo, la falta de conocimiento mutuo entre los países sobre su situación respecto de los ECI, cuestión que puede animar a acelerar el proceso en los más retrasados, la falta de confianza entre las instituciones participantes, que se ha comprobado cómo impacta en las dificultades para trabajar de manera conjunta y coordinada y que es una cuestión recurrente y conocida en varios países de la región, la carencia general de legislaciones nacionales habilitantes, las dificultades de las partes para asumir los costes de los ECI, cuestión que también se antoja que será un escollo importante en el futuro, o la dificultad para la elección de los casos en condiciones apropiadas para acudir a los ECI como la herramienta adecuada para llevar adelante las investigaciones coordinadas, cuestión también de gran importancia ya que la mera elección apropiada de los casos es un primer paso fundamental para finalizar con éxito el proceso de constitución y el resultado exitoso de las investigaciones. Finalmente se trazarán una serie de recomendaciones a modo de líneas de acción futura que, entre otras, contemplarán actuaciones sensiblemente paralelas al menos en las siguientes vertientes: la armonización normativa, verdadera columna vertebral para establecer las bases mínimas de cooperación en esta materia, las amenazas compartidas en la región y también con la UE en materia de criminalidad organizada, de manera que se tenga presente cuales son los escenarios más probables, desde una perspectiva criminal, para la cooperación, donde las amenazas y los desafíos pueden converger.

Contexto

Pese a que cualquier análisis de las cuestiones de actualidad en la lucha contra el crimen organizado transnacional en la región latinoamericana incluye sin duda la caracterización de los ECI como una herramienta infrautilizada, prometedora y novedosa, lo cierto es que existe normativa nacional – más allá, por tanto, de la perspectiva global que ofrece la regulación en Palermo 1988 – sobre el tema en la región desde finales del siglo XX.

No obstante, puede considerarse que el paso de la mera regulación teórica, en ocasiones por mera simetría con la citada Convención de Palermo, a la identificación de la necesidad de potenciación de esta figura como una necesidad operativa urgente es posterior en América Latina. Desde el punto de vista del análisis teórico, los estudios sobre la materia han identificado durante estos últimos veinte años al ECI como una herramienta esencial dirigida fundamentalmente a la lucha contra el crimen organizado; y a este, como la principal amenaza para la región⁴¹, y dichas conclusiones han informado los documentos estratégicos de referencia⁴².

En el plazo de la identificación política regional de esta necesidad, es preciso citar como primer paso una iniciativa subregional: el Acuerdo Marco de cooperación entre los Estados partes del

40 Al tratar este tema, se acompaña, reproduce, completa y actualiza el documento estratégico el "DOCUMENTO ESTRATÉGICO SOBRE EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN - El funcionamiento de los Equipos Conjuntos de Investigación", Ana Cuenca, Isac Barcelos, Javier Samper y José Antonio Mellado, El PACCTO, 30 noviembre 2020.

41 Entre otros, Persecución penal efectiva y estado de derecho: desafíos y líneas de acción para América Latina – Documento de Trabajo CEJA, 2020 Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5660/PUB_PERSECUCI%c3%93NPENALEFECTIVAYESTADODEDERECHO_21sept.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Mercosur y estados asociados para la creación de Equipos Conjuntos de Investigación (San Juan, Argentina, 2 de agosto de 2010 – ya en vigor). Ese impulso se reprodujo seguidamente a nivel continental, y la Comisión Delegada de COMJIB emitió en 2012 la “Declaración de Río sobre la elaboración de un convenio iberoamericano que regule los equipos conjuntos de investigación”, considerando que pese a ser dicha técnica sumamente útil en la investigación de delitos relacionados con el crimen organizado transnacional, las referencias en instrumentos convencionales eran meramente referenciales.

Paralelamente, y en el plano operativo, la AIAMP ha venido recalcando la necesidad de la puesta en marcha, en el ámbito de los países iberoamericanos, de los ECI como instrumento relevante e idóneo para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, señalando la oportunidad de la ratificación de los instrumentos internacionales en la materia y la necesidad, en cualquier caso, de poner en marcha ECIs lo antes posible sobre el marco jurídico existente⁴⁵.

Confluyen, por tanto, en este punto el análisis teórico, político y operativo, sin que, sin embargo, se haya conseguido hasta la fecha la utilización cuantitativa y cualitativa esperable de este instrumento. Se hace preciso, pues, identificar tanto los elementos que frenan la expansión de los instrumentos convencionales señalados como los que dificultan su aplicación, así como las principales cuestiones prácticas que puedan frustrar el fin mismo de las experiencias ya iniciadas, que han de servir, de seguro, como la mejor carta de presentación de esta herramienta.

Leyes nacionales

Las leyes nacionales regulan de manera muy limitada esta materia tan necesaria. Veamos las referencias a algunas normas.

1. Brasil: *Ley 13.344 de 2016, sobre la prevención y represión al tráfico interno e internacional de personas. “Artigo 5º (Da Repressão ao Tráfico de Pessoas): A repressão ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio: I - da cooperação entre órgãos do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros; II - da integração de políticas e ações de repressão aos crimes correlatos e da responsabilização dos seus autores; III - da formação de equipes conjuntas de investigação.”*

2. Bolivia: *específicamente regulado en el Código de Procedimiento Penal Boliviano (Ley N.º 1970). Artículo 148. (Investigaciones Internacionales).“*

3. Costa Rica: *Código Procesal Penal, de 10 de abril de 1996. Artículo 65 (Cooperación internacional).*

4. Ecuador: *Código Orgánico Integral Penal, de 3 de febrero de 2014. Artículo 496. (Investigaciones conjuntas).“*

5. Nicaragua: *Ley n.º 896/2015 contra la trata de personas de 28 de enero del 2015. Artículo 43 (Técnicas especiales de investigación). Las técnicas de investigación antes referidas son, sin perjuicio de las autorizadas para los delitos de criminalidad organizada establecidas en las leyes siguientes: Ley N.º 406, Código Procesal Penal de la República*

42 Valdría de ejemplo la Estrategia de Seguridad de Centroamérica, aprobada por la Comisión de Seguridad de Centroamérica durante su Reunión Extraordinaria celebrada en la Ciudad de Guatemala, República de Guatemala, SICA (Sistema de la Integración Centroamericana), en 2011.

43 <http://www.cooperacion-penal.gov.ar/userfiles/multi2283.pdf>

44 Dicha declaración de Río reconocía ya la existencia de la experiencia MERCOSUR como el mejor insumo posible e identificaba cuestiones que permanecen en buena medida inalterados: precisión de los delitos para cuya investigación es más oportuna la constitución de un ECI, contenido del acuerdo, fines de la prueba obtenida, etc. El Convenio Iberoamericano sobre ECIs (Viña del Mar, 2013) fue el convenio COMJIB más rápidamente producido, lo que evidencia la fortaleza de la identificación de la demanda. Su nula ratificación pone de manifiesto la necesidad de un impulso político en una dirección complementaria-

45 Especialmente activa en la actualidad es la Red de cooperación jurídica internacional en materia penal de la AIAMP, de la que han visto la luz varios instrumentos prácticos, como el documento Pasos para la creación de Equipos Conjuntos de Investigación o el Modelo de acuerdo sobre la creación de un Equipo conjunto de Investigación.

de Nicaragua; Ley N.º 735, Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados; Decreto 70-2010, Reglamento a la Ley N.º 735, Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N.º 223 del 22 de noviembre de 2010.

6. Panamá: Ley 121 de 31 de diciembre de 2013, que reforma el Código Penal, Judicial y Procesal Penal y adopta medidas contra las actividades relacionadas con el delito de delincuencia organizada”.

7. Venezuela: Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo y Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas de 16 de diciembre de 2005.

Normativa internacional

1. Artículo 8 del Protocolo Adicional al Convenio de Cooperación Judicial en Materia Penal entre la República de Colombia y el Reino de España, de 29 de mayo de 1997 (suscrito en Madrid, Reino de España, el 12 de julio de 2005).

2. Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Parte de Mercosur y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación (San Juan, 2010): celebrado en San Juan (República Argentina) el 2 de agosto de 2010, entre los cuatro miembros del MERCOSUR con plenitud de derechos a la fecha (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) así como Bolivia y Ecuador entre los Estados Asociados⁴⁶. Con declarada inspiración en las convenciones de Palermo (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Adicionales), Viena (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacentes y Sustancias Psicotrópicas) y Mérida (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción) consta de 16 artículos, entre lo que se definen tanto el ECI como el instrumento de cooperación técnica para su creación y las nociones de autoridades competentes, autoridad central e integrantes del ECI. El Acuerdo incorpora como anexo un modelo de solicitud de creación de un ECI; atribuye amplias atribuciones a la figura del jefe del equipo e imputa los gastos de la investigación – sin definirlos, más allá de excluir los salarios de los integrantes del ECI – al solicitante.

El Acuerdo Marco se encuentra vigente desde mayo de 2020⁴⁷, al haberse depositado el instrumento de ratificación de Uruguay el 22 de abril de 2020, tras haberlo realizado con anterioridad Argentina (enero de 2015), Brasil (enero de 2019), y Paraguay (febrero de 2020), por lo que es aplicable en los cuatro Estados Parte del MERCOSUR citados.

3. Convenio Iberoamericano de Equipos Conjuntos de Investigación: convenio aprobado en la XVIII Conferencia de ministros de justicia de los Países Iberoamericanos – COMJIB (Viña del Mar/Chile, 2013) y firmado por Argentina, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Portugal y República Dominicana⁴⁸. El Convenio tiene su origen en la “Declaración de Río sobre la elaboración de un convenio iberoamericano que regule los equipos conjuntos de investigación”⁴⁹, emitida por la Comisión Delegada de COMJIB en 2012, y se gestó en 18 meses tras reuniones de trabajo de 11 países en Montevideo y Argentina. Siguiendo los lineamientos políticos de

46 <http://www.cooperacion-penal.gov.ar/userfiles/multi2283.pdf>.

47 https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=fXOf1Unc4UqzT8KXO6tG6g==

48 <https://comjib.org/wp-content/uploads/2020/07/ES-Convenio-de-Cooperacion-de-Equipos-Conjuntos-de-Investigacion.pdf>

49 [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/52A72C6620DF90D105257CB7006A67C1/\\$FILE/L_DO_DeclaracionRioECI_0.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/52A72C6620DF90D105257CB7006A67C1/$FILE/L_DO_DeclaracionRioECI_0.pdf)

la Comisión Delegada y los ejemplos del Acuerdo Marco de MERCOSUR y la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre equipos conjuntos de investigación⁵⁰, el convenio consta de 23 artículos.

Su regulación es muy similar a la del Acuerdo Marco de Mercosur; entre su articulado destaca que el ámbito de aplicación se ciñe a los Estados miembros de COMJIB (Comunidad iberoamericana de Naciones) y el añadido sobre la regulación de MERCOSUR de la noción de “participantes” (más allá de los “intervinientes”) en el ECI, a fin de dar cabida a organismos internacionales o de terceros países. Introduce un sistema prácticamente idéntico sobre autoridades competentes y autoridades centrales y sobre gastos de la investigación.

Como se ha dicho, el convenio fue firmado por 8 países iberoamericanos, pero a día de la fecha no ha sido ratificado por ninguno de ellos. El artículo 19 del texto requiere el depósito de tres instrumentos de ratificación para su entrada en vigor.

Normativa de la Unión Europea

Como referencia, en la Unión Europea podemos mencionar los siguientes:

1. Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea⁵¹. El Convenio tiene por objeto completar las disposiciones y facilitar la aplicación entre los Estados miembros de la Unión Europea del Convenio europeo (del Consejo de Europa) de asistencia judicial en materia penal del 20 de abril de 1959, del Protocolo adicional al Convenio europeo de asistencia judicial, de 17 de marzo de 1978 y de las disposiciones⁵² sobre asistencia judicial en materia penal del Convenio de aplicación de del Acuerdo de Schengen⁵³. Puede leerse en el informe explicativo⁵⁴: “La experiencia ha mostrado que cuando un Estado investiga hechos delictivos de carácter transfronterizo, en particular relacionados con la delincuencia organizada, la investigación puede beneficiarse de la participación de las fuerzas policiales y demás personal competente de otro Estado miembro en el que existan vínculos con los hechos delictivos de que se trate. El artículo 30 del Tratado de la Unión Europea reconoce de manera especial la importancia que tiene la cooperación operativa entre los servicios con funciones coercitivas. Uno de los obstáculos que han surgido en lo que se refiere a los equipos conjuntos es la falta de un marco específico en el que dichos equipos puedan crearse y ser operativos. Para hacer frente a este problema se decidió que el Convenio debería tratar de las materias pertinentes en este ámbito. En este sentido, dicho artículo (13) fija las condiciones para crear los equipos conjuntos y determinar la manera en que deben llevar a cabo sus cometidos”.

50 Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 162, 20.6.2002. La presente Decisión marco entró en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial y dejó de estar vigente en el momento en que entró en vigor en todos los Estados Miembros el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (artículo 5).

51 Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 197, de 12.7.2000.

52 Disposiciones que no queden derogadas en virtud del apartado 2 del artículo 2 (artículo 1).

53 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 los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. Tiene también por objeto completar las disposiciones y facilitar la aplicación entre los Estados miembros de la Unión Europea) del capítulo 2 del Tratado de extradición y de asistencia judicial en materia penal entre el Reino de Bélgica, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos, de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974 («Tratado Benelux»), en el marco de las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Económica Benelux.

54 Informe explicativo del Convenio en Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 379/7, 29.12.2000.

2. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una plataforma de colaboración en apoyo del funcionamiento de los Equipos Conjuntos de Investigación⁵⁵. La propuesta reconoce que los ECI son una de las herramientas más eficaces para las investigaciones y los enjuiciamientos transfronterizos, facilitando la cooperación y la comunicación directa entre las autoridades judiciales y policiales de varios Estados a la hora de organizar las diligencias e indagaciones que requiere la eficaz investigación de los casos transfronterizos. Pero la práctica ha demostrado que los ECI tropiezan con un número de dificultades técnicas que merman la eficiencia de su labor cotidiana y les impiden desarrollar sus operaciones. Las principales dificultades afectan al intercambio electrónico seguro de información y pruebas (a veces en archivos voluminosos) y a la comunicación electrónica segura con otros miembros del ECI y con los órganos, organismos y agencias competentes de la Unión, como Eurojust, Europol y la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), así como a la gestión diaria conjunta de los ECI.

El segundo informe de evaluación sobre los ECI, elaborado en 2018 por la red de expertos nacionales sobre equipos conjuntos de investigación (la «red ECI»), organismo creado para apoyar a los Estados miembros y compartir las mejores prácticas y la experiencia de estos equipos, indicaba ya que el trabajo de los ECI podría mejorarse y acelerarse si estos se apoyasen en una plataforma informática específica. La plataforma informática permitiría a sus miembros comunicarse entre sí de forma segura y compartir información y pruebas. El Estudio sobre justicia penal digital⁵⁶ confirmó las conclusiones de dicho informe y recomendó la creación, para los ECI, de una plataforma informática que garantizase su funcionamiento más eficiente y seguro.

Los objetivos específicos de la propuesta son los siguientes: 1) Asegurar que los miembros de los ECI y quienes participen en ellos puedan compartir más fácilmente la información y las pruebas recopiladas en el transcurso de las actividades de los ECI; 2) Asegurar que los miembros de los ECI y quienes participen en ellos puedan comunicarse entre sí con mayor facilidad y seguridad en el contexto de las actividades de los ECI; 3) Facilitar la gestión diaria conjunta de los ECI, de la que forman parte la planificación y la coordinación de actividades paralelas, el aumento de la trazabilidad de las pruebas puestas en común y la coordinación con terceros países, especialmente cuando las reuniones presenciales resulten demasiado costosas o largas.

3. Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América⁵⁷. Según los términos del acuerdo, la Unión Europea y los Estados Unidos de América velarán por que las disposiciones del presente acuerdo se apliquen en relación con los tratados bilaterales de asistencia judicial entre los Estados miembros y los Estados Unidos de América y que las disposiciones del presente Acuerdo se apliquen en ausencia de tratado bilateral de asistencia judicial en vigor entre un Estado miembro y los Estados Unidos de América.

4. Eurojust (y Europol). El Reglamento (UE) 2018/172718 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) contiene disposiciones expresas sobre la función de Eurojust con respecto a los equipos conjuntos de investigación. En virtud de ese nuevo reglamento, en el desempeño de sus funciones prácticas Eurojust “prestará apoyo operativo, técnico y financiero a las investigaciones y operaciones transfronterizas de los Estados miembros, incluidos los equipos conjuntos de investigación”; y solicitará a los Estados miembros que “constituyan un equipo conjunto de investigación, de

55 Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por el que se crea una plataforma de colaboración en apoyo del funcionamiento de los Equipos Conjuntos de Investigación y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726 (Bruselas, 1.12.2021, COM(2021) 756 final 2021/0391 (COD) - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52021PC0756>.

56 <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e38795b5-f633-11ea-991b-01aa75ed71a1>.

57 Diario Oficial n.º L 181 de 19.7.2003.

conformidad con los instrumentos de cooperación pertinentes” (artículo 4, párrafos 1 f) y 2 d), respectivamente). Los miembros

En la práctica, el apoyo de Eurojust consiste, en particular, en asistencia para redactar acuerdos sobre equipos conjuntos de investigación; apoyo jurídico y práctico durante la existencia del equipo, en particular a las operaciones conjuntas; coordinación de estrategias de investigación y enjuiciamiento; asesoramiento para establecer la jurisdicción; y apoyo financiero⁵⁸.

La participación de la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) en investigaciones conjuntas se rige por el Reglamento de la Unión Europea (UE) 2016/794, de 11 de mayo de 2016. En el artículo 4, párrafo 1 c) ii), d) y h), así como en el artículo 5 de ese Reglamento, se dispone que Europol desempeñará las funciones de coordinar, organizar y ejecutar cualesquiera actuaciones de investigación y operativas para respaldar y reforzar las actuaciones que lleven a cabo las autoridades competentes de los Estados miembros y que se realicen en el contexto de equipos conjuntos de investigación, de conformidad con el artículo 5 y, en su caso, en conexión con Eurojust; participar en equipos conjuntos de investigación, así como proponer su creación; y respaldar las actividades de intercambio de información, las operaciones y las investigaciones, así como a los equipos conjuntos de investigación, inclusive mediante un apoyo operativo, técnico y financiero.

Eurojust apoya el uso de los ECI durante todo el ciclo de vida de una investigación transfronteriza⁵⁹:

1. Planificación. La decisión de crear un ECI suele tomar forma en Eurojust. Una vez identificadas las investigaciones paralelas o vinculadas por las Oficinas Nacionales de Eurojust, y registrado el caso, Eurojust puede organizar una reunión de coordinación entre los Estados implicados. Durante la reunión, Eurojust ayuda a las autoridades a evaluar la idoneidad del caso para establecer un ECI. La creación de ECI también puede acordarse sin una reunión de coordinación o antes de ella.

2. Creación del ECI. A continuación, Eurojust apoya a las autoridades nacionales en la creación del equipo, asistiendo en la redacción de los acuerdos del ECI y ayudando a los socios a sortear las diferencias en las leyes de procedimiento y a llegar a un acuerdo sobre las áreas clave de cooperación y los métodos de trabajo. Al establecer un ECI, los profesionales pueden hacer uso de herramientas de apoyo, desarrolladas conjuntamente por la Red de ECI, Eurojust y Europol.

3. La fase operativa. A lo largo de la fase operativa de un ECI, Eurojust trabaja con los socios del ECI para garantizar el buen funcionamiento de las investigaciones conjuntas, proporcionando apoyo jurídico y práctico. En particular, Eurojust ayuda a identificar y resolver problemas, a coordinar las estrategias de investigación y de enjuiciamiento entre los socios y a permitir la coordinación de las operaciones conjuntas. Por ejemplo, organizando y acogiendo reuniones de coordinación y creando centros de coordinación.

4. Evaluación. Tras la clausura/expiración de un ECI, los implicados realizan una evaluación de su funcionamiento, en particular en el caso de los ECI que recibieron apoyo financiero de Eurojust. La información proporcionada es importante para mejorar el uso y el funcionamiento de los ECI y para establecer las mejores prácticas para el uso futuro de la herramienta. La Red de ECI ha elaborado un formulario de evaluación de los ECI con este fin, así como orientación y apoyo para llevar a cabo la evaluación.

⁵⁸ <https://jit.eurojust.europa.eu/Pages/Home.aspx>.

⁵⁹ <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/instruments/joint-investigation-teams>.

En la hoja informativa sobre los ECI, que incluye información sobre las formas en que Eurojust apoya a los ECI, se puede encontrar una visión general de los ECI como instrumento clave de cooperación judicial⁶⁰.

Como demuestra el trabajo de casos de Eurojust, el valor añadido de los ECI ha dado lugar a que esta herramienta se incorpore progresivamente a las estrategias de enjuiciamiento de los Estados miembros. En 2021, Eurojust prestó apoyo a 254 ECI, incluidos 72 que se crearon durante 2021 y 182 que estaban en curso desde años anteriores, lo que representa un aumento de más del 200 % en comparación con 2015. En los últimos años, la participación de Eurojust en los ECI ha dado lugar a resultados efectivos en una amplia gama de casos, incluidos los ámbitos delictivos prioritarios definidos por el Consejo de la Unión Europea, como el terrorismo, la ciberdelincuencia, el tráfico de inmigrantes, el tráfico de drogas y la trata de seres humanos. La naturaleza a menudo compleja y rápida de estos casos hace que la velocidad y la flexibilidad que permiten los ECI sean especialmente ventajosas. Las organizaciones delictivas implicadas suelen tener una gran movilidad, y sus objetivos se desplazan a menudo a través de las fronteras a gran velocidad; las autoridades implicadas deben ser igual de ágiles a la hora de rastrear y construir los casos contra los sospechosos⁶¹.

5. La Red de Expertos de los Equipos Conjuntos de Investigación se creó en julio de 2005⁶². Desde mediados de enero de 2011, esa red tiene una secretaría, ubicada en dependencias de Eurojust, que promueve las actividades de la Red de Expertos y apoya a los expertos nacionales en la labor que estos llevan a cabo. El objetivo de la Red de Expertos, que está integrada como mínimo por un experto nacional de cada Estado miembro, es facilitar la labor de los profesionales. La Red de Expertos alienta el uso de equipos conjuntos de investigación, facilita su creación y contribuye al intercambio de experiencias y mejores prácticas. Los expertos nacionales son representantes de la policía, el ministerio público y la judicatura de los Estados miembros⁶³.

La Guía práctica de los ECI, elaborada por la Red de ECI en cooperación con Eurojust, Europol y la OLAF⁶⁴, tiene por objeto proporcionar información, orientación y asesoramiento a los profesionales sobre la formación y el funcionamiento de los ECI.

Las Directrices sobre equipos conjuntos de investigación con participación de terceros países, elaboradas conjuntamente por la Secretaría de la Red de ECI y Eurojust⁶⁵, ofrecen orientación a los profesionales de los Estados miembros de la UE sobre la creación de un equipo conjunto de investigación con un tercer país. También está disponible una lista de comprobación para los profesionales, que pronto se traducirá a todas las lenguas de la UE.

La Secretaría de la Red de ECI publica periódicamente informes de evaluación de los ECI⁶⁶ que ofrecen una visión general de las mejores prácticas y de las lecciones aprendidas, tal y como informan los profesionales de los ECI que trabajan con ellos. En el segundo y tercer informe de evaluación de los ECI, las conclusiones de los profesionales nacionales de los ECI se complementaron con la experiencia de Eurojust en el apoyo a los ECI.

60 Supporting judicial authorities in the use of joint investigation teams factsheet - <https://www.eurojust.europa.eu/publication/supporting-judicial-authorities-use-joint-investigation-teams-factsheet>

61 <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/instruments/joint-investigation-teams>

62 Council Document 11037/05 - <https://www.eurojust.europa.eu/document/council-document-establishing-jits-network>.

63 <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/practitioner-networks/jits-network>.

64 <https://www.eurojust.europa.eu/publication/jits-practical-guide>

65 <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-joint-investigation-teams-involving-third-countries>

66 <https://www.eurojust.europa.eu/publication/third-jit-evaluation-report>

6. *Derecho no vinculante (soft law) – modelo de acuerdo.* En la Unión Europea se ha elaborado un modelo de acuerdo para facilitar la creación de equipos conjuntos de investigación (ECI)⁶⁷. El modelo de acuerdo sobre los equipos conjuntos de investigación representa una base de referencia común no vinculante que los profesionales pueden adaptar a las necesidades específicas de cada caso. Por lo tanto, a veces se reformulan disposiciones estándar para ajustarlas a los requisitos de la legislación nacional o de acuerdos ad hoc. El modelo de acuerdo también ofrece una guía de comprobación útil que abarca la mayoría de los puntos que deben abordarse para que un ECI lleve a cabo sus actividades de forma segura. En la práctica, el modelo de la Unión Europea se utiliza en la gran mayoría de los ECI creados entre sus Estados miembros. Además, este modelo ha demostrado ser lo suficientemente flexible como para servir de base para los debates con Estados no pertenecientes a la Unión Europea, con cierto grado de adaptación a los diferentes sistemas jurídicos.

Normativa del Consejo de Europa

1. Protocolo Adicional Segundo al Convenio Europeo sobre Asistencia Judicial en Materia Penal, publicado en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001⁶⁸. El artículo 20 (equipos conjuntos de investigación) reproduce casi íntegramente el artículo 13 del Convenio de 29 de mayo de 2000, de la Unión Europea. El informe explicativo⁶⁹ reconoce que la experiencia ha demostrado que cuando un Estado investiga un delito con una dimensión transfronteriza, en particular en relación con la delincuencia organizada, la investigación puede beneficiarse de la participación de autoridades de otros Estados donde existan vínculos con estos delitos o donde sea útil la coordinación. Asumiendo que uno de los obstáculos identificados ha sido la falta de un marco específico dentro del cual estos equipos deben ser establecidos y en funcionamiento, el artículo 20 pretende abordar esta preocupación.

2. Segundo Protocolo Adicional al Convenio sobre Ciberdelincuencia (Convenio de Budapest) destinado a mejorar la cooperación y la revelación de pruebas electrónicas⁷⁰, artículo 12⁷¹:

Convenios globales

Si bien la normativa donde aparecen recogidos los ECI en un ámbito distinto a los anteriores, es muy diversa, particularmente la región latinoamericana, se ve afectada por algunas Convenciones de Naciones Unidas que abordan los Equipos Conjuntos de Investigación de manera distinta. Así, encontramos las siguientes:

1. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988⁷². En su artículo 9, 1, c) indica que “Las Partes colaborarán estrechamente entre sí, en armonía con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de detección y represión orientadas a suprimir la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Deberán, en particular, sobre la base de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales: (...) c) Cuando sea oportuno, y siempre que no contravenga lo dispuesto en su derecho interno, crear equipos conjuntos,

67 Resolución 2017/C 18/01 del Consejo, Diario Oficial C 18 de 19.1.2017, p. 1. El apéndice 1 ha sido revisto por la Resolución 2022/C 44/01 del Consejo, Diario Oficial C-44 de 28.1.2022.

68 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=182>

69 Informe explicativo: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=182>.

70 Adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2021. Abierto a la firma el 12 de mayo de 2022. El protocolo ha sido firmado por Chile, Colombia y Costa Rica.

71 Traducción no oficial.

72 Texto completo y estado de adhesión al tratado: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/Illicit-traffic.html>

teniendo en cuenta la necesidad de proteger la seguridad de las personas y de las operaciones, para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo. Los funcionarios de cualquiera de las Partes que integren esos equipos actuarán conforme a la autorización de las autoridades competentes de la Parte en cuyo territorio se ha de llevar a cabo la operación. En todos esos casos, las Partes de que se trate velarán por que se respete plenamente la soberanía de la Parte en cuyo territorio se ha de realizar la operación.”

Los Comentarios a la Convención⁷³ refuerzan la idea de que el “párrafo introductorio del artículo 9 establece una obligación general de cooperar” y que la obligación específica que sigue en el inciso c) se rige, sin embargo, por las palabras “sobre la base de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales”. “Esa frase se insertó ante el temor de que la inclusión de disposiciones detalladas en esos incisos pudiera plantear problemas complejos de derecho nacional⁷⁴. Esto no deroga la naturaleza obligatoria de los incisos siguientes, pero permite a las partes cumplir sus obligaciones de manera que estén en consonancia con los requisitos particulares de los pares de Estados, o de grupos regionales o subregionales de Estados interesados”. “El origen del inciso c) se encuentra en la labor del grupo de expertos intergubernamentales (...). Se consideró conveniente incluir en ese artículo una disposición sobre la cooperación, destacando que las operaciones del personal de represión de una Parte no debían realizarse en el territorio de otra Parte sin el consentimiento explícito de esta última y que siempre debían conducirse en forma que no infringiera el derecho interno de esa parte⁷⁵”. La referencia al establecimiento de equipos conjuntos “para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo”, se dice en los Comentarios, “proporciona un ámbito muy amplio, ya que la parte introductoria del párrafo 1 abarca todas las medidas que podrían aumentar la eficacia de las medidas de detección y represión en esta esfera”.

2. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, también conocida por Convención de Palermo⁷⁶. En su artículo 19 (“Investigaciones conjuntas”), establece: *“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.”*⁷⁷

Se trata de una disposición fundamental, de gran alcance en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, como se reconoce unánimemente, que abarca los delitos graves cometidos de forma organizada, incluida la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo del producto del delito, la corrupción y la obstrucción a la justicia (artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención), la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones (protocolos adicionales)⁷⁸.

73 Comentarios a la Convención, para facilitar la interpretación e aplicación de la Convención, pedidos al Secretario General de las Naciones Unidas por el Consejo Económico y Social, en su resolución 1993/42, https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Commentaries-OfficialRecords/1988Convention/1988_COMMENTARY_sp.pdf
74 Documentos Oficiales, vol. II ..., Áctas resumidas de las sesiones de las Comisiones Plenarias, Comisión n. 21a. sesión, párr. 75 Véase Documentos Oficiales, vol. I..., documento E/CN.7/1988/2 (Part II), párrs. 150 a 154; véanse también los comentarios sobre el artículo 2 supra.

76 Texto completo y estado de adhesión: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsdg_no=XVIII-12&chapter=18&clang=en (Estados parte: 190, en 30.9.2022).

77 Ver “Digest of Cases of International Cooperation in Criminal Matters Involving the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime as a Legal Basis”, UNODC, Viena 2021, p. 57, en https://www.unodc.org/documents/organized-crime/tools_and_publications/Digest_Cases_International_Cooperation_UNTOC_Legal_Basis.pdf
78 <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

Reconociendo su importancia, el Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional, creado en el ámbito de la Conferencia de las Partes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, incluyó en su programa de la 11.^a reunión del 7 y 8 de julio de 2020, el tema de “utilización y función de los órganos mixtos de investigación en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional”⁷⁹, habiendo sido elaborado por la Secretaría un documento de antecedentes en el que se identifican los aspectos normativos y las potencialidades de este instrumento de cooperación y buenas prácticas en este dominio. Este documento constituye un precioso punto de referencia y de orientación en esta materia⁸⁰.

Se destacan algunos puntos: (a) la experiencia práctica ha mostrado que esas operaciones conjuntas plantean cuestiones relacionadas con la situación jurídica y las facultades de los funcionarios que actúan en otra jurisdicción, la admisibilidad de las pruebas obtenidas por un funcionario de otro Estado parte, las declaraciones testimoniales en tribunales de funcionarios de otra jurisdicción y el intercambio de información entre Estados partes antes de una investigación y durante ella; (b) la experiencia mundial hasta la fecha ha mostrado que las actividades de colaboración realizadas en el marco de las llamadas “investigaciones conjuntas” corresponden a una de las dos categorías siguientes: investigaciones conjuntas paralelas e investigaciones realizadas por equipos conjuntos; (c) sin embargo, la Convención contra la Delincuencia Organizada (artículo 19) y la Convención contra la Corrupción (artículo 49) introdujeron un tercer concepto, el de los órganos mixtos de investigación que se distinguen de un equipo conjunto de investigación y de una investigación conjunta paralela en que se concibe como una estructura más permanente, basada en un acuerdo bilateral; (d) La Convención contra la Delincuencia Organizada está orientada a crear un marco de cooperación internacional flexible y eficiente, aprovechando los aspectos complementarios de las distintas formas de cooperación, facilitado por la interrelación que existe entre el artículo 19 y otras disposiciones de la Convención

En la 12.^a reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional, celebrada los días 25 y 26 de marzo de 2021, se finalizaron y aprobaron las siguientes recomendaciones sobre “La utilización y la función de los órganos mixtos de investigación en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional”, resultantes de la 11.^a reunión del Grupo de Trabajo celebrada los días 7 y 8 de julio de 2020:

a) Se alienta a los Estados partes a que, cuando sea posible y apropiado, y de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales y los acuerdos internacionales aplicables, utilicen las investigaciones conjuntas, incluidas las investigaciones conjuntas coordinadas, que constituyen una forma moderna de cooperación internacional para agilizar y hacer más eficaces las investigaciones transfronterizas respecto de la más amplia variedad posible de delitos abarcados por la Convención contra la Delincuencia Organizada. A este respecto, se alienta a los Estados partes a que actúen de manera oportuna cuando respondan a las solicitudes para poner en marcha esas investigaciones conjuntas, teniendo presente que la información o las pruebas que obtengan podrían estar disponibles solo durante un tiempo limitado;

b) Se alienta también a los Estados partes a que, cuando proceda y en consonancia con los marcos jurídicos nacionales, hagan mayor uso del artículo 19 de la Convención, así como de otros instrumentos aplicables en los planos internacional, regional y bilateral, como fundamento jurídico de las investigaciones conjuntas. A tal efecto podrían, cuando proceda, elaborar acuerdos modelo, o utilizar acuerdos ya existentes a nivel regional, para el establecimiento de órganos mixtos de

79 Se presentaron declaraciones de varios países, incluidos Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, México y Paraguay, accesibles en <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/working-group-on-international-cooperation-2020.html>

80 Documento CTOC/COP/WG.3/2020/2 (La utilización y la función de los órganos mixtos de investigación en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional - Documento de antecedentes preparado por la Secretaría), https://www.unodc.org/documents/treaties/International_Cooperation_2020/WG_IC_website/CTOC_COP_WG.3_2020_2/CTOC_COP_WG.3_2020_2_S.pdf

investigación, respetando plenamente la soberanía de los Estados participantes y teniendo en cuenta las posibles particularidades de la cooperación bilateral, y poner dichos acuerdos en conocimiento de las autoridades judiciales, fiscales y policiales competentes;

c) Se alienta además a los Estados partes a que intercambien las mejores prácticas y experiencias adquiridas en materia de investigaciones conjuntas en el contexto de la aplicación de la Convención, especialmente de su artículo 19. A este respecto, se debería hacer hincapié en los casos en que se hayan obtenido resultados satisfactorios y eficaces;

d) Se alienta a los Estados partes a que faciliten las actividades de capacitación para jueces, fiscales, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y otros profesionales que participan en investigaciones conjuntas;

*e) También se alienta a los Estados partes a asegurarse de que los canales de comunicación funcionen adecuadamente y de que se determine cuáles son las autoridades competentes en todas las etapas de las investigaciones conjuntas a fin de abordar con eficiencia las cuestiones prácticas, jurídicas, sustantivas y operacionales, incluida la obtención de aclaraciones sobre los requisitos jurídicos y de divulgación aplicables. Se alienta asimismo a los Estados partes a que se esfuercen por superar los problemas derivados de las diferencias entre las estructuras y los principios de investigación o relacionados con cuestiones jurisdiccionales, el principio *ne bis in idem* y la admisibilidad en los tribunales de las pruebas obtenidas en las investigaciones conjuntas, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos;*

f) Además, se alienta a los Estados partes a que utilicen los recursos y servicios que proporcionan los órganos o mecanismos regionales, así como las redes judiciales y de organismos encargados de hacer cumplir la ley existentes, como la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), para mejorar la coordinación de las investigaciones conjuntas entre las autoridades competentes en todas las etapas, desde la planificación hasta la puesta en marcha y desde la etapa de funcionamiento hasta las de cierre y evaluación;

g) Se alienta a los Estados partes a que incluyan, cuando proceda, con la flexibilidad necesaria para que sean susceptibles de adaptación, disposiciones o cláusulas sobre arreglos financieros en los acuerdos relativos a las investigaciones conjuntas, a fin de disponer de un marco claro para asignar los costos de las investigaciones conjuntas, incluidos los gastos de traducción y otros gastos operacionales;

h) La Secretaría debería continuar su labor de recopilación y publicación, en el portal de gestión de conocimientos llamado Intercambio de Recursos Electrónicos y Legislación sobre Delincuencia (SHERLOC), de información sobre las leyes o los acuerdos de ámbito nacional o regional que regulen aspectos pertinentes para las investigaciones conjuntas, y seguir promoviendo la utilización de la versión actualizada del Programa para Redactar Solicitudes de Asistencia Judicial Recíproca, que contiene, entre otras cosas, orientaciones sobre cómo redactar una solicitud de asistencia judicial recíproca para realizar una investigación conjunta, de ser necesario;

i) De conformidad con los mandatos previstos en la resolución 5/8 de la Conferencia y con las orientaciones pertinentes dimanantes de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, la Secretaría debería elaborar, con sujeción a la disponibilidad de recursos, una matriz en que se especifiquen las cuestiones de índole jurídica y práctica que

podrían plantearse en relación con la aplicación del artículo 19 de la Convención, así como las posibles soluciones a esas cuestiones, entre otras cosas mediante la recopilación de ejemplos de arreglos o acuerdos concertados entre los Estados partes con ese fin, y debería prestar asistencia a los Estados partes que la soliciten para elaborar un conjunto de directrices jurídicas, prácticas y operacionales sobre la aplicación del artículo 19”.

En las Disposiciones legislativas modelo sobre la delincuencia organizada⁸², elaboradas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito con el fin de promover y facilitar las iniciativas de los Estados Miembros para hacerse partes en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos y para darles aplicación, se imparte más orientación para elaborar leyes que rijan las investigaciones conjuntas. En el capítulo IV se proporciona una base jurídica para las medidas encaminadas a mejorar la cooperación operacional y técnica entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley en los Estados parte, en particular las investigaciones conjuntas. En el comentario relativo a las investigaciones conjuntas, se señala que es probable que se requiera legislación para el establecimiento del modelo integrado/activo de los equipos conjuntos u órganos mixtos de investigación, puesto que ello entraña el despliegue operativo de funcionarios de jurisdicciones extranjeras. A los fines del modelo integrado/activo, se determinó que sería necesario disponer de legislación sobre los siguientes aspectos: la equivalencia de facultades de los funcionarios extranjeros encargados de hacer cumplir la ley; el control operativo y quién debe mantenerlo; la reunión de pruebas por los funcionarios extranjeros encargados de hacer cumplir la ley (especialmente mediante medios coercitivos) y, posteriormente, la admisibilidad de esas pruebas ante los tribunales; la posibilidad de que un miembro del equipo recoja pruebas en su jurisdicción de origen sin necesidad de una solicitud oficial de asistencia judicial recíproca; las responsabilidades civiles y penales de los funcionarios extranjeros encargados de hacer cumplir la ley; y el intercambio de información operativa y el control de esa información una vez intercambiada⁸³.

3. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003⁸⁴. En su artículo 49 (Investigaciones Conjuntas), establece: *“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 tales acuerdos o arreglos, 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.”*

La Guía Técnica de la Convención⁸⁵ considera que la experiencia práctica ha demostrado que este tipo de operaciones plantea cuestiones relacionadas con el estatuto y las competencias jurídicas de los funcionarios de otra jurisdicción, la admisibilidad de las pruebas en un Estado parte obtenidas en esa jurisdicción por un funcionario de otro Estado parte, el testimonio en los tribunales de funcionarios de otro Estado, y el intercambio de información entre los Estados parte antes de una investigación y durante la misma. También se reconoció que estas cuestiones prácticas pueden abordarse mediante enfoques de planificación de investigación que las reconozcan y aborden de antemano. Sin embargo, en los casos de delincuencia transnacional, y especialmente de corrupción transnacional, se necesita claridad y coherencia en la forma en que se

⁸² https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/12-54934_Ebook_S.pdf.

⁸³ Ver Documento CTOC/COP/WG.3/2020/2 (La utilización y la función de los órganos mixtos de investigación en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional - Documento de antecedentes preparado por la Secretaría), https://www.unodc.org/documents/treaties/International_Cooperation_2020/WG_IC_website/CTOC_COP_WG.3_2020_2/CTOC_COP_WG.3_2020_2_S.pdf

⁸⁴ También conocida como la Convención de Mérida. Estado e adhesión: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&clang=_en (Estados parte: 189, 30-9-2022)

⁸⁵ Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, UNODC, Viena, 2010 (https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_tecnica_corrupcion.pdf).

llevan a cabo las investigaciones y se intercambia información. Sin duda, ello contribuye a garantizar, por ejemplo, que se admitan las pruebas en los tribunales, se garanticen los derechos y las obligaciones de los miembros extranjeros de equipos y se respete plenamente la soberanía del Estado en cuyo territorio deba efectuarse la investigación, como requiere expresamente el artículo 49. La Guía Técnica identifica las cuestiones que deben abordarse antes de comenzar toda actividad y los aspectos a los aspectos que deben considerarse al planificar investigaciones conjuntas.

Experiencias alcanzadas

A) América Latina. Si bien la formación de Equipos Conjuntos de Investigación aún no es tan frecuente en América Latina en comparación con Europa, ya es posible identificar algunas iniciativas en el uso de este instrumento de cooperación jurídica internacional⁸⁶.

- *Acuerdo de Cooperación entre los Ministerios Públicos de la República Argentina y la República Federativa de Brasil para la creación del equipo conjunto de investigación - Justicia de Transición -, suscripto con el Ministerio Público Federal de Brasil, de fecha 27 de abril de 2015.*
- *Acuerdo de Cooperación entre el Ministerio Público Fiscal de Argentina y la Fiscalía General del Estado de Ecuador para la creación de un equipo conjunto de investigación en materia de crímenes de lesa humanidad, de fecha 23 de junio de 2015.*
- *Acuerdo de cooperación entre el Ministerio Público Fiscal de Argentina y la Fiscalía General de la Nación del Uruguay para la creación de un equipo conjunto de investigación en materia de crímenes de lesa humanidad, celebrado el 11 de noviembre de 2016.*
- *Equipo Conjunto de Investigación entre Italia, España y Argentina para investigar el tráfico ilícito de drogas (2018).*
- *Equipo Conjunto de Investigación entre los Ministerios Públicos de Chile, Colombia y Ecuador para el intercambio de información y ejercer una persecución más eficaz en delitos de tráfico ilícito de drogas que afecta al norte de Chile (2019).*
- *Equipo conjunto de investigación entre Paraguay y Brasil para investigar el tráfico de drogas*⁸⁷.
- *Equipo conjunto de investigación entre Paraguay y Brasil para investigar el crimen de trata de personas (2019 y 2020)*⁸⁸.
- *Equipo conjunto de investigación entre Brasil e Italia para investigar la práctica de delitos, especialmente tráfico de drogas, por una organización criminal internacional (2019)*⁸⁹.

86 Esta parte se basa principalmente en informaciones extraídas del "Resultados Cuestionario Equipos Conjuntos de Investigación (ECIs)" documento elaborado por las delegaciones de Chile y Brasil y presentado durante la Reunión Preparatoria a la XXI Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR (2017) <http://www.rempm.org/archivos/Reuniones/21/1_Preparatoria/Anexo_17_-_GECOT_-_Minuta_ECI.pdf>, así como del Manual "Equipos Conjuntos de Investigación: Estrategias de trabajo articulado para investigar y perseguir al crimen organizado (versión actualizada)", elaborado por la Dirección General de Cooperación Regional e Internacional (DIGCRI) del Ministerio Público Fiscal de la Nación (República Argentina) <https://www.fiscales.gob.ar/wpcontent/uploads/2019/12/DGCR1_Equipos-Conjuntos_2019.pdf>.

87 <https://www.mercosur.int/pt-br/encontro-de-dos-ministerios-publicos-mercósul-busca-fortalecer-combate-aonarcotrafico-e-cooperacao-em-fronteiras/y>

88 <https://www.ministeriopublico.gov.py/nota/fiscalia-de-paraguay-y-brasilfirmaron-acuerdo-de-cooperacion-interinstitucional-para-efectivizar-casos-vinculados-al-crimen-organizado-494988> <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-promove-reuniao-bilateral-brasil-paraguai-para-discutir-combate-ao-trafficode-pessoas>

89 <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-constitui-equipe-conjunta-de-investigacao-para-apurar-organizacao-criminosa-internacional>

Sobre esta información publicada, es posible identificar algunas buenas prácticas en la región con el objetivo de difundir el empleo de este instrumento de cooperación internacional y, especialmente, facilitar su proceso de formación y funcionamiento.

- *“Modelo de acuerdo sobre creación de un equipo conjunto de investigación” (2018): documento aprobado durante la XXVI Asamblea General Ordinaria de la AIAMP⁹⁰ - Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (Ciudad de México, el 5 y 6 de septiembre de 2018), con el objetivo facilitar y agilizar el proceso de formación de los equipos conjuntos de investigación.*
- *“Pasos para la creación de equipos conjuntos de investigación” (2018): documento también aprobado durante la XXVI Asamblea General Ordinaria de la AIAMP⁹¹ (Ciudad de México, el 5 y 6 de septiembre de 2018), el cual establece directrices para facilitar el proceso de formación y funcionamiento de equipos conjuntos, desde la identificación de casos hasta la finalización del trabajo de los grupos de investigación⁹².*
- *“Armonización de la legislación penal para combatir eficazmente el crimen organizado en Centroamérica” (2010): proyecto llevado a cabo por el SICA⁹³ y la COMJIB⁹⁴, desde el año 2010, en diversos países de Centroamérica con el objetivo principal de “generar una propuesta concreta de Armonización de la Legislación Penal Sustantiva y Procesal en la lucha contra el crimen organizado en Centroamérica y promover reformas en cada país centroamericano de acuerdo a esta propuesta”. Esta proposición de armonización legislativa contenía una disposición sobre el establecimiento de los ECIs, definiendo, entre otros aspectos, su concepto, forma de composición y funcionamiento, responsabilidad de sus miembros y uso de la evidencia obtenida⁹⁵. El proyecto desarrolló un “Marco Normativo Armonizado” que contiene dispositivos específicos que detallan los equipos conjuntos de investigación⁹⁶.*
- *“Equipos Conjuntos de Investigación: estrategias de trabajo articulado para investigar y perseguir al crimen organizado” (2019, versión actualizada): documento editado por la Dirección General de Cooperación Regional e Internacional del Ministerio Público Fiscal de la Nación (República Argentina), que además de promover la difusión de los equipos conjuntos de investigación, identifica y enumera buenas prácticas y algunas experiencias regionales en el uso de este instrumento de cooperación jurídica internacional⁹⁷.*
- *Propuesta de “Protocolo de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal sobre Equipos Conjuntos de Investigación” (2018): propuesta elaborada y debatida en el marco del Grupo de Trabajo de las REMJA⁹⁸ en Cooperación Jurídica en Materia Penal, instrumento que aún se encuentra en discusión en otras instancias de la organización (OEA)⁹⁹.*

90 <http://www.aiamp.info/index.php/comite-ejecutivo/documentos/actas/conclusiones-xxvi-asamblea-general-aiamp>

91 <http://www.aiamp.info/index.php/comite-ejecutivo/documentos/actas/conclusiones-xxvi-asamblea-general-aiamp>

92 https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2019/12/DGCRI_Equipos-Conjuntos_2019.pdf

93 Sistema de Integración Centroamericana (SICA)

94 Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB)

95 https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/comjib/Perfil_Proyecto.pdf

96 https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2019/12/DGCRI_Equipos-Conjuntos_2019.pdf

97 https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2019/12/DGCRI_Equipos-Conjuntos_2019.pdf

98 18 Reuniones de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas.

99 https://web.oas.org/mla/en/G_WorkingGroup_Meetings/recommenVII_esp.pdf

B) En la Unión Europea. Dada la experiencia acumulada en la UE en materia de Equipos Conjuntos de Investigación, es fácil encontrar buenas prácticas extrapolables a la región latinoamericana. Sin ánimo de ser exhaustivo, se señalan algunas de las más notables:

Elaboración de guías de buenas prácticas. En febrero de 2019 fue elaborado por Eurojust y por la Secretaría de la Red de Equipos Conjuntos de Investigación, la Guía de ECI que implique a terceros Estados, actualizada en junio de 2022¹⁰⁰, junto a otros de la UE. Esta guía contiene un variado set de recomendaciones, que abarcan, desde el marco legal para el establecimiento de ECI, mejores prácticas legales y prácticas identificadas, o recomendaciones para la cooperación con Eurojust. En ese documento se recogen numerosas recomendaciones, aplicables para las diferentes fases de un ECI, muchas de las cuales se recogen en los párrafos siguientes. Disponer de este tipo de ayudas es muy recomendable cuando se plantea establecer un ECI con estados distintos a aquellos con los que se puede compartir un marco legal similar y con los que, por tanto, las dudas aumentan.¹⁰¹

Durante el proceso de establecimiento del ECI. - Esta fase concluye con la decisión de firmar o no un ECI. Tomar la decisión adecuada es una tarea difícil, pues, tan gravoso puede ser decidir no emprender un ECI cuando la investigación lo merece, como lo contrario. Al objeto de acertar, en esta fase, se consideran buenas prácticas las siguientes:

- *Asegurar un marco legal suficiente, que garantice desplegar todas las potencialidades que ofrece un ECI. Para conseguirlo, lo más habitual es combinar diferentes normas disponibles.*
- *Emprender un ECI entre dos países y posteriormente, si se necesita, incorporar otros. Un ECI multilateral es más difícil de materializar de inicio.*
- *Identificar los casos de manera temprana. Normalmente, serán investigaciones complejas, que se encuentren en estadios similares, y que no haya una diferencia notable en su grado de avance. Una vez identificadas, el proceso de firma debe llevarse a cabo con rapidez.*
- *Asumir que se van a necesitar un gran número de recursos para materializar el ECI. Aunque el ECI es una herramienta muy potente, necesita una gran cantidad de recursos para llevarlo a cabo.*
- *Usar modelos para el acuerdo constitutivo. El de la UE es muy empleado, pero es conveniente que la región elabore su propio modelo adaptado a sus propias particularidades.*
- *Negociar en un lenguaje común. Aunque el español es el lenguaje común para la mayor parte de la región, para cuando no sea el caso, es importante establecer la mejor solución para cuando no sea el caso. Solucionar estas cuestiones al principio ayuda a evitar dificultades posteriores.*

100 <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-joint-investigation-teams-involving-third-countries>. Checklist for Practitioners on Joint Investigation Teams Involving Third Countries: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/checklist-practitioners-joint-investigation-teams-involving-third-countries>

101 Resolución del Consejo relativa a un modelo de acuerdo por el que se crea un equipo conjunto de investigación (ECI) (2017/C 18/01), Diario Oficial C 18, 19.1.2017, e apéndice 1 modificado (Resolución 2022/C 44/01, Diario Oficial C 44, 28.1.2022. Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación, Doc. 6128/1/17 REV, Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 14.2.2017.

Durante la fase operativa. -Esta fase se caracteriza por la necesidad de garantizar una fluidez en las comunicaciones y en las actuaciones, de modo que se garantice una coordinación óptima. Para ello, es conveniente al menos tener en cuentas las siguientes buenas prácticas:

- *Establecer antes los asuntos de jurisdicción: extradiciones, transferencias de procedimientos, etc. A este respecto es necesario señalar que los asuntos de jurisdicción se identifican como de los más problemáticos que suelen acompañar a la vida del ECI. En este sentido, es altamente recomendable no llegar al mismo momento de cierre del ECI sin haberlos dejado resueltos.*
- *Preparación de la extensión con tiempo suficiente (1 mes). La extensión de los ECI, si bien normalmente es un asunto administrativo sin demasiada relevancia, requiere su tiempo. Es importante no posponerlo tanto que el ECI corra el riesgo de finalizar sin haberlo prorrogado. En estos casos sería necesario constituir un nuevo ECI. Esta recomendación es especialmente relevante en casos de ECI con terceros estados dado que el tiempo necesario para la prórroga, en estos casos, es mayor.*
- *Hacer evaluación conjunta nada más finalizar. De gran importancia para extraer conclusiones válidas para la constitución de nuevos ECI en el futuro.*

Mejores prácticas específicas de la UE con terceros estados - Los profesionales de los Estados miembros de la UE reconocen cada vez más los ECI como una opción valiosa para la cooperación judicial con Estados no pertenecientes a la UE. Aunque el funcionamiento de estos ECI puede presentar características específicas o desviarse de la práctica habitual de la UE, la herramienta es lo suficientemente flexible como para permitir ajustes prácticos y seguir funcionando con eficacia. De hecho, a medida que ha aumentado la experiencia en el uso del mecanismo, el número de ECI recién creados en los que participan terceros Estados con el apoyo de Eurojust ha aumentado considerablemente, pasando de 3 en 2016 a 32 en 2021. El tercer informe de evaluación del ECI incluye un capítulo dedicado a la experiencia de Eurojust en los ECI con terceros Estados¹⁰². Se consideran buenas prácticas las siguientes:

- *Intercambios de información y evidencias / confidencialidad. En la UE, en principio, los miembros del ECI cuentan con acceso ilimitado a la información y a las evidencias obtenidas en el territorio de los Estados miembros donde opera el JIT, y pueden utilizar dicha información y pruebas para los fines de sus propios procedimientos de conformidad con la legislación nacional. Si la legislación marco no lo refiere expresamente, hay hacerlo constar en el acuerdo de constitución.*
- *Admisibilidad de las evidencias. Teniendo en cuenta que los criterios de “lex loci” son la regla general para el funcionamiento de un JIT, la inclusión de una cláusula (general) en el acuerdo de JIT, que establece la evidencia que se debe reunir de acuerdo con la ley de la parte donde opera el JIT, es recomendado. Si hay otros criterios, hay que reflejarlo y advertirlo cuanto antes.*
- *Reglas de protección de datos. Asegurar el cumplimiento de los estándares de las partes.*
- *Responsabilidad penal de los miembros del ECI que actúan en el otro estado. Atención al marco jurídico de referencia y a criterios de reciprocidad.*
- *Reglas para las extradiciones. El régimen de extradición aplicable debe considerarse cuidadosamente en una etapa temprana en la planificación de las actividades operativas.*

¹⁰² <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/instruments/joint-investigation-teams>

- *Reglas para la cesión de jurisdicción, así como las reglas para la transferencia de procedimientos. Ya mencionadas*
- *Importancia de los puntos de contacto permanentes. Eurojust cuenta con puntos de contacto en terceros Estados (60 en estos momentos¹⁰³).*

Acuerdos bilaterales de cooperación en materia penal. - En los casos en que se compartan amenazas derivadas del crimen organizado, fronteras que generen una situación de inseguridad asociada al delito, o cualquier otra situación que haga recomendable el fortalecimiento de la cooperación bilateral o multilateral, se recomienda que el ECI como método de lucha conjunta ante el delito, se contemple en los acuerdos suscritos. A este respecto, el Protocolo Adicional al *Convenio de Cooperación Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia, constituye un buen ejemplo.*

Las redes de expertos. - La complejidad que acompaña a la constitución de un ECI hace necesario el asesoramiento próximo a las personas involucradas en la misma. En ese sentido, la existencia de redes de expertos, constituye un apoyo de gran importancia. En España, encontramos la RECI-PJ, Red Nacional de Expertos en Cooperación Internacional de Policía Judicial de la Guardia Civil. Esta red, constituida en 2015, está integrada por más de 150 guardias civiles desplegados por todo el territorio nacional cuya función consiste en el asesoramiento general en materia de cooperación internacional a sus respectivas unidades. En materias complejas, como pueden ser los ECI, su función radica, o bien en el asesoramiento directo, o bien el enlace con las unidades centrales, donde se puede encontrar un asesoramiento aún más especializado.

También en España encontramos la Red Nacional de Expertos en ECI. Red pequeña, integrada en este momento por 7 personas que representan a todas las instituciones implicadas: Ministerio de Justicia, Audiencia Nacional, Judicatura, Ministerio Público y Fuerzas de Seguridad del Estado, y que, mediante reuniones periódicas y un enlace permanente, abordan cuestiones de interés general relativas a los ECI: evaluación, control, formación, aportaciones nacionales a las iniciativas europeas, asesoramiento, etc.

A nivel UE encontramos la Red Europea de Expertos Nacional en ECI¹⁰⁴. Se trata de una red que dispone de una secretaría ubicada en Eurojust y que trata de abordar una manera común los ECI, de manera que facilite el conocimiento y la experiencia de otros países del entorno europeo, de modo que acerque el uso de la herramienta a los usuarios finales.

Fichas españolas. -Se conoce por el nombre de fichas españolas unos documentos acordados en el seno del Grupo Europeo de Expertos Nacionales en ECI, que contienen información legal y práctica básica sobre cada Estado, y que pretende servir de fuente de información básica para conocer las características de cada uno a la hora de suscribir ECI. Entre otra información, contienen, información normativa general, autoridades competentes para el establecimiento de ECI, referencias al modelo de acuerdo, condiciones para el intercambio de información y evidencias, reglas sobre su admisibilidad, sobre la participación de miembros del ECI del otro Estado en medidas de investigación y en general, cualquier información relevante de cara a la suscripción o funcionamiento de un ECI.

Modelos de acuerdo constitutivo. - Si bien la existencia de un modelo de acuerdo constitutivo no es normalmente obligatorio para la suscripción de un ECI, su existencia facilita en gran medida su constitución, particularmente en lo que se refiere a Estados con un marco jurídico común. Esto hace muy recomendable que la región latinoamericana cuente con un modelo propio común.

103 <https://www.eurojust.europa.eu/annual-report-2021/global-cooperation/contact-points>

104 JIJs Network -Council Document 11037/05 : <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/practitioner-networks/jijs-network>

Necesidades identificadas¹⁰⁵

Desde hace años la delincuencia, especialmente la de mayor complejidad, ha adquirido tintes transnacionales, lo que hace necesario, para asegurar el éxito de las investigaciones y posterior enjuiciamiento de sus responsables, una estrecha colaboración entre los países afectados que permita recabar, de la forma más eficaz posible, los medios probatorios necesarios para asegurar el éxito de dichas investigaciones criminales.

Entre los mecanismos utilizados para dicho fin, uno de los que se ha revelado más eficaz es la constitución de Equipos Conjuntos de Investigación –en adelante ECI–. Este instrumento, que, en síntesis, supone la realización coordinada entre varios países de investigaciones criminales, si bien cuenta con un mayor arraigo en el ámbito de la Unión Europea, es utilizado, cada vez con mayor frecuencia, en el ámbito de los países latinoamericanos, no solo entre ellos sino también con distintos países de la UE pues, como se acaba de adelantar, la delincuencia no conoce fronteras y cada vez es más habitual que las actuaciones delictivas que configuran unos mismos hechos se cometan de forma dispersa en los territorios de diferentes países.

Por ello, la experiencia derivada de los ECI ya constituidos revela, a la hora de usar esta herramienta, distintas necesidades comunes que conviene abordar con el fin de buscar soluciones que mejoren, incentiven y agilicen su uso en el ámbito de los países latinoamericanos. Así:

A. Falta de conocimiento mutuo entre países. Si bien uno de los principios que rigen la cooperación en el ámbito de la UE, reflejado en los distintos instrumentos normativos utilizados para esa cooperación, es el de la confianza mutua entre los países que la integran, no ocurre lo mismo, por el momento, fuera de dicho ámbito lo que constituye un reto a superar para que la creación y funcionamiento de un ECI más allá del referido ámbito se incentive y resulte fructífera. No debe obviarse que la constitución de un ECI exige que varios países, con sus peculiaridades institucionales, normativas y personales, aúnen sus esfuerzos en aras de conseguir desarrollar con éxito la investigación que conjuntamente van a ejecutar y, para ello, es imprescindible que los países integrantes confíen en que la finalidad que les guía es común y asuman que cuentan con un sistema de garantías procesales y de protección de derechos fundamentales suficientes y similares.

En todo caso, esta aparente desconfianza que se vislumbra a la hora de constituir ECI entre países latinoamericanos en realidad no debería existir, ya que todos ellos cuentan con unas similitudes culturales y lingüísticas favorables para su creación que, sin embargo, no concurren en el ámbito europeo.

Además, la mayoría de estos países –al margen de otros acuerdos y convenios que se citarán– han firmado y ratificado las tres convenciones mencionadas al inicio de este documento que, en sus respectivos ámbitos, proclaman como un principio esencial la obligación de prestarse la más amplia asistencia judicial en sus investigaciones, así como la posibilidad de establecer órganos mixtos de investigación. A título de ejemplo, sirva lo recogido en los arts. 18 y 19 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 49 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y art. 9 de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, pues, todos ellos dan cabida a la constitución de un ECI. Formar parte de los países firmantes de estas convenciones ya asegura que todos ellos cuentan con un sistema de garantías procesales que evitará cualquier vulneración de derechos fundamentales, lo que, en sí mismo, consolida la confianza que debe existir entre ellos. Por ello, ninguna duda debe albergarse sobre la disposición existente entre los países latinoamericanos para reforzar la asistencia judicial internacional que necesitan prestarse y poder utilizar, para lograrlo, aquellas herramientas de investigación que permitan alcanzar dicho fin de una manera más eficaz, rápida y fluida.

En todo caso, lo expuesto hasta este momento no excluye que deba trabajarse en la creación de instrumentos que favorezcan un uso más habitual y eficaz de los ECI.

¹⁰⁵ Esta parte reproduce el “DOCUMENTO ESTRATÉGICO SOBRE EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN - El funcionamiento de los Equipos Conjuntos de Investigación”, Ana Cuenca, Isac Barcelos, Javier Samper y José Antonio Mellado, El PAcCTO, 30 noviembre 2020.

Para ello, además de la necesidad de contar con una normativa interna de cobertura y unos profesionales conocedores de la misma, resultaría interesante aprovechar la información ya existente en distintas herramientas informáticas y, si fuera preciso, ampliarla con referencias concretas sobre los requisitos y exigencias necesarias para la constitución y funcionamiento de ECI. En este sentido, puede ayudar y servir de referencia las herramientas con las que están dotados distintos organismos, entre las que cabe citar:

- *La Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional –IBERRED–¹⁰⁶, orientada a la optimización de los instrumentos de asistencia judicial civil y penal de los países que la integran, así como al reforzamiento de la cooperación entre todos ellos, ya que facilita, a través de su página web, la posibilidad de acceder al texto íntegro del Código Penal y Código Procesal Penal vigente en cada uno de los países que la componen, facilitando, por ello, el conocimiento de aspectos esenciales que se requieren a la hora de constituir un ECI –por ejemplo, identificación de sus actores y conocimiento del marco jurídico de los países intervinientes–.*
- *La Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos –AIAMP–¹⁰⁷, entre cuyos objetivos principales se encuentra estrechar y reforzar la cooperación recíproca entre los Ministerios Públicos miembros, habiendo elaborado para la consecución de tal fin las llamadas «Fichas AIAMP», disponibles en su página web, que, además de recoger información básica sobre sus sistemas de administración de justicia de cada uno de los países que la integra, contienen información esencial sobre determinadas medidas de investigación –entre otras, intercambio espontáneo de información, entrega de documentos, agente encubierto, declaraciones de testigos, entradas y registros–. Esta herramienta podría aprovecharse para incluirse una ficha sobre ECI en la cual, siguiendo la estructura de las anteriores, cada país reflejara los aspectos esenciales requeridos para su creación y funcionamiento, pudiendo completarse con la elaboración de un documento modelo de acuerdo de constitución del ECI que promoviera y facilitara su uso.*
- *La Conferencia de Ministros de Justicia de Los Países Iberoamericanos – COMJIB–¹⁰⁸ entre cuyos objetivos se encuentra fortalecer la cooperación en materia de justicia en el ámbito iberoamericano, al disponer en su página web de información relativa al sistema iberoamericano de cooperación muy útil a la hora de crear ese clima de aproximación y confianza entre los países que la integran, promoviendo asimismo iniciativas relevantes como, por lo que se refiere a los ECI, la elaboración del Convenio de Cooperación en materia de ECI, al que a continuación se volverá a hacer referencia.*

B. Falta de confianza entre instituciones participantes. La participación en un ECI de distintos países conlleva necesariamente la intervención de autoridades e instituciones de todos ellos, así como la aplicación de sus sistemas procesales, lo que, dado el desconocimiento que cada interviniente tiene de las peculiaridades de los sistemas judiciales del resto, puede generar un clima de desconfianza que deberá superarse no solo para facilitar el uso de esta herramienta, sino también para asegurar el éxito de su funcionamiento. Por ello, habrá que buscar mecanismos que, al menos, permitan:

- *Conocer e identificar las funciones procesales que cada uno de los integrantes del ECI asume en su país y, por ende, las que asumirá en el equipo. Si bien en todos los países, a lo largo de su proceso penal, intervienen autoridades fiscales, judiciales y policiales, el papel que cada uno desempeña en el mismo puede diferir entre ellos.*

¹⁰⁶ Estructura formada por Autoridades Centrales y puntos de contacto procedentes de Ministerios de Justicia, Fiscalías y Ministerios Públicos y Poderes Judiciales de los 22 países que componen la Comunidad Iberoamericana de Naciones, así como el Tribunal Supremo de Puerto Rico

¹⁰⁷ Integrada por los Ministerios Públicos de Ibero América

¹⁰⁸ Agrupa a los Ministerios de Justicia e instituciones homólogas de los 22 países de la comunidad Iberoamericana

- *Conocer quién es en cada país la autoridad central competente para autorizar la constitución del ECI.*
- *Conocer los sistemas procesales de cada país participante para, principalmente, asegurarse de que los medios probatorios que se obtengan a través del ECI serán válidos en sus respectivos procesos penales.*
- *Conocer las garantías de que disponen cada uno de los países integrantes para mantener la naturaleza reservada de las investigaciones y, por ende, evitar que pueda trascender a terceros.*

Una de las formas más eficaz de solventar todas estas necesidades, como se expone al abordar las líneas de formación, sería la organización de intercambios entre los distintos países, lo que provocaría un acercamiento al trabajo que, en sus respectivos países, realizan cada uno de los profesionales que, de una u otra forma, deberán participar en la creación y funcionamiento de un ECI.

C. Carencia de legislaciones nacionales habilitantes. Así como los países integrantes de la Unión Europea, tras la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 y la Convención de mayo de 2000¹⁰⁹, han ido incorporando en su ordenamiento normativa específica para regular la creación y funcionamiento de los ECI, propiciando, de esta manera, su puesta en marcha, no ocurre lo mismo en los países latinoamericanos, pues, la mayor parte de ellos carecen de una legislación interna que los regule expresamente y, por ende, delimite el marco jurídico interno de su funcionamiento, lo que dificulta notablemente su utilización por parte de sus propias autoridades.

Por ello, si bien es cierto que la ausencia de dichas legislaciones internas no es un obstáculo para su constitución, puesto que, como se ha descrito en este documento, existen convenciones internacionales y acuerdos regionales que otorgan la cobertura normativa necesaria para su constitución, también lo es que contar con una legislación nacional específica que regule de manera detallada los requisitos necesarios para la creación y funcionamiento de un ECI, haría esta herramienta más conocida y accesible para las distintas instituciones que, en cada país, asumirán las investigaciones criminales susceptibles, por sus características, de plantearse o aceptar la creación de un ECI como mecanismo de cooperación con otros países involucrados en esa misma investigación.

Inciendo en lo expuesto, no debe obviarse que las autoridades fiscales, judiciales o policiales que en cada país asumen las investigaciones criminales con componente transnacional, susceptibles por ello de trabajar con un ECI, no tienen por qué ser expertas en cooperación penal y por ello la existencia de esa legislación específica que detalle en qué consisten estos ECI, cuándo y cómo pueden crearse y cómo funcionan dotará de seguridad jurídica a esta herramienta tan excepcional, favoreciendo su uso.

La importancia de contar con esta regulación específica se refleja principalmente en:

- *La actuación desplegada por la COMJIB que ya en el año 2013 elaboró un Convenio de Cooperación en materia de ECI firmado por 8 países¹¹⁰ que, con la finalidad de fortalecer, reforzar, agilizar y luchar contra la delincuencia organizada transnacional y otras formas de criminalidad organizada, establece los pasos necesarios para poder configurar un ECI en este tipo de investigaciones. Y si bien este convenio no ha sido ratificado todavía, este organismo está activando los mecanismos necesarios para conseguir su ratificación, no solo por los países ya firmantes, sino también por el resto de sus integrantes.*

¹⁰⁹ Añadido: "y la Convención de mayo de 2000"

¹¹⁰ Este convenio, pendiente de ratificación, está firmado por Argentina, Costa Rica, Ecuador, Salvador, Nicaragua, Panamá, Portugal y República Dominicana.

- *El Acuerdo Marco del Mercosur sobre Equipos Conjuntos de Investigación, elaborado en el año 2010 –cuya entrada en vigor se ha producido recientemente, en concreto el 22 de mayo de 2020– cuya finalidad es fomentar entre los países partes del Mercosur y los Estados Asociados la creación de los ECI, describiendo, para ello, los requisitos necesarios para su formación y funcionamiento.*
- *Los acuerdos bilaterales firmados por algunos países para favorecer la utilización de esta herramienta. Entre estos se puede destacar, por una parte, el Protocolo Adicional al Convenio de Cooperación Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia, de 29 de mayo de 1997 –ratificado en Madrid el 12 de julio de 2005 y vigente a partir del 1 de julio de 2010– en cuyo art. 8 se regula la constitución de ECI entre ambos países para investigaciones complejas relacionadas con la criminalidad organizada, especialmente el terrorismo y el tráfico ilegal de estupefacientes y de insumos químicos para la elaboración de sustancias que produzcan dependencias y, por otra, el firmado entre el Ministerio Público de la República de Paraguay el Ministro de Justicia de la República Federativa de Brasil el 31 de julio de 2019 para constituir ECI en casos vinculados al crimen organizado y delincuencia violenta en la región de la frontera de ambos países.*
- *El aumento notable que, al menos desde el año 2018, se ha producido en la creación de ECI con intervención de países iberoamericanos, pudiendo destacarse los formados entre España, Colombia y Panamá; Italia, España y Argentina; Brasil e Italia; Paraguay y Brasil; Argentina y Uruguay; Colombia, Ecuador y Chile, y Perú y Chile.*
- *El incremento de talleres y seminarios que se ha producido entre los países iberoamericanos con el objetivo de analizar la creación de ECI.*
- *La elaboración por las autoridades de alguno de estos países de guías o documentos tendentes a acercar esta herramienta a sus profesionales. Entre estos cabe mencionar el elaborado por la Dirección General de Cooperación Regional e Internacional del Ministerio Público Fiscal de Argentina, describiendo los ECI y fomentando su uso para investigar y perseguir el crimen organizado transnacional¹¹¹.*

En definitiva, siendo una realidad la existencia de los ECI en el ámbito latinoamericano, así como su utilidad y agilidad en determinadas investigaciones de gran complejidad, es necesario que los países doten a esta herramienta de la cobertura legal necesaria que refuerce su seguridad jurídica y delimite las características de su creación y funcionamiento, lo que contribuirá al favorecimiento de su uso, así como la solución de muchas de las dificultades que, las experiencias ya vividas, han evidenciado.

D. Dificultades económicas. Si bien son evidentes las ventajas que proporciona la creación de un ECI, no debe olvidarse que su constitución ocasiona unos gastos derivados, entre otras causas, de los desplazamientos de sus distintos participantes a los Estados que lo componen o de la utilización en la investigación de herramientas técnicas específicas, por lo que será imprescindible que se estipule quién debe asumir dichos gastos.

Todas las convenciones y acuerdos citados, así como las legislaciones nacionales existentes en el ámbito de la UE, incluyen una previsión relativa a cómo deberán sufragarse los gastos derivados directamente de estas investigaciones conjuntas disponiendo que serán asumidos por el país que impulse o requiera la formación del ECI, admitiéndose también los pactos que, en este sentido, puedan alcanzar los países participantes adoptando cualquier otra decisión sobre distribución de estos gastos lo que, en todo caso, se reflejará en el acuerdo de su constitución.

¹¹¹ Equipos Conjuntos de Investigación. Herramienta de la cooperación internacional para investigar y perseguir el crimen organizado transnacional. Dirección General de Cooperación Regional e Internacional. Ministerio Público Fiscal. Procuración General de la Nación de la República Argentina. Versión actualizada 2020

No obstante, a pesar de existir esta previsión hay que prever que los Estados puedan tener limitaciones presupuestarias que afecten y dificulten la creación de estos ECI lo cual debe llevar a buscar, si es posible, otras vías de financiación. Esta forma de financiación complementaria ya se presta en la Unión Europea donde organismos como EUROJUST, entre cuyas funciones se encuentra ayudar a las autoridades a cooperar en la lucha contra el terrorismo y las formas graves de delincuencia, financia la creación de ECI no solo en el ámbito de la Unión Europea sino también cuando en los mismos participan terceros países.

E. Dificultades para la elección de casos. Si bien la normativa existente, tanto a nivel europeo como transnacional, circunscribe, con carácter general, la constitución de los ECI a investigaciones criminales cuyo objetivo sea la lucha contra la delincuencia organizada, corrupción, tráfico de drogas, trata de seres humanos y terrorismo, no se recoge en ninguno de ellos una lista de los delitos concretos susceptibles de plantear la constitución de un ECI. Por ello, cumplida esa premisa básica de que se trate de investigaciones que persigan alguno de los objetivos citados, la concreción de qué tipo de delitos son susceptibles de investigarse a través de un ECI deberá decirse caso por caso.

No obstante, la propia naturaleza de los ECI, así como la experiencia de los ya constituidos, evidencia que deben limitarse a la investigación de delitos de especial trascendencia y complejidad que se estén cometiendo en varios Estados siempre que sea previsible que una actuación conjunta de las autoridades encargadas de su investigación agilizará y ayudará a su persecución, lo que deberá valorarse por las autoridades que, en cada país, se encarguen de esas investigaciones. En todo caso, son las investigaciones sobre corrupción, crimen organizado, lavado de activos, terrorismo, tráfico de drogas, trata de seres humanos, cibercriminalidad, delitos medioambientales y de urbanismo las que han generado la creación de la mayoría de los ECI.

F. Conflictos de jurisdicción. Dado que la razón que motiva la creación de un ECI es la existencia de investigaciones criminales que pueden estar desarrollándose en distintos países debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, resultará necesario que esas investigaciones y los procedimientos penales en que deriven se concentren en un único proceso por lo que, de concurrir dicha circunstancia, deberá valorarse cuál de los países integrantes está en mejor posición de asumir la investigación y ulterior enjuiciamiento de esos hechos evitando así los conflictos de jurisdicción que pudieran generarse.

Convenciones internacionales como las recogidas en este documento ya contemplan que puedan surgir estos conflictos y por ello han adoptado previsiones para articular soluciones con miras a concentrar las actuaciones en un solo proceso. Así se dispone por ejemplo en el art. 47 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y en el art. 21 del Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

Similares previsiones para resolver conflictos de jurisdicción también se recogen en el ámbito de la UE destacando lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 16/2015, de 7 de julio, reguladora del estatuto orgánico del miembro nacional de EUROJUST, que, como se ha expuesto, se trata de uno de los principales organismos europeos que fomentan, agilizan y financian la creación y funcionamiento de ECI incluso en ámbitos más amplios que la UE. En relación con esta última norma resultan útiles los criterios que establece para poder decidir qué país estaría en mejores condiciones para asumir la investigación, los cuales, por su utilidad, podrían extrapolarse al ámbito iberoamericano y reflejarse tanto en las legislaciones internas que se dicten como en el modelo de acuerdo de constitución de ECI que pueda elaborarse lo que igualmente aportaría seguridad jurídica a la herramienta. Estos criterios son los siguientes:

- *Residencia habitual y nacionalidad del investigado.*
- *Jurisdicción conforme a cuyas reglas se han obtenido las pruebas o lugar donde es más probable que estas se obtengan.*
- *Interés de la víctima.*
- *Lugar donde se encuentran los productos o efectos del delito y jurisdicción a instancia de la cual han sido asegurados para el proceso penal.*
- *Fase en la que se encuentran los procesos sustanciados en cada país.*
- *Tipificación de la conducta delictiva y pena con la que esta viene castigada en la legislación penal de los distintos países implicados en el conflicto de jurisdicción.*

Áreas de interés común. Amenazas compartidas

A. **Ámbito propio de América Latina**

Tráfico de Drogas. Es la actividad delictiva que constituye la mayor amenaza regional. Especialmente en América del Sur existen áreas conocidas como productoras de cocaína y marihuana, por lo que algunas de las principales rutas del tráfico internacional de estas drogas parten de esta región. Debido a la naturaleza transnacional del problema, no hay duda de que la coordinación de los esfuerzos de investigación proporciona resultados más efectivos.

Organizaciones criminales. Como un “efecto secundario” de las actividades del narcotráfico en la región, se observa el surgimiento (y expansión) de organizaciones criminales de carácter transnacional. Actualmente, la dispersión geográfica de los grupos criminales transnacionales es un desafío compartido por algunos de los países de la región. Si antes eran solo un problema local, la actuación de los grupos criminales es cada vez más un tema regional y su enfrentamiento efectivo requiere una acción coordinada.

Tráfico de armas. Aunque los grupos delictivos se dediquen principalmente al tráfico de drogas, también practican otras actividades delictivas, incluido el tráfico de armas. También en este tipo de delitos la acción articulada entre los distintos países proporciona resultados más efectivos.

Lavado de activos y evasión de divisas. Las grandes sumas de dinero relacionadas con el narcotráfico, impulsan la práctica de otros delitos: el lavado de activos y la evasión de divisas. Es necesario desarrollar mecanismos que aseguren el tránsito de grandes sumas de dinero entre países, preferiblemente fuera del sistema bancario convencional. Además, es importante establecer formas de proteger el beneficio económico de la actividad delictiva.

Corrupción. Otro problema común a varios países de la región es la corrupción. En este tipo de delitos, cuyas investigaciones suelen ser de gran complejidad, la formación de equipos conjuntos puede ser de gran utilidad. Especialmente en casos de corrupción transnacional, la cooperación rápida y fluida es esencial para el éxito de la investigación.

Trata de Seres Humanos. Es otro delito común a varios países de América Latina y que la formación de equipos conjuntos de investigación puede resultar en una mayor efectividad investigativa.

Delitos medioambientales. En virtud de la gran biodiversidad y la existencia de grandes áreas forestales preservadas, los delitos contra el medio ambiente son problemas comunes entre los países de la región. La minería ilegal, la tala ilegal/deforestación y el tráfico de animales son los delitos más frecuentes, crímenes cuyo enfrentamiento efectivo depende de la articulación entre los distintos países afectados o de tránsito.

Cibercriminalidad. El uso intensivo de las comunicaciones electrónicas, los sistemas informáticos e internet, propios de la sociedad sin fronteras actual, sitúan la necesidad de la recogida urgente de pruebas electrónicas en el centro de las investigaciones criminales en general y en particular de las investigaciones que tienen como objeto la delincuencia organizada transnacional¹¹².

B. Ámbito Unión Europea – América Latina. Los ECI son una herramienta de cooperación jurídica internacional compleja cuyo empleo requiere la existencia de amenazas compartidas al menos por dos estados, de la suficiente relevancia como para recomendar su uso, además de las condiciones particulares ya expuestas que deben aparecer en las investigaciones. De las diferentes fuentes judiciales y policiales disponibles: prioridades existentes, estadísticas policiales y judiciales, informes de inteligencia, actividades y conocimiento alcanzados por las diferentes plataformas y proyectos de cooperación, podemos establecer al menos los siguientes ámbitos de interés para el establecimiento de ECI:

Lavado de activos. Los ECI en materia de lavado asociado a cualquier actividad ilícita, constituyen la principal área delictiva en torno a la cual se han suscrito ECI durante 2019¹¹³. La validez y utilidad de los ECI para investigar de manera coordinada esta actividad criminal está probada. El carácter horizontal del lavado a otras muchas actividades de delincuencia organizada transnacional, hace muy apropiada esta herramienta para su investigación exitosa.

Trata de Seres Humanos. Si hay un delito complejo, de carácter global, que une en lo negativo ambos lados del Atlántico, ese es la Trata de Seres Humanos. La complejidad de este tipo delictivo, que incluye conductas de captación, transporte y la propia explotación, los pingües beneficios que genera, o el hecho de que ataca al núcleo del ser humano, que es la dignidad, convierte a esta actividad criminal en adecuada para ser enfrentada empleando los ECI como herramienta apropiada. En la actualidad, resulta frecuente encontrarse situaciones en las personas, la mayoría de las veces mujeres, son traídas a España y explotadas laboral o sexualmente por redes criminales. Lo mismo se ha detectado en el ámbito interno iberoamericano. Por todo ello, la Trata es un ámbito de interés común prioritario.

Tráfico de drogas. Otro de los tipos delictivos paradigmáticos que representan una amenaza común y que para enfrentarla exige una gran cantidad de recursos, es el tráfico de drogas. Este delito tiene un fuerte componente transnacional, necesita bandas perfectamente organizadas para su realización, mueve y genera ingentes cantidades de beneficios y lo que es aún peor, destroza vidas y hasta comunidades enteras, debido a la alteración de valores que representa una vez penetra en las sociedades. Este delito reúne, por tanto, las características adecuadas para ser atacado mediante los ECI.

Ciberdelincuencia, particularmente los fraudes y las estafas. Si hay un tipo delictivo que realmente no conoce fronteras, esa es la ciberdelincuencia. Los autores de estos delitos pueden hallarse en cualquier lugar, las víctimas, muy numerosas las más de las veces, en cualquier otro, de cualquier lugar del planeta. Se trata de delitos de muy variados modus operandi, en los que las evidencias se pueden localizar en países distintos al lugar donde se ubican autores y víctimas, y cuya consecuencia, la mayoría de las ocasiones, es una pérdida económica difícil de cuantificar y aún más difícil de perseguir. Estos delitos obligan a la cooperación internacional, a la más exigente actualización de conocimientos, a trabajar en coordinación, incluso con peritos y expertos civiles y con el sector privado. Todo ello hace que la suscripción de ECI sea una práctica muy recomendable para luchar contra este tipo de delitos.

Delitos medioambientales. Otro campo de interés común y de interés global. Numerosas actividades delictivas asociadas a este concepto pueden ligar ambos lados del atlántico: tráfico

¹¹² Se añade la referencia a la ciberdelincuencia.

¹¹³ Memoria de actividades del miembro nacional de España en Eurojust, 2019.

de especies protegidas, comercio ilegal de madera, minería ilegal, etc., pueden ser susceptibles de ser investigados a través de ECI. En este caso, ya no solo encontramos aspectos comunes a otros delitos ya mencionados, sino que, además, el objeto que debemos proteger es la tierra, nuestra casa única y común, sin la cual, el resto de cosas pierden el sentido. Particularmente en estos momentos de pandemia, el tráfico ilícito de residuos adquiere particular importancia.

Conclusiones

Tomando en consideración el análisis realizado y los resultados de las sesiones de trabajo mantenidas, pueden formularse las siguientes conclusiones:

1. La herramienta de los ECI es adecuada para la lucha contra la criminalidad organizada en la región latinoamericana, siendo esta una de las principales amenazas a la seguridad y a la estabilidad regional, y se encuentra, sin embargo, infrautilizada.

Existe una notable unanimidad a nivel regional en la materia, que puede sintetizarse en:

A. El diagnóstico formulado por parte de AIAMP en su XXVII Asamblea General de 8 de noviembre de 2019, en la que, pese a considerar que su creación y funcionamiento se ve en la actualidad extraordinariamente dificultado, se afirma: “Los Equipos Conjuntos de Investigación son una de las herramientas de cooperación internacional eficaz para la investigación coordinada de la criminalidad organizada (...).”

B. La creación por parte de COMJIB en su Asamblea Plenaria de 2019 (Medellín) de una línea de trabajo sobre cooperación jurídica internacional, IberRed y lucha contra el crimen organizado transnacional, que incluye como actuaciones estratégicas a desarrollar durante el binomio 2019-2021 tanto un impulso político a la ratificación del Convenio Iberoamericano de Equipos Conjuntos de Investigación como la conformación de un grupo de expertos que diseñe documentos de buenas prácticas y desarrolle una experiencia práctica, para lo cual se han identificado como socios estratégicos a EL PAcCTO, IberRed, EUROJUST y UNODC.

C. La inclusión en la programación de EL PAcCTO para el año 2020 de discusiones al más alto nivel – como la realizada el pasado 23 de septiembre de 2020 (“Primer Encuentro de Instituciones de Justicia de América Latina y de la Unión Europea”) en la que se ha identificado la necesidad de potenciar la conformación de ECI en la región euro-latinoamericana como un factor decisivo en la conformación de una acción conjunta frente al crimen organizado.

2. Existen notables carencias en la regulación nacional sobre ECI, que imposibilita la efectividad plena del marco convencional en vigor, que se favorecería enormemente, por otra parte, de mayor desarrollo. Así se desprende, desde luego, del análisis realizado en el texto. Puede volver a señalarse, al respecto, el contenido de la Declaración de AIAMP en su XXVII Asamblea General de 8 de noviembre de 2019 referida a los ECI: “Sin embargo, la ausencia y/o las deficiencias en las regulaciones nacionales impiden o dificultan extraordinariamente su creación y funcionamiento, por lo que consideramos necesario, por un lado, evaluar en cada país la utilización de esta forma de actuación y trasladar a los máximos responsables de los Gobiernos de nuestros países la urgente necesidad de abordar la adecuada regulación de los Equipos Conjuntos de Investigación en los ordenamientos nacionales”.

3. Con independencia de la mejora del marco normativo, existen dificultades de tipo práctico que inciden en la aplicación operativa de la herramienta de los ECI. Entre las mismas cabe destacar: a) la falta de conocimiento de la herramienta, de la normativa en vigor y de los detalles prácticos útiles para su aplicación, b) la falta de confianza mutua entre los operadores jurídicos llamados a constituir los ECI y c) las dificultades para la financiación de los ECI.

Recomendaciones de acción futura

A partir de la experiencia alcanzada en torno a esta actividad, y del conocimiento de la realidad, del contexto y otras cuestiones que se plantean en los párrafos anteriores, se proponen las siguientes líneas de acción:

A. Armonización normativa. Leyes nacionales para la cooperación jurídica internacional. La elaboración de una Ley nacional para la cooperación jurídica internacional es una necesidad identificada que ha de ser cubierta, no ya solo por su indudable utilidad para facilitar la firma de los ECI, sino también por el impulso que le daría a la cooperación jurídica internacional en general en los países de la región.

La complejidad que ha ido alcanzando el delito, la evolución que han sufrido muchas organizaciones criminales, el crecimiento de las solicitudes de asistencia legal en materia penal de carácter internacional, la existencia de herramientas potentes para la lucha conjunta y coordinada contra la delincuencia organizada transnacional, recomienda la modernización del sistema de cooperación jurídica internacional, así como las normas que lo hacen posible.

Basados en los trabajos realizados en el marco de EL PAcCTO, así como en la experiencia de otros países, se considera que deberían estar orientadas a facilitar para las autoridades nacionales la petición de asistencia al exterior en sentido amplio, a mitigar las formalidades que potencialmente podrían dificultar la cooperación jurídica internacional, a facilitar los contactos directos y la coordinación¹¹⁴, a adaptarse a las nuevas formas y tendencias de la cooperación internacional, incluidos los sistemas de reconocimiento de resoluciones y a integrar las competencias de las autoridades nacionales, de manera que coadyuven a disponer de un sistema eficiente para la cooperación.

Una ley tipo para la cooperación jurídica internacional, debería tener un título sobre Equipos Conjuntos de Investigación. Este apartado debería señalar el concepto de ECI, identificar a las autoridades centrales implicadas, explicar la manera de su constitución, los contenidos mínimos que debe incluir el acuerdo constitutivo, normas sobre el estatuto y poderes de los oficiales participantes, sobre el intercambio directo de informaciones, validez y utilización de las pruebas, prescripciones para su correcto funcionamiento, financiación y cualquier otra que se considere de interés de acuerdo a la situación particular de cada país. A la hora de redactar las leyes nacionales, sería muy importante tener en cuenta la normativa vigente en la Unión Europea (Convenio de mayo de 2000¹) y en el ámbito del Consejo de Europa (Protocolo del Convenio sobre asistencia judicial, 2001), los modelos ya adoptados por los estados miembros, la experiencia y buenas prácticas ya identificadas¹¹⁵.

El hecho de contar con una ley nacional para la cooperación internacional con criterios homogéneos en la región, facilitará la aplicación de medidas similares, así como el incremento de la eficacia en la lucha contra las amenazas comunes.

B. Ratificación e implementación en el derecho interno de los principales instrumentos internacionales adoptados en el marco de las Naciones Unidas – convenciones contra las drogas (Viena, 1988), delincuencia organizada (Convención de Palermo, 2000) y contra la corrupción (Convención de Mérida, 2003). Debe tenerse en cuenta la experiencia de aplicación e implementación de estos instrumentos, el trabajo realizado y en curso en el marco de las Naciones Unidas, las buenas prácticas ya identificadas y las perspectivas futuras¹¹⁶.

114 Se añade: "a facilitar los contactos directos y la coordinación".

115 Párrafo añadido.

116 Párrafo añadido.

C. Ratificación e implementación de instrumentos regionales – Acuerdo de Cooperación entre los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación, 2010, y Convenio Iberoamericano Viña del Mar de Equipos Conjuntos de Investigación, 2013, teniendo en cuenta las experiencias de aplicación por países que ya los han ratificado y recopilando buenas prácticas que se pueden identificar a partir de la experiencia¹¹⁷.

D. Fichas nacionales. Siguiendo el modelo del documento conocido por “Ficha Española”, dentro de la experiencia de la UE, y del “Modelo de Ficha País”, desarrollado por el proyecto de la UE “El PAcCTO: Apoyo a Ameripol”, se recomienda realizar actividades conducentes a la elaboración por parte de los países, de este tipo de documentos que, con un marcado carácter sintético, contengan la información básica necesaria para ayudar en la firma de los ECI. Sin entrar en el modelo concreto a emplear, debería obtenerse un documento informativo por país, que incluyera al menos la siguiente información: legislación aplicable, identificación de autoridades competentes para autorizar, firmar, liderar o ser miembro de un ECI, límites temporales, condiciones para el intercambio y la admisibilidad de evidencias, restricciones aplicables, condiciones para el intercambio de información, tipo de información susceptible de entrega, condiciones para la participación de los miembros, o cualquier otra información relevante para ayudar a constituir un ECI y que ayude a entender las características y particularidades de cada país desde el punto de vista jurídico.

E. Una guía práctica. Al igual que a nivel de la Unión Europea¹¹⁸, con más experiencia en la formación y utilización de equipos conjuntos de investigación, se debería avanzar en la elaboración de una guía práctica de equipos conjuntos de investigación, con la participación de expertos y puntos de contacto nacionales¹¹⁹.

F. Un modelo de acuerdo. El hecho de contar con un modelo de acuerdo único para toda la región, o válido para el máximo número de países, ayuda enormemente a que las propuestas iniciales para la constitución del ECI, encuentren un punto de partida asumible que facilite el inicio de las negociaciones y allane el camino para llegar al resultado final. Lo realmente importante, más incluso que el modelo en sí, es identificar la información mínima que debe contener el acuerdo para ser válido. El modelo de AIAMP es un ejemplo.

Protección de datos en la cooperación jurídica internacional

El documento Estándares Mínimos de Protección de Datos en la Cooperación Judicial Internacional entre Europa y Latinoamérica¹²⁰ identifica, desde la óptica la Unión Europea, los aspectos prioritarios a tomar en consideración en materia de protección de datos para una adecuada cooperación judicial internacional con terceros, al tiempo que ofrece una serie de estándares mínimos cuyo cumplimiento por los países latinoamericanos facilitaría la cooperación con los Estados miembros de la Unión.

La necesidad y oportunidad del documento se justifican por la Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

117 Párrafo añadido.

118 Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación, Doc. 6128/1/17 REV, Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 14.2.2017.

119 Párrafo añadido.

120 Elena María Domínguez Peco, El PAcCTO, 2019, en anexo. Este documento constituye principalmente una guía para los países Latinoamericanos de lo que la Comisión Europea considera estándares mínimos a estos efectos y, por tanto, deberían permitir una cooperación judicial internacional fluida, sin necesidad de someter cada intercambio a concreta evaluación. Se nota que, en todo caso, se trata solo de un documento independiente que no compromete a la Comisión, por más que ofrezca pautas para tratar de atender los requerimientos de esta.

Esta Directiva, que es vinculante para los países de la Unión Europea, genera estándares comunes para toda la UE en materia de protección de datos personales en la investigación y persecución de los delitos.

El Capítulo V dedicado a las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales contiene tres diferentes posibilidades de cooperación judicial con terceros países que resultan aplicables con Latinoamérica – la transferencia mediante garantías apropiadas mediante un convenio ad hoc o mediante la verificación de las garantías por el responsable de los datos del país transferente, la cooperación basada en una decisión de adecuación y la excepcional, para supuestos muy concretos –, todas ellas basadas en la necesidad de que el país de esta región receptor de la información proveniente de un país de la UE cumpla unas garantías mínimas similares a las que se exigen a nivel europeo.

Como se nota en el documento, aunque es cierto que el texto está escrito desde la lógica de la cooperación de la UE hacia América Latina, no lo es menos que si un país de la UE quiere incorporar con éxito datos provenientes de Latinoamérica a un proceso judicial penal; deberá poder acreditar que los datos tuvieron en origen un tratamiento sujeto a análogas garantías a las europeas. Mediante este sistema, en definitiva, se extiende el estándar mínimo europeo de protección de datos a todos los países que deseen cooperar judicialmente con los Estados de la UE.

La Directiva (UE) 2016/680¹²¹. La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de los datos de carácter personal es un derecho fundamental. El artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea disponen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

La Directiva pretende contribuir a la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia, estableciendo los principios y normas relativos a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales que debe, cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, respetar sus libertades y derechos fundamentales, en particular el derecho a la protección de los datos personales.

La directiva reconoce que para garantizar la eficacia de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial, es esencial asegurar un nivel uniforme y elevado de protección de los datos personales de las personas físicas y facilitar el intercambio de datos personales entre las autoridades competentes de los Estados miembros. A tal efecto, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales debe ser equivalente en todos los Estados miembros.

El artículo 4.1 establece los principios relativos al tratamiento de datos personales, que incluye cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción (artículo 3.2). La directiva asegura los derechos del interesado: derecho a la información, derecho de acceso, derecho de rectificación o supresión de datos y limitación de su tratamiento en las condiciones previstas en los artículos 12 a 18, debiendo ser garantizada la seguridad del tratamiento (artículos 29 a 31).

¹²¹ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo (Diario Oficial L119 de 4.5.2016).

El Capítulo V de la directiva establece las normas sobre transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales. El artículo 35 fija los principios generales de las transferencias de datos personales y los artículos 36 a 40 regulan las diferentes posibilidades de transferencia.

Principios sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales – OEA. La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) mediante la resolución AG/RES. 2974 (LI-O/21) de fecha 11 de noviembre de 2021 aprobó los 13 “Principios sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales (con anotaciones)”¹²² adoptados por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) que reflejan las distintas aproximaciones que prevalecen en los Estados miembros sobre los temas centrales de la protección de los datos personales, entre ellos el consentimiento, las finalidades y medios para la captación y tratamiento de estos datos, el flujo transfronterizo y la seguridad de los datos personales, la protección especial a los datos sensibles, y el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad.

La finalidad de actualizar los “Principios sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales (con anotaciones)” adoptados por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) en 2015 es contribuir al desarrollo de un marco vigente para salvaguardar los derechos de la persona a la protección de sus Datos Personales y a la autodeterminación en lo que respecta a la información en los países de las Américas. Esta actualización de los Principios se basa en normas y estándares reconocidos a nivel internacional, según han evolucionado hasta el año 2020. Su intención es proteger a las personas de la recopilación, el uso, la retención y la divulgación ilícitos o innecesarios de Datos Personales.

La finalidad de estos Principios es proporcionar los elementos básicos de una protección efectiva. Los Estados podrían ofrecer mecanismos adicionales para garantizar la privacidad y la protección de los Datos Personales, teniendo en cuenta las funciones y las finalidades legítimas para su tratamiento en beneficio de las personas. En general, los Principios reflejan la importancia de la efectividad, la razonabilidad, la proporcionalidad y la flexibilidad como elementos rectores.

Cada Estado Miembro debería determinar cuál es la mejor manera de tomar en cuenta estos Principios en su ordenamiento jurídico interno. Sea por medio de leyes, normas u otros mecanismos, los Estados Miembros deberían establecer reglas efectivas para la protección de Datos Personales que den efecto al derecho de la persona, a la privacidad y que respeten sus Datos Personales, protegiendo al mismo tiempo que la persona pueda beneficiarse del libre flujo de información y del acceso a la economía digital.

Estos principios podrían constituir un elemento relevante para establecer las bases de un marco jurídico común para el tratamiento de datos personales en el ámbito de la cooperación en materia penal con los países latinoamericanos.

El Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal¹²³. El Convenio 108 del Consejo de Europa es una referencia fundamental en la definición de las normas comunes en las que se basan las leyes que se han aprobado en las últimas décadas en materia de protección de datos personales y los desarrollos más recientes, especialmente en la Unión Europea.

Mediante los principios que establece y los valores que consagra, al nivel de la protección de los derechos y libertades fundamentales, el Convenio 108 protege a las personas y sirve como marco para el flujo internacional de datos en una sociedad de información y comunicación.

¹²² https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/Publicacion_Proteccion_Datos_Personales_Principios_Actualizados_2021.pdf
¹²³ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108),

El convenio ha sido ratificado por todos los Estados miembros del Consejo de Europa y por tres Estados latinoamericanos: Argentina, México y Uruguay.¹²⁴

Constituye un elemento de gran importancia para la formación de las decisiones de adecuación exigidas por la Directiva 2016/680.

Relaciones entre Eurojust y los operadores jurídicos en Latinoamérica

Eurojust desempeña un papel central en la cooperación en materia penal en el ámbito de la lucha contra la delincuencia transnacional grave y organizada. Facilita y apoya la cooperación, proporcionando contactos directos entre las autoridades competentes con el fin de intercambiar información sobre las investigaciones y las actuaciones judiciales, desarrollar acciones y estrategias de investigación proactivas, utilizar los mecanismos e instrumentos más adecuados, en particular equipos de investigación conjuntos, y establecer la mejor coordinación posible entre las autoridades competentes.

La delincuencia no tiene fronteras nacionales ni regionales y ningún Estado que actúe de forma aislada tiene posibilidades de ser mínimamente eficaz en la lucha contra estos fenómenos delictivos.

Una coordinación eficaz, con el apoyo de Eurojust, podría crear las condiciones necesarias para dar mayor eficacia a los instrumentos jurídicos que se han adoptado en las últimas décadas a nivel regional y global, en particular los convenios adoptados por las Naciones Unidas, cuya aplicación efectiva es esencial para responder a las amenazas y los graves problemas causados por la delincuencia organizada.

La Unión Europea y los países de América Latina se enfrentan a fenómenos delictivos comunes, y es necesario utilizar todo el potencial que puede ofrecer esta agencia de la Unión Europea.

Además, la profundización de la cooperación a través de Eurojust podría ser un aporte muy valioso para avanzar en el futuro en la creación de un organismo de la misma naturaleza en América Latina, de manera que los países de la región puedan aunar esfuerzos de manera más efectiva para enfrentar conjuntamente los graves fenómenos delictivos que afectan a la región.

Eurojust es la Agencia de la Unión Europea para la cooperación en materia de justicia penal¹²⁵. La función de Eurojust es apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir las formas de delincuencia grave para la que Eurojust sea competente, cuando dichas formas afecten a dos o más Estados miembros o que deban perseguirse según criterios comunes, basándose en las operaciones efectuadas y en la información proporcionada por las autoridades de los Estados miembros y por la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol), por la Fiscalía Europea¹²⁶ y por la OLAF^{127 128}.

124 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=108>.

125 Eurojust se creó por el Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 (Diario Oficial de la Unión Europea L 295, de 21.11.2018). La agencia Eurojust creada en virtud del presente Reglamento sustituyó y sucedió a Eurojust creada en virtud de la Decisión del Consejo 2002/187/JAI, de 28 de febrero de 2002, modificada por las Decisiones del Consejo 2003/659/JAI, de 18 de junio de 2003 (DO L 245 de 29.9.2003), y 2009/426/JAI de 16 de diciembre de 2008 (DO L 138 de 4.6.2009).

126 La Fiscalía Europea se creó por el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (DO L 283 de 31.10.2017). La Fiscalía Europea será responsable de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión previstos en la Directiva (UE) 2017/1371 y determinados por el presente Reglamento, así como de ejercer la acción penal y solicitar la apertura de juicio contra sus autores y los cómplices de estos. A tal fin, la Fiscalía Europea efectuará las investigaciones y practicará los actos propios del ejercicio de la acción penal y ejercerá las funciones de acusación ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros, hasta que concluya definitivamente el caso de que se trate.

127 La Comisión, en virtud de la Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom (3), ha establecido entre sus propios servicios la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude («la Oficina»), con responsabilidad para realizar investigaciones administrativas contra el fraude – Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (DO L 136 de 31.5.1999). Para regular las investigaciones realizadas por la Oficina se aprobó el Reglamento (UE, EURATOM) no 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de septiembre de 2013 relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (Euratom) no 1074/1999 del Consejo.

128 Artículo 85 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y artículo 2 del Reglamento 2018/1727.

Las de formas de delincuencia grave para las que Eurojust es competente de conformidad son las siguientes (Anexo I): terrorismo; delincuencia organizada; narcotráfico; actividades de blanqueo de capitales; delincuencia relacionada con materiales nucleares y radiactivos; tráfico de inmigrantes; trata de seres humanos; delincuencia relacionada con vehículos de motor; homicidio voluntario y agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robo y hurto con agravantes; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas antigüedades y obras de arte; estafa y fraude; delitos contra los intereses financieros de la Unión; operaciones con información privilegiada y manipulación del mercado financiero; chantaje y extorsión; falsificación y piratería; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de moneda y medios de pago; ciberdelincuencia; corrupción; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; tráfico ilícito de especies en peligro de extinción; tráfico ilícito de especies y variedades vegetales protegidas; delitos contra el medio ambiente, incluida la contaminación procedente de buques; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros productos estimulantes del crecimiento; abusos sexuales y explotación sexual, incluido el material sobre abuso de menores y la captación de menores con fines sexuales; genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

Las funciones operativas de Eurojust están definidas en el artículo 4 del Reglamento. Eurojust informa a las autoridades competentes de los Estados miembros acerca de las investigaciones y procesos penales de las que se le hayan informado y que tengan repercusiones a escala de la Unión o que puedan afectar a otros Estados miembros además de los ya implicados directamente; asiste a las autoridades competentes de los Estados miembros para garantizar la mejor coordinación posible de las investigaciones y procesos penales; asiste para mejorar la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros, en particular basándose en los análisis realizados por Europol; presta apoyo operativo, técnico y financiero a las investigaciones y operaciones transfronterizas de los Estados miembros, incluidos los equipos conjuntos de investigación.

En el desempeño de sus funciones, Eurojust podrá solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros afectados que investiguen o persigan hechos concretos; acepten que una de ellas puede estar en mejores condiciones para llevar a cabo investigaciones o perseguir hechos concretos; realicen una coordinación entre las autoridades competentes de los Estados miembros afectados; constituyan un equipo conjunto de investigación, de conformidad con los instrumentos de cooperación pertinentes; le faciliten cuanta información sea necesaria para el desempeño de sus funciones; tomen medidas especiales de investigación; tomen cualquier otra medida que esté justificada por la investigación o la persecución.

Eurojust contará con un miembro nacional destacado por cada Estado miembro de conformidad con su ordenamiento jurídico. Los miembros nacionales son competentes para facilitar o apoyar de cualquier otra forma la emisión o ejecución de cualquier solicitud de asistencia legal mutua o reconocimiento mutuo; directamente entablar contacto e intercambiar información con cualquier autoridad nacional competente del Estado miembro de que se trate o con cualquier otro órgano, oficina o agencia competente de la Unión, incluida la Fiscalía Europea; entablar contacto directo e intercambiar información con cualquier autoridad internacional competente, de conformidad con los compromisos internacionales contraídos por su Estado miembro; participar en los equipos conjuntos de investigación, incluida su creación. Los miembros nacionales podrán expedir o ejecutar cualquier solicitud de asistencia mutua o de reconocimiento mutuo y ordenar, solicitar o ejecutar medidas de investigación¹²⁹.

Para llevar a cabo sus tareas, Eurojust mantiene relaciones privilegiadas y de cooperación con la Red Judicial Europea en materia penal (RJE), la Agencia de la Unión Europea en materia policial (Europol), la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), Guardia Europea de Fronteras y Costas (Frontex)¹³⁰ y los Magistrados de Enlace.

¹²⁹ Artículos 7 y 8 del Reglamento 2018/1727.

¹³⁰ Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2016 (DO L251, de 16.9.2016). Frontex contribuye a combatir las formas graves de delincuencia con dimensión transfronteriza.

A petición de una autoridad competente de un Estado miembro, Eurojust podrá prestar también su apoyo a las investigaciones y a la incoación de procesos penales que únicamente afecten a dicho Estado miembro y a un tercer país cuando, siempre que se haya celebrado con dicho país algún acuerdo de cooperación o asumido algún compromiso en este sentido o siempre que en un caso concreto exista un interés esencial en prestar dicho apoyo¹³¹.

Sin perjuicio de las condiciones fijadas en los acuerdos o compromisos bilaterales o multilaterales entre los Estados miembros y terceros países, incluida cualquier condición establecida por terceros países relativa al uso de la información una vez facilitada, las autoridades competentes de los Estados miembros intercambiarán con Eurojust toda información necesaria con miras al cumplimiento de las funciones de esta última y de conformidad con las normas aplicables en materia de protección de datos y los miembros nacionales intercambiarán, sin previa autorización, entre sí o con las autoridades nacionales competentes, toda información necesaria para el cumplimiento de las funciones de Eurojust¹³².

Con el acuerdo de los Estados miembros interesados, Eurojust podrá coordinar la ejecución de las solicitudes de cooperación judicial emitidas por un tercer Estado, si estas solicitudes forman parte de la misma investigación y requieren ejecución en al menos dos Estados miembros. Dichas solicitudes también podrán ser transmitidas a Eurojust por las autoridades nacionales competentes.

En caso de urgencia, la Célula de Coordinación de Emergencias de Eurojust podrá recibir y transmitir las solicitudes que hayan sido emitidas por un tercer país que haya celebrado un acuerdo de cooperación o un acuerdo de trabajo con Eurojust. Cuando el Estado miembro afectado presente solicitudes de cooperación judicial que guarden relación con la misma investigación y hayan de ser ejecutadas en un tercer país, Eurojust facilitará la cooperación judicial con dicho tercer país¹³³.

Eurojust podrá establecer y mantener relaciones de cooperación con las autoridades competentes de terceros países de conformidad con la estrategia de cooperación contemplada en el Reglamento, celebrar acuerdos de trabajo e intercambiar directamente toda la información con esas entidades respetando las normas aplicables en materia de protección de datos¹³⁴.

Eurojust entablará y mantendrá relaciones de cooperación con autoridades de terceros países y organizaciones internacionales. A tal fin, elaborará una estrategia de cooperación cada cuatro años y de acuerdo con la Comisión, en la que especificará los terceros países y las organizaciones internacionales con respecto a los cuales existe una necesidad operativa de cooperación¹³⁵.

Sobre la base de una lista adoptada por el colegio de Eurojust, la Comisión presentó al Consejo de la UE su Recomendación de Decisión por la que se autoriza la apertura de negociaciones para acuerdos de cooperación con Eurojust entre la Unión Europea y diez terceros Estados, incluidos Argentina, Brasil y Colombia¹³⁶.

Eurojust ha celebrado acuerdos con 13 terceros países¹³⁷. Estos acuerdos crean un entorno propicio en el que los terceros países pueden participar y beneficiarse de las herramientas prácticas de cooperación que ofrece Eurojust. Estos acuerdos también dan a las autoridades nacionales de terceros países la oportunidad de destinar fiscales de enlace a la sede de Eurojust

131 Artículo 3.5 del Reglamento 2018/1727.

132 Artículo 21 del Reglamento 2018/1727.

133 Artículo 54 del Reglamento 2018/1727.

134 Artículos 47 y 52 del Reglamento 2018/1727.

135 Artículo 52 del Reglamento 2018/1727.

136 Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones con vistas a la celebración de acuerdos entre la Unión Europea y Argelia, Armenia, Bosnia y Herzegovina, Egipto, Israel, Jordania, Líbano, Marruecos, Túnez y Turquía sobre la cooperación entre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y las autoridades competentes en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal de dichos terceros Estados (COM(2020) 743 final, 19.11.2020). El Consejo adoptó su Decisión el 1 de marzo de 2021 durante la presidencia portuguesa.

137 Cuatro países de los Balcanes Occidentales (Albania, Montenegro, Macedonia del Norte y Serbia) y Georgia, Islandia, Liechtenstein, Moldavia, Noruega, Reino Unido, Suiza, Ucrania y los Estados Unidos.

para que trabajen con sus colegas de los Estados miembros, con acceso a las herramientas operativas de Eurojust.

Eurojust podrá designar puntos de contacto en terceros países con la conformidad de las autoridades competentes interesadas, con objeto de facilitar la cooperación de conformidad con las necesidades operativas de Eurojust.

Con el fin de facilitar la cooperación judicial con terceros países en los casos en que Eurojust preste asistencia, el Colegio podrá enviar magistrados de enlace a un tercer país, lo cual estará supeditado a la existencia de un acuerdo de trabajo, con las autoridades competentes del tercer Estado de que se trate.

Las funciones de los magistrados de enlace incluirán todas las actividades destinadas a fomentar y acelerar todas las formas de cooperación judicial en materia penal, en particular mediante el establecimiento de vínculos directos con las autoridades competentes del tercer país de que se trate.

En el desempeño de sus funciones, el magistrado de enlace podrá intercambiar datos personales operativos con las autoridades competentes del tercer país en cuestión.

El nombramiento de puntos de contacto de Eurojust en terceros Estados es una herramienta comúnmente utilizada para mejorar la cooperación entre Estados miembros y terceros Estados a través de Eurojust.

La designación de puntos de contacto en el marco de acuerdos de trabajo es, por regla general, un primer paso antes de que, sobre la base de la experiencia y la consolidación de la confianza mutua, se avance hacia acuerdos de cooperación con la designación de magistrados de enlace que trabajen dentro de la propia Eurojust.

Eurojust dispone de puntos de contacto con las autoridades competentes de más de 60 terceros países¹³⁸.

Estas conexiones permiten a los fiscales de los Estados miembros establecer un contacto rápido y un enlace con sus homólogos de un tercer país cuando un delito se extiende más allá de las fronteras de la Unión Europea.

Los puntos de contacto pueden trabajar junto a las autoridades de los Estados miembros durante una investigación, ya sea a distancia o asistiendo a reuniones de coordinación en Eurojust. Sin embargo, la participación de los puntos de contacto de Eurojust no permite el intercambio de información operativa, incluidos los datos personales, a menos que se aplique una de las situaciones en las que se había habilitado dicho intercambio (es decir, acuerdo internacional, acuerdo de cooperación celebrado antes del 12 de diciembre de 2019, decisión de adecuación, salvaguardias adecuadas, excepciones para situaciones específicas). No obstante, en todos los casos, Eurojust se asegurará de que las autoridades competentes se informen mutuamente de las investigaciones y enjuiciamientos de los que hayan sido informadas; ayudará a las autoridades competentes a garantizar la mejor coordinación posible de las investigaciones y los enjuiciamientos, y prestará asistencia para mejorar la cooperación entre las autoridades nacionales competentes.

138 <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/2022-09-27-3rd-countries-infographic.pdf>.

Los puntos de contacto suelen ser designados por la fiscalía general, los tribunales nacionales o el Ministerio de Justicia del país respectivo. Los asuntos tratados por los puntos de contacto de Eurojust incluyen:

- *Acelerar o facilitar la ejecución de solicitudes de asistencia judicial recíproca (MLA) o solicitudes de extradición;*
- *Garantizar la comunicación entre Eurojust y el tercer Estado en cuestión y facilitar información sobre la situación de un caso particular;*
- *Aclarar disposiciones particulares de la legislación nacional o proporcionar asesoramiento jurídico relacionado con el sistema jurídico del tercer Estado en cuestión;*
- *Brindar asistencia sobre cómo presentar una solicitud de asistencia judicial recíproca o una solicitud de extradición al tercer Estado en cuestión;*
- *Proporcionar información sobre cómo transmitir una solicitud urgente al tercer Estado en cuestión, ya que el procedimiento a seguir para la transmisión puede ser diferente de las solicitudes no urgentes;*
- *Facilitar la participación de la organización o de la autoridad competente en reuniones de coordinación o en equipos conjuntos de investigación (EIC);*
- *Asistencia a reuniones de coordinación en Eurojust;*
- *Coordinar la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial recíproca en un caso determinado;*
- *Identificar las autoridades nacionales competentes y establecer contacto con ellas y con las autoridades centrales;*
- *Resolver cualquier tipo de problema que surja en el marco de la cooperación judicial con Eurojust; y*
- *Enviar consultas a los Miembros Nacionales de Eurojust con respecto a casos específicos o solicitar aclaraciones de disposiciones particulares de la legislación nacional o la prestación de asesoramiento jurídico en relación con el sistema jurídico del Estado miembro de que se trate.*

Durante los años 2018 y 2019 se realizaron visitas de estudio de diferentes altas autoridades nacionales a La Haya para conocer el funcionamiento de Eurojust, en particular, de Argentina, Brasil, Chile, Uruguay, Paraguay y Perú.

El 4 de marzo de 2021, Eurojust sostuvo una reunión en línea con las Fiscalías Generales de Ecuador, Panamá, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Guatemala, Bolivia y República Dominicana, así como con Chile como presidente de la AIAMP.

Como resultado, casi todas las Fiscalías Nacionales han designado puntos de contacto con Eurojust. Posteriormente, se han celebrado reuniones operativas entre Eurojust y los Puntos de Contacto de varias de estas Fiscalías.

Los siguientes países latinoamericanos han designado puntos de contacto para Eurojust: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay¹³⁹.

<https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/eurojust-consolidated-annual-activity-report-2021.pdf>.

A lo largo del año 2021 se han programado e implementado una serie de actividades entre Eurojust y países de América Latina, con la colaboración de El PAcCTO, destinadas a fortalecer la cooperación en casos penales y el papel de los Puntos de Contacto de Eurojust.

El artículo 56 del Reglamento establece los principios generales para la transferencia de datos personales operativos a terceros países.

Eurojust podrá transferir datos personales operativos a un tercer país o a una organización internacional siempre y cuando se respeten las normas aplicables en materia de protección de datos y las otras disposiciones del presente Reglamento y únicamente cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 56, 57, 58 y 59 del Reglamento. El artículo 3 y el capítulo IX del Reglamento (UE) 2018/1725 se aplican al tratamiento de los datos personales operativos por Eurojust.

Eurojust podrá transferir datos personales operativos a un tercer país cuando la Comisión haya decidido, de conformidad con el artículo 36 de la Directiva (UE) 2016/680, que dicho tercer país, o un territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país, garantizan un nivel adecuado de protección (transferencias basadas en una decisión de adecuación) o mediante garantías adecuadas con respecto a la protección de datos personales operativos. Los artículos 47 y 56 a 59 tratan la materia de transmisión de datos, fundamental en el funcionamiento de la cooperación jurídica internacional, como se ha mencionado.

Propuestas

Sobre las bases anteriores, desglosaremos distintas propuestas de trabajo a considerar para los próximos años.

1. Con la globalización, la realidad criminal ha cambiado. El crimen se ha organizado y se ha internacionalizado, aprovechando la expansión de los mercados e de la circulación de las personas, la reducción de controles fronterizos y la utilización de las nuevas tecnologías. Las comunicaciones electrónicas han pasado a constituir un poderoso instrumento al servicio de la criminalidad transfronteriza. Al mismo tiempo, los sistemas informáticos se han constituido en objetivo de actos ilícitos. La criminalidad en la era de la globalización es una criminalidad económica y financiera en red, sofisticada, empresarial, generadora de elevados lucros ilícitos que terminan por introducirse en la economía legal.

2. Estas nuevas realidades plantean desafíos difíciles y complejos a los sistemas penales, delimitados por las fronteras de los Estados, los cuales tienen el poder exclusivo de perseguir y castigar los delitos. Las formas tradicionales de cooperación basadas esencialmente en pedidos formales de asistencia no permiten responder con un mínimo de eficacia a las realidades actuales.

3. La coordinación es un elemento central de la cooperación. Las autoridades competentes deben coordinarse entre sí y para eso son necesarias estructuras de apoyo, de modo que se permitan los contactos directos. La elaboración y actualización permanente de atlas judiciales, accesibles a través de internet, son de importancia fundamental. La creación y efectivo funcionamiento de redes de puntos de contacto es esencial para que esta información esté actualizada y disponible.

4. Las convenciones internacionales en vigor definen las prioridades y los elementos esenciales de un nuevo paradigma de cooperación que debe ser más simples y eficaz, basada en contactos directos, intercambio de informaciones y coordinación entre autoridades nacionales competentes y nuevos mecanismos de cooperación. Son especialmente importantes las convenciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa sobre el tráfico de estupefacientes, blanqueo de los productos del delito, la convención contra la delincuencia organizada transnacional (“Convención de Palermo”, 2000) y sus protocolos adicionales, la convención contra la corrupción (2003), las convenciones contra la trata de seres humanos y la convención sobre Cibercrimen del Consejo

de Europa (Budapest, 2001) abierta a la adhesión de Estados no miembros del Consejo de Europa y con vocación global y su protocolo adicional.

5. Más allá de las obligaciones de criminalización y establecimiento de la jurisdicción, las convenciones refuerzan la obligación de cooperación policial y judicial entre los Estados en los cuales se practican los delitos y donde se encuentran las pruebas, los actores y los productos de los delitos. La utilización de equipos conjuntos de investigación e de técnicas especiales de investigación son absolutamente esenciales para alcanzar resultados.

Equipos conjuntos de investigación

6. Los equipos de investigación conjuntos (ECI) en que participan autoridades nacionales de distintos Estados ofrecen a las autoridades nacionales un marco flexible, rápido y fácil que permite a las respectivas autoridades participar en la investigación de forma mutuamente beneficiosa.

7. Los ECI permiten a las autoridades competentes cooperar en tiempo real, estar presentes y realizar operaciones conjuntamente, asegurar la comunicación directa, el intercambio de información y coordinación para obtención de pruebas, y reforzar la confianza mutua, constituyendo el método más eficaz para hacer frente a la creciente sofisticación de las actividades delictivas organizadas.

8. La situación actual exige la modernización del sistema de cooperación jurídica internacional con leyes nacionales de cooperación judicial armonizadas con normas específicas sobre equipos conjuntos de investigación que consideren las normativas internacionales, la experiencia de aplicación de las leyes nacionales y las buenas prácticas identificadas en la Unión Europea y en los países de América latina.

9. Un apartado sobre equipos conjuntos de investigación debería señalar el concepto de ECI, identificar a las autoridades centrales implicadas, explicar la manera de su constitución, los contenidos mínimos que debe incluir el acuerdo constitutivo, normas sobre el estatuto y poderes de los oficiales participantes, sobre el intercambio directo de informaciones, validez y utilización de las pruebas, prescripciones para su correcto funcionamiento, financiación y cualquier otra que se considere de interés de acuerdo a la situación particular de cada país.

10. A la hora de redactar las leyes nacionales, sería muy importante tener en cuenta la normativa vigente en la Unión Europea (Convenio de mayo de 2000) y en el ámbito del Consejo de Europa (Protocolo del Convenio sobre asistencia judicial, 2001), los modelos ya adoptados por los estados miembros de la Unión Europea, los instrumentos y guías adoptadas por la red europea de puntos de contacto para las EIC e por Eurojust, la experiencia y buenas prácticas ya identificadas en la aplicación de estos instrumentos.

11. La ratificación e implementación en el derecho interno de los principales instrumentos internacionales adoptados en el marco de las Naciones Unidas – convenciones contra las drogas (Viena, 1988), delincuencia organizada (Convención de Palermo, 2000) y contra la corrupción (Convención de Mérida, 2003) – debería ser una prioridad, teniendo en cuenta la experiencia de aplicación e implementación de estos instrumentos, el trabajo realizado y en curso en el marco de las Naciones Unidas, las buenas prácticas ya identificadas y las perspectivas futuras.

12. Otra prioridad sería la ratificación e implementación de instrumentos regionales – Acuerdo de Cooperación entre los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación, 2010, y Convenio Iberoamericano Viña del Mar de Equipos Conjuntos de Investigación, 2013 – teniendo en cuenta las experiencias de aplicación por países que ya los han ratificado y recopilando buenas prácticas que se pueden identificar a partir de la experiencia.

13. Al igual que a nivel de la Unión Europea, con más experiencia en la formación y utilización de equipos conjuntos de investigación, se debería avanzar en la elaboración de una guía práctica de equipos conjuntos de investigación, con la participación de expertos y puntos de contacto nacionales.

14. El hecho de contar con un modelo de acuerdo único para toda la región, o válido para el máximo número de países, ayudaría enormemente a que las propuestas iniciales para la constitución del ECI, encuentren un punto de partida asumible que facilite el inicio de las negociaciones y allane el camino para llegar al resultado final.
Protección y tratamiento de datos personales

15. La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de los datos de carácter personal es un derecho fundamental. El artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea disponen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

16. La Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, que es vinculante para los países de la Unión Europea, genera estándares comunes para toda la UE en materia de protección de datos personales en la investigación y persecución de los delitos y extiende el estándar mínimo europeo de protección de datos a todos los países que deseen cooperar judicialmente con los Estados de la UE.

17. El Capítulo V de la Directiva, dedicado a las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, contiene tres diferentes posibilidades de cooperación judicial con terceros países que resultan aplicables con Latinoamérica – la transferencia mediante garantías apropiadas mediante un convenio ad hoc o mediante la verificación de las garantías por el responsable de los datos del país transferente, la cooperación basada en una decisión de adecuación y la excepcional, para supuestos muy concretos –, todas ellas basadas en la necesidad de que el país de esta región receptor de la información proveniente de un país de la UE cumpla unas garantías mínimas similares a las que se exigen a nivel europeo.

18. Los “Principios sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales” adoptados por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) podrían constituir un elemento relevante para establecer las bases de un marco jurídico común para el tratamiento de datos personales en el ámbito de la cooperación en materia penal con los países latinoamericanos.

19. Los estudios ya realizados sobre la protección de datos en Brasil, Argentina y Colombia constituyen instrumentos importantes para establecer las bases de la cooperación con estos países y para establecer criterios de comparación con otros países de la región con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y las condiciones para un aumento deseable del intercambio de datos personales para hacer más eficaz la cooperación. La adhesión al Convenio 108 del Consejo de Europa, de que todos los Estados miembros de la Unión Europea son Estados parte, constituye un elemento de gran importancia para la formación de las decisiones de adecuación exigidas por la Directiva 2016/680.
Cooperación con Eurojust

20. Eurojust desempeña un papel central en la cooperación en materia penal en el ámbito de la lucha contra la delincuencia transnacional grave y organizada. Facilita y apoya la cooperación, proporcionando contactos directos entre las autoridades competentes con el fin de intercambiar información sobre las investigaciones y las actuaciones judiciales, desarrollar acciones y estrategias de investigación proactivas, utilizar los mecanismos e instrumentos más adecuados,

en particular equipos de investigación conjuntos, y establecer la mejor coordinación posible entre las autoridades competentes.

21. Una coordinación eficaz, con el apoyo de Eurojust, podría crear las condiciones necesarias para dar mayor eficacia a los instrumentos jurídicos que se han adoptado en las últimas décadas a nivel regional y global, en particular los convenios adoptados por las Naciones Unidas, cuya aplicación efectiva es esencial para responder a las amenazas y los graves problemas causados por la delincuencia organizada.

22. La Unión Europea y los países de América Latina se enfrentan a fenómenos delictivos comunes, y es necesario utilizar todo el potencial que puede ofrecer esta agencia de la Unión Europea. Además, la profundización de la cooperación a través de Eurojust podría ser un aporte muy valioso para avanzar en el futuro en la creación de un organismo de la misma naturaleza en América Latina, de manera que los países de la región puedan aunar esfuerzos de manera más efectiva para enfrentar conjuntamente los graves fenómenos delictivos que afectan a la región.

23. Es necesario explorar las posibilidades que ofrecen las redes de cooperación, haciendo participar en ellas a las autoridades centrales y asociando a las autoridades con responsabilidades directas en las investigaciones. Es necesario que las redes dispongan del apoyo de una estructura permanente con recursos propios para transmitir pedidos y para recibir y tratar informaciones para ayudar a las autoridades nacionales a coordinarse entre sí y también para que, al menos en los casos urgentes, se pueda solicitar la intervención de dichas autoridades nacionales. Sería importante reforzar el papel de las redes de cooperación judicial y desarrollar la cooperación entre ellas propias y con Eurojust, con base en la experiencia adquirida.

24. Eurojust podrá prestar también su apoyo a las investigaciones y a la incoación de procesos penales que únicamente afecten un Estado miembro y a un tercer país cuando, siempre que se haya celebrado con dicho país algún acuerdo de cooperación o asumido algún compromiso en este sentido o siempre que en un caso concreto exista un interés esencial en prestar dicho apoyo. Eurojust podrá coordinar la ejecución de las solicitudes de cooperación judicial emitidas por un tercer Estado, si estas solicitudes forman parte de la misma investigación y requieren ejecución en al menos dos Estados miembros. Dichas solicitudes también podrán ser transmitidas a Eurojust por las autoridades nacionales competentes.

25. Eurojust podrá establecer y mantener relaciones de cooperación con las autoridades competentes de terceros países de conformidad con la estrategia de cooperación contemplada en el Reglamento, celebrar acuerdos de trabajo e intercambiar directamente toda la información con esas entidades respetando las normas aplicables en materia de protección de datos.

26. Debería ser dada prioridad a las negociaciones de acuerdos de cooperación con Eurojust entre la Unión Europea y Argentina, Brasil y Colombia autorizadas por el Consejo de la Unión Europea en 2021 con base en la recomendación de la Comisión. Estos acuerdos crean un entorno propicio en el que los terceros países pueden participar y beneficiarse de las herramientas prácticas de cooperación que ofrece Eurojust y también dan a las autoridades nacionales de terceros países la oportunidad de destinar fiscales de enlace a la sede de Eurojust para que trabajen con sus colegas de los Estados miembros, con acceso a las herramientas operativas de Eurojust.

27. Debería continuarse e intensificarse la designación de puntos de contacto en el marco de acuerdos de trabajo entre Eurojust y autoridades de los países de América Latina, lo que es, por regla general, un primer paso antes de que, sobre la base de la experiencia y la consolidación de la confianza mutua, se avance hacia acuerdos de cooperación con la designación de magistrados de enlace que trabajen dentro de la propia Eurojust.

28. La continuación de la cooperación ya iniciada en años anteriores, que ha dado excelentes resultados, especialmente en lo que se refiere a la participación en reuniones de coordinación y en equipos conjuntos de investigación, debería profundizarse y reforzarse en los próximos años para abordar de manera más eficiente y eficaz los problemas y amenazas comunes que plantea la delincuencia organizada a ambos lados del Atlántico.

29. Esta vía permitiría alcanzar a corto plazo las condiciones para que, respetando las normas de protección e intercambio de datos personales establecidas en el Reglamento Eurojust, se pueda establecer una cooperación mucho más fluida y eficaz basada en decisiones de adecuación y en la confianza mutua, que debe ser reforzada.

Líneas de acción para la investigación eficaz de los delitos de Corrupción

por Germán Garavano¹⁴⁰

Introducción

A lo largo del mundo la corrupción es un flagelo que se presenta mediante la comisión de diversos delitos que afectan a los gobiernos y perjudican a la sociedad, de diversas formas. De más está decir, a esta altura, que la corrupción es un fenómeno complejo. Parte de su complejidad, entre otras cosas, radica en la multicausalidad que le da nacimiento, como también en determinar cuál es su naturaleza jurídica. ¿Estamos ante la presencia de un delito autónomo que lesiona un bien jurídico en sí, o simplemente es uno de los medios comisivos con que pueden cometerse diversos delitos que lesionan otros bienes jurídicos, como pueden ser, por ejemplo, el lavado de activos, la malversación de fondos, el enriquecimiento ilícito, entre otros?

El debate, cuanto menos, es complejo, puesto que la doctrina entiende que de la determinación de qué es la corrupción se puede determinar, a su vez, cuáles son los intereses a proteger y, en consecuencia, cuáles son los medios para combatirla. Dicha complejidad, además, se traduce en que los medios mencionados deben ser acordes con las garantías constitucionales propias de un Estado de Derecho Liberal – tal como son la mayoría de las constituciones europeas y latinoamericanas –, una cuestión que obliga a los gobiernos a buscar, de forma permanente, un armónico equilibrio a la tensión que se deriva de la antinomia entre seguridad y libertad, que en materia penal se traduce en prevención y garantías o, si se quiere, entre legalidad y política criminal.

Sin embargo, donde sí existe consenso por parte de los autores es en la necesidad de afrontar la corrupción no solo por medio de la represión estatal, sino también con la aplicación de medidas preventivas, que no necesariamente deben pertenecer al campo penal. En este sentido, se entiende que no existe una única e imperante necesidad de reformar los códigos penales en búsqueda de reforzar el arsenal punitivo, sino, más bien, fortalecer la prevención e implementar medidas de corte procesal como, por ejemplo, agilizar los procedimientos, fortalecer la cooperación internacional o mejorar la recuperación de activos provenientes del delito. Para ello, desde luego, se entiende fundamental la dotación de medios y la preparación específica de los profesionales que intervienen en la investigación, ya sean juristas, miembros de las fuerzas de seguridad o peritos técnicos, como también fortalecer las instituciones y promover la transparencia e integridad de las acciones estatales. En definitiva, cuestiones que hagan que, además de prevenir que tales actos puedan llevarse a cabo, en caso de que se realicen las sentencias sean prontas y ciertas, pues, como bien afirmaba BECCARIA ya a fines del S.XVIII, “cuanto es menor la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de estas dos ideas: delito y pena”.

Numerosas organizaciones internacionales (multilaterales, Regionales, de cooperación) vienen realizando esfuerzos para lograr una conciencia internacional sobre la importancia de prevenir e investigar estos delitos que producen un efecto muy nocivo en la comunidad, y que cada vez más adquieren formas de ejecuciones mediante organizaciones delictivas.

140 Con la colaboración de Giuliano Laudani (doctorando Universidad Pompeu Favra)

Marco normativo general.

Siguiendo los lineamientos explicados, la comunidad internacional comenzó, poco a poco, a crear marcos normativos de referencia para delimitar a qué nos referimos cuando hablamos de corrupción; explicitar y promover la necesidad de combatirla; y especificar qué medidas tomar para hacerlo de forma mancomunada. De ahí que, al día de hoy, contemos, entre otros, con los siguientes instrumentos jurídicos:

- *Convención Interamericana Contra la Corrupción, Caracas, Venezuela, 1996.*
- *Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos en Transacciones Comerciales Internacionales, OCDE, 1997.*
- *Convención de derecho penal contra la corrupción, Consejo de Europa, 1999.*
- *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC), 2000.*
- *Convención de Las Naciones Unidas Contra la Corrupción, Nueva York, Estados Unidos, 2003.*
- *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En especial, el artículo 325.*
- *Además de los instrumentos señalados, también se puede contar con diversas declaraciones en relación a la corrupción. Estas son:*
- *Declaración de Kioto sobre la promoción de la prevención del delito, la justicia penal y el estado de derecho.*
- *Declaración del período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la ONU sobre los desafíos y las medidas para prevenir y combatir la corrupción y reforzar la cooperación internacional.*
- *Declaración conjunta Redes de Cooperación y Red contra la Corrupción de AIAMP.*

Diagnóstico

En línea con la agenda de luchar contra la corrupción por parte de la comunidad internacional, los países de Latinoamérica han realizado diversos avances. Así, por ejemplo, del relevamiento de los países en particular, y en especial de aquellos vinculados a la OCDE y que integran el PAcCTO, puede visualizarse que Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá y Perú han avanzado en legislación tendente a establecer la responsabilidad penal de personas jurídicas.

De igual forma sucedió con la recuperación de activos provenientes del delito que, a partir de la Ley Modelo de Extinción de Dominio de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la experiencia colombiana, determinó a los países a implementar una política criminal tendente a desfinanciar las organizaciones criminales y, en particular, a la creación de un sistema internacional de recuperación de activos. En ese sentido avanzaron, aunque por medio de metodologías jurídicas diferentes, entre otros, Argentina (Decreto 62/2019), Colombia (Código de Extinción de Dominio, Ley n.º 1708), El Salvador (Decreto Legislativo n.º 534), Guatemala (Decreto n.º 55-2010), Honduras (Decreto n.º 27-2010), México (Ley Federal de Extinción de Dominio) y Perú (Decreto Legislativo n.º 992).

Como puede observarse, los ejemplos en los países de Latinoamérica son numerosos, pudiendo mencionarse otros como las leyes de acceso a la información pública, las disposiciones administrativas tendientes a la transparencia en el marco de las contrataciones públicas, la creación de nuevas figuras procesales (delación premiada, agente provocador, agente encubierto, entre otros), etc. En definitiva, como se afirma en estudios realizados en el marco de EL PAcCTO, medidas de carácter preventivo (o de cumplimiento normativo) y represivo que ofician como dos enfoques complementarios a la hora de luchar contra la corrupción.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos normativos llevados adelante por la comunidad internacional, en general, y los países, en particular, de los últimos estudios realizados por la COMJIB queda en evidencia que, lamentablemente, para atacar un flagelo multicausal que se encuentra especialmente arraigado hasta incluso en los cimientos de la sociedad, no es suficiente contar únicamente con legislación a tal efecto. Es decir, la legislación es importante – de modo que los países que quieran luchar efectivamente contra la corrupción deberían adaptarla a dicho fin - pero no suficiente.

Para dar cuenta de la situación mencionada basta solo con ver los números de denuncias, casos iniciados y condenas efectivas en relación a los delitos que las convenciones multilaterales han considerado pertinentes de tipificar por parte de los ordenamientos jurídicos locales como actos de corrupción. Dichos números, en definitiva, demuestran que los esfuerzos, si bien fueron muchos, al día de hoy no alcanzan, puesto la efectividad de las imputaciones y condenas efectivas son mínimas.

Además, por otro lado, la coyuntura internacional, en especial en lo tuvo que ver con la pandemia del COVID-19, no ha ayudado a la lucha contra la corrupción. Se ha demostrado que la situación de emergencia, tanto en materia de salud como económica, generó la necesidad de dar una respuesta inmediata por parte del Estado ante tales necesidades, lo que produjo escenarios fructíferos para la proliferación de prácticas corruptas. Todo ello, dado que el Estado se vio obligado a realizar compras y contrataciones de manera excepcional, evitando así los mecanismos tradicionales que, por lo general, son más lentos debido a que deben sortear mayores controles en favor de la transparencia. Lo mismo sucedió, asimismo, con la necesidad de aprovisionamiento de vacunas, que produjo la necesidad de aceptar cláusulas confidenciales que redujeron el control por parte de los organismos destinados a tal fin.

Todo lo anterior, según los informes elevados a la COMJIB, se vio especialmente agravado en Latinoamérica, puesto que ha quedado en evidencia que los países menos desarrollados y con niveles más altos de corrupción han demostrado menor capacidad para afrontar el reto. Ejemplo de ello son las múltiples investigaciones por sobrepagos que se dieron en diferentes países y que tuvo como consecuencia que la ONU haya creado el Observatorio Regional de Precios de Medicamentos en América Latina.

Obstáculos y dificultades para enfrentar la corrupción.

Las tendencias de cara al futuro no parecerían ser optimistas, pues, siguen existiendo numerosas dificultades y obstáculos operativos que dificultan lograr progresos en la prevención y persecución penal de la corrupción. Más allá de la mala situación económica y política derivada de la pandemia del COVID 19, que dificultan especialmente la inversión e implementación de políticas públicas destinadas a la lucha contra la corrupción ante la necesidad de resolver cuestiones que parecen ser más prioritarias, existen otros elementos importantes que permiten arribar a estas conclusiones. Algunos de ellos son:

- a) *Utilización de estrategias de defensa políticas y no jurídicas por parte de los imputados ante casos de corrupción: el denominado Lawfare.*

Es sabido que diferentes líderes a lo largo y ancho del arco político latinoamericano han – y aún hoy continúan- debido afrontar procesos penales por corrupción. Y es sabido, también, que dichos líderes, en algunas ocasiones, han utilizado la estrategia del lawfare para su defensa.

El lawfare, acrónimo formado por la conjugación de las palabras en inglés: Law (ley) y Warfare (guerra), según quien le otorgo publicidad, el General de Divisiones Charles Dunlap, asesor jurídico de la Fuerza Aérea estadounidense, vendría a ser algo como “método de guerra donde la ley es usada como un medio para la realización de un objetivo militar”.

En un principio, como se observa, el término fue utilizado en el marco de la guerra. Más precisamente, como un método comunicacional que permitiese concientizar al personal militar sobre la importancia que tiene el derecho a la hora de tomar decisiones de carácter militar, en especial en un marco que se volvió “muy legalista y complejo”.

No obstante, como se mencionó, el término se fue distorsionando a lo largo de tiempo, a la vez que se comenzó a ser utilizado estratégicamente por líderes políticos como defensa ante imputaciones por corrupción. De hecho, ha sido tan amplia y mal direccionada la utilización del término, que su mismo creador ha dicho que “la discusión, lamentablemente, no está lo informada que debería estar”, por lo que sería importante clarificar sobre qué estamos hablando.

Todo ello, lamentablemente, ha atentado de forma directa a la independencia judicial y, en particular, a la percepción de confianza y legitimidad de la población en la justicia, puesto que los ciudadanos ya no saben en qué o quién creer. De ahí que, al día de hoy, reconocidos juristas mencionen, tales como Gargarella que “terraplanistas jurídicos, los cultores de la secta del lawfare se empeñan en hacernos creer lo imposible”.

La discusión jurídica de los hechos de corrupción se transforma por ende siempre en una cuestión política donde los procesos judiciales son marginales y cuestionados como parte de estrategias políticas. Se busca la deslegitimación de los procesos judiciales y las investigaciones de los Fiscales, y no se discuten aspectos jurídicos ni se brindan explicaciones sobre los hechos. Esto aumenta el descrédito de la justicia, especialmente en países donde existieron altos niveles de impunidad y baja confianza en las instituciones y la justicia en particular.

b) Estado de debilidad de las democracias.

En relación con lo anterior, y en particular a lo que tiene que ver con el uso de estrategias políticas utilizadas por líderes sospechados de corrupción como método defensivo, podemos agregar la situación de crisis que vienen atravesando las democracias en la región, entre otras cosas, por el empleo de esta clase de recursos que atentan de forma directa contra el sistema democrático.

La polarización política y la ruptura permanente de las “reglas de juego no escritas constitucionalmente” por parte de ciertos actores políticos han dado lugar a que la desconfianza de la población en la política tradicional se incremente sideralmente y, de ese modo, se haya generado un espacio que beneficia a líderes demagogos, por momentos extremistas, y con claras tendencias autoritarias en demérito del apego a la ley.

Sin embargo, a pesar de que es sabido que cada tanto existe el ascenso al poder por parte de líderes de esta naturaleza, lo cierto es que siempre se consideró que una constitución ejemplar era garantía de una república democrática sana. Desde épocas de Montesquieu en adelante, se tuvo la impresión de que un sistema político bien implementado que

garantice una correcta articulación de división de poderes aseguraría que no haya abuso por parte del gobernante de turno. No obstante, hoy en día, como afirman LEVITSKY Y ZIBLATT, “la mayoría de las quiebras democráticas no las han provocado generales y soldados, sino los propios gobiernos electos”, puesto que “muchas de las medidas gubernamentales que subvierten la democracia son “legales”, en el sentido de que las aprueban bien la asamblea legislativa o bien los tribunales”.

Parece ser, en consecuencia, que implementar y reforzar medidas contra la corrupción y el abuso de poder no resulta necesario, sino, más bien, imprescindible; no solo porque la corrupción sea un flagelo en sí mismo para la población que obtiene menos beneficios en relación a los impuestos que paga, sino porque, aparentemente, de ello depende el sostenimiento del sistema democrático en su conjunto.

c) Nuevas formas de delincuencia y herramientas para asegurar sus ganancias producto del avance tecnológico.

Así como la tecnología viene a traer mejoras en muchos procesos, como, por ejemplo, en la capacidad de digitalizar y gestionar electrónicamente y, por ende, transparentar ciertos procedimientos de contrataciones públicas, también allana el camino para ciertos grupos que la utilizan con fines espurios. Entre ellos: la corrupción.

El avance tecnológico, como ha quedado demostrado, ha dado lugar a la internacionalización de ciertas conductas delictivas, en especial en lo que tiene que ver con su capacidad operativa, como también en lo relacionado con el flujo de dinero derivado de ellas. Por ejemplo, en la actualidad, la proliferación de plataformas de dinero virtual y criptoactivos, si bien han colaborado en la mejora, agilidad y seguridad de los procesos comerciales, a su vez han servido como método de evasión, traspaso y ocultamiento del dinero, con clara incidencia en la proliferación de prácticas corruptas. Como bien afirma KINDHÄUSER, “criminológicamente vista, la corrupción es un negocio subrepticio”, dado que “aquel que recibe la ventaja normalmente no deja constancia de dicha ventaja en los libros contables exigidos por las normas mercantiles”.

En este sentido, vale mencionar los diversos trabajos que EL PACCTO y otras instituciones ha realizado en materia de identificación y recuperaciones de activos, como también en identificación de beneficiarios finales y el uso de herramientas de Análisis de información de fuentes abiertas (OSINT -Open Source Intelligence-).

A este respecto vale mencionar las numerosas recomendaciones y trabajos llevados adelante por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI -FATF- Financial Action Task Force) a partir 1989 y muy especialmente las recientes recomendaciones sobre criptomonedas, beneficiarios finales y coordinación entre la Justicia, las fuerzas de seguridad y las instituciones financieras. En similar sentido viene trabajando el GAFILAT que es el organismo regional del GAFI para América latina.

En línea con SILVA SÁNCHEZ, es innegable, por tanto, “la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizada, que operan a nivel internacional, y constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos”.

En ese sentido, y lamentablemente, los estados suelen correr detrás de los avances tecnológicos, puesto que, por lo general, vienen a sancionar normas y, por ende, “normalizar” prácticas que en la cotidianeidad ya suceden de hecho. Esta última cuestión, como pudimos observar, se acrecienta más en aquellos países en vías de desarrollo, que son, usualmente, más vulnerables a la proliferación de prácticas corruptas. Será de importancia, en consecuencia, la visión estratégica y la pronta toma de acción para mitigar dichos riesgos por parte de la comunidad internacional, en general, y los países, en particular.

A modo de conclusión parcial, podríamos decir que la tendencia de cara al futuro en lo que tiene que ver con la corrupción no parece ser buena. De hecho, podríamos también afirmar que se han incrementado las condiciones, al menos en Latinoamérica, para que la corrupción vaya en alza y sus posibilidades de mejora parezcan un ideal lejano. Por ello, será necesario redoblar los esfuerzos hasta ahora realizados y, si se puede, robustecer las líneas de acción en miras de que sean adaptables a las nuevas tendencias.

Propuestas

Como decíamos, será fundamental trabajar en diversas líneas de acción, y en especial en aquellas que puedan ser desarrolladas regionalmente de un modo sostenido en el tiempo durante, al menos, los próximos cinco años. Todo ello, con especial énfasis en la reciente declaración de Lisboa suscrita por los titulares de la Cumbre de Ministros de Justicia de Iberoamérica (COMJIB), la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI) y la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), que sostuvo principalmente que:

- El buen funcionamiento del Estado de derecho es la base para alcanzar la seguridad general y jurídica de los ciudadanos, además de facilitar el desarrollo económico de la sociedad en su conjunto.*
- La justicia y la seguridad constituyen sistemas y principios necesariamente complementarios en la lucha contra el crimen organizado.*
- Las relaciones jurídicas entre Europa y América Latina son cada día más intensas y el buen funcionamiento de la justicia es clave para combatir la criminalidad organizada en ambos lados del Océano Atlántico.*
- Las transformaciones de un mundo cada vez más conectado vienen acompañadas de riesgos derivados de abusos en el uso de las tecnologías de información y comunicación.*

Con todo, a continuación, se establecerán brevemente alguna de ellas que, como comentamos, pueden agruparse en dos grandes módulos: prevención y represión.

Impulsar medidas de prevención y que fortalezcan la cultura del cumplimiento (compliance).

El estado ha comenzado fuertemente en la incorporación de oficinas y herramientas tendientes a prevenir la corrupción. Se trata de mecanismos transversales a las diversas áreas de gobierno que permiten a través de diversas herramientas de prevenir los hechos de corrupción. Desde las habituales declaraciones juradas, identificación de personas expuestas políticamente (PEP), utilización de precios testigos, procedimientos estandarizados y accesibles de contratación, auditorías concomitantes, registro de proveedores, entre muchas otras.

Por su parte, en el marco de las empresas, la cultura del cumplimiento ha demostrado tener su efectividad. En la nueva cultura de la autorregulación regulada, que cambió la perspectiva por parte del Estado a la hora de combatir los delitos que se comenten en el seno de ellas, se ha encontrado una forma mancomunada de compartir esfuerzos y, en base a ello, luchar contra la criminalidad.

De tal forma, parecería apropiado continuar en esta senda y, por qué no, implementarla en la órbita estatal, de manera que podamos pasar de la ética pública al public compliance. Eso implicaría, en esencia, que cada administración pública implemente sus propios códigos éticos

y programas anticorrupción en base a un propio análisis de riesgos; nombre un responsable de prevención de la corrupción, supervisado por un órgano de vigilancia independiente de los cargos políticos que dirijan la administración; o establezca un régimen disciplinario de funcionarios públicos, entre otras cosas.

En relación a lo anterior, también sería de importancia incrementar y reforzar los canales y mecanismos de cooperación público privadas, en especial para dar mayor agilización a la detección temprana de delitos o, en su defecto, a las investigaciones posteriores.

Optimizar la calidad, difusión y análisis de la información.

Partiendo de la base de que la información es un insumo básico para el diagnóstico, creación e implementación de políticas públicas de cualquier índole, será fundamental optimizar su calidad, difusión y análisis. Si consideramos que los datos hablan por sí solos, la falta de, por momentos, estadísticas fiables y completas sobre la corrupción, incrementada muchas veces por lo inconveniente que resulta al funcionario de turno para sí otorgarlos, resulta una gran dificultad, una traba a la eficacia de cualquier plan de combate.

En ese sentido, es fundamental la captación y permanente actualización de los datos, que deberían, a su vez, regirse bajo premisas o indicadores básicos comunes entre los Estados miembros de una región.

Fortalecer las políticas en materia de transparencia de datos y, en particular, gobierno abierto.

En línea con lo anterior, será de vital importancia, a modo de legitimar el estado de situación de cara a la ciudadanía y, de ese modo, generar mayor confianza e identificación por parte de cada miembro de ella en favor de la batalla contra la corrupción, transparentar y volver accesibles todos los datos e información sobre el estado de situación y las políticas públicas que se están implementando en ese sentido. La participación ciudadana resulta fundamental a la hora de combatir flagelos que, en definitiva, afecta a todos por igual.

Por ello, parece apropiado continuar el fortalecimiento de los cuatro pilares básicos que estableció la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto (CIGA):

- *Transparencia y acceso a la información pública.*
- *Rendición de cuentas públicas.*
- *Participación ciudadana.*
- *Colaboración e innovación pública ciudadana.*

Además, en lo que tiene que ver con la justicia en particular, por ejemplo, continuar en el impulso de mecanismos de seguimiento de los procesos en cada instancia, promover un lenguaje claro y accesible, utilizar redes sociales como herramienta de comunicación, etc.

Continuar el robustecimiento de la legislación en materia administrativa, penal y procesal penal.

En lo que tiene que ver con bienes jurídicos de especial importancia, la decisión legislativa en favor de un adelantamiento de la punibilidad en un estadio temprano del delito es una decisión justificada. En consecuencia, conviene continuar trabajando de forma directa en el impulso de medidas que vayan en ese sentido, como, por ejemplo, implementar delitos autónomos de peligro, tanto abstracto como concreto, para sancionar prácticas tendentes a la corrupción en un estadio previo, como también delitos de resultado, como la prevaricación administrativa, y todos aquellos que refuerzan indirectamente la lucha contra la corrupción al fortalecer jurídicamente los deberes contables (falsificación de libros comerciales, cuentas y balances) y tributarios, entre otros.

Sin embargo, lo anterior no debería ser lo único, puesto que, como afirman ciertos autores, “la verdadera necesidad de reforma se encuentra en el ámbito extrapenal: en el Derecho administrativo y en la Legislación sobre financiación de partidos políticos”, así como también en el plano procesal penal. Así pues, será fundamental continuar trabajando en dichas instancias, como también en el ámbito de la prescripción y la dotación de medios.

Reforzar las herramientas y eficacia de las investigaciones de los Fiscales y los procesos penales.

En este marco, resulta relevante proseguir con el fortalecimiento de las capacidades de los Fiscales en particular y los Ministerios Públicos en general, para investigar los hechos de corrupción. A partir de principios básicos como los impulsados por la OCDE sobre independencia y transparencia de los Fiscales y Jueces, se propone continuar desarrollando las herramientas necesarias para poder llevar con éxito con las pesquisas de los casos de corrupción.

A tal fin, será necesario generar canales de denuncias anónimos y apropiados, así como también dotar de mecanismos de protección a los ciudadanos comprometidos con la causa, en especial en lo que tiene que ver con su integridad personal, económica y familiar. En definitiva, mecanismos que demuestren que para luchar contra la corrupción no hacen falta héroes que se martiricen por la causa, sino, más bien, ciudadanos que denuncien y operen en consecuencia bajo la premisa que, en un Estado de Derecho, la ley siempre los protegerá.

De igual modo, instalar o fortalecer programas de protección de testigos y de imputados colaboradores son claves para asegurar la seguridad de aquellas personas capaces de brindar información relevante no solo para acreditar los ilícitos, sino especialmente recuperar los dineros sustraídos del presupuesto público o relacionados con hechos de corrupción.

La utilización de legajos económicos /financieros son una buena práctica relevante para poder seguir la ruta del dinero en este tipo de delitos y desarticular las organizaciones detrás de ellos. Estos pueden enriquecerse mediante el uso de herramientas de investigaciones especialmente destinadas a recabar información económica como el análisis de fuentes abiertas (OSINT)

Finalmente, el fortalecimiento de las capacidades de investigación con grupos de fiscales a nivel nacional y eventualmente con la constitución de Equipos Conjuntos de Investigación (ECI) para lograr mecanismos de investigación regional, como se realizaron para diversos casos, aunque aún no con la efectividad que podría lograrse.

Los diversos Instrumentos de cooperación internacional que serán objeto de abordaje autónomo resultan sumamente relevantes cuando los delitos de corrupción son realizados regionalmente o el producto de dichos ilícitos invertido o resguardado en terceros países.

Robustecer y optimizar los mecanismos de Identificación y recupero de activos provenientes del delito.

Una política criminal que concentra sus recursos en medidas tendientes a desfinanciar las organizaciones criminales y, en particular, a la creación de un sistema internacional de recuperación de activos, como ya se ha visto, parece ser un mecanismo idóneo para luchar contra la corrupción.

El recupero de activos de bienes provenientes del delito se trata de una actividad difícil de llevar adelante. Más allá de luchar contra organizaciones con capacidad logística y financiera de envergadura, los países se encuentran con dificultades a la hora de ejecutar acciones de decomiso o extinción de dominio que garanticen el Estado de Derecho

Por eso, en relación con lo ya mencionado, cabe insistir en la necesidad de implementar mecanismos eficientes que permitan recuperar de manera ágil los activos provenientes del delito. Todo ello, por supuesto, en el marco del respeto por los derechos y garantías individuales de las convenciones internacionales, por un lado, y las constituciones locales, por otro. En este sentido, viene trabajando el PACCTO, desde hace un tiempo, por medio de diversas publicaciones, que deberían oficialiar como hoja de ruta en lo sucesivo.

Cómo se mencionó, en este capítulo es clave proseguir la línea de cooperación entre justicia e instituciones financieras que viene desarrollando el GAFI en los últimos años. Al respecto, existen numerosos progresos a nivel del Grupo EGMONT constituido por las Unidades de Información Financiera de los países del mundo, que permiten compartir información financiera sobre las personas investigadas, entre otros delitos, por lavado de dinero.

Fortalecer los mecanismos de cooperación interestatal y dotar de recursos a los organismos públicos.

Resulta fundamental fortalecer y dotar de recursos materiales, tecnológicos y humanos a las fuerzas de seguridad, la justicia y los Ministerios Públicos Fiscales. Todo ello, en miras de equiparar y aventajar a los poderes enquistados a la hora de conducir investigaciones y procesos que suelen ser complejos, en especial por el poder de las personas investigadas en la estructura estatal que, por lo general, hace que tengan medios al alcance que un ciudadano común no tiene.

Como ya mencionamos, los nuevos recursos disponibles producto de la tecnología e interconectividad transnacional que tienen a su alcance los criminales hacen fundamental la dotación de alta tecnología, así como técnicas especiales de investigación, que permitan persecuciones eficaces y ágiles, a fin de obtener resultados conducentes.

En ese sentido, continuar en el impulso de la especialización de áreas de investigación y persecución penal; mejorar los mecanismos de cooperación entre organismos públicos; modernizar y agilizar los sistemas de información y gestión de casos en los sistemas judiciales; y fortalecer la capacidad de reacción inmediata por parte de las instituciones para la investigación de flujos de dinero y otros activos ilícitos, entre otros, constituyen una prioridad.

En los últimos años, las fuerzas de seguridad han creado áreas especializadas en investigación de casos de corrupción, lo propio han hecho los ministerios públicos no solo especializando fiscalías, sino también oficinas técnicas encargadas de dar soporte en derecho administrativo, administración financiera del estado y ejecución presupuestaria, identificación y recuperación de bienes, entre muchas otras. Lo propio ha hecho la propia justicia con equipos de peritos con "expertise" adecuado para analizar este tipo de cuestiones. Incluso organismos del propio poder

ejecutivo como las oficinas anticorrupción, las mismas unidades de información financiera, el programa de protección de testigos, agencias de administración de bienes decomisados entre otros, se han especializado para la investigación y colaboración con la justicia en materia de investigación de hechos de corrupción. Todos estos organismos deben ser mirados y apoyados para lograr resultados adecuados en este tipo de procesos.

En este punto vale detenerse en la necesaria cooperación interestatal entre los diversos organismos públicos para hacer frente a estos delitos y mencionar algunas experiencias valiosas como el caso de los llamados “centros de fusión”. Se trata de ámbitos físicos donde conviven y trabajan coordinadamente diversos organismos públicos (UIF, Registros diversos -armas, antecedentes, etc.-, fuerzas de seguridad federales y estatales y fiscalías Federales y estatales). Estas experiencias son particularmente relevantes en países federales, donde la coordinación entre el nivel federal y el estatal e incluso el municipal presentan un desafío para las investigaciones, pero igualmente útiles sin duda serían aún en países centralizados o unitarios. La coordinación estatal es un elemento central para todas las investigaciones relacionadas con la criminalidad organizada y la corrupción no es una excepción. Los países deben alinear y lograr el trabajo conjunto de todos los organismos estatales para lograr resultados valiosos en el combate del crimen.

Mejorar y consolidar técnicas, herramientas y mecanismos de cooperación internacional.

Como bien se hizo mención al trabajo que viene realizando EL PAcCTO, es necesario continuar en la senda de la cooperación jurídica internacional en materia penal. En la medida que la delincuencia es transnacional, dado que no solo se pueden cometer delitos en diferentes puntos del planeta al mismo tiempo, sino que también sus resultados pueden diseminarse en diferentes jurisdicciones con mayor agilidad, es necesario contar con mecanismos de cooperación entre países que permitan afrontar de forma eficiente la complejidad de las investigaciones.

En ese sentido, herramientas como la comunicación inmediata, la constitución de equipos conjuntos de investigación, la toma de declaraciones por videoconferencia, o las cesiones de jurisdicción entre Estados para evitar la impunidad, entre otros, resultaron un claro ejemplo de líneas futuras a seguir. Así al menos se estipuló en el Seminario de Autoridades Centrales desarrollado en Panamá por el Programa EL PAcCTO, donde se concluyó que “es conveniente ampliar y fortalecer las leyes internas que faciliten a las autoridades nacionales solicitar y ejecutar la asistencia a sus homólogas de otras naciones y que atiendan las nuevas técnicas de cooperación de manera fluida, rápida y eficaz”. Por lo tanto, parece claro que resulta oportuno continuar por dicho camino.

Este camino que como se anticipó será objeto de un informe en particular, se ha visto robustecido por los acuerdos suscritos por los ministerios públicos en el marco de la AIAMP y por los ministerios de Justicia de la región por el acuerdo de Medellín en el marco de la COMJIB y el uso de la IBERED.

Capacitar a los actores relevantes y compartir buenas prácticas.

En relación a lo anterior, se debe continuar, asimismo, con la formación periódica, no solo para todos los integrantes del sistema público, sino también de cara a la ciudadanía en general, que permitan, entre otras cosas, visibilizar la situación, por un lado, y promover medidas, por otro, a fin de que la lucha contra la corrupción sea un esfuerzo mancomunado.

La capacitación de Capacitadores y los formatos de entrenamiento bilaterales y multilaterales resultan sin duda de gran relevancia. Fortalecer y apoyar las Escuelas Judiciales, los Centros

de Capacitación de Fiscales y de las fuerzas de seguridad son elementos centrales para seguir desarrollando la capacidad del estado para hacer frente a los delitos de corrupción. La incorporación de códigos de ética y la formación en valores, deben ser parte esencial también de estos programas.

Finalmente la identificación de buenas prácticas o experiencias exitosas, son otra medida efectiva para el fortalecimiento de la capacidad de los organismos públicos. Este proceso de identificar, documentar y hacer trasmisible una buena práctica o experiencias exitosa entre distintos órganos de un mismo estado o entre experiencias de diversos países, resulta de alto impacto y muy relevante dentro de la agenda de actividades relevantes que debieran impulsarse. Todas estas líneas de trabajo que aquí se proponen, pretenden reunir el estado del arte y aquellas relevadas o señaladas por los diversos trabajos previos que se han realizado previamente en la materia. Se trata de una apretada síntesis cuyo objetivo es listar o marcar aquellas acciones donde el trabajo conjunto entre la cooperación iberoamericana y los organismos específicos puede dar mejores resultados y tener un efecto multiplicador para hacer frente a los delitos vinculados a la corrupción, especialmente aquellos que son cometidos por organizaciones delictivas en grandes escalas y con significativos movimientos de dinero.

Anexo¹⁴¹

Argentina

A. Soborno de funcionarios públicos nacionales.

Se incluyen los casos criminales iniciados en virtud de denuncias radicadas por la Oficina Anticorrupción en orden a los delitos de cohecho (art. 256 del CP), ofrecimiento de dádivas (art. 258 del CP) y admisión de dádivas (art. 259 del CP).

Año	Cohecho	Ofrecimiento de dádivas	Admisión de dádivas
2018	3	0	0
2019	1	0	0
2020	0	0	1
2021	1	1	1

B. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público.

Se incluyen los casos criminales iniciados en virtud de denuncias radicadas por la Oficina Anticorrupción en orden a los delitos de malversación de caudales públicos (art. 260 del CP), peculado (art. 261 2do párrafo del CP), sustracción de caudales (art. 261 del CP), administración infiel (art. 173 inc. 7 del CP) y fraude en perjuicio de la administración pública (art. 174 inc. 5 del CP).

Año	Malversación	Peculado	Sust. caudales	Adm. infiel	Fraude en perj. de la admón pública
2018	3	0	0	19	21
2019	2	1	0	12	11
2020	1	0	4	5	5
2021	4	0	2	17	13

C. Tráfico de influencias.

Se incluyen los casos criminales iniciados en virtud de denuncias radicadas por la Oficina Anticorrupción en orden al delito de negociaciones incompatibles con la función pública (art. 265 del CP).

Año	Negociaciones incompatibles con la función pública
2018	12
2019	12
2020	8
2021	15

141 El presente ANEXO es, prácticamente, una copia transcrita del informe estadístico que se realizó en CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS, Asistencia técnica para el desarrollo de un marco de actuación regional frente a las nuevas manifestaciones de criminalidad surgidas en el contexto del COVID-19, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 79 y ss.

D. Abuso de funciones.

Se incluyen los casos criminales iniciados en virtud de denuncias radicadas por la Oficina Anticorrupción en orden a los delitos de abuso de autoridad e incumplimiento de deberes (art.248 del CP), y violación de deberes de funcionario público (art. 249 del CP).

Año	Abuso de autoridad e incumpl. de deberes	Violación de deberes de func. público
2018	5	3
2019	2	12
2020	3	0
2021	4	0

E. Enriquecimiento ilícito.

Se incluyen los casos criminales iniciados en virtud de denuncias radicadas por la Oficina Anticorrupción en orden a los delitos de enriquecimiento ilícito (art. 268 (2) del CP), y omisión de datos en declaraciones juradas (art. 268 (3) del CP).

Año	Enriquecimiento ilícito	Omisión de datos en DDJJ
2018	7	153
2019	ns / nc	123
2020	2	26
2021	6	25

F. Lavado de dinero.

Se incluyen los casos criminales iniciados en virtud de denuncias radicadas por la Oficina Anticorrupción en orden a los delitos de lavado de activos de origen delictivo (art. 303 del CP).

Año	Lavados de activo de origen delictivo
2018	1
2019	0
2020	0
2021	0

Brasil

A. Soborno de funcionarios públicos nacionales.

Se consideraron los tipos penales relacionados con la corrupción y la concusión de los artículos 317, 333 y 316, todos del CP, que dan los siguientes totales (conforme a la información disponible en el BI- proceso por tipo penal).

Año	Soborno de funcionarios públicos nacionales
2018	173
2019	352
2020	295
2021	329

B. Soborno de funcionarios públicos extranjeros.

Se consideraron los tipos penales de corrupción activa en transacción comercial internacionales en el artículo 337-B del CP (conforme a la información disponible en el BI- proceso por tipo penal).

Año	Soborno de funcionarios públicos extranjeros
2020	2

C. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desvío de bienes por un funcionario público.

Se consideraron el tipo penal de malversación, y otros artículos de la Ley de Responsabilidad de Alcaldes y Concejales, previstos en el art. 312 del CP y en el art. 1 I, II, III del Decreto Ley n.º 201/67 (según consta en el BI, proceso por tipo penal).

Año	Desvío de bienes por funcionario público
2018	826
2019	712
2020	759
2021	751

D. Tráfico de influencias.

Se consideró el tráfico de influencias previsto en el art. 332 del Código Penal (según registro en el BI, proceso por tipo penal).

Año	Tráfico de influencias
2018	418
2019	376
2020	395
2021	405

E. Enriquecimiento ilícito.

El enriquecimiento ilícito no es tratado como delito por la legislación penal brasileña, sino como improbidad administrativa.

F. Lavado de dinero.

Tomando como parámetro las referencias a la Ley 9.613/1998, se arribó a los siguientes números (según lo registrado en el BI, proceso por tipo penal).

Año	Lavado de dinero
2018	196
2019	138
2020	107
2021	135

G. Detalle de sumas de dinero decomisadas.

Considerando las operaciones policiales de combate a la corrupción y malversación de fondos y recursos, se arribó a las siguientes cifras de montos decomisados:

Año	Sumas de dinero decomisadas
2018	R\$ 1.807.149.208,58
2019	R\$ 2.129.889.081,43
2020	R\$ 5.209.226.203,73
2021	R\$ 421.642.496,65

Colombia

Casos criminales iniciados y condenas (corrupción):

A. Soborno de funcionarios públicos nacionales y soborno de funcionarios públicos extranjeros.

Año	Denuncias
2018	487
2019	471
2020	400
2021	326
Total de personas condenadas que actualmente se encuentran privadas de su libertad	240

B. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público.

Año	Denuncias de peculado por aprobación
2018	5236
2019	4367
2020	3789
2021	3789
Total de personas condenadas que actualmente se encuentran privadas de su libertad	96

C. Tráfico de influencias.

Año	Denuncias
2018	407
2019	375
2020	352
2021	413
Total de personas condenadas que actualmente se encuentran privadas de su libertad	2

D. Abuso de funciones.

Año	Denuncias
2018	376
2019	434
2020	319
2021	374
Total de personas condenadas que actualmente se encuentran privadas de su libertad	2

E. Enriquecimiento ilícito.

Año	Denuncias
2018	381
2019	376
2020	239
2021	322
Total de personas condenadas que actualmente se encuentran privadas de su libertad	37

F. Lavado de dinero.

Año	Denuncias
2018	416
2019	657
2020	561
2021	941
Total de personas condenadas que actualmente se encuentran privadas de su libertad	120

Uruguay

Denuncias	2018	2019	2020	2021
Abuso de funciones en casos no previstos por la ley	256	381	411	358
Asistencia al lavado de activos	24	13	15	17
Cohecho calificado	62	13	15	17
Cohecho simple	9	10	7	8
Concusión	9	5	6	5
Conjunción del interés personal y del público	8	11	5	2
Conversión y transferencia de activos para el lavado	5	16	10	17
Fraude	91	82	97	102
Ocultamiento de activos para el lavado	1	2	1	0
Peculado	34	25	26	12
Posesión y tenencia de activos para el lavado	5	2	NA	2
Soborno	14	22	20	14
Tráfico de influencias	9	12	23	21
Utilización indebida de información privilegiada	11	25	18	34

Imputaciones a personas	2018	2019	2020	2021
Estafa	4	348	507	410
Soborno	0	14	11	3
Peculado	0	20	31	4
Conjunción del interés personal y del público	0	1	0	0
Tráfico de influencias	0	1	0	0
Abuso de funciones en casos no previstos por la ley	0	11	9	23
Concusión	0	2	2	3
Cohecho calificado	0	32	19	44
Cohecho simple	0	0	0	0
Fraude	1	3	1	9
Utilización indebida de información privilegiada	0	3	0	2
Conversión y transferencia de activos para el lavado	2	0	2	3
Posesión y tenencia de activos para el lavado	2	6	5	9
Ocultamiento de activos para el lavado	2	2	1	0
Asistencia al lavado de activos	0	38	64	164

Condenas a personas	2018	2019	2020	2021
Estafa	3	240	401	377
Soborno	0	4	10	3
Peculado	0	14	25	14
Conjunción del interés personal y del público	0	0	0	1
Tráfico de influencias	0	0	0	0
Abuso de funciones en casos no previstos por la ley	0	0	3	18
Concusión	0	1	3	5
Cohecho calificado	0	27	18	39
Cohecho simple	0	0	0	1
Fraude	1	0	1	12
Utilización indebida de información privilegiada	0	2	0	0
Conversión y transferencia de activos para el lavado	0	1	1	1
Posesión y tenencia de activos para el lavado	0	1	4	6
Ocultamiento de activos para el lavado	0	0	1	0
Asistencia al lavado de activos	0	45	77	182

Estado de derecho, derechos humanos y género en Latinoamérica

por Paulina Téllez

Antecedentes

El concepto de los derechos fundamentales está aparejado con la idea de la igualdad y que todos tienen los mismos derechos, entendiendo que los titulares son los humanos; por lo que se ha privilegiado la expresión Derechos Humanos para que el concepto incluya al varón y a la mujer.

De ahí en adelante, siempre se estimó que el sujeto pasivo de los derechos fundamentales de la persona humana era el Estado; así pues: en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, se establece de manera directa o indirecta que los estados están obligados a promover el respeto y a hacer efectivo el goce de los derechos en ellos consagrados.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana que se celebró en Bogotá el 2 de mayo de 1948, con anterioridad a la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU; puede ser calificada como la Convención pionera de los Derechos Humanos en el mundo y el instrumento más importante en la materia, aprobado en el sistema interamericano.

Los Estados Americanos al adoptar esta Declaración tomaron en consideración la condición humana de los ciudadanos antes que su pertenencia a un Estado Nacional determinado, legitimando así la lucha por la afirmación y respeto de estos derechos. El Preámbulo de esta Declaración manifiesta:

Los Estados Americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

Esta Declaración consagra el derecho de todo ser humano a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; la igualdad ante la ley; el derecho a profesar libremente la creencia religiosa; la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento; la protección contra los ataques a la honra, la reputación y la vida privada y familiar; la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia; el derecho a la salud, la educación, la vida cultural y comunitaria, al trabajo en condiciones dignas, a la seguridad social; el derecho a recurrir a los tribunales y hacer valer sus derechos; la presunción de inocencia y el derecho de asilo, entre las garantías más importantes.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, sintetiza: todos los principios y preceptos contenidos en todos y cada uno de los instrumentos jurídicos que a través de la historia se han proclamado:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; por lo que el reconocimiento de los mismos no estará basado en distinciones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, o cualquier otra condición”.

“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.
“Nadie será sometido a esclavitud, servidumbre, trata de esclavos, torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

“Todos son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección y a un recurso efectivo ante los tribunales. Nadie será arbitrariamente detenido, preso ni desterrado. Será oído públicamente por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en materia penal”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José, fue adoptada en la Conferencia Americana de San José, celebrada en 1969 y que entró en vigor el 18 de julio de 1978, constituye el instrumento internacional que detalla con mayor amplitud los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Americana.

El objetivo y fin de la Convención fue la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independientemente de su nacionalidad. El mayor aporte otorgado por esta Convención fue, por un lado, la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo único en el ámbito del Derecho Internacional, por sus funciones jurisdiccional y consultiva y, por otro, el derecho que se confiere a las personas de presentar una petición o queja en contra de cualquier Estado que haya cometido violaciones a las garantías fundamentales.

Expansión y universalidad de los derechos humanos

Los derechos fundamentales en América Latina han sufrido un proceso de intensa evolución en los últimos años. Si nos remontamos a la segunda mitad de la década de los 70 del siglo pasado, veremos las grandes diferencias que existen respecto a lo que tenemos hoy en día en materia de derechos. Lo que en otras latitudes tomó dos siglos, en América Latina se ha conseguido, con muchos problemas, defectos y riesgos, en menos de tres décadas.

En términos generales, la imparable expansión de los derechos enunciados por las Constituciones de la región comenzó en Francia y Estados Unidos. La expansión de los catálogos de derechos se ha producido por la universalización de los titulares de los derechos y de la mayor especificación que van adquiriendo sus contenidos.

La universalidad es una característica que ha acompañado a los derechos fundamentales desde su nacimiento. De hecho, uno de los primeros catálogos de derechos, que además es, quizá, el más importante de todos los tiempos, es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (conocida simplemente como Declaración francesa), la cual pone en evidencia que sus normas están dirigidas no solamente a los franceses, sino a todas las personas y que su ámbito de validez racional no se limitaba a Francia, sino que pretendía ir más allá de sus fronteras, como efectivamente lo hizo.

En la historia de los derechos hemos encontrado muchas formas distintas de redactarlos, también se han dado muchas influencias entre los distintos textos que los recogen; influencias ideológicas e influencias “textuales”, por medio de las cuales los poderes constituyentes han redactado de forma muy parecida las normas que establecen ciertos derechos.

La caracterización de los derechos fundamentales como derechos universales no solamente sirve para extenderlos sin distinción a todos los seres humanos y a todos los rincones del planeta, sino que también es útil para deducir su inalienabilidad y su no negociabilidad.

Por lo que, a partir de las primeras décadas del siglo XX se empieza a hablar de los derechos de los trabajadores, de los campesinos, de los niños, de los ancianos, de las personas con discapacidad, de los enfermos, de las mujeres, de los indígenas, de los consumidores, de los inmigrantes, de las minorías sexuales, entre otros.

Constituciones de los países de Latinoamérica

La Constitución de México, legislada en 1917, realizó un verdadero salto en el tiempo al constitucionalizar derechos para grupos en situación de vulnerabilidad, como los campesinos y los trabajadores.

Otro ejemplo es la Constitución Guatemalteca de 1985, la que no solamente nos ofrece un largo catálogo de derechos, sino que también se ocupa de clasificarlos, ofreciendo al lector una primera clave de lectura de gran relevancia.

Las Constituciones de Brasil, en 1988, y de Colombia, en 1991, las que, con base en las experiencias europeas de la Segunda Posguerra, se expanden hasta niveles previamente desconocidos los catálogos de derechos.

En Brasil el afán clasificatorio de otros documentos no preocupa demasiado a los autores de su texto constitucional, quienes, por ejemplo: decidieron redactar un extenso artículo 5 que cuenta con 78 fracciones, muchas de las cuales se dividen en distintos apartados; en este artículo se encuentran tanto cuestiones sustantivas como procedimentales (es decir, tanto derechos, como garantías).

La misma Constitución brasileña pone aparte los derechos sociales (artículos 6 a 11), el régimen jurídico de la nacionalidad (artículos 12 y 13) y los derechos políticos (artículos 14 a 16).

Una visión más moderna, incluso terminológicamente, se observa en el texto colombiano, de 1991, cuyo Título II se denomina “De los derechos, garantías y deberes”. En ese Título se encuentra una clasificación que separa los derechos fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos colectivos y del ambiente, y los deberes y obligaciones (una distinción parecida puede observarse en la Constitución Peruana de 1993). Es probable que la distinción entre derechos fundamentales y otro tipo de derechos (como los sociales) provenga de la no muy acertada fórmula del artículo 53 de la Constitución Española, que parece distinguir los derechos “plenos”, objeto de protección por todos los tribunales o mediante amparo ante el Tribunal Constitucional, de los simples principios que sirven para “informar” la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

La Constitución de Argentina, reformada a profundidad en 1994, contiene un capítulo segundo dedicado a “Nuevos derechos y garantías”, dentro del cual se encuentran interesantes desarrollos para su catálogo de derechos, incluyendo medios de tutela oponibles a particulares (como el juicio de amparo, según el artículo 43 párrafo primero). Infortunadamente, se trata de un capítulo poco sistemático, ya que mezcla cuestiones no muy homogéneas, lo que probablemente no aporte una adecuada guía de lectura para quienes quieran profundizar en su conocimiento.

La Constitución Mexicana ha ido incrementando paulatinamente el espacio dedicado a la regulación de los derechos fundamentales, a los que, siguiendo la tradición de hace dos siglos, todavía les llama “garantías individuales”, se pueden encontrar cuestiones relativas a la economía nacional, a la planeación del desarrollo o incluso a los órganos constitucionales autónomos.

Entre las reformas que han suscitado un mayor debate, podemos señalar las siguientes:

- En el año 2001 por medio de la cual se incluye una extensa regulación de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

- La reforma realizada en junio de 2008 para introducir una detallada regulación de las bases del procedimiento penal; y

- La reforma efectuada en junio de 2011, con la cual se establece que en México todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia carta magna y en los tratados internacionales de los que el país sea parte, significa un cambio tan positivo como profundo en el funcionamiento del Estado mexicano.

De hecho, la propia reforma constitucional obliga a todas las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Además, el texto de la ley fundamental establece que la interpretación normativa en materia de derechos humanos se hará de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas.

Las Constituciones más recientes (Venezuela, Ecuador y Bolivia) contemplan amplios catálogos de derechos, construidos sobre la base de los ya señalados, aunque también expresan ciertas preocupaciones locales; en su tramitación y proceso de aprobación han sido objeto de intensos debates.

Cabe señalar que, no todo el contenido de las declaraciones de derechos que se encuentran en el Constitucionalismo de América Latina responde a estándares progresistas y respetuosos de la dignidad humana. Hay también, infortunadamente, un “constitucionalismo conservador” en la región, que ha dejado su huella en las correspondientes secciones que recogen los derechos fundamentales.

Aunque los ejemplos podrían multiplicarse, vale la pena ilustrar lo dicho con al menos los siguientes:

A) La Constitución de El Salvador establece, en su artículo 13 párrafo cuarto, lo siguiente: “Por razones de defensa social, podrán ser sometidos a medidas de seguridad reeducativas o de readaptación, los sujetos que, por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgos inminentes para la sociedad o para los individuos”. Parece difícil reunir más ideas retrógradas en un solo párrafo. Se trata de una norma que viola varios de los más esenciales principios de cualquier sistema penal democrático y que refleja ideas del siglo XIX, por decir lo menos.

En normas como esta se autoriza al Estado a llevar a cabo casi cualquier tipo de represión sobre las personas, no siendo necesario ni siquiera que hayan hecho algo, puesto que se habla en ese precepto de conceptos tan evanescentes como “defensa social”, “actividades antisociales, inmorales o dañosas”, “estado peligroso” y “riesgos inminentes”. Es decir, en ese artículo se contiene un compendio de todo aquello contra lo que lucha el derecho penal garantista.

La misma Constitución ordena al Estado “fomentar” el matrimonio en su artículo 32, y regular las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer en el artículo 33. Parece obvio el sesgo conservador de tales preceptos, respecto de los “modelos” de convivencia familiar constitucionalmente aceptados. La idea de fomentar el matrimonio desde el ámbito de actuación de los poderes públicos supone implícitamente minusvalorar otras formas de convivencia, bajo un régimen jurídico no matrimonial.

La referencia a las relaciones familiares estables entre un hombre y una mujer conlleva una descalificación poco menos que explícita de las relaciones homosexuales, generando de esa forma una discriminación hacia las personas que toman la decisión de convivir o mantener una relación afectiva con otra de su mismo sexo. Una discriminación que está inexplicablemente prevista en el texto de la norma suprema.

De forma contraria, en un modelo mucho más progresista, el artículo 66.9 de la Constitución de Ecuador, reconoce y se garantiza a todas las personas “El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual...”

B) La Constitución de Guatemala, en su artículo 3 deja zanjado el tema de los derechos de la mujer sobre su propio cuerpo al disponer que se protege la vida humana desde su concepción, con lo cual envía un mensaje muy claro al legislador para que tome medidas represivas contra las mujeres que decidan interrumpir voluntariamente su embarazo.

Sin embargo, el artículo 18 de la misma Constitución Guatemalteca dispone que: “Se puede imponer la pena de muerte excepto en los siguientes casos:

- Con fundamento en presunciones*
- A las mujeres*
- A los mayores de sesenta años*
- A los reos de delitos políticos y comunes conexos con los políticos; y*
- A reos cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.*

Contra la sentencia que imponga la pena de muerte, serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, inclusive el de casación; este siempre será admitido para su trámite. La pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos.

El Congreso de la República podrá abolir la pena de muerte”

Por su parte, el artículo 19 establece que:

El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas:

a) Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos;

Afortunadamente, los teóricos de América Latina están comenzando a hacer sus propios planteamientos y están aportando una visión moderna de los derechos fundamentales, los principales desarrollos se observan en: Argentina, Brasil, Colombia y México; aunque se está produciendo un movimiento muy importante en el Perú y en Ecuador, países que esperamos en los próximos años generen interesantes aportaciones teóricas.

Eventos históricos que marcaron la construcción del estado de derecho en los países de Latinoamérica y sus nuevas formas de gobierno

El proyecto de construcción al Estado de Derecho en Latinoamérica se nutrió principalmente de las ideas ilustradas en el que la democracia, la libertad y el respeto a las personas reflejan una sociedad más igualitaria y justa; además de que la protección, promoción y garantía a los derechos humanos surgió como un modelo globalizador. Veremos algunos ejemplos:

Argentina

Con el ascenso al poder del General Juan Domingo Perón, en 1946, empieza una etapa de “control del poder” por parte de los militares, con pequeños paréntesis de gobiernos civiles constitucionales. En 1976, el gobierno de María Estela Martínez de Perón “Isabelita”, fue depuesto por una Junta Militar encabezada por el General Jorge Videla. Los militares suspendieron todas las garantías, desataron una ola de secuestros y asesinatos y crearon la ominosa figura del “desaparecido”. Las organizaciones defensoras de los derechos humanos denunciaron la existencia de más de 25,000 desaparecidos y elaboraron una lista documentada con más de 7,000 casos, de los cuales el 80% fueron detenidos por fuerzas de seguridad, ante testigos y su destino nunca se supo con certeza. Un documento de las Fuerzas Armadas declaró en 1983 que los desaparecidos debían considerarse muertos en enfrentamientos contra efectivos antiguerrilleros.

Organización Actual

Forma de Estado: República Federal.

Poder Ejecutivo: de acuerdo con la Constitución Nacional de Argentina, el Poder Ejecutivo recae en la figura del presidente de la Nación Argentina. El presidente y el vicepresidente tienen una duración en el cargo de cuatro años y pueden ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Ambos cargos son elegidos por medio de voto directo en doble vuelta.

Poder Legislativo: bicameral compuesto por la Cámara de Diputados de la Nación Argentina (257 diputados) y por el Senado (72 senadores).

La elección de los miembros de ambas Cámaras es por votación directa y se lleva a cabo cada dos años para renovar la mitad de la Cámara Baja y un tercio de la Cámara Alta. El período de los diputados es por cuatro años y el de los senadores es por seis años.

Poder Judicial: Es ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso argentino establezca en el país.

Cuba

Desde su independencia fue gobernada, desde 1899 a 1902, por los Estados Unidos, en ese año entró en vigencia una Constitución que incluía la llamada “enmienda Platt”, por la que se reconocía a los Estados Unidos el derecho a intervenir militarmente en Cuba y a retener Guantánamo, donde establecieron una poderosa base aeronaval que aún la conservan. En 1933 un levantamiento popular derroca al dictador Machado. Asume el poder Grau San Martín, quien intenta imponer medidas populares, pero es forzado a renunciar por presión norteamericana. El Sargento Fulgencio Batista, más tarde General, emerge como figura clave en un período turbulento, caracterizado por la corrupción y el gansterismo, con el apoyo de los Estados Unidos.

El 10 de agosto de 1952, Batista dio otro golpe de estado e implantó un régimen despótico que costó la vida a más de 20.000 cubanos. El 26 de julio de 1953 aparece la figura de Fidel Castro, quien encabeza una lucha insurreccional contra Batista, el 31 de diciembre de 1958 Batista huye de Cuba y el Movimiento Guerrillero “26 de julio”, organizado por Fidel Castro, derrocó al corrupto ejército batistiano. El gobierno de Fidel Castro se alineó al bloque soviético y constituyó un elemento importante en la Guerra Fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética y sus aliados. La Revolución Castrista alcanzó logros importantes en la salud y educación, reconocidos mundialmente, pero al mismo tiempo Fidel Castro fue acusado de dictador y de violar los derechos humanos.

Organización Actual

Forma de Estado: es un Estado Socialista de Trabajadores.

En 2018 se inició un proceso de Reforma Constitucional para la elaboración de una nueva Carta Magna cubana, la cual fue aprobada por la Asamblea Nacional el 22 de diciembre de 2018, por referéndum el 24 de febrero de 2019 y fue promulgada el 10 de abril de 2019 por la Asamblea Nacional. De forma general, la nueva Constitución ratifica el carácter socialista como sistema político de la isla, con elementos nuevos como la apertura a su economía al mercado, a la propiedad privada y a la inversión extranjera, bajo el control del Estado.

Poder Ejecutivo: El máximo órgano ejecutivo y administrativo es el Consejo de Ministros, que constituye el Gobierno de la República de Cuba. El Consejo de Ministros está integrado por el primer ministro (Jefe de Gobierno), los viceprimeros ministros, los ministros, el secretario y otros miembros que determine la ley.

Además, la Asamblea Nacional elige entre sus diputados al presidente (Jefe de Estado) y vicepresidente de la República, por un periodo de cinco años, quienes solo pueden ejercer el cargo por dos periodos consecutivos.

Poder Legislativo: Unicameral y está depositado en la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), integrada por 605 escaños, cuya elección se lleva a cabo cada cinco años, por medio del voto libre, directo y secreto de los electores.

Es el órgano supremo del poder del Estado cubano. Representa y expresa la voluntad soberana de todo el pueblo, es el único órgano con potestad constituyente y legislativa en la República.

La Asamblea Nacional del Poder Popular, al constituirse para una nueva legislatura, elige de entre sus diputados a su presidente, al vicepresidente y al secretario. La ley regula la forma y el procedimiento mediante el cual se constituye la Asamblea y realiza esa elección.

Poder Judicial: integrado por el Tribunal Supremo Popular, el cual está compuesto por un presidente, un vicepresidente, 41 jueces profesionales, y por jueces legos.

La organización incluye el Consejo de Estado y a los tribunales en materia penal, civil, administrativa, laboral, delitos contra el estado y militares. También forman parte los Tribunales Provinciales Populares, los Tribunales Regionales Populares y los Tribunales Populares.

La Asamblea Nacional elige al presidente, al fiscal general de la república y al contralor general de la república

Chile

El 11 de septiembre de 1973 el General Augusto Pinochet encabezó un golpe de estado. El palacio presidencial de la Moneda fue bombardeado por la aviación. El presidente Allende se suicidó. Se desató una cruenta represión: fusilamientos sumarios, campos de concentración, torturas y el procedimiento ominoso, igual que en Argentina, de los “desaparecidos”.

El régimen de los militares chilenos, integrado en la ola de dictaduras que recorrió el Cono Sur en la década del 70, inspiradas en la Doctrina de la Seguridad Nacional, contó con el apoyo de la oligarquía y de la clase media chilenas, así como de las empresas trasnacionales, a las cuales les fueron devueltas las empresas que habían sido nacionalizadas en el gobierno de Allende. El aislamiento internacional que sufrió el gobierno chileno y el desgaste político obligó a Pinochet a preparar el retorno al estado de derecho. El 11 de marzo de 1990 asumió el poder de un gobierno constitucional encabezado por el presidente Patricio Aylwin. En abril, el presidente designó una comisión, llamada Verdad y Reconciliación, para investigar violaciones a los derechos humanos. La comisión confirmó la existencia de por lo menos 2,229 desaparecidos, que fueron dados por muertos.

Organización Actual

Forma de Estado: de acuerdo con la Constitución Política de 1980, Chile está constituido como un Estado unitario, con un territorio dividido en regiones. El país sudamericano es una República Democrática, en la que la soberanía reside en la Nación y su ejercicio lo realiza el pueblo a través del plebiscito y la celebración de elecciones periódicas.

Poder Ejecutivo: el presidente es Jefe de Estado y de Gobierno, y dentro de sus atribuciones están la conservación del orden público y la seguridad externa del país de acuerdo con la Constitución y las leyes. Es elegido por voto directo y mayoría absoluta para un período de cuatro años y no puede reelegirse para el período siguiente. En la elección, si se presentan más de dos candidatos y ninguno obtiene más de la mitad de los sufragios, se procede a una segunda vuelta con los dos candidatos que hayan obtenido los más altos porcentajes de la votación y de ella resulta electo el presidente.

Poder Legislativo: Congreso Nacional de Chile, bicameral, conformado por el Senado y la Cámara de Diputados. Sus miembros son elegidos por votación directa.

La Cámara Alta está integrada por 43 miembros, que ocupan sus cargos por un periodo de ocho años, renovándose alternadamente cada cuatro años. En el caso de la Cámara de Diputados son 155 miembros para un periodo de 4 años. Los parlamentarios pueden reelegirse en sus cargos.

Poder Judicial: de acuerdo con la Constitución Política de Chile, corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, la facultad de conocer las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado.

La estructura del Poder Judicial se compone por la Corte Suprema, integrada por 21 ministros, 17 Cortes de Apelaciones, de las cuales dependen 465 tribunales de primera instancia distribuidos en todo el país

Haití

Es el único país latinoamericano que se encuentra entre los 25 más pobres del mundo y el más pobre de América. En 1957 apoyado por el Ejército Nacional (Garde d'Haití) y los Estados Unidos, asume la presidencia François Duvalier. A través de Duvalier, el ejército, la burguesía comercial, la jerarquía eclesiástica y la burocracia estatal, ligados al Departamento de Estado norteamericano, controlaron la vida del país por más de 30 años. En 1964, Duvalier (conocido popularmente como Papá Doc) se declaró presidente vitalicio. A su muerte, en 1971, su hijo Jean-Claude Duvalier (Baby Doc) heredó la presidencia de la república. Cabe señalar que uno de los pilares de los dos regímenes fueron los “tonton-macoutes” (más de trescientos mil “voluntarios de la seguridad nacional”) que dieron a los gobiernos el monopolio terrorista de la violencia física y psicológica.

Hasta 1985 se calculaba que fueron cuarenta mil los asesinatos cometidos por el régimen de Baby Doc. En medio de una creciente ola de protestas y huelgas en todo el país, Duvalier huyó en un avión de la fuerza aérea norteamericana para recibir luego asilo transitorio de parte del gobierno de Francia. Haití ha vivido una etapa permanente de desestabilización política.

Organización Actual

Forma de Estado: República semi-presidencialista. Los artículos 58, 59 y 60 de la Constitución de 1987 establecen que la soberanía radica en todos los ciudadanos y que estos delegan el ejercicio de esa soberanía a las tres ramas del Gobierno: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, cada una de las cuales es independiente y no pueden traspasar los límites de poder que la Constitución les confiere.

Poder Ejecutivo: el presidente es elegido por sufragio universal directo determinado por mayoría absoluta, y no puede ser reelegible de manera inmediata. En caso de no haber un ganador en la primera vuelta, la elección se define por un ballottage entre los dos contendientes principales.

Las elecciones presidenciales deben celebrarse el último domingo de noviembre, en el quinto año del mandato presidencial. La duración del período presidencial es de cinco años y debe iniciarse y terminarse el 7 de febrero siguiente a la fecha de las elecciones. Un presidente no puede ejercer más de dos mandatos y estos no pueden ser consecutivos.

El presidente es el encargado de designar al primer ministro entre los miembros del partido con mayoría en el Parlamento, mismo que debe ser ratificado por este último. El presidente también es el jefe nominal de las Fuerzas Armadas y, con el consentimiento del Senado, nombra al comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.

El Gobierno está formado por el primer ministro, los ministros y los secretarios de Estado. El primer ministro es el jefe de Gobierno y dirige la política interna de la nación. Es el encargado de designar a los miembros de su gabinete con la aprobación del presidente y el voto de confianza de las Cámaras del Congreso. Además, es responsable de la defensa nacional y del cumplimiento de las leyes.

Poder Legislativo: la Constitución de 1987 establece el sistema Parlamentario Bicameral compuesto por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores; reunidos en conjunto, constituyen la Asamblea Nacional.

El Senado sesiona de forma permanente y está integrado por 30 senadores, 3 por cada Departamento; se renueva por tercios cada dos años.

La Cámara Baja está compuesta por 118 diputados, uno por cada circunscripción, los cuales se renuevan cada cuatro años.

Poder Judicial: el Artículo 173 de la Constitución de 1987 establece que el sistema judicial está integrado por el ministerio de Justicia y Seguridad Pública, la Fiscalía, la Procuraduría del Ciudadano y de la Ciudadana y la Policía Nacional.

El Poder Judicial es ejercido por la Corte Suprema (Cour de Cassation), los Tribunales de Apelaciones, los Tribunales de Primera Instancia, los Juzgados de Paz y los tribunales especiales. La Corte Suprema es el tribunal con la mayor jerarquía jurisdiccional en el país. Está compuesta por nueve jueces y está dividida en dos secciones que operan individualmente en una cámara común. El presidente designa a los jueces de acuerdo a una lista de al menos tres candidatos, preparada por el Senado, por un periodo de 10 años en el cargo y no pueden ser removidos.

Paraguay

Ha sido un país signado por las guerras; Brasil, Argentina y Uruguay, con el apoyo del imperio inglés, firmaron la llamada “Triple Alianza” que en 1865 desencadenó una guerra genocida contra el Paraguay. Sesenta y dos años más tarde, en otra guerra fratricida, Paraguay se enfrentó a Bolivia en la llamada “Guerra del Chaco” (1932-1935), estimulada esta vez por las trasnacionales petroleras rivales. Paraguay resultó vencedor, pero perdió cincuenta mil hombres en los campos de batalla.

En 31 años se sucedieron 22 presidentes, hasta que en 1954 un golpe de Estado entronizó al General Alfredo Stroessner, descendiente de alemanes, admirador del nazismo y protector de criminales de guerra escapados de Europa. Stroessner fue reelegido siete veces, la última en febrero de 1988. Solo admitía una “oposición” legal, cuyos dirigentes eran muchas veces designados por él mismo; luego de 35 años de haber gobernado con mano de hierro, su gobierno caracterizado por la represión y corrupción fue depuesto el 3 de febrero de 1989 por un movimiento de tropas encabezado por su consuegro, el General Andrés Rodríguez. Stroessner huyó y se exilió en Brasil.

Organización Actual

Forma de Estado: El artículo 1 de la Constitución establece que la República del Paraguay se constituye como un Estado social de derecho, unitario, indivisible y descentralizado. Además, agrega que este país “adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”.

Poder Ejecutivo: Es ejercido por el presidente de la República, quien es electo por votación popular por un periodo de cinco años. La Constitución de la República del Paraguay establece que el presidente y el vicepresidente deben ser elegidos conjunta y directamente por el pueblo, por mayoría simple de votos, en comicios generales. Ambos no pueden ser reelectos en ningún caso (Arts. 229-230).

Poder Legislativo: Es bicameral. El Congreso está integrado por la Cámara de Senadores compuesta por 45 miembros y por la Cámara de Diputados integrada por 80 miembros. Todos son electos por votación y un periodo de cinco años.

Poder Judicial: El órgano superior es la Corte Suprema de Justicia integrada por nueve magistrados. La estructura judicial se integra además por el Tribunal de Cuentas, los Tribunales de Apelación, los Juzgados de Primera Instancia, la Justicia de Paz Letrada, los Juzgados de Instrucción en lo Penal y los Jueces Árbítrios y Arbitradores, además de un Consejo de la Magistratura.

República Dominicana

Estados Unidos ha ejercido su influencia en lo político y económico; en 1907 impusieron al país un tratado que preanunciaba la “diplomacia del dólar”. Valiéndose de ese tratado invadieron República Dominicana en 1916, imponiéndole un protectorado hasta 1924. Recuperada la autonomía, Rafael Leonidas Trujillo, Jefe del Estado Mayor de la Guardia Nacional –creada y entrenada por las fuerzas norteamericanas de ocupación- asaltó el poder en 1930 y gobernó dictatorialmente. Sus crímenes fueron tantos y tan monstruosos que finalmente se volvió molesto para los propios Estados Unidos. Trujillo fue asesinado en 1961; al morir, Trujillo era propietario del 71% de la tierra cultivable del país y del 90% de su industria. Posterior a su muerte y tras una rebelión popular, en 1963 se realizaron las primeras elecciones democráticas del país, en las que resultó elegido presidente el escritor Juan Bosch. Siete meses después otro golpe lo derribó y restituyó en el poder a los mismos militares de la dictadura trujillista. Luego de una etapa de desestabilización política y de la intervención norteamericana, los Estados Unidos permitieron el acceso al poder de uno de los incondicionales de Trujillo, el Dr. Joaquín Balaguer, quien gobernó al país alrededor de 30 años.

Organización Actual

Forma de Estado: La Constitución de la República Dominicana establece en su artículo 4 que el gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo.

Poder Ejecutivo: representado por el presidente de la República, quien es elegido cada cuatro años por voto directo. El Presidente o la Presidenta de la República podrá optar por un segundo período constitucional y consecutivo y no podrá postularse jamás al mismo cargo ni a la Vicepresidencia de la República”.

El artículo 209, inciso 1) de la Constitución dominicana establece que “cuando en las elecciones celebradas para elegir al Presidente de la República y al Vicepresidente ninguna de las candidaturas obtenga al menos más de la mitad de los votos válidos emitidos. En esta última elección solo participarán las dos candidaturas que hayan alcanzado el mayor número de votos, y se considerará ganadora la candidatura que obtenga el mayor número de los votos válidos emitidos”.

Poder Legislativo: reside en el Congreso Nacional conformado por el Senado de la República y la Cámara de Diputados, cuyos integrantes son elegidos por sufragio universal y directo. El Senado se compone de miembros elegidos a razón de uno por cada provincia y uno por el Distrito Nacional, es decir, se integra por 32 legisladores con un mandato de cuatro años.

La Cámara de Diputados cuenta con 190 miembros electos por cuatro años.

Poder Judicial: representado por la Suprema Corte de Justicia, las Cortes de Apelación; los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Paz.

El Poder Judicial goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria. La Suprema Corte de Justicia es el órgano jurisdiccional superior de todos los organismos judiciales, además existe el Consejo del Poder Judicial que es el órgano permanente de administración y disciplina del Poder Judicial. La impartición de justicia a nivel nacional se organiza en razón al territorio. Actualmente, el Poder Judicial consta de 11 Departamentos Judiciales y 35 Distritos Judiciales.

La privación de los bienes procedentes del delito

por Georgia Diogo

Introducción

El presente estudio tiene por objeto el enfoque del enfrentamiento al crimen organizado en su vertiente económica, analizando los recientes cambios en el ámbito del derecho penal tradicional, que, utilizaba, como eje principal, la pena privativa de libertad para combatir las estructuras criminales organizadas, sin adoptar una estrategia capitalista en la represión del fenómeno criminal¹⁴².

El examen está comprendido en el ámbito del “Ciclo Político de Justicia Compartido entre América Latina y la Unión Europea”, que cuenta con el apoyo del “Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado Europa Latinoamérica - El PACCTO” lo cual busca generar espacios más integrados de cooperación jurídica entre las dos regiones. Por medio de la Declaración de Bruselas de 2022, firmada por las principales instituciones regionales de justicia de América Latina (Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos - AIAMP, Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos COMJIB y Cumbre Judicial Iberoamericana), se determina como una de las estrategias comunes que promuevan la eficacia de la investigación y enjuiciamiento de las principales formas de delincuencia organizada, en el ciclo 2022-2024:

“e. El fortalecimiento de las normativas nacionales y la colaboración institucional para la privación de los beneficios procedentes del crimen organizado, y su gestión. El impulso para la creación y en su caso el perfeccionamiento de instrumentos de cooperación jurídica internacional destinados a una efectiva recuperación de activos procedente del crimen organizado a través de mecanismos más flexibles y eficaces”

En ese marco, el artículo busca comprender las diferentes modalidades del decomiso que se presentan en las legislaciones iberoamericanas, analizando, igualmente, la Directiva de la Unión Europea 2014/42/UE sobre congelamiento y decomiso de bienes derivados de infracciones penales y explorando las distintas modalidades de retorno del dinero generado por la liquidación de los activos incautados.

Por fin, la gestión de los bienes incautados o decomisados es estudiada como medida necesaria para evitar a la depreciación de los bienes mientras se encuentran sujetos a medidas provisionales. En ese sentido, pasamos a reflexión de posibles líneas de acción proponiendo acciones que puedan ser llevadas a cabo por el programa EL PACCTO.

142 Se han empleado las siguientes referencias: ARAÚJO, NÁDIA DE. Prefácio. In: CASELLA, PAULO B.; SANCHEZ, RODRIGO E. (orgs) Cooperação judiciária internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; BARRIENTOS, JORGE ALBORNOZ E MAGDIK MARCO, “Marco jurídico de la utilización de videoconferencia en materia penal”, Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Vol. 2 Núm. 1 (2013), 229-260; SLAUGHTER, ANNE-MARIE HALE, THOMAS N., “Transgovernmental networks and multi-level governance”, en ENDERLEIN, HENRIK, WÄLTI, SONJA E ZÜRN, M. Handbook on Multi-level Governance. Massachusetts: EE, 2010; BECHARA, FABIO RAMAZZINI. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior, São Paulo: Saraiva, 2011; BECHARA, FABIO RAMAZZINI, CARNEIRO LEANDRO PIQUET, DIOGO, GEORGIA RENATA SANCHEZ (ORGS), Atlas do Sistema de Justiça Criminal do Mercosul. São Paulo: Almedina, 2022

Enfoque del enfrentamiento al crimen organizado en su vertiente económica

El fenómeno del crimen organizado sigue representando una de las mayores amenazas a la seguridad de las naciones. Es de conocimiento general que los grandes grupos criminales mueven grandes sumas de dinero en sus actividades, con el fin primordial de obtener ventajas financieras ilícitas. Las organizaciones criminales, en primer lugar, surgen en un escenario de fragilidad social, lo que permite la fácil captación de nuevos miembros. Además, aunque el objetivo inicial de los organismos no sea directamente la obtención de ganancias, para su mantenimiento y expansión, el carácter financiero es inevitable. El desarrollo de estas actividades delictivas, buscando la expansión de dominio y la obtención de ventajas financieras, tiende a extrapolar los límites territoriales de las organizaciones, que asumen proporciones transnacionales, con ramificaciones en varios países y utilizan esta capilaridad para promover sus actividades.

En vista de ello, el crimen organizado tiene la capacidad de generar ganancias, tiene vocación de generar elevados beneficios económicos, en línea con el concepto de organización criminal establecido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que define que la actividad de estas organizaciones tiene por objeto el lucro. En ser así, las organizaciones criminales acumulan capital y expanden sus negocios para generar más y más ganancias, logrando sus objetivos de asegurar el autoabastecimiento y desarrollar redes de contactos vinculadas a otras actividades ilícitas, además de influir en los sectores públicos, a través de la corrupción. Estas ganancias obtenidas ilegalmente se aplican de diferentes maneras, muchas veces haciendo inviable la competencia en los distintos mercados internacionales, dificultando las actividades empresariales que se financian legalmente.

Es decir que bandas criminales están organizadas más y más como empresas con fines de lucro y para combatir las, hay que despojarlas de recursos. Estos negocios ilícitos, sin embargo, no tienen límites ni reglas, no están sujetos a ninguna norma de conducta y trascienden las barreras culturales, sociales, lingüísticas y geográficas. Las agencias de persecución penal y aplicación de la ley deben invertir en conocimiento mínimo de economía, hay que entender las fuerzas del mercado para el combate al crimen. Los delincuentes están en este negocio para obtener ganancias, por lo que la única forma de detenerlos es descapitalizarlos. Hay que estar muy claro que el objetivo debe ser lo de ubicar el centro financiero de una organización, debilitar a sus líderes y llegar a lo más alto de la jerarquía, identificando también a las personas que trabajan para ellos, aunque sean personas, muchas veces, sin antecedentes penales.

De hecho, durante décadas, la guerra contra las drogas en todo el mundo se había concentrado únicamente en su interceptación. Se puede afirmar, incluso, que prácticamente había una competencia entre los países, ya que sus autoridades se jactaban de cuántas toneladas de drogas incautaban cada año. Era usual en el enfrentamiento al crimen el establecimiento de operaciones policiales que interceptaban grandes cargamentos de drogas que se mueven regularmente a través de los medios aéreo, fluvial o terrestre, en especial en las fronteras. Esto ciertamente ayudó a mantener cantidades masivas de cocaína y otros narcóticos ilícitos fuera de la cadena de suministro, pero estas incautaciones nunca llevaron a los que están en la cima de la pirámide: los capos de la droga que controlan las operaciones.

Se hace evidente con ese escenario que el derecho penal tradicional, centrado principalmente en la pena privativa de libertad, no es suficientemente efectivo para combatir las estructuras de poder organizadas que tienen como objetivo central la práctica de delitos penales con ánimo de lucro. Así, los mecanismos clásicos de represión del delito no lograron interrumpir su ciclo, la pena de prisión es tratada por criminales, en la mayoría de los casos, como un riesgo normal de las actividades desarrolladas.

Con todo, en las últimas décadas, la comunidad internacional, por medio de agencias estatales y organismos internacionales han comenzado a enfocarse en la lucha contra el crimen organizado en su vertiente económica. En algunos países de la región, las autoridades competentes en la materia cambiaron sus estrategias, pues, se dieron cuenta de que esas operaciones fortalecían a estos grupos, porque se limitaban a la base de la pirámide. Mientras tanto, las organizaciones estaban mejorando sus capacidades en los mecanismos de lavado de dinero e intensificando sus conexiones internacionales. Para los capos de la droga, perder un cargamento no significa nada, porque los otros cargamentos que llegan al mercado (y son muchos) les pagan millones.

El nuevo abordaje adoptado por las agencias de persecución penal y aplicación de la ley intenta enfrentar la criminalidad organizada, reduciendo los incentivos financieros de los bandos criminales. En ese sentido, se percibe un cambio de mentalidad y la tradicional investigación que resulta en castigar los autores se convierte en ir más adelante, se hace necesario identificar, rastrear y recuperar los activos de procedencia criminal.

En una perspectiva internacional, con la entrada en vigor de la Convención de Palermo el 29 de septiembre de 2003, los países comenzaron a actualizar su legislación para combatir el crimen organizado, desde la perspectiva de enfrentar el poder económico de las organizaciones criminales, despojándolas de los bienes adquiridos con la perpetración de prácticas ilícitas.

De esa manera, con esa nueva forma de actuar, para deflagrar una operación, las autoridades llevan en consideración, muchas veces, la ostentación de un grupo. Por ejemplo, Individuos que conducen autos de valores superiores a la media de la población y que intercambian modelos más nuevos cada pocos meses, viven en mansiones y siempre están involucrados con la élite local es un fuerte indicio. Hay que comprobar las escrituras y los registros de los autos y de las mansiones, y así, normalmente, se descubre que esos vehículos de lujo o las grandes casas, muchas veces decenas de ellos, están registrados a nombre de otros residentes, algunos de ellos trabajadores que no reciben sueldos compatibles o que no tienen una fuente clara de ingresos. Eso ya es suficiente para iniciar una investigación formal. La realidad es que el crimen organizado se ha infiltrado en las élites y vive un estilo de vida rico. Son empresarios, muchos de ellos abogados, contadores. El nivel de integración del crimen organizado en nuestra sociedad actual es muy peligroso. Incluso en los delitos cometidos de forma encubierta, que son de difícil comprobación, como en el caso de la corrupción, el aspecto económico es evidente, ya sea por la dificultad de disimular la riqueza obtenida o por la simple ostentación de los bienes obtenidos por los delincuentes.

Dicho eso, ante esta necesidad de los delincuentes de ocultar, o incluso disfrutar, de los valores obtenidos de las prácticas delictivas, existe una estrecha vinculación entre la práctica del crimen organizado y el blanqueo de capitales.

Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, existen varias actividades ilícitas que pueden clasificarse como crimen organizado transnacional, y el narcotráfico es actualmente la práctica más común y más rentable para los delincuentes. Sin embargo, otras actividades como el tráfico de armas y el tráfico de personas también son muy lesivas para la estabilidad de las naciones y para los derechos individuales. Los grandes grupos del crimen organizado también operan en otras áreas, además del mercado del tráfico de drogas, como la minería ilegal o el cibercrimen, lo que también les ayuda en el lavado de dinero. En los últimos tiempos, se depara con grupos que se utilizan de las criptomonedas, pero el esquema favorito del crimen organizado sigue teniendo muchas pequeñas empresas. Y sus miembros son muy organizados. Hay integrantes responsables solo de las finanzas, que nunca trafican con drogas o armas, por ejemplo.

Mientras tanto, los órganos de investigación y fiscalización de varios países se han dado cuenta de la eficacia de adoptar una estrategia capitalista en la represión del fenómeno criminal. Un abordaje centrado en el núcleo financiero del crimen organizado brinda resultados que van más

allá de la mera detención de los involucrados, generalmente miembros subalternos dentro del ámbito de las organizaciones criminales, permitiendo la concentración de esfuerzos en el sentido de descapitalizar y desarticular estas organizaciones.

El decomiso y el destino de los activos procedentes del delito

A juicio de la sociedad, la pena por la práctica de un delito se resuelve con la detención del condenado. Las sanciones restantes se ignoran o no son conocidas por grande parte de los ciudadanos. Sin embargo, estas siempre pueden ser una forma eficaz de castigo o regeneración, y aún más relevante, una manera de reducir la práctica criminal.

Como mencionado anteriormente, entre las formas de llegar al autor del crimen está el secuestro de sus bienes. Esto se aplica a un delito común, y también al crimen organizado. Sin embargo, esa es una medida cuya implementación aún no ha alcanzado el nivel de eficiencia esperado de manera igualitaria en la región.

Los distintos sistemas de justicia iberoamericanos permiten que activos utilizados para la práctica de delitos, o productos de actividades ilegales, sean perdidos en favor de los Estados, es decir, pueden ser confiscados y pasar a ser propiedad del Estado. Este tipo de decomiso es muy común en las condenas por la práctica del narcotráfico, en las que se incautan casas, automóviles y, en ocasiones, incluso aviones utilizados para el transporte y distribución de estupefacientes.

De hecho, diferentes modalidades del decomiso se presentan en las legislaciones iberoamericanas: el decomiso genérico, el decomiso ampliado, el decomiso autónomo, el decomiso de terceros y el decomiso como medida cautelar. Su naturaleza puede ser claramente penal o sancionatoria o puede incluir caracteres civiles en su regulación. Sin embargo, su aplicabilidad ni siempre es eficaz.

En algunos Estados, uno de los impedimentos, por ejemplo, es cuando se requiere que la pérdida se origine en un delito, excluyendo los delitos menores o impone prueba fehaciente de que el producto se obtuvo del delito. O sea, es cuando el legislador afirma que no se puede decretarse el decomiso de los bienes o valores equivalentes al producto o producto del delito cuando estos no se hallen o cuando se encuentren en el extranjero. Las leyes más avanzadas ya proveen, no obstante, que otros bienes o valores pueden sustituir a los que corresponden al producto del delito, poniendo fin a la cómoda situación del delincuente que invierte en negocios o actividades y deshaciéndose de la aprehensión, bajo el argumento de que el secuestro podría solo darse en el producto directo del delito.

Pero de nada serviría esta innovación jurídica si no fuera acompañada de medidas procesales que le dieran eficacia. En este sentido, Código Procesales Penales avanzan significativamente, al disponer que la enajenación anticipada o temprana para preservar el valor de los bienes cuando se encuentren sujetos a cualquier grado de deterioro o depreciación, o cuando hay dificultad para mantenerlos. La posibilidad de enajenación anticipada resuelve el problema de mantener durante años los bienes embargados, lo cual es costoso, ineficiente y perjudicial para todos, incluido el imputado. Decenas de autos incautados o decomisados que se deterioran en baldíos, por ejemplo, es testimonio de la ineficiencia del Estado.

Sin embargo, hay que tener presente que muchas constituciones nacionales, en sus artículos de derecho fundamental, prevén expresamente que los ciudadanos no pueden ser privados, además de su libertad, de sus bienes sin el debido proceso legal. Ante esa garantía que presenta los textos constitucionales, surge la cuestión, por muchos juristas, de la factibilidad de privar a alguien de un determinado bien antes de la sentencia firme de condena. Frente a eso, es crucial la comprensión de que la venta anticipada de un bien incautado es una medida cautelar, visando mantener el valor del bien y preservar, igualmente, el derecho del imputado.

Por otro lado, la Directiva de la Unión Europea 2014/42/UE sobre congelamiento y decomiso de bienes derivados de infracciones penales, así como algunas leyes en Latinoamérica, establece claramente el decomiso extendido o ampliado de bienes de terceros cuando provengan de actividades delictivas. Es evidente que el eje de la norma europea es la persecución de delitos graves, especialmente la corrupción de funcionarios nacionales o europeos, la corrupción en el sector privado, el delito de falsificación y otros fraudes de divisas, el blanqueo de capitales, el terrorismo, el tráfico de estupefacientes, la trata de seres humanos, los abusos sexuales y explotación sexual infantil, pornografía infantil, ciberdelincuencia y otras formas de delincuencia organizada. Según la exposición de motivos de la Directiva de 2014, el producto del delito incluye no solo el producto directo de actividades criminales, sino también todas sus ganancias indirectas, incluida la reinversión o el procesamiento posterior del producto directo. Así, el producto puede incluir cualquier bien, incluidos los que hayan sido transformados o convertidos, en todo o en parte, en otros bienes, y los que hayan sido mezclados con bienes adquiridos de fuente legítima, en la cantidad correspondiente al valor estimado de las ganancias del crimen que entraron en la mezcla. También puede incluir los ingresos u otras ganancias derivadas del producto del delito, o de los activos en los que se haya procesado, convertido o mezclado dicho producto.

De una manera general, en muchos países, el dinero generado por la liquidación de los activos incautados o decomisados se convierte en los esfuerzos contra el tráfico, pudiendo regresar a la policía nacional u otra institución antidrogas para ser utilizado en la lucha contra las grandes organizaciones criminales involucradas en el narcotráfico, o en proyectos relacionados con detener el narcotráfico. Muchas veces, por medio de fondos de bienes decomisados específicos que busque la financiación de programas destinados a la prevención del consumo de drogas, tratamiento y rehabilitación e inserción social de personas afectadas y, asimismo, en el fortalecimiento de las instituciones encargadas de la aplicación de la ley. Los instrumentos prevén de esa manera la mejora de los recursos materiales y humanos para el cumplimiento de la ley.

Por lo tanto, muchas legislaciones destinan los valores a organismos encargados de la ejecución de políticas públicas nacionales e internacionales en la materia y, para instituciones públicas o privadas que persigan el mismo interés público. Otras mencionan en sus ordenamientos que el destino sea para cualquier entidad pública que haya participado directa o indirectamente en la incautación de los bienes.

Por consiguiente, este proceso permite a los equipos autofinanciar los esfuerzos contra el narcotráfico al más alto nivel. Cuantos más activos se incauten, más policías pueden buscar fondos para ayudar en los esfuerzos contra el tráfico y más débiles se vuelven los que están en la cima de la pirámide del contrabando de drogas.

Por otra parte, algunos sistemas jurídicos ya trabajan con el destino más ampliado de los bienes incautados o decomisados, para su reutilización pública y social, por intermedio de centros públicos de seguridad social. La Directiva 2014/42/UE también aborda el tema cuando sugiere que los Estados miembros consideren la posibilidad de adoptar medidas para permitir que los bienes cuyo decomiso se decida sean utilizados para fines públicos o sociales.

Administración de bienes incautados o decomisados

En materia de bienes decomisados hay que llevarse en cuenta la carga financiera para el Estado, con los costos de preservación de los activos, tales como costos de almacenamiento, valoración y mantenimiento. Además, hay que poner en la cuenta los costos de compensación y reclamos por daños que se pueden surgir debido a la depreciación de los bienes mientras se encuentran sujetos a medidas provisionales. Si no son adoptadas medidas de tratamiento adecuado de un activo para garantizar que se conserve su valor económico durante esta fase, quedan frustrados los esfuerzos para compensar a las víctimas por su pérdida y socavar la reparación del daño causado por la conducta delictiva.

Así que la incautación y el decomiso de bienes en el ámbito del proceso penal no son instrumentos recientes, pero los problemas derivados de la mala gestión de esos bienes por parte del Estado están entre los grandes debates de los últimos años en la comunidad internacional. Es de sobra conocida, en muchos casos, la situación en que estos bienes incautados o decomisados se acumulan en patios y salas de comisarías o foros judiciales, quedando en ocasiones en el olvido y provocando grandes daños, incluso medioambientales. Además de la falta de estructura para la custodia y mantenimiento de los bienes incautados o decomisados, se encuentran problemas serios de inconsistencia de los datos registrados en los sistemas. O sea, la alta cantidad de mercancías, y su aumento se debe también a la mejora de los mecanismos y leyes de investigación patrimonial y persecución penal, se suma el tema de la falta de organización y sectorización de estos elementos incautados o decomisados o secuestrados cuando llegan a los depósitos. En muchos casos, no existe una separación entre los bienes que realmente tienen un valor económico considerable de aquellos que solo tienen una utilidad probatoria.

A fin de cuentas, todos los bienes incautados o decomisados están sujetos a depreciación, de acuerdo con la vida útil esperada de cada uno, y para los bienes muebles estas tasas son aún más significativas. Considerando la duración media de los procesos penales en Iberoamérica, el mantenimiento de esos objetos en patios y depósitos judiciales por largos períodos de tiempo no es ventajoso ni para el Estado ni para los investigados, que al final del proceso, aunque sea absuelto, será restituido por un bien, cuando menos, depreciado.

Este nuevo enfoque, en que Estados y organismos internacionales empiezan a enfocarse en la lucha contra el crimen organizado en su vertiente económica, ha traído muchos avances, pero también desafíos, particularmente en lo que respecta a la gestión de activos sustraídos al crimen organizado. Ante el fenómeno global del crimen organizado, con organizaciones que operan grandes cantidades de recursos en nivel internacional -lo que puede incluso afectar el orden económico y el sistema financiero de varios países-, las naciones empezaron a movilizarse para remodelar sus ordenamientos jurídicos a fin de llegar al núcleo financiero del crimen organizado. En este sentido -debido a las nuevas políticas de persecución patrimonial del crimen organizado- ante la necesidad de evitar el creciente número de incautados o decomisados y los bienes secuestrados pierdan su valor a lo largo del proceso, la administración de los activos se hizo urgente.

Asimismo, la necesidad de una administración eficaz cobra relevancia cuando se tiene en cuenta la variedad y complejidad de los bienes que pueden ser embargados por una organización criminal -que van desde automóviles, aeronaves, piedras preciosas y bienes inmuebles de lujo hasta insumos animales, cabezas de ganado, haciendas en empresas activas y en pleno funcionamiento. Sin mencionar activos biológicos confiscados del crimen, entre otros, alimentos para ganado utilizados, muchas veces, por los traficantes como camuflaje para transportar drogas. Es imprescindible evitar la pérdida de productos perecederos y generar recursos para la Unión en esos casos. Del mismo modo, casos de empresas confiscadas por blanqueo de capitales, en que se hace necesario el mantenimiento de sus puestos de trabajo y de su valor económico.

En consecuencia a ese escenario, en los últimos años, los países vienen buscando soluciones al problema de la gestión de bienes incautados o decomisados, lo que ha llamado la atención de organismos internacionales. En este sentido, la Organización de los Estados Americanos lanzó el proyecto de Administración de Bienes Incautados o decomisados y Decomisados en América Latina, conocido por sus siglas BIDAL, puesto en marcha por la Secretaría Ejecutiva de la CICAD, por medio del cual los países recibieron informes de diagnóstico, así como importantes propuestas de mejora de inventario y registro de bienes.

El proyecto BIDAL, que fue inspirador para muchas jurisdicciones latinoamericanas, representaba un método innovador de mejoras de los procesos de detección e incautación de los bienes ilegales provenientes del narcotráfico y del lavado de activos, de aplicación de una serie de medidas estándares para la eficaz administración de los bienes incautados o decomisados y, por último, de utilización eficiente de esos recursos hacia medidas de control de drogas y otros programas. El estudio proveniente del proyecto se denominó “Documento de Mejores Prácticas de los Sistemas de Administración de Bienes Incautados o decomisados y Decomisados de América Latina”.

En ámbito regional, el Proyecto BIDAL se apoyó a UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) en la elaboración de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, al Programa de Cooperación entre América Latina y la Unión Europea en materia de Políticas sobre Drogas (COPOLAD) y participó de forma activa junto a UNODC en la propuesta de creación y desarrollo de la Red de Recuperación de Activos del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (RRAG), cuya finalidad tienen la cooperación internacional para la identificación, rastreo, localización y recuperación de activos procedentes de actividades del crimen organizado.

Por otra parte, y en tiempos más recientes, es en la Unión Europea donde los países latinoamericanos buscan buenas prácticas en políticas criminales enfocadas en la localización y pérdida de activos provenientes de actividades ilícitas, en especial en la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo preventivo y el decomiso de instrumentos y productos del delito. Ese instrumento, además de propiciar una clara definición de lo que sería el producto del delito, ampliando la perspectiva del enjuiciamiento también a aquellos bienes que parecen ser lícitos, abordó la importancia fundamental de administrar estos bienes, citando la posibilidad de enajenación anticipada con el fin de preservar los valores de estos activos. Otro punto de relevancia, como ya abarcado anteriormente, es la posibilidad de utilización del patrimonio incautado con fines de interés público, a fin de contribuir a la represión y prevención del delito, siendo la administración italiana modelo en el tema.

Según la Directiva 2014/42/UE, los Estados deben crear servicios centralizados de administración de activos nacionales, un conjunto de servicios especializados o mecanismos equivalentes, para administrar de manera efectiva los activos embargados antes de que se decida su decomiso y preservar su valor, en espera de una decisión judicial, lo que viene siendo adoptado por los países europeos. En Latinoamérica esa no es aún la realidad de muchos Estados, para que el programa El Pacto asume relevancia en el intercambio de buenas prácticas.

Ante este escenario, los Estados deben considerar, también, alianzas del poder público para la gestión de estos activos, por ejemplo, por medio de la contratación de profesionales con conocimientos técnicos especializados para gestionar de manera eficiente empresas incautadas a organizaciones criminales. El objetivo es mantener el empleo y la actividad económica, permitiendo la futura venta judicial de estas empresas con competitividad y valor de mercado, como ya referido en ese documento.

Desafíos y líneas de acción

Cambio de paradigma en las investigaciones.

El cambio de paradigma de las agencias de persecución penal y aplicación de la ley es esencial. La visión debe ser de combatir el crimen organizado desde un punto de vista capitalista, buscando siempre debilitar el poder financiero de los grupos criminales. Los países deben adoptar directivas nacionales en sus cuerpos de seguridad para institucionalizar la investigación del lavado de dinero relacionado con el crimen organizado, como usualmente se hace para los casos de corrupción. Desarrollar una estrategia para llegar a los capos pasa por el necesario cambio de la mentalidad de los oficiales involucrados en operaciones de narcotráfico.

Sobre todo, insistir en la metodología de aprensión de drogas solamente, sin estructurar las investigaciones en su vertiente económica, es reflejo del uso ineficiente de recursos humanos y materiales, que ya son escasos en la grande parte de los países iberoamericanos.

O sea, capacitar a los operadores con directivas del mercado financiero deviene una realidad para enfrentar a los grandes delitos. Es necesario conocer el fenómeno de la delincuencia organizada desde su perspectiva económica para que sea viable desagregar cadenas del crimen. Además, es imprescindible comprender en qué momento las actividades criminales están inmersas en las economías lícitas e identificar la variación de las dinámicas criminales. El enfoque para combatir el crimen debe pasar por la racionalidad de empresa criminal, en donde las organizaciones del crimen tienen cadenas de valor con las cuales tratan de maximizar sus ingresos y disminuir la probabilidad de captura. La lógica es que las ganancias esperadas no sean mayores que las pérdidas asociadas a la comisión del ilícito, para que no resulte consecuentemente racional cometer el crimen. Capacitar para comprender que los criminales cambian de un sector a otro de la economía, variando su portafolio de actividades y también emergiendo en las economías informales y legales en función de la agenda de intereses político-criminales. Los grupos criminales hoy día requiere la dirección de empresarios que son capaces de producir las ganancias de manera sostenida. Sin la concepción económica, los agentes públicos difícilmente serán capaces de captar una importante característica de la cadena de valor de las organizaciones, que es su vocación de permanencia. Así como en la economía legal, ningún empresario construye una estructura organizacional para solo usarla una vez, con el fin de hacer más rentable su red. Lo que ocurre, a su vez, son pequeñas innovaciones en dicha estructura que se hacen también para disminuir la probabilidad de detección de la estructura criminal.

Sin tecnología no se cambia el paradigma

La inteligencia digital es la clave, eso quiere decir que los datos a los que se accede y se recopilan de fuentes y tipos de datos digitales (teléfonos inteligentes, computadoras y la nube) y el proceso mediante el cual las agencias acceden, administran y aprovechan los datos para ejecutar sus operaciones de manera más eficiente son fundamentales. Sin embargo, transformar su organización para cumplir con esta nueva misión requiere tiempo, tecnología, capacitación y una revisión completa de la forma en que se llevan a cabo las investigaciones contra los narcotraficantes. Solo a través de la tecnología y de la información de referencias cruzadas, se puede llegar a los núcleos financieros. Todas las grandes organizaciones tienen núcleos. Hay núcleo, por ejemplo, responsable de la logística, otro se encarga de comprar la droga en los países productores. Pero lo más importante es identificar el núcleo responsable de los movimientos financieros. Se hace así necesario equipar las unidades de investigación con un conjunto de herramientas, incluido para manejar la recopilación de datos de teléfonos celulares, computadoras y otros dispositivos digitales. Hay que trabajar en Cloud para acceder y recopilar información valiosa como dominio público y privado, datos de redes sociales, mensajería

instantánea, almacenamiento de archivos, páginas web y otro contenido desde la nube. Conectar los puntos entre individuos y transacciones requiere una poderosa solución de análisis. Y en posesión de la tecnología, los casos nunca se cierran realmente porque se continúa recopilando y analizando información de los dispositivos digitales en su poder, lo que conduce a otros delincuentes y organizaciones que se puede seguir.

Usualmente, las fuerzas de policía en los países cuentan con pocos recursos humanos, lo que hace la tecnología aún más relevante en ese escenario. La capacitación también es fundamental para garantizar que los miembros de un equipo puedan comenzar a trabajar con la última tecnología y mantenerse a la vanguardia de los capos del crimen que se vuelven cada vez más sofisticados para ocultar transacciones y fondos ilícitos.

Intensificar la cooperación internacional y impulsar la firma de acuerdos de países latinoamericanos con Europol y Eurojust

Para que este modelo de investigación funcione, la cooperación internacional y la recuperación de activos son fundamentales. Pocos países tienen ese enfoque en el dinero cuando se trata del crimen organizado. Estas son operaciones globales y no se puede simplemente investigar localmente. Incluso en las primeras etapas de exploración de los esquemas de lavado de dinero vinculados a los traficantes de drogas, resulta evidente que las organizaciones involucradas operan a escala global. Los jefes de los bandos criminales suelen tener cuentas y activos físicos repartidos por todo el mundo. Muchas de las grandes operaciones hoy día se investigan en colaboración con las fuerzas del orden en muchos otros países.

Las redes de cooperación también tienen un rol importante en ese escenario. La comunicación entre los operadores es un área que se debe fortalecer. Importa conectar a todos los responsables a través de redes tecnológicas, lo que permite a sus agentes compartir información y colaborar en tiempo real, evitando con eso también, que los investigadores dupliquen esfuerzos siguiendo las mismas pistas hacia las mismas cuentas bancarias.

De ese modo, sin la cooperación de los organismos supranacionales encargados de hacer cumplir la ley, a ejemplo de la Agencia Europea de Policía (Europol) y la Agencia de la Unión Europea para cooperación judicial penal (Eurojust), deviene imposible confiscar activos e individuos más allá de las fronteras de un país. Su naturaleza otorga a estas agencias capacidades para enlazar y coordinar cuerpos nacionales de policía e investigación y fiscales y su mandato obliga a este organismo a auxiliar a las autoridades de los miembros de la UE en las diversas facetas y actividades de la lucha contra la delincuencia y el terrorismo, incluso con Estados terceros. Sus acciones a nivel global, que incluyen captación e integración de información, el análisis y el intercambio de datos, es posible mediante alianzas con los organismos no europeos por medio de acuerdos bilaterales de cooperación que deben ser impulsados por el programa EL PAcCTO.

De otra parte, no hay que olvidarse de la necesidad de intensificar la cooperación policial por medio de Ameripol, la comunidad de policías de las Américas, único mecanismo de cooperación policial en el hemisferio americano y que puede ser una base concreta para la creación de instancia semejante en el ámbito judicial. Los principales retos que afectan la cooperación de los cuerpos policiales latinoamericanos en la lucha contra el crimen organizado son, en parte, resueltos por su integración. Sus actividades incluyen capacitación de cuerpos policiales, lo que disminuye las asimetrías entre los países, e intercambio de información para fines de inteligencia. Apoyar la institucionalización de Ameripol deviene crucial en ese contexto

En más, los Equipos Conjuntos de Investigación tienen un rol muy relevante y la herramienta es aún poco utilizada por parte de los países latinoamericanos, aunque ya haya previsión legal en el ámbito del Mercosur y de COMJIB. Impulsar su utilización por medio de capacitación es clave en ese escenario.

Impulso para la creación de órganos centrales de administración de bienes

El cambio de paradigma, mencionado en el documento, que reconoce la relación entre delitos y ganancia económica, constituye el primer paso para descapitalizar la actividad delictiva. Este primer paso nos hace enfrentar un nuevo desafío, lo de administración de los bienes incautados o decomisados. En términos regionales, un desafío aún más grande se impone, que es la carencia de una armonización legislativa en la materia y la existencia de distintos modelos de administración de dichos bienes. A medida que el nuevo paradigma aumenta, el número de órdenes de carácter cautelar también, así como el número de bienes que requieren gestión estatal. La ausencia de estructura para la adecuada gestión de estos bienes y valores es un problema desafiador.

De hecho, el diagnóstico de la falta de estructura estatal para la gestión de los bienes decomisados ha suscitado iniciativas diversas para superar esta situación. A pesar de la posibilidad de que el Estado designe a una persona natural o jurídica para que actúe como administrador, la pluralidad de bienes incautados o decomisados y secuestrados es tan compleja que dicha administración no siempre será factible.

Para que no haya desvalorización de los bienes incautados o decomisados, los Estados deben adoptar medidas necesarias de venta o transferencia de propiedades y la mejor manera de poner eso en práctica es por medio de la creación de servicios nacionales centralizados de administración de bienes o mecanismos equivalentes. Esa instancia tiene que ejecutar propuestas para mejorar el inventario y registro de los bienes incautados o decomisados y decomisados, para la vigilancia y control de estos bienes, para la administración de pruebas, para la suspensión o exención de cargas fiscales relacionadas con los bienes incautados o decomisados, para la venta anticipada, para la administración de productos financieros, gestión de empresas incautadas, cooperación internacional y destino de bienes decomisados.

Implantación de mecanismos modernos para la gestión de bienes incautados o decomisados

Una vez declarado el decomiso, los bienes son, en principio, subastados en los diferentes sistemas de justicia. En primer lugar, la creación de un sistema electrónico que consolide la información de los bienes incautados o decomisados en procesos penales en todo el territorio nacional, deviene esencial, permitiendo un mejor control de procesos y bienes por parte de los órganos judiciales. La herramienta debe brindar, por ejemplo, informes estadísticos sobre los procesos y bienes incautados o decomisados dentro de una unidad judicial, juzgado y en todo el Poder Judicial, favoreciendo la adopción de una política para la gestión de estos bienes, desde el embargo hasta el destino final, incluso para evitar la pérdida, depreciación o extravío de las mercancías.

Mientras tanto, el desarrollo de subastas electrónicas también gana un peso enorme en los cambios necesarios para una buena gestión de bienes incautados o decomisados. En parte de los países, el proceso de reventa de este material se realiza actualmente a través de subastas presenciales, haciendo con que el ritmo de subasta sea lento e ineficaz. Con un alto volumen de bienes incautados o decomisados en los patios, es necesario alquilar nuevos almacenes, lo que significa gastos adicionales para el gobierno. Además, está el hecho de que el material pierde su valor con el tiempo. Y como parte de los fondos recaudados de las subastas se destinan a equipar a los propios policías o a desarrollar una política sobre drogas, la necesidad de acelerar el proceso por medio de subastas electrónicas aumenta aún más.

Apoyo a redes de cooperación para la gestión de bienes incautados o decomisados

La administración de los bienes incautados o decomisados es un desafío común a los países iberoamericanos. Como mencionado anteriormente, el reto es aún más grande cuando mencionamos la carencia de armonización legislativa en la materia y la existencia de distintos modelos de administración de dichos bienes. La ausencia de estructura para la adecuada gestión de estos bienes y valores es un problema desafiador que puede obtener apoyo del programa EL PAcCTO por medio de las redes especializadas en el tema.

La conformación de una red de expertos regional con representantes de instancias encargadas de administrar bienes sujetos a decomiso fue creada durante la XLVII Reunión del Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos (GELAVEX) de la OEA, en el 2019, en la ciudad de Bogotá. El grupo tiene como objeto el intercambio de experiencias y buenas prácticas en la materia y la posibilidad de generar recomendaciones en materia de recepción, gestión y venta de activos de origen ilícito de acuerdo a su tipología, con el fin de que todos los países de la región las implementen y logren un desarrollo homogéneo y uniforme que contribuya a la generación recursos para los Estados. Además, está previsto que los países que han desarrollado mecanismos avanzados ofrezcan apoyo técnico a aquellos que necesitan fortalecer su sistema a través de capacitaciones y traspaso de conocimiento.

Asimismo, es importante mencionar la necesidad de intercambio de esta red con otras que vengán a ser creadas en la materia de gestión de bienes, pero también, a las redes de recuperación de activos ya existentes.

Líneas de acción en los delitos con impacto medioambiental por Germán Garavano¹⁴³

Introducción¹⁴⁴

Tras décadas de puesta en valor del cuidado medioambiental y visibilización de los inconvenientes que enfrenta, se mantiene la presencia de comunes denominadores, que, sumados a la identificación de nuevos factores, generan un estado de situación preocupante, que requiere un abordaje integral pero estratégico, con énfasis en prioridades concretas.

Así, si bien puede parecer una obviedad, la ausencia de acuerdos y en muchos casos la insuficiencia legislativa, nos llevan a enfrentar el primer desafío en la materia, que es conocer los alcances reales de las conductas y hechos que la definen. Al respecto se han realizado numerosos informes en el marco de EL PAcCTO sobre la problemática vinculada a las organizaciones criminales que lucran cometiendo delitos con un fuerte impacto en el medio ambiente.

En este punto, vale detenerse y señalar que para en la reciente declaración de Lisboa firmada en junio del 2021 por los titulares de la Cumbre de Ministros de Justicia de Iberoamérica (COMJIB), la Cumbre Judicial Iberoamericana y la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) se señaló: "...que las relaciones jurídicas entre Europa y América Latina son cada día más intensas y el buen funcionamiento de las instituciones de la justicia es clave para combatir la criminalidad organizada en ambos lados del Océano Atlántico. Estimando que las grandes agresiones contra el medioambiente tienen efecto en todo el globo con independencia del lugar en que se manifiesten...". Y se incluyó en la Agenda adjunta a la declaración un apartado específico denominado: Delitos medioambientales que decía lo siguiente: "El medioambiente es un bien de todos y las infracciones más graves, algunas de las cuales proceden de la actuación de la criminalidad organizada, tienen un alcance global. A pesar de este hecho, existen materias que - aunque están presentes en cada legislación penal con distinto alcance y redacción - indican un marco normativo dispar y en ocasiones falta de coherencia, a pesar de responder a realidades muy similares. Se detectan en ocasiones ciertas lagunas y falta de claridad en algunos aspectos de especial importancia. Resulta necesaria, además de una armonización normativa en materias de criminalidad organizada transnacional que afectan a fenómenos como la minería ilegal, el tráfico de especies o la corrupción específica asociada a actividades económicas relacionadas con el medio ambiente, considerar otros aspectos, como la reparación y cuantificación del daño ambiental a través de criterios homogéneos, la restauración del medio, el comiso de los medios utilizados en el delito, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y cláusulas específicas de cooperación internacional. Por lo tanto, conviene explorar la actualización del marco convencional vigente. Además de los aspectos propios de la criminalidad organizada, existen formas como la contaminación acústica o los daños a los animales que no se encuentran tipificados en algunos países. La persecución de los delitos requiere unos mecanismos probatorios suficientes que exigen la cooperación entre los principales operadores. Es necesario contar con elementos como: a) La titulación necesaria para hacer las pruebas; b) La existencia de listas de peritos en número suficiente, formando o no parte de la estructura interna de los ministerios públicos o con asistencia preceptiva por parte de instituciones públicas; c) Desarrollar la asistencia pericial internacional por acuerdo entre los distintos ministerios públicos; d) La protocolización de la práctica de la pericia, diferenciando la toma de muestras del análisis de

¹⁴³ Con la colaboración de Mariana Catalano (juez de la Cámara Federal de Salta, Argentina)

¹⁴⁴ Este trabajo se ha enriquecido con los numerosos documentos e informes elaborados en el marco de EL PAcCTO que serán citados a lo largo de este documento y por la asistencia técnica, aun en curso, de tirant lo blanch para la COMJIB

los datos; y e) La homologación de la determinación de sistemas de cuantificación del daño ambiental, cuando así lo exige la legislación penal”.

La profundidad de este abordaje demuestra, a las claras, la impostergable necesidad de profundizar la persecución de aquellas organizaciones criminales que se enriquecen a costa del equilibrio y la salud del medio ambiente, comprometiendo su subsistencia; así como la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras. Sus secuelas en términos de sufrimiento ambiental (como la migración y mayor pobreza a raíz de inundaciones, sequías, catástrofes ambientales, pérdida de biodiversidad y agotamiento de recursos naturales), demandan acciones urgentes. Un reciente estudio realizado para la COMJIB precisa cuáles serían los delitos con impacto ambiental, ello sin ingresar en la discusión respecto de la denominación adecuada para denominarlos, esta asistencia técnica concluye que “a los efectos de este estudio, se entiende por delitos medioambientales las siguientes conductas:

- *Delito de contaminación del medio natural, entendiendo por tal la contaminación efectiva o puesta en peligro de cualquiera de los elementos del medio ambiente -esto es, del aire, suelo, agua, o plantas o animales, incluyendo al ser humano-, a través de conductas como emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos en el suelo, aguas o aire, sin considerar esta enumeración de conductas una lista cerrada.*
- *Los delitos de gestión peligrosa de residuos, entendiendo por tal todas las conductas relacionadas con el proceso de gestión de residuos que pongan en riesgo alguno de los elementos del medio ambiente -esto es, el aire, suelo, agua, el equilibrio de los ecosistemas, o plantas o animales, incluyendo al ser humano-. Entre estas conductas, destacan la recogida, el transporte -incluyendo el transporte o tráfico transnacional de residuos-, la valoración o la eliminación de residuos, sin ser esta enumeración una lista cerrada.*
- *La explotación ilegal de instalaciones industriales en las que se realicen actividades peligrosas o se almacenen sustancias peligrosas, poniendo en peligro alguno de los elementos del medio ambiente -esto es, la calidad del aire, suelo, agua, el equilibrio de los ecosistemas, o plantas o animales, incluyendo al ser humano-.*
- *La producción, el tratamiento, el almacenamiento, el uso, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares y materiales radiactivos peligrosos.*
- *La matanza, la posesión o el tráfico, especialmente transnacional, de especies animales y vegetales protegidas. A estos efectos, se consideran especies protegidas las así calificadas por la legislación interna de cada país y en las normas relativas a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES).*
- *Los daños en hábitats protegidos y enclaves de valor medioambiental. Se incluyen, en este punto, prácticas como la deforestación, minería ilegal o incendio forestal.”*

Diagnóstico y estado de situación

Desde lo normativo

Para completar el panorama, conviene tener en cuenta que la Comunidad Internacional, en las últimas décadas, ha avanzado en la elaboración de numerosos instrumentos sobre la materia, algunos de los cuales a continuación se presentan¹⁴⁵:

- *Convenio sobre la Diversidad Biológica. 05/06/1992. Disponible en: <https://www.cbd.int/convention/text/>*
- *Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación y su Protocolo sobre la responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación. 22/03/1989. Disponibles en: <http://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-s.pdf>*
- *Convenio para la conservación de la biodiversidad y protección de áreas silvestres prioritarias en América Central. 05/06/1992. Disponible en: https://www.sica.int/busqueda/busqueda_arc_hivo.aspx?Archivo=conv_7592_1_31032006.pdf*
- *Convenio para la protección y desarrollo del medio marino de la región del Gran Caribe. 11/10/1986. Disponible en: <https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/29977>*
- *Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0099&from=ES>*
- *Convenio internacional para prevenir la contaminación por buques (MARPOL) y sus Anexos y Protocolos. 02/11/1973. Disponible en: [https://www.imo.org/es/About/Conventions/Paginas/International-Convention-for-the-Prevention-of-Pollution-from-Ships-\(MARPOL\).aspx](https://www.imo.org/es/About/Conventions/Paginas/International-Convention-for-the-Prevention-of-Pollution-from-Ships-(MARPOL).aspx)*
- *Acuerdo regional sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos. 11/12/1992. Disponible en: https://www.sica.int/busqueda/busqueda_arc_hivo.aspx?Archivo=leys_6811_1_27032006.pdf*
- *Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural. 21/11/1972. Disponible en: <https://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf>*
- *Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes. 22/05/2001. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A22006A0731%2801%29>*
- *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. 10/12/1982. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201833/volume-1834-A-31363-Spanish.pdf>*
- *Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono. 22/03/1985. Disponible en: <https://ozone.unep.org/treaties/vienna-convention/vienna-convention-protection-ozone-layer>*
- *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES). 03/03/1973. Disponible en: <https://cites.org/sites/default/files/esp/disc/CITES-Convention-SP.pdf>*

¹⁴⁵ Fuente: Fuentes Loureiro, María Angeles en Asistencia Técnica para el Desarrollo de un marco de actuación regional frente a las nuevas manifestaciones de criminalidad surgidas en el contexto del COVID-19, Tirant Lo blanch (Garavano, German C. Director) para COMJIB, Julio 2022.

Sin embargo, este paraguas internacional resulta insuficiente desde que no hay complementación interna por los Estados, que exhiben un lento avance en sus regulaciones nacionales. La mayoría de los países en general, y muchos de nuestra región en particular, poseen legislaciones insuficientes para enfrentar el fenómeno de los delitos con impacto ambiental.

El relevamiento realizado recientemente para la COMJIB pone de relieve que al menos Argentina, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela poseen una legislación deficiente para regular la problemática ambiental y específicamente los delitos que afectan el medio ambiente. Del otro lado, países como Andorra, Brasil, Chile, Colombia, España, Honduras, México y Portugal poseen leyes más adecuadas para la protección de nuestro planeta.

A continuación, se presenta una apretada síntesis de la situación normativa de algunos países de la región incluida en el informe sobre delitos Medioambientales de Ortiz Mallol:

a) Argentina: carece de una regulación medioambiental como tal. Son leyes especiales, dispersas y determinados preceptos del Código Penal -que atienden, en este último caso, a la cuestión medioambiental solo de forma indirecta-, lo que hasta el momento ha regulado la materia. Así, en lo referente al código criminal, que data originariamente de 1886, encontramos referencias aisladas que penalizan la detección ilegal de aguas (art. 182), los incendios de bosques (en el art. 186, donde no se diferencia entre masa forestal y no forestal, entre espacio protegido o no) o la adulteración de las aguas, si bien destinadas al consumo público y como infracciones contra la salud pública (art. 200). Y, en lo referente a leyes especiales, se concentra la protección en leyes tales como la Ley 22.412 de Fauna, la Ley 2.786 sobre maltrato animal, la Ley 22.351 de Parques Nacionales y la Ley 24.051 de Residuos Peligrosos.

Se adiciona a lo señalado que en el año 2019 se envió al Congreso de la Nación un proyecto de Código Penal para la República Argentina y que tiene estado parlamentario, que en su Título XXIII Delitos contra el Ambiente, incluye 8 capítulos específicos en los que se abordan: Cap. 1 La contaminación y otros daños al ambiente; Cap. 2 Delitos contra la Biodiversidad; Cap. 3 Delitos contra la fauna silvestre u otros animales; Cap. 4 Maltrato y crueldad con animales; Cap. 5 Delitos contra los Bosques Nativos y protectores; Cap. 6 Delitos contra el patrimonio genético; Cap. 7 Definiciones y Cap. 8 Disposiciones Generales

b) Chile: ha optado por la protección penal integral del ecosistema tardíamente a través del proceso de reforma legislativa que se encuentra en marcha. La regulación actual carece de una sección de delitos contra el medioambiente y, hay que acudir a preceptos aislados del Código Penal (actualizado con Ley 19.617). Ejemplos de ello: la detección ilegal de aguas (art. 459), los delitos relativos a la salud animal y vegetal (art. 289 y siguientes), los incendios de bosques y otra flora (art. 476.3) o la infracción de los reglamentos sobre corta de arbolado (art. 459.12). Llama la atención que no exista regulación penal de la minería ilegal, teniendo que acudirse en la práctica, para cubrir la carencia legal, a delitos genéricos como el hurto y el robo, lo que se hace posible al ser considerado el mineral, una vez extraído, bien mueble. Existen dos proyectos en marcha para la reforma del Código: el Proyecto de Ley-Boletín no 8.920-07, con el que se incorporaría un Título III en el Libro II del C. Penal, y el Proyecto-Boletín no 9.274-07, que tiene por objeto una reforma integral del Código Penal, donde se incluiría asimismo un título de los delitos contra el medioambiente.

c) Costa Rica: la nota determinante de la regulación penal ambiental la conforme la dispersión normativa. Así, aparte del Código Penal, todo un conglomerado de leyes especiales viene a tipificar infracciones penales en distintas áreas ambientales: el Código de Minería, la Ley de Aguas, la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, Ley de Pesca y Acuicultura, Ley de Protección, Conservación y Recuperación de las Poblaciones de

Tortugas Marinas, Ley Forestal, la Ley de Gestión Integral de Residuos, la Ley Sobre la Zona Marítimo-Terrestre, la Ley Sobre Patrimonio Nacional Arqueológico o la Ley de Patrimonio Histórico-arquitectónico de Costa Rica.

d) Guatemala: regula la disciplina en los art. 343 y ss. de su Código Penal (Decreto no 17- 73), con una tipificación que nos resulta desorganizada. Asimismo, existen para determinadas materias leyes especiales que prevén igualmente delitos ambientales; tal es el caso de la Ley de Áreas Protegidas, la Ley de Caza y la Ley Forestal.

e) México: dedica el Título Vigésimo Quinto de su Código Penal Federal a los delitos contra el ambiente y la gestión ambiental. En materia competencial es de interés la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, que en su art. 188 expresa que “Las leyes de las entidades federativas establecerán las sanciones penales y administrativas por violaciones en materia ambiental del orden local”.

f) Panamá: el título XIII del Código Penal panameño tiene por título “delitos contra el ambiente y el ordenamiento territorial” y se divide en dos capítulos: contra los recursos naturales y contra la vida silvestre.

g) Paraguay: la regulación de la materia medioambiental paraguaya se encuentra en dos normas, una especial, la Ley 716/1996, y una general de tan solo un año después, el Código Penal de 1997, cuyo Capítulo I del Título III regula los Hechos punibles contra las bases naturales de la vida humana

h) Uruguay: Con la reforma de la Constitución en 1997 se impuso el mandato constitucional de defensa del medioambiente, lo que se trasladó en la práctica casi exclusivamente al plano administrativo a través de la Ley No 17.283, de 28 de noviembre de 2000, denominada Ley General de Protección del Ambiente, que reguló el conjunto de derechos, deberes y consiguientes sanciones en la materia, así como los principios e instrumentos de la política ambiental. Asimismo, importante en el plano administrativo es la Ley 17.234, sobre áreas protegidas. No se regularon, pues, consecuencias penales para la violación de los recursos naturales, con alguna excepción; así, el artículo 9° de la Ley N° 17.220, de 11 de noviembre de 1999, relativo al delito de introducción de desechos peligrosos.

Desde lo funcional:

Algunos países de nuestra región han logrado progresar, aun con las referidas limitantes de normativa sustancial, con la creación de áreas de investigación y/o Fiscalías especializadas con un alto grado de especialización. Este claro avance ha permitido una mayor y mejor respuesta estatal frente a los delitos con impacto ambiental y permite mostrar una perspectiva optimista para hacer frente a la criminalidad vinculada a la cuestión ambiental.

Puntualmente, se han relevado Fiscalías especializadas en Argentina (tanto a Nivel Federal como en la Ciudad de Buenos Aires y varias provincias), Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Portugal, República Dominicana y Venezuela.

Muchos de estas naciones poseen además fuerzas de seguridad que tienen áreas específicas para la prevención e investigación de este tipo de delitos.

Pese a estos avances en materia de regulación y especialmente en la generación de Fiscalías especializadas, equipos y áreas de investigación, expertos e informes alertan sobre los altos niveles de contaminación, ineficiencia en el combate de tráfico de especies y degradación de flora y biodiversidad, el incesante flagelo de incendios de masas forestales, manipulación ilícita de residuos peligrosos, la extracción y aprovechamiento prohibido de recursos naturales y el avance de la minería ilegal, entre los principales ataques al entorno.

Los escasos relevamientos estadísticos disponibles, aun con sus fuertes restricciones, demuestran un incremento constante el crecimiento de este tipo de delitos. Durante la Pandemia COVID, llamativamente se registró una disminución en la cantidad de casos investigados y denunciados, aunque la evidencia indicaría que no fue una real disminución en la ocurrencia de estos ilícitos, sino lamentablemente en su denuncia y persecución, tal como lo demuestra que luego de la misma rápidamente la cantidad de casos subió nuevamente a niveles incluso superiores a la pre-pandemia.

En esta senda, vale marcar que en la mayoría los países los sistemas de información no registran los delitos con impacto en el entorno, por lo cual resulta muy difícil realizar un seguimiento específico, solo la información disponible de algunas de las fiscalías especializadas o de las áreas específicas de las fuerzas de seguridad. Resulta primordial incluir de un modo consistente la información sobre este tipo de infracciones en los sistemas de estadísticas e información de los países de la región.

El cuadro se ve desmejorado por una actuación inarticulada, ineficientes o recortados cursos de investigación, limitada cooperación internacional y bajos índices de condenas concretas en el acotado universo de casos judicializados.

Por otra parte, además de las dificultades normativas sustanciales concretas y los escasos resultados logrados, los sistemas judiciales no han sido capaces en general, como en otros delitos, de desarticular el financiamiento oculto detrás de este tipo de conductas, identificar y decomisar los bienes y ganancias producto de las mismas. Mayores dificultades, regulatorias y prácticas, existen para lograr reparaciones anticipadas o bien reparaciones del daño al medio ambiente, y muy complejo avanzar con esquemas de restauración forzosa del ambiente a la situación previa.

Semejante entramado permite detectar, al menos, cinco nudos de conflicto: a) falta de plataforma legal común, figuras imprecisas y penas insuficientes, b) deficiencias en la aplicación de la legislación respectiva en toda la cadena (policía y otras fuerzas de seguridad, así como fiscales y tribunales penales), c) falta de seguimiento en preservación cultural e insuficiente ataque a la minería ilegal, d) baja calidad en la información y e) déficit formativo en general.

Propuestas

Lo expuesto desafía líneas de acción paralelas, que parece razonable desarrollar regionalmente de un modo sostenido durante el próximo quinquenio. A continuación, intentamos perfilarlas:

Optimizar la calidad, difusión y entramado de la información: Prevención

La información es, por premisa, un insumo crucial para diagnóstico y toma de decisiones del quehacer público. Por ende, la falta de reseñas fiables y completas sobre los procesos relacionados con la delincuencia medioambiental constituye una insuperable traba a la eficacia de cualquier plan de combate. La ausencia de interlace entre las agencias del Estado dedicadas a estos asuntos termina por fulminar cualquier progreso significativo.

Es elemental la captación y puesta a punto permanente de los datos estadísticos, que además de compartirse (lo que ya marcamos), deben recogerse sobre la base de normas mínimas comunes entre los Estados miembros.

Por otra parte, y en línea con acciones preventivas, es momento de enfatizar la pertinencia de contar con inventarios completos de reservorios como bosques nativos, humedales y glaciares,

junto a ordenamientos territoriales (con zonas de alta, media y alta conservación) y sistemas de alerta temprana que permitan detectar, entre otras cosas, el inicio o propagación de focos de incendio.

Definir estándares comunes en la tipificación de los delitos con impacto ambiental

En trabajos anteriores de El PACCTO así como en análisis de doctrina, se ha hecho hincapié en la necesidad de garantizar un esqueleto regulatorio afín en los Estados miembros, que permita identificar un núcleo duro de conductas lesivas contra el ambiente, conminadas desde el Derecho Penal.

Así, es menester avanzar en la depuración de la formulación legal de figuras que atañen a la contaminación, que es el tipo de mayores efectos expansivos desde el punto de vista del daño ambiental, con verbos típicos precisos e inequívocos. Paralelamente; y más allá de las consabidas tipicidades sobre tráfico de especies, maltrato y crueldad animal, etc.; hay que avanzar en la protección legal de los bosques nativos y los humedales, particularmente regulando el tema de incendio forestal con entidad autónoma, el cambio de uso de suelo forestal (cuando fuera irreversible), el tráfico de madera ilegal, y conductas atentatorias contra la biodiversidad como la introducción de especies de flora y fauna exótica o invasora (EEI). La manipulación genética debe ser analizada desde la perspectiva penal cuando adquiere potencialidades devastadoras sobre las especies.

Al mismo tiempo, esa normativización debe ser precisa, concreta y no sobreabundante, pues los excesos y las lagunas son enemigas de un derecho penal de última ratio y sin márgenes para errores justificantes o exculpantes.

En aquellos casos en que la remisión a la norma administrativa sea insoslayable (por ejemplo, respecto de los niveles tolerados de concentración de ciertas sustancias) la reglamentación técnica debe ser conocida y organizada, para garantizar su plena exigibilidad.

Finalmente, deben admitirse modalidades culposas en ciertos injustos, como la contaminación; y asegurarse que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables, siempre que los delitos hayan sido cometidos o redundado en su beneficio, por cualquier persona humana que ostente una posición directiva.

En este sentido, y como ya fue reseñado, resulta posible la elaboración de BASES PARA UNA NORMATIVA ARMONIZADA, como fue puntualizado en el documento que reseña las conclusiones del Seminario realizado por EL PACCTO, al señalar que: “la región latinoamericana se encuentra en plena ebullición legislativa con relación al hecho ambiental. Argentina, Chile, Uruguay y Costa Rica están pendientes de aprobar reformas integrales de sus respectivas legislaciones medioambientales, y debiera ser ello aprovechado tanto para homogeneizar la legislación del entorno como para nutrirse de la experiencia ajena. Sin embargo, la lectura de los anteproyectos o proyectos que hay en marcha genera cierta preocupación por el hecho de que abundan en conceptos que debieran haber sido ya superados”

Sobre el particular, insistimos en destacar el proyecto de reforma al Código Penal de la Nación Argentina, en tanto que incluye el Título XXIII Delitos contra el Ambiente.

Establecer sanciones penales uniformes, proporcionadas y disuasivas

Nuevamente, la necesidad de establecer pisos comunes, esta vez para desincentivar el traslado de las empresas criminales a los países de legislación más flexible.

En tal sentido, no puede ignorarse el objetivo de prevención general de todo sistema punitivo, pues la amenaza de sanción disuade la comisión de delitos. A su vez, estas penas han de ser acordes a la gravedad de la falta cometida, sabiendo que, así como la punición excesiva deslegitima y genera mayor litigiosidad, la insignificante es incapaz de desalentar.

Por lo tanto, deben establecerse parámetros de sanciones mínimas y máximas (así como sus accesorias), vinculados a la gravedad del daño en términos de duración, propagación e irreversibilidad. El grado de punición económica, sobre todo cuando se trata de personas jurídicas, debe vincularse con su situación financiera.

Dotar de mayor eficacia las investigaciones y el enjuiciamiento transfronterizo de estos delitos

Resulta fundamental empoderar y dotar de recursos (materiales, tecnológicos y personales) a las fuerzas de seguridad, a la justicia y al Ministerio Público Fiscal, para equiparar la evolución de las organizaciones criminales y conducir pesquisas y procesos a la altura de sus constantes readaptaciones.

El documento conclusivo del seminario ya mencionado ha valorado la necesidad de articular un efectivo deber de auxilio judicial de las Administraciones Públicas al órgano judicial y fiscalías en el procedimiento penal y de crear convenios de cooperación con terceros organismos públicos, como universidades, para la asistencia técnica gratuita en el procedimiento penal.

Las innovaciones tecnológicas y diversificaciones pregonadas para la perpetración de estos delitos demandan con urgencia la dotación de alta tecnología, así como de técnicas especiales de investigación, que permitan persecuciones eficaces y rápidas, a fin de obtener resultados conducentes. La interceptación de comunicaciones, con control judicial en sistemas penales ágiles como el acusatorio, la vigilancia discreta (en particular la electrónica), las entregas vigiladas, el control de cuentas bancarias y otros instrumentos de investigación financiera, que obviamente deben aplicarse de conformidad con el principio de proporcionalidad y respetando los preceptos convencionales, constituyen prioridad.

En esta línea deben destacarse también las recomendaciones de Rus y Ferreira sobre la necesidad de utilizar herramientas (que deberán ser legisladas) sobre reparación anticipada y reparación del daño al medio ambiente y de la restauración forzosa al momento previo al hecho. Esto va de la mano de la necesidad, como ha señalado reiteradamente EL PACCTO y para estos casos en particular, de incrementar esfuerzos en la lucha contra la criminalidad organizada para procurar identificar, incautar y decomisar los bienes y ganancias producto del accionar ilícito de estas organizaciones.

Debe también facilitarse la celebración de acuerdos de colaboración y la adopción de las medidas necesarias para garantizar que aquellos que denuncien este tipo de delitos y aporten elementos de prueba, tengan la asistencia correspondiente en el contexto de los respectivos procesos penales.

En esta misma línea juegan un rol central, tal como lo impulsan los propios actores regionales

en el Seminario realizado en Bogotá, el desarrollo de redes de cooperación, tanto judicial como policial, que podrían ser fortalecidas mediante el apoyo de EL PACCTO tanto para la constitución de Equipos Multidisciplinarios Especializados como de Equipos Conjuntos de Investigación (ECI) para una persecución más eficaz del crimen organizado en su manifestación en delitos medioambientales en la región.

Es clave avanzar en la efectiva utilización de los ECI en materia de delitos con impacto en el medio ambiente y resulta necesario promocionar este tipo de trabajo cooperativo.

En paralelo, urge fortalecer las redes de cooperación entre policías, fuerzas de seguridad y agentes de las fiscalías para que, más allá de compartir capacitaciones y actividades, puedan generar un real intercambio de información y un trabajo conjunto en casos concretos; así como con la identificación y examen de puntos focales y su difusión mediante protocolos, guías y otros elementos, estratégicos para un aprovechamiento extendido de la cooperación regional.

Por último, el índice de condenas por delitos de secuela ambiental resulta invariablemente bajo, acompañado por sanciones muy leves que, como venimos diciendo, carecen de efecto disuasorio. Suspensiones de juicio a prueba (probation) homologadas con base en reglas de conducta divorciadas de la gravedad de la lesión ambiental, y sin suficiente reparación, es otra manifestación de este cuadro judicial que debe revertirse mediante una intervención más consistente de jueces y fiscales.

Enfoque estratégico en residuos

Centrados en el segmento de los residuos peligrosos, debe establecerse una exacta delimitación respecto de los industriales y los radiactivos.

Respecto de los industriales, vale propiciar intercambios recíprocos que permitan, a la vez que concientizar sobre la gravedad de un tratamiento inadecuado que pueda elevar los índices de riesgo (y, por tanto, merecer sanción penal), encontrar alternativas de manejo sustentable para todos los actores involucrados, asociando al sector empresario para la reconversión de los procesos industriales contaminantes, mediante políticas de incentivos.

Respecto de los peligrosos, los índices de concentración de componentes deben ser actualizados y conocidos, y la represión de conductas que transgredan estos baremos debe tornarse operativa ante el solo riesgo de contaminación, sin esperar a que la misma se produzca.

El mismo rol anticipatorio y acaso más enérgico ha de tener la reacción penal en los casos de residuos radioactivos, guardando extremo celo en evitar que los países del PACCTO se conviertan en basureros nucleares; lo que ha de complementarse con tareas de prevención cruzadas y armonizadas.

Incrementar y articular acciones contra la minería ilegal

Estudios de EL PACCTO dan cuenta de la persistencia de crímenes vinculados a la actividad minera clandestina, con formidables secuelas negativas en la contaminación de cursos de agua dulce, sobre todo en la extracción de oro. La protección penal, tanto a nivel legal como de despliegue en terreno, siempre en sintonía internacional (y forzosamente regional), debe extenderse a todos los eslabones de la exploración, explotación y lucro al margen de la ley. De esta manera, resulta primordial configurar con autonomía delitos tales como el transporte y comercialización de este valioso metal, incluido el financiamiento, y complementarlo con la sanción de delitos de tenencia (peligro abstracto) relativos a la posesión encubierta e ilegal de maquinarias, instrumentos e insumos destinados a actividades extractivas.

Seguimiento de las problemáticas culturales

La importancia de los bienes culturales, arqueológicos y paleontológicos en términos de arraigo histórico es innegable.

Por lo tanto, la existencia de tráfico de piezas de arqueología y paleontología, actos dañinos y robo de elementos culturales atenta contra su preservación como patrimonio y no debe subestimarse.

No obstante, de lo observado hasta aquí, y atento el contexto de urgencia que dimana de otras áreas bajo estudio, puede aceptarse que las regulaciones ligadas al contrabando y al delito de daño, pero con penas de diseño propio (por ejemplo, más altas o combinadas con inhabilitación y multa), resulta por el momento adecuada, siempre y cuando se efectúe un riguroso seguimiento de los supuestos delictivos, con comunicación inmediata a los Estados miembros en caso de proyección internacional, y mediante informes periódicos, en los demás.

En este tópico, recordemos que el proyecto de reforma al Código Penal de la Nación Argentina 2019 (Comisión designada por Decreto PEN 103/2017) incluyó, como Título XXIV, los delitos contra el patrimonio arqueológico y paleontológico, destacándose como uno de los más modernos de la región en la senda de incluir los bienes culturales (de propiedad colectiva) en la mira de la tutela penal.

Capacitar y compartir buenas prácticas

El papel de la formación es preponderante. Debe fomentarse la adquisición de nociones en general y de conocimientos específicos, en particular, con instancias de formación profesional y periódica para todos los grados de la cadena de aplicación de la ley; junto a medidas de sensibilización a la comunidad.

Esto contribuirá a una toma de conciencia expandida, lo cual facilita los controles comunitarios sobre la gestión pública, y, sobre todo, los reclamos frente a la inacción.

Por su parte, la identificación de buenas prácticas y experiencias exitosas, su documentación, difusión y replica es un elemento central en este aprendizaje institucional que requieren nuestros países. En sentido, los diversos documentos de EL PACCTO cómo otros actores de cooperación han procurado identificar y difundir las buenas prácticas y experiencias exitosas que puedan servir como lecciones para fortalecer el desarrollo de una más adecuada respuesta estatal frente al fenómeno.

Garantizar la segura actuación de los defensores ambientales

Para finalizar todo este derrotero, y siguiendo a Fuentes Loureiro, vale destacar la problemática de los “Defensores del medio Ambiente” en sus distintas caracterizaciones, que muchas veces son objetos de ataques de todo tipo por organizaciones criminales que explotan los recursos de un modo ilegal y desarrollan muchas de las conductas aquí descritas.

Lamentablemente, no existe una normativa de protección específica ni una actuación estatal movilizante que ayude a prevenir y perseguir este tipo de ataques, que según los informes relevados resultan cada vez más frecuentes y violentos.

Además de las regulaciones legales y operativas que puedan adoptarse conforme las líneas de acción nro. 2 y 3; las campañas de concientización e información y la presencia estatal en defensa del medio ambiente deben confluir como factores disuasivos para estas conductas que deberían ser contempladas en las líneas de acción 6 y 7 de este capítulo. -

La transmisión electrónica de solicitudes

por Georgia Diogo

Introducción

La firma y la entrada en vigor del Tratado de Medellín, que permite la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional, tiene reflejo en múltiples avances propios de la cooperación, lo que acompaña, igualmente, los cambios tecnológicos experimentados en diversas arenas de la vida pública de las sociedades, incluso en su aspecto jurídico. Para que la transformación sea efectiva y real, hay muchos aspectos que se deben llevar en consideración, en especial, la disolución de asimetrías en ámbito nacional y en términos regionales. En un mundo en que la inteligencia artificial deviene un factor de predominancia en las relaciones personales, la transmisión electrónica de pedidos de asistencia jurídica vuelve a ser un paso inicial en muchas conquistas que han por venir en el campo de las relaciones jurídicas internacionales¹⁴⁶.

La diplomacia y la cooperación jurídica internacional

Las relaciones internacionales son identificadas por el conjunto de vínculos e interacciones que se establecen entre actores como Estados, organizaciones intergubernamentales, organismos internacionales, ONG o empresas transnacionales, con el objeto de diseñar políticas que atentan a problemas o preocupaciones comunes. Esas relaciones puedan darse en el ámbito económico, geográfico, cultural y también jurídico.

La Conferencia de Paz de 1648 en Westfalia es un marco importante en ese contexto, lo que puso fin a la guerra de los Treinta Años en Europa, pero aún más importante para el derecho internacional, el tratado propició el concepto de Estado-nación, estableciendo los principios que caracterizan al Estado moderno, destacando la soberanía, la igualdad jurídica entre los Estados, la territorialidad y la no intervención.

En ese sentido, gana importancia la cooperación jurídica internacional como forma de integración de los Estados para solucionar procesos extraterritoriales. En la búsqueda de internacionalizar los intereses y garantizar las defensas procesales, la cooperación mutua debe asegurar el pleno funcionamiento de la justicia, la cual se rige por normas especiales que permiten el cumplimiento de estas medidas. Eso ocurre en el ámbito de la solidaridad global, de la cooperación técnica para el desarrollo, como en la búsqueda de intereses diplomáticos y políticos. Es notable que problemas nacionales o regionales tienen consecuencias globales, incluidas, por ejemplo, las guerras que llevan a los refugiados a las fronteras y los problemas ambientales que reflejan, no solo en todo el territorio global, como en un gran espacio temporal.

El comercio mundial legal que genera el desarrollo de los países viene acompañado, lamentablemente, de redes delictivas organizadas que se benefician de la venta de productos

146 Se han empleado las siguientes referencias: ARAÚJO, NÁDIA DE. PREFÁCIO, EN CASELLA, PAULO B. SANCHEZ, RODRIGO E. (orgs), *Cooperação judiciária internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; BARRIENTOS, JORGE ALBORNOZ, MAGDIK MARCO, "Marco jurídico de la utilización de videoconferencia en materia penal", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*. Vol. 2 Núm. 1 (2013) 229-260; SLAUGHTER, ANNE-MARIE HALE, THOMAS N, "Transgovernmental networks and multi-level governance", en ENDERLEIN, HENRIK, WÁLTI, SONJA E ZÜRN, MICHAEL, *Handbook on Multi-level Governance*, Massachusetts: EE, 2010; BECHARA, FÁBIO RAMAZZINI. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*, São Paulo: Saraiva, 2011; BECHARA, FÁBIO RAMAZZINI, CARNEIRO LEANDRO PIQUET, DIOGO, GEORGIA RENATA SANCHEZ (orgs), *Atlas do Sistema de Justiça Criminal do Mercosul*. São Paulo: Almedina, 2022; MENDONÇA, ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA, GARCÍA, NICOLAS RODRIGUEZ, *El principio de validez de la prueba en casos de corrupción*, Madrid: Tirant Lo Blanch, 2018.

ilegales siempre que haya demanda en los Estados. Esos mercados poseen una estructura cada vez más compleja, y generan, cada año, grandes fortunas. El tráfico de estupefacientes, de armas de fuego, la trata de personas o el contrabando de migrantes, los crímenes financieros o la ciberdelincuencia son fuentes de ganancias muchas veces mensurables y de un impacto devastador en las economías.

La delincuencia organizada transnacional es un gran negocio y es considerada como una de las mayores amenazas a la seguridad humana, un elemento multifacético que impide el desarrollo político, económico, social y cultural de la sociedad. Los delincuentes hacen uso de todas las lagunas de las normas legales para beneficiarse y buscan internacionalizar sus hechos delictivos frente a convenciones o normas internacionales débiles o inexistentes.

En ese escenario de crimen transnacional creciente en los años, la diplomacia jugó un rol importante para impulsar las conexiones entre los Estados y fortalecer la cooperación jurídica internacional ante la amenaza global, en especial, frente a la ausencia de instrumentos legales específicos y los límites naturalmente impuestos del ejercicio de las jurisdicciones nacionales. En tal sentido, los países empiezan bilateralmente a celebrar acuerdos en asistencia mutua y extradiciones, impulsados por el mundo diplomático y los foros internacionales devienen espacio apropiado de negociaciones de tratados multilaterales sobre la materia.

Un paso emblemático en la lucha contra el crimen transnacional en el ambiente diplomático es la firma de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, también conocida como “Convención de Palermo”, que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, y entró en vigor el 29 de septiembre de 2003. Con el tratado en vigencia, los Estados miembros reconocen la gravedad del problema, así como de la necesidad de promover y fortalecer una estrecha cooperación internacional para hacer frente a ese fenómeno. La convención impulsó la adopción, por los Estados partes, una serie de medidas efectivas, incluida la tipificación en la legislación nacional de actos como la participación en grupos delictivos organizados, el blanqueo de capitales, la corrupción y la obstrucción de la justicia. El documento también prevé que los gobiernos adopten medidas para facilitar los procedimientos de extradición, la asistencia judicial recíproca y la cooperación policial.

A este respecto, la acentuada y progresiva complejidad estructural de los grupos criminales impuso al mundo diplomático la incorporación, en esos círculos de negociación, de equipos nacionales especializados y competentes en el enfrentamiento al crimen organizado. Los tratados internacionales en cooperación jurídica también sugerían la necesidad de creación de dependencias especializadas en cooperación jurídica en los Ministerios de Justicia, en las Fiscalías y las Policías, así como la designación de autoridades centrales para el intercambio de solicitudes de asistencia jurídica. Y con eso surge una multiplicidad de instancias internacionales que pasan a reunir esos agentes de seguridad y de cooperación jurídica, con el intento igualmente de dar celeridad a la ejecución de esos pedidos de cooperación extraterritoriales.

La evolución de la cooperación jurídica internacional en los tiempos

La cooperación jurídica internacional tradicionalmente se basaba en los principios de reciprocidad y cortesía internacional y fue desarrollada en el marco histórico en dos pilares, en la necesidad de cooperar con otros países con el objetivo de evitar la impunidad, y la desconfianza de no permitir actos de jurisdicción extranjera sin restricciones y así no poner en peligro la soberanía nacional. Sus conceptos han ido evolucionando para considerarse en los días actuales un deber el prestar asistencia jurídica para facilitar el funcionamiento de la Justicia, y no necesariamente como un acto de cortesía de un Estado hacia otro. Habitualmente, la cooperación jurídica era canalizada casi exclusivamente por medio de exhortos o comisiones rogatorias que circulaban por los canales diplomáticos.

La comisión rogatoria es la solicitud de un juez de un Estado a la justicia del otro, para que algún acto suyo se realice en territorio extranjero. Según la profesora Nadia de Araújo:

“El instrumento de la comisión rogatoria es el medio por el cual se solicita a la autoridad extranjera que promueva el cumplimiento, en su jurisdicción, de los actos procesales ordinarios (citaciones, notificaciones) o instructivos (producción de prueba mediante audiencia de testigos, realización de pericia, requisición de documentos, etc.) en interés de otra jurisdicción, ante la cual se tramitan diligencias en cuyo ámbito se solicitaron tales actos” (ARAUJO, 2002: 5)

La comisión rogatoria presupone una solicitud entre jueces de diferentes países para requerir la práctica de un acto procesal en el extranjero y debe satisfacer los requisitos de estos países, llamados país requirente y país requerido, aunque no exista convenio internacional entre ellos. Para el otorgamiento del exequátur de las rogatorias, es necesario el cumplimiento de los requisitos formales y materiales, verificando la autenticidad de los documentos presentados y si el contenido de la comisión rogatoria no ofende la soberanía nacional, ni ofende el orden público.

El exhorto o comisión rogatoria generalmente camina a un trámite largo y engorroso. En muchos casos estos instrumentos circulan por la vía diplomática. La indispensabilidad del exequátur es aún más lenta en zonas fronterizas, cuando las comisiones tienen que recorrer miles de km entre capitales.

En las últimas décadas, numerosos convenios internacionales han proliferado en la materia tanto a nivel global, regional, subregional y bilateral, haciendo con que los canales diplomáticos hayan sido reemplazados progresivamente por mecanismos más directos de cooperación, principalmente por medio de las “Autoridades Centrales”. En la cooperación directa, la solicitud es recibida por las autoridades centrales y luego es remitida al órgano nacional responsable de las facultades para realizar la diligencia. Las autoridades centrales pueden ser instituciones del poder ejecutivo, como Ministerios de justicia o cancillerías, o del Ministerio Público, como es el caso en algunos países. Si, de acuerdo con la ley, existe la necesidad de autorización judicial para realizar una diligencia, la autoridad central enviará la reclamación al órgano competente.

Eso significa, sin espacio a dudas, una evolución favorable, una vía que resulta generalmente más rápida que la diplomática. Sin embargo, hay que considerarse que la lentitud no es totalmente eliminada en el procedimiento, pues en la mayoría de esos casos, los documentos todavía tramitan en medio de papel por intermedio de servicios de correo ordinario.

En muchos países, la instrumentalización de la asistencia legal mutua, a través de autoridades centrales, reemplazó el uso de las comisiones rogatorias tradicionales. En otros, el tema es aún complejo, especialmente cuando existe una disposición constitucional sobre la competencia de los tribunales para otorgar exequatur a las rogatorias. Una otra medida implementada para dar celeridad a los trámites de la cooperación jurídica fue la ampliación de las autoridades competentes de formular y atender solicitudes de cooperación, tramitadas a través de las autoridades centrales, según el ámbito de atribución y competencia disciplinada en cada uno de los órdenes internos involucrados.

En tal caso, los trámites de la cooperación jurídica internacional están lejos de alcanzar la agilidad y, principalmente, la efectividad necesaria que exigen los tiempos modernos y las nuevas modalidades criminales. Si consideramos los ciberdelitos y todas sus conexiones, ese problema es aún más grave. Por ese motivo, las instituciones nacionales competentes en la materia, conjuntamente con los organismos internacionales y los distintos foros, han puesto en marcha valiosas herramientas de cooperación con el intuito de combatir la criminalidad transnacional y evitar la morosidad y la impunidad de esos delitos. Los grupos criminales no encuentran barreras en sus acciones y se aprovechan de la burocracia jurídica impuesta a los operadores del derecho.

El rol de las autoridades centrales

La autoridad central es un organismo técnico-administrativo destinado a facilitar la cooperación jurídica internacional. Como mencionado anteriormente, su institución, en cumplimiento de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales, supuso un avance en la cooperación penal internacional, pues su función es la de permitir intercambios más efectivos y rápidos entre Estados, así como el desarrollo de conocimientos agregados sobre la materia.

Las funciones de este organismo son las de ejercer la representación del Estado en materia de cooperación jurídica y asistencia judicial ante los entes internacionales, encargándose de todo trámite relacionado con esta materia, a cuyo fin actuará como enlace natural entre las representaciones y organismos extranjeros y nacionales, así como entre los tribunales internos y los tribunales extranjeros en los trámites relativos a solicitudes de asistencia jurídica internacional y extradición.

Además de su competencia de tramitar las solicitudes de asistencia jurídica, las autoridades centrales deben analizar los requisitos formales y materiales de una solicitud de cooperación jurídica internacional antes de su transmisión al exterior. Asimismo, deben brindar asistencia técnica a las autoridades nacionales involucradas en la cooperación, sanar dudas de Estados extranjeros, o hasta mismo contraer compromisos de reciprocidad para la cooperación en un caso específico.

En el escenario internacional, las autoridades centrales participan activamente en los foros y reuniones regionales e internacionales, y son competentes por la negociación de los tratados de cooperación jurídica bilaterales o multilaterales en materia penal o civil.

Esas unidades técnico-administrativas están ubicadas en distintas instituciones nacionales en los Estados. En América Latina, por veces se encuentran en los ministerios de justicia, otras, en los ministerios públicos o en el poder judicial e, en algunos países aún, las cancillerías actúan como autoridades centrales.

El ejemplo de la Unión Europea de “espacio judicial europeo” se enmarcan tanto las iniciativas de promoción del conocimiento recíproco de los distintos sistemas legales, las medidas legales de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, la ejecución y cumplimiento de resoluciones judiciales, como las concretas acciones consistentes en el despacho y ejecución de solicitudes de asistencia entre órganos judiciales. La transmisión directa de pedidos de asistencia jurídica entre los órganos competentes está amparada por el Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Artículo 6. Transmisión de solicitudes de asistencia judicial

1. Las solicitudes de asistencia judicial, así como los intercambios espontáneos de información a los que se hace referencia en el artículo 7, se efectuarán por escrito, o por cualesquiera medios que puedan dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado miembro receptor establecer su autenticidad. Dichas solicitudes se efectuarán directamente entre las autoridades judiciales que tengan competencia jurisdiccional para formularlas y ejecutarlas, y se responderán del mismo modo, salvo que en el presente artículo se disponga lo contrario.

Respecto a esta relativización, entre los Estados de la Unión Europea ya no se habla de extradición, sino de órdenes de detención y entrega, al menos desde 2002, al igual que se abolió la idea del *exequatur*, dado el reconocimiento automático de decisiones y solicitudes.

Evolución reciente de la cooperación jurídica como ambiente favorable a su modernización tecnológica

La cooperación jurídica internacional ha experimentado recientemente un nuevo entorno que fue propicio al surgimiento de la utilización de medios electrónicos para su trámite, y esos cambios están vinculados a diferentes factores.

El fenómeno de las comunicaciones directas entre autoridades centrales está cada vez más amparado en los múltiples tratados con eliminación de las autoridades diplomáticas. Ese acto consistió en la especialización de funcionarios u organismos seleccionados, por la relación y pertinencia de sus propias actividades con el tema y por su conocimiento de la materia. Eso creó también un ambiente de redes de contacto directo entre especialistas, muchas veces, amparados por medios tecnológicos.

La facilitación de la legalización de documentos también es considerado un factor de avance, provocando así el fin de la legalización consular. El Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 es un acuerdo internacional que regula la certificación de documentos públicos entre Estados, como resultado de este acuerdo surge el trámite de la Apostilla de la Haya, por el cual cualquier documento público que presente la Apostilla tiene valor legal en otros países firmantes del Convenio.

La iniciativa también contempla, en algunos países, el formato electrónico, lo que reduce costos, burocracia y tiempo. El servicio permite la recepción en línea, por correo electrónico o celular, de actas de nacimiento, matrimonio, diplomas escolares y otros documentos públicos nacionales en formato electrónico, con un Código QR que permite verificación de autenticidad por parte de autoridades extranjeras.

La inclusión de cláusulas de salvaguarda del orden público o de los intereses superiores del Estado es un obstáculo a la lucha contra la criminalidad transnacional. Así que hubo igualmente, en los últimos tiempos, un cambio corresponde a la nueva disposición en los tratados o en la práctica entre Estados de negar algunos de esos límites clásicos a la cooperación, con el debido respeto a los derechos fundamentales y humanos vigentes en todo el espacio regional. En algunos países, también ha dejado de ser un obstáculo la entrega de nacionales, lo que ya es una realidad cuando se habla de la Corte Penal Internacional, que la prevé, o de acuerdos para el cumplimiento de penas.

Otro cambio de mentalidad corresponde al progresivo abandono, en algunas partes, del principio de la doble incriminación que se ha relativizado en el ámbito internacional. La convención sobre asistencia mutua en materia penal celebrada en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA) no exige la doble incriminación, aunque puede exigirla en el caso de embargos, confiscaciones de bienes, inspecciones, registros o decomisos.

Otros cambios en el escenario actual corresponden a la formación de equipos conjuntos de investigación. Cabe señalar que los Equipos Conjuntos de Investigación constituyen una herramienta moderna y relevante de cooperación jurídica internacional en materia penal. Considerando que uno de los mayores problemas en el tratamiento de la denominada macrocriminalidad en su perspectiva transnacional radica en la recolección de pruebas, el mecanismo es un medio probatorio capaz de sustentar la investigación y la persecución penal. Los ECI se encuentran amparados en la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, o Convención de Palermo. Todavía hay dos convenciones internacionales más establecidas por la ONU que prevén los Equipos Conjuntos de Investigación, a saber, la “Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas” y la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (Convención de Mérida), cada una dentro de su campo de actividad y con fines específicos.

Sumado a este contexto, los ECIs encontraron apoyo recientemente a través del “Acuerdo Marco del MERCOSUR sobre Equipos Conjuntos de Investigación” y el “Convenio de Cooperación entre Los Estados Miembros de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos en Materia de Equipos Conjuntos de Investigación”.

También para enfrentar las nuevas formas de criminalidad, como los delitos cibernéticos, los países pasan a contar con un instrumento jurídico que es el Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia. Ese tratado internacional, impulsado por el Consejo de Europa, ya tiene adhesión de Estados terceros, incluso en América Latina, y tiene como objetivo incrementar la cooperación internacional y crear marcos legales armónicos entre los Estados Parte para hacer frente a la actividad criminal en internet.

Aún más significativo en el contexto de ese estudio es el 2º Protocolo Adicional al Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia que tiene por objeto reforzar los lazos en materia de cooperación internacional y facilitar la obtención de evidencia electrónica para poder brindar una respuesta eficaz en la investigación criminal para trabajar contra el ciberdelito.

Las nuevas tecnologías al servicio de la justicia

El binomio justicia y tecnología no son cuestiones antagónicas, ni tan poco incompatibles, por el contrario, son bases que se interrelacionan. En los inicios de la transición, papel / tecnología el temor de algunos operadores del derecho fue real y es comprensible, pero actualmente no existe motivación alguna que justifique tal resistencia, atendiendo a los resultados que, desde toda perspectiva, se materializan a través del uso de las TICs en los procesos.

Así que reflexionar sobre la relación entre derecho y tecnología se convierte en una agenda actual y relevante para los profesionales de ambas áreas. Como ciencia jurídica, se puede afirmar que el Derecho ya nació de forma superada, en el sentido de que su existencia esté enlazada a solución de aspiraciones que ya experimentaba la sociedad. Con los impactos de las innovaciones desarrolladas en los últimos años, las leyes internas incorporan cada vez más estos conceptos. El área se ha ido modernizando, creando nuevos formatos de trabajo y brindando a los juzgados una mejor solución a los casos contenciosos.

Procedimientos escaneados o juicios por videoconferencias son algunos ejemplos primarios de herramientas desarrolladas que facilitan enormemente el trabajo en el entorno legal. Pero más allá, la evolución legislativa ha contemplado soluciones tecnológicas que se ajustan a las ramas del derecho.

En algunos países, la era de los procedimientos físicos ya se encuentra superada, donde se imprimían miles de hojas por cada petición, y la fase del proceso judicial electrónico es una realidad reglamentada por leyes específicas. Con estos cambios, es posible acceder, consultar y hasta petitionar desde cualquier parte del país. Ya no es necesario acudir en persona al Foro con las copias impresas de la petición, perdiendo tiempo y recursos con el desplazamiento. Ahora es posible ahorrar tiempo y ser sostenible, además de tener el avance del proceso accesible y fácil de seguir. En definitiva, el proceso electrónico fue un hito en la aplicación de soluciones del binomio justicia- tecnología.

Los sistemas de búsqueda acordados con el Poder Judicial también es un pilar de derecho y tecnología que automatizan el trabajo de los profesionales del área. Se puede acceder electrónicamente a informaciones bancarias, por ejemplo, o titularidad de vehículos. Esto agiliza, igualmente, el trabajo de los abogados que necesitan información sobre una parte del proceso. Para cuestiones más gerenciales y administrativas son creados softwares jurídicos como herramientas que ayudan en el día a día de los profesionales, automatizando actividades burocráticas o repetitivas y, por tanto, permitiendo una mayor optimización del tiempo, permitiendo, incluso el control automatizado de procesos y plazos. La introducción de nuevas tecnologías en

la administración de justicia significa, de cierta manera, una revolución de los modos de trabajar de los órganos implicados en la prestación del servicio.

Lo mismo ocurre en el alcance de la cooperación jurídica internacional, en la cual la importancia que la tecnología viene adquiriendo nuevos contornos, siendo las TICs herramientas necesarias para el desarrollo de la asistencia e incluso en la obtención internacional de pruebas.

La práctica de los juicios internacionales por videoconferencias también presentó, por ejemplo, cierta negación por parte de numerosos países, al considerar la existencia o no de obstáculos legales para su utilización. No obstante, el enlace de video supera las dificultades impuestas por las fronteras tradicionales, permitiendo a las partes, sus representantes y/o testigos comparecer y / o testificar ante un tribunal en una zona territorial diferente del estado ante el cual tramita la causa. Hay que llevar en cuenta en ese aspecto, la considerable disminución de tiempo, así como de los costos y aún la reducción del impacto ambiental. El uso de nuevas técnicas, como la videoconferencia, puede contar con la presencia remota de un traductor.

Así previene el “Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia” de COMJIB, que estipula dicha modalidad como impulsora de agilidad y eficiencia de la cooperación mutua entre los países.

El factor tiempo constituye uno de los elementos fundamentales de las garantías procesales y así lo es también al ejercer la asistencia procesal internacional. Más aún, en la arena internacional, la distancia provoca más demora, mayores erogaciones y, en definitiva, estos factores pueden derivar en denegación de justicia, para lo que las TICs tienen especiales beneficios. El uso de medios técnicos y electrónicos en el ámbito judicial transfronterizo tiene el potencial de conferir agilidad al proceso, acelerar sus tiempos, que ya son inconsistentes con la necesidad de responder al crimen transnacional, reducir sus costos, así que la defensa de su utilización en los litigios internacionales tiene el debido soporte.

Todas las actuaciones tecnológicas en el campo judicial deben estar enmarcadas en los principios que imperan los tratados en materia de derechos humanos a nivel universal.

El acceso a justicia está entre los objetivos del desarrollo sostenible de las Naciones Unidas, aprobados por los Estados en la agenda 2030, en especial el Objetivo 16 en que señala “facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles”. Así que el uso de las TICs en el ambiente judicial es aún más relevante como meta a promover el referido objetivo.

No resta duda el cambio promovido en el mundo a partir de la pandemia de COVID19, incluso en el ámbito de la justicia. La cooperación vía telemática debe instalarse para quedarse en ese sentido, así que gana fuerza los instrumentos tecnológicos y los arreglos convencionales en la materia.

Transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica y el Tratado de Medellín

Los cambios tecnológicos, a los cuales está incorporada la cooperación jurídica internacional, ya mencionada anteriormente, han favorecido una negociación entre los países para el uso de las TICs en la transmisión de las solicitudes de asistencia jurídica mutua. Así que presenciamos, en el escenario internacional, el surgimiento de acuerdos bilaterales para que hubiera, de una parte, una aceptación de documentos firmados electrónicamente, en especial de países que ya contaban con los procesos judiciales electrónicos, y, por otro lado, una acogida de los procesos tramitados de manera virtual.

El tema está presente en la “Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción”, la “Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y la “Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”; además de su previsión en múltiples resoluciones y recomendaciones de las Naciones Unidas y de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), las que impulsan a los Estados partes a que utilicen de la mejor manera posible la tecnología disponible para facilitar la cooperación entre las Autoridades Centrales, utilizando, entre otros mecanismos, la transferencia electrónica de solicitudes para acelerar los procedimientos y las comunicaciones electrónicas protegidas.

En el ámbito multilateral, fue durante la “XXI Asamblea Plenaria de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos” (COMJIB), realizada en Medellín, Colombia, en el año 2019, que los países firmaron el “Tratado de Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales”, que fue denominado también como “Tratado de Medellín”, que busca una justicia más eficiente a través del uso de la tecnología, dispensando el envío de solicitudes o consultas por medio físico.

El Tratado no obliga a las autoridades centrales de los países que lo hayan ratificado a utilizar el sistema de transmisión electrónica como única vía. La vía física puede ser aún utilizada, en especial, para evitar los obstáculos que pueden surgir en la digitalización de procedimientos muy largos o en ocasiones en que todavía es necesario remitir objetos que no pueden ser digitalizados.

Cada usuario de las autoridades centrales dispondrá de una firma electrónica que necesariamente se utilizará en cada transmisión de las solicitudes de cooperación jurídica internacional realizadas a través del sistema.

El Tratado de Medellín agilizará la tramitación de las solicitudes de cooperación jurídica internacional mediante la utilización de la plataforma segura de transmisión telemática Iber@ de la Rede Iberoamericana de Cooperación Jurídica, IberRED. Sin embargo, el acuerdo estipula que ese es el medio preferente de transmisión, lo que implica la libertad de los Estados en utilizar los medios más adecuados para ese fin.

No obstante, hay que llevarse en cuenta la seguridad del intercambio de informaciones sencillas, para lo que Iber@ ya está preparada. La plataforma cumple con los más elevados parámetros de seguridad exigibles. Es evidente, con eso, que el sistema del Tratado de Medellín es mucho más seguro que el sistema tradicional, que supone el envío de documentación de forma física a través de servicios de correo internacional.

El documento establece también que para la entrada en vigor del acto internacional es requisito inexcusable que Iber@ se encuentre completamente en funcionamiento y cumpliendo todos los parámetros técnicos referidos, lo que ya está solucionado, llevando en cuenta la entrada en vigor del tratado.

Las Autoridades Centrales que tienen la competencia del intercambio de solicitudes de cooperación por medio del Tratado son parte de IberRed, si bien esto puede cambiar al estar abierto el Tratado a la adhesión de Estados que no sean parte de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

El “Reglamento de Financiación” del Tratado entró en vigor junto con el mismo. El Reglamento establece dos fuentes de financiamiento de la Plataforma Iber@: la cuota de ingreso de Terceros Estados Adherentes y las cuotas asignadas a cada Estado Parte determinado en el presupuesto anual.

El marco del acuerdo es una nueva etapa de la historia de la cooperación jurídica, pues las herramientas tecnológicas permitirán a los países tener la información necesaria de una manera muy rápida y eficaz. Compartir electrónicamente en tiempo real las solicitudes lleva a los países más efectividad a través de sus cuerpos judiciales para enfrentar las amenazas criminales transnacionales. Esta mayor rapidez afecta, principalmente, a procedimientos que exigen una especial urgencia en su instrucción y enjuiciamiento, como los de terrorismo, delincuencia organizada transnacional, tráfico y trata de seres humanos, tráfico de drogas y armas, blanqueo de capitales, corrupción o ciberdelincuencia.

La importancia de las redes para la cooperación jurídica virtual

Uno de los factores que aceleró la relación comunicacional entre diferentes países y organismos internacionales son las redes de cooperación internacional, que simplifican trámites, mitigan diferencias y mejoran la gobernanza de los problemas. Es precisamente esta mejora en la gobernanza sobre los datos y la información, por ejemplo, la que potencia la mejora de la capacidad de seguimiento y detección de irregularidades, fraudes corporativos, actos de corrupción, y que, al mismo tiempo, repercute en el proceso de construcción, implementación y seguimiento de programas de integridad o cumplimiento. La gestión de riesgos que se pretenda realizar en estos programas debe considerar este incremento de la vigilancia desde las redes de cooperación, con miras a una mayor agilidad en el seguimiento de comportamientos, cruce de datos y participación en la toma de decisiones, cada vez más ilimitada y transnacional.

Esto es lo que Anne Marie Slaughter y Thomas N. Hale llaman redes transgubernamentales, como instituciones complementarias que vinculan o conectan a reguladores, legisladores, jueces y otros actores a través de las fronteras nacionales. El surgimiento de este modelo, según los autores, es una respuesta a la creciente complejidad y transnacionalidad de los problemas contemporáneos. Por su horizontalidad, fortalece y prestigia la autoridad gubernamental nacional frente a las burocracias supranacionales o internacionales.

Es precisamente en este contexto que las redes de cooperación internacional fueron concebidas y fomentadas en acuerdos multilaterales, tanto a nivel regional como universal, como, por ejemplo, las Convenciones de las Naciones Unidas contra la corrupción y la delincuencia organizada transnacional, las convenciones en el ámbito de la de los Estados Americanos, en el MERCOSUR, en la Unión Europea, entre otros.

Las redes de cooperación jurídica internacional son, en ese sentido, agrupaciones que permiten la comunicación entre puntos de contacto en los países que las integran, los cuales son designados por las autoridades responsables de la cooperación jurídica, el Poder Judicial, el Ministerio Público y otras autoridades involucradas en la cooperación internacional, como la policía, autoridades aduaneras, bancos centrales, unidades de inteligencia financiera.

Entre las solicitudes más frecuentes procesadas por las redes, cabe mencionar (1) el examen preliminar de las solicitudes de asistencia; (2) consejos de interés e información práctica sobre la mejor manera de enviar una solicitud específica de cooperación internacional; (3) confirmación de domicilio para comunicación de actos procesales; (4) confirmación de recepción de la documentación presentada; (5) solicitudes urgentes de información adicional; (6) información sobre el progreso de las solicitudes enviadas (debida diligencia y cumplimiento); (7) arreglos para la participación de las autoridades del Estado Requirente en los procedimientos; y, finalmente, (8) solicitudes de reprogramación de audiencias. En definitiva, las redes de cooperación jurídica internacional tienen como objetivo facilitar y acelerar la cooperación entre los Estados que las integran, brindar información jurídica y práctica a las autoridades nacionales y asistirles en la formulación de solicitudes de asistencia.

Los principios en que son basadas las redes de cooperación son la informalidad, la complementariedad, la horizontalidad y la flexibilidad. La información que viaja no tiene por objeto la composición de expedientes, simplifica la comunicación de la información y la solución de problemas urgentes, a pesar de los medios formales que luego puedan cobijar los actos procesales. Son horizontales, porque no existe una jerarquía entre los puntos de contacto, y flexibles, ya que cada Estado es libre de definir la elección de quién está mejor preparado y disponible para desempeñar las funciones que le corresponden como puntos de contacto. Es un instrumento de carácter complementario y consultivo, que no sustituye ni anula la vía de cooperación oficial acordada, sea esta diplomática, central o directa.

En la actualidad, las redes de cooperación, como la Red Iberoamericana de cooperación jurídica internacional, IberRED, reciben nuevas funciones con el Tratado de Medellín, ejerciendo de esa manera uno de los posibles canales de transmisión de las solicitudes de cooperación jurídica internacional.

IberRed nace en 2004 a partir del impulso de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), la Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos (COMJIB) y la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI) para crear un espacio común de cooperación jurídica internacional en la región iberoamericana. La estructura es formada por autoridades centrales y puntos de contacto procedentes de los Ministerios de Justicia, Fiscalías y Ministerios Públicos, y Poderes Judiciales, e instituciones análogas, de los 22 países que componen la Comunidad Iberoamericana de Naciones y por el Tribunal Supremo de Puerto Rico. Justamente por su carácter transversal es que dicha red podría constituirse en el futuro en el canal apropiado para la transmisión de solicitudes de cooperación jurídica entre autoridades competentes.

Hoy se debate el funcionamiento de las redes de cooperación. Estas instancias, creadas para agilizar el proceso de cooperación jurídica entre los países, no pueden estructurarse de medidas aún más burocráticas, impidiendo los avances para el enfrentamiento al crimen transnacional. Los obstáculos inherentes a los procedimientos de cooperación jurídica no deben trasladarse a las redes de cooperación, como se ve en muchos casos. Algunas informaciones intercambiadas por las redes de cooperación, deberían proveerse de validez jurídica en los procesos, llevando en consideración que los datos son intercambiados por puntos focales designados por las instancias superiores de los órganos competentes de justicia. Eso es un punto que debería constar en los acuerdos de esa naturaleza.

La cooperación interinstitucional directa es un complemento indispensable de la cooperación jurídica. En la mayor parte de los casos, la cooperación directa sirve para fines de inteligencia e investigación conjunta (aunque la herramienta de los ECIS sea imprescindible en ese contexto) y, en algunos casos específicos, en el marco de los sistemas de persecución penal, puede incluso servir como fuente de obtención de información y prueba en el extranjero. Para lo tanto, las Redes refuerzan que, para una cooperación eficaz, es necesario que las pruebas y pruebas solicitadas en el exterior lleguen con rapidez, en tiempo y forma, y que sigan las garantías y procedimientos que aseguren su validez en el proceso.

Las normativas nacionales deben adaptarse a ese nuevo paradigma a punto en permitir a las instituciones del Estado el intercambio espontáneo de información, así como la cooperación internacional directa interinstitucional, aunque sean necesarios parámetros que definan las condiciones para que este se lleve a cabo, pero lo que no puede ocurrir es la imposición de requisitos aún más restrictivos que los ya establecidos en los procedimientos ordinarios de asistencia judicial recíproca.

Para que sean más operativas y eficientes las redes, son necesarios cambios de paradigma en los órganos de justicia y consecuentes reformas normativas que permitan avanzar en ese sentido. Esos cambios deben implementarse, en la medida de lo posible, de manera armónica entre los países. Hoy día, las asimetrías de información y cooperación entre los países integrantes de las redes es una realidad y una barrera significativa a la cooperación jurídica.

El traspaso de las redes y del Ciclo Político de Justicia a un espacio supranacional

Indudablemente, las redes y los contactos directos entre autoridades competentes son imprescindibles para una eficaz cooperación jurídica internacional y eso se evidencia con la multiplicidad de redes de cooperación existentes. En la actualidad son incontables las redes en los espacios propios de los organismos internacionales, como en las Naciones Unidas, en la OEA, o los espacios iberoamericanos o africanos. Las redes, además de reunir especialistas de distintos órganos en temas más genéricos de la cooperación, son también creadas por áreas temáticas específicas como las redes contra la trata de personas o contra la corrupción o los crímenes medioambientales.

Esa multiplicidad de redes no debe ser analizada como una problemática, por el contrario, dado que cuantas más redes existieran, más grandes son las conexiones entre los puntos de contacto competentes y más celeridad y gobernanza son conferidas a la cooperación, disminuyendo con eso la centralización de informaciones y las múltiples etapas para ejecución a una solicitud jurídica. Los puntos de contacto de dichas instancias deben poder conocerse y comunicarse directa y fácilmente entre sí, siempre que sea necesario y deben, además, promover una conexión nacional entre los demandantes y los operadores responsables de casos específicos.

Agregado a lo interior, la buena gobernanza en cooperación policial o jurídica exige, en la actualidad, la formación de la Red de las Redes para que sean evitados esfuerzos múltiples alrededor de la problemática común, pero más allá, para que operadores de distintos países, bloques regionales e incluso órganos internos se pongan de acuerdo en las directrices necesarias.

Sin embargo, las redes, para que haya una buena gobernanza, no pueden limitarse a esos puntos de contacto designados. Una estructura permanente, como una secretaría, se hace esencial para coordinar los trabajos, sin perjuicio de la libre comunicación e intercambio de datos entre sus usuarios. El nodo central debe ser dotado de recursos necesarios para estructurar las actividades, proporcionar información actualizada sobre la legislación de los Estados integrantes, indicar las autoridades competentes que se puede contactar en cada país y a quien se deben dirigir las solicitudes de asistencia jurídica y, también, promover el encuentro de los puntos focales. Su rol debe ser administrativo, promoviendo la coordinación entre las autoridades nacionales, sin, sin embargo, sustituirlas en su acción.

Asimismo, la estructura central en las redes también auxilia los países en la construcción de sus políticas nacionales de seguridad y justicia, llevando en consideración la importancia de datos concretos para su formulación y planes de gobierno. Los datos estadísticos son insumos empíricos para apoyar la planificación pública y la formulación de políticas públicas basadas en evidencia. Es información eficaz para medir el tejido social. El mapeo estadístico, el uso y análisis de datos ayudan a calificar las políticas públicas en la materia y son, igualmente, la garantía de la transparencia y el acceso a la información pública.

El Ciclo Político de Justicia Compartido entre América Latina y la Unión Europea, creado por el programa de asistencia técnica EL PAcCTO, pretende generar un sistema para facilitar la cooperación jurídica entre las dos regiones y constituye un ejemplo eficaz de gobernanza en justicia internacional. Con el objetivo de aunar esfuerzos para coordinar el trabajo, articular las políticas de justicia y definir estrategias conjuntas para hacer frente al crimen organizado, las estrategias comunes en materia de justicia criminal del Ciclo Político no pueden dejar de plasmar una instancia latinoamericana que contemple los órganos de justicia de esos países y una red de las redes de cooperación jurídica ya en curso, a ejemplo de la reciente creación la del Comité Latinoamericano de Seguridad Interior (CLASI), una entidad de diálogo político y técnico entre responsables de políticas de seguridad de los países latinoamericanos con una orientación muy concreta y operacional.

El CLASI está basado en la elaboración de un documento de análisis de la amenaza criminal en la región, a través del “Instrumento de Documentación y Evaluación de la Amenaza en Latinoamérica” (IDEAL) que permite a estos países definir sus prioridades de trabajo en base a un estudio objetivo de las principales amenazas criminales. La iniciativa, que es un espacio esencial de diálogo de alto nivel entre América Latina y la Unión Europea en materia de seguridad, es inspirada en una experiencia desarrollada en la Unión Europea (el COSI Comité Permanente de Seguridad Interior).

El rol del programa EL PACcTO debe ser simplemente lo de acompañar y apoyar el proceso de creación de ese potencial Comité de Justicia y propiciar, igualmente, la conexión entre esa nueva instancia y el ya creado CLASI, pues el binomio justicia-seguridad debe ser el pilar del enfrentamiento al crimen, de manera interna y transnacional. El PACcTO puede, basado en sus experiencias y buenas prácticas, crear las condiciones para que los países latinoamericanos impulsen una decisión de esa naturaleza y apoyar también la definición de prioridades y estrategias comunes, sin olvidarse de los avances ya alcanzados en el ámbito de Mercosur y OEA.

En el marco de la Unión Europea, por ejemplo, el alto nivel de integración y aproximación de los sistemas de justicia ha favorecido innovaciones importantes en el sistema de cooperación de acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, o sea, una resolución judicial dictada en un Estado miembro, transmitida directamente por la autoridad que la dictó a la autoridad competente para su ejecución, adquiere validez y surte efecto en el territorio de los demás Estados miembros, como si fuera una resolución de una autoridad nacional, mediante un mecanismo de control por parte de la autoridad judicial del Estado de ejecución, sobre la base de motivos comunes para la no ejecución. Se trata, sin embargo, de un sistema único específico del funcionamiento del espacio de libertad, seguridad y justicia, tal y como se define y estructura en los términos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 82), que no tiene, todavía, paralelo en otras regiones.

Otro ejemplo de avance en la cooperación jurídica, Eurojust, la “Agencia de la Unión Europea para la Cooperación en materia de Justicia Penal”, es una instancia supranacional única donde las autoridades judiciales nacionales europeas trabajan en estrecha colaboración para luchar contra la delincuencia transfronteriza organizada grave. Eurojust ha desarrollado una red internacional cohesiva de fiscales de la Unión Europea y ha firmado acuerdos de cooperación con Estados no pertenecientes a la UE, varios de los cuales han adscrito Fiscales de Enlace a Eurojust para trabajar en casos con sus homólogos en el Colegio.

La región latinoamericana debe inspirarse en los éxitos ya alcanzados por otros espacios y bloques, sin perjuicio de los trabajos bien sucedidos de la región y sin olvidarse, en especial, de sus realidades y peculiaridades. La cooperación policial ya inició esos pasos con Ameripol, así que los sistemas de justicia, con la creación de una posible Amerijust, no pueden apartarse de estas reformas que ya han comenzado en el ámbito policial.

Conclusiones

En resumen, el avance de las TICs, así como su utilización a prácticamente todas las áreas de la vida contemporánea, también hizo con que los delincuentes ampliasen su ámbito de actuación a los medios informáticos para la comisión de toda forma de ilícitos. Delitos que antes quedaban restringidos al espacio físico han adquirido dimensiones extraordinarias. El uso de la tecnología enmascara muchas veces la responsabilidad de los actores de este drama. El intercambio de pruebas electrónicas es un tema presente en todos los debates internacionales.

En tal sentido, y con relación a ese aparato tecnológico, la transmisión de las solicitudes de cooperación jurídica por medios electrónicos son un avance y una realidad que se adecúa a la modernidad a la cual están sometidas las sociedades iberoamericanas.

Ya hace parte de nuestro cotidiano, incluso, la inteligencia artificial en ámbito de la justicia. Día a día se desarrollan nuevos algoritmos que permiten realizar tareas complejas, que van desde organizar e identificar información, administrar órganos judiciales, o la consulta jurídica en línea. Algunos bufetes de abogados ya implementaron el rol de “abogado virtual”, mediante programas que logran analizar precedentes y artículos relacionados a la defensa de un caso. Programas de estadística son utilizados para predecir crímenes, programas son desarrollados para anticipar el sentido de las resoluciones de las Cortes.

El advenimiento de la Inteligencia Artificial tiene un gran potencial para mejorar la cooperación de la justicia penal, tanto interna como internacionalmente. Estas mejoras en el desempeño pueden eventualmente dar como resultado un mejor acceso a la justicia y una reducción del tiempo para dictar decisiones judiciales. La UE está logrando avances sustanciales en los avances legislativos y la cooperación operativa transfronteriza en el ámbito de Justicia, modernizando su infraestructura digital y estableciendo canales de comunicación seguros para el intercambio de pruebas entre las autoridades nacionales. Con el apoyo de la Comisión Europea, Eurojust ha comenzado a prepararse para la cooperación judicial digital, incluidas las soluciones basadas en inteligencia artificial. El informe producido explora los casos de uso de IA para resaltar dónde están sus beneficios en la cooperación judicial internacional y recomienda que se desarrolle y aplique a los sistemas de IA en la práctica un enfoque basado en el riesgo, que integre el análisis de costos y beneficios, los derechos fundamentales y las evaluaciones de protección de datos.

En resumen, la cooperación jurídica no puede quedarse ajena a esos cambios. En poco tiempo, la transmisión electrónica de asistencia jurídica mutua se convertirá en un paso simplemente inicial a ese mundo tecnológico al cual están inseridos los sistemas de justicia, y el programa EL PACCTO tendrá un rol relevante en el futuro de la cooperación, en especial, el nuevo ciclo político de justicia compartido entre América Latina y Unión Europea.

Recomendaciones de actuación futura

Pese a todos los avances obtenidos en cooperación jurídica internacional, en el curso del tiempo, desde las rogatorias, hasta los convenios y la comunicación directa entre autoridades centrales, y más recién, la transmisión electrónica de solicitudes de asistencia mutua, la morosidad no es el único obstáculo a la eficiente lucha contra la criminalidad transnacional. A esta dificultad se suman los gastos legales, el uso de diferentes idiomas, los costos con traducciones, los trámites burocráticos internos, y la intervención de distintas instancias de distintos poderes y órganos.

Pasamos a reflexión de posibles líneas de acción para que la transmisión electrónica de pedidos de cooperación jurídica sea eficiente a partir del marco jurídico del Tratado de Medellín.

Evitar la proliferación legislativa

En cooperación jurídica, conviven en la materia, convenios de cooperación bilaterales, regionales y multilaterales, en muchos casos, que versan sobre las mismas disposiciones, entre los mismos Estados. Aunque los Foros internacionales tengan libertad de elaboración de sus propios convenios, es recomendable una acción de difusión del Tratado de Medellín entre esos actores multinacionales, y juntamente a los Estados soberanos, para que haya, de una parte, la ratificación más celeré por aquellos ya firmantes y la adhesión de los Estados iberoamericanos que aún no lo firmaron y, de otra parte, la incorporación de los Estados terceros al convenio.

La proliferación legislativa es, en alguna medida, maléfica al desarrollo de la cooperación, pues emplea energía excesiva de recursos humanos y costos financieros para su negociación. Por otro lado, lo que ocurre muchas veces, con la coexistencia de varios instrumentos legales sobre el mismo tema, es una división de autoridades centrales internas, lo que también perjudica la cooperación.

Superar las asimetrías de información para evitar la morosidad en la entrada en vigencia nacional del acuerdo

La entrada en vigencia de los instrumentos internacionales suele preceder de un largo período de análisis, dictámenes y discusión en los ámbitos nacionales y esos trámites son distintos a cada ordenamiento jurídico. Luego del procedimiento de negociación y firma del acuerdo, suele ser necesaria aprobación legislativa y eventual ratificación o adhesión que demanda, normalmente, un largo tiempo, muchas veces años, para su proceso de incorporación interna.

En el caso del Tratado de Medellín, fueron necesarias ratificaciones de tres países firmantes, lo que ya ocurrió en el presente momento y consecuentemente ya puso el acuerdo en vigencia internacional. Por ejemplo, para el caso de los Protocolos y Acuerdos del Mercosur, en la grande parte, es necesaria la aprobación legislativa de todos los Estados Parte y solamente con la notificación del depósito de ratificación del último, el acuerdo entra en vigencia en el bloque regional, lo que lleva decenas de años a veces.

En ese sentido, COMJIB tiene un rol importante a desarrollar para evitar las asimetrías de informaciones sobre la importancia del acuerdo en los distintos países. Hay que prever la realización de debates acerca del tema, incluso con parlamentarios de los países firmantes, para eliminar también resistencias sin fundamentos legales.

Desarrollar mecanismos de acceso a plataformas nacionales

Otro lado a ser superado en ese escenario es que la tecnología, en muchos países, no está en su etapa ideal, todavía no llega a los rincones del mundo de manera satisfactoria. La realidad financiera y económica de las instituciones es desigual, sin mencionar las asimetrías entre las capitales y las provincias, así que ni todos cuentan con la tecnología adecuada para este tipo de comunicación demandada por el Tratado de Medellín.

Muchos de los países de la comunidad iberoamericana tienen una gran extensión territorial y ello implica que los operadores de justicia que se encuentran más lejos de las autoridades centrales, que son los centros oficiales de tramitación de los pedidos, desconocen la aplicación de los tratados. Resulta que el trámite entre autoridades centrales puede ser optimizada con la entrada en vigencia de “Medellín”, pero el tiempo de ejecución de los pedidos pueda continuar con los mismos retrasos si la comunicación interna no acompañar esos avances.

De esa manera, es recomendable impulsar mecanismos nacionales de transmisión electrónica en los países que aún no cuentan con ellos, con el desarrollo de sistemas adecuado a esa finalidad. Un ejemplo lo encontramos en el sistema Cooper@jus, promovido por EL PAcCTO.

Dirimir dificultades respecto del mantenimiento económico de las plataformas informáticas de tramitación

En los últimos años, los organismos internacionales han creado, en el espacio de las redes de cooperación, plataformas de comunicación entre puntos de contacto con el objetivo de facilitar la cooperación jurídica internacional, dirimiendo dudas sobre distintos sistemas de justicia, intercambiando informaciones para fines de inteligencia o adelantando pedidos de cooperación. Eso ocurrió en ámbito iberoamericano, entre los Estados americanos o mismo entre los Estados de habla oficial portuguesa.

Es notable el surgimiento de la dificultad respecto del mantenimiento económico de referidas plataformas informáticas, como fue el caso del mecanismo “Groove de la OEA” que perdió relevancia por no encontrar recursos para su necesaria actualización.

En el caso del sistema Iber@, en el ámbito del tratado de Medellín, aunque hubo, de manera muy pensada, la negociación paralela de su “Reglamento de Financiación”, no se puede suprimir el aspecto de sustentabilidad del mismo, llevando en consideración que las cuotas provienen de dos fuentes distintas, siendo una de ellas, de la adhesión de otros Estados al convenio iberoamericano.

Fomentar el intercambio de solicitudes de asistencia entre autoridades competentes

En que pese el avance, en los últimos años, de las comunicaciones directas entre autoridades centrales, según abordado en ese documento, todavía, se hace necesario impulsar las comunicaciones directas entre órganos competentes, buscando minimizar etapas en el proceso e intensificar la relación directa o fáctica con los órganos competentes por la actividad a realizar. Esas son, incluso, recomendaciones de múltiples foros internacionales, entre los cuales, la “Declaración de Kioto sobre la Promoción de la Prevención del Delito, la Justicia Penal y el Estado de Derecho: hacia el cumplimiento de la agenda 2030 para el desarrollo sostenible” del decimocuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal que prevé lo que sigue:

61. Aumentar la eficiencia y la eficacia de las autoridades centrales y de otras autoridades competentes encargadas de facilitar la cooperación internacional, como la asistencia judicial recíproca y la extradición, entre otras cosas proporcionando recursos humanos y materiales, conocimientos especializados y herramientas adecuados, como instrumentos modernos de comunicación y de gestión de casos, mejorando los programas de creación de capacidad y de asistencia técnica, y actualizando y difundiendo herramientas como el portal de gestión de conocimientos Intercambio de Recursos Electrónicos y Legislación sobre Delincuencia, el Programa para Redactar Solicitudes de Asistencia Judicial Recíproca y el Directorio de Autoridades Nacionales Competentes, con la cooperación y coordinación de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito;

63. Establecer o fortalecer las redes de cooperación regional e interregional de los profesionales de la aplicación de la ley y otros profesionales del ámbito de la justicia penal para intercambiar información y mejores prácticas con vistas, entre otras cosas, a fomentar la confianza entre ellos y facilitar aún más la cooperación internacional;

Por otra parte, el artículo 3.1 del Tratado de Medellín establece que “las Partes acuerdan la utilización de la plataforma electrónica y segura “Iber@” (...) para la transmisión de las solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales”, por lo que solo dichas autoridades podrán hacer uso del mismo. El artículo 3.4 del Tratado establece, además, que el adelanto de información y solicitudes, y el intercambio de consultas e información que llevan a cabo los puntos de contacto y enlace de IberRed no podrá tener, “además de los que les sean propios por aplicación de otros Tratados, los efectos jurídicos previstos en el párrafo 1 de este artículo”.

En ese contexto, la comunidad internacional tendrá un desafío en el futuro de la cooperación jurídica, que es el desarrollo de la transmisión de asistencia jurídica mutua entre las autoridades competentes, lo que dotará el combate a la criminalidad transnacional de más celeridad y eficacia.

Como ejemplo, en la Unión Europea, se enmarcan tanto las iniciativas de promoción del conocimiento recíproco de los distintos sistemas legales, las medidas legales de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, la ejecución y cumplimiento de resoluciones judiciales, como las concretas acciones consistentes en el despacho y ejecución de solicitudes de asistencia entre órganos judiciales. La transmisión directa de pedidos de asistencia jurídica entre los

órganos competentes está amparada por el Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Eso sería, por lo tanto, el escenario ideal para conceder celeridad a la cooperación jurídica entre los Estados latinoamericanos. Para que eso ocurra, evidentemente, es necesario un paraguas supranacional que coordine esas acciones, como lo que existe en la actualidad en la Unión Europea, como la propuesta de crear una instancia como “Amerijust”, ya surgida en ocasiones anteriores por iniciativa de algunos países, sin perjuicio del acompañamiento de los trámites por las autoridades centrales para la concepción de adecuadas políticas públicas en el tema.

EL PACCTO



EUROPA ↔ LATINOAMÉRICA

PROGRAMA DE ASISTENCIA CONTRA EL CRIMEN TRANSNACIONAL ORGANIZADO

EL PACCTO es un programa de cooperación internacional financiado por la Unión Europea que persigue promover la seguridad ciudadana y el Estado de derecho en América Latina a través de una lucha más efectiva contra el crimen transnacional organizado y de una cooperación fortalecida en la materia. Cubre los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Es la primera vez que un programa regional europeo trabaja en toda la cadena penal para fortalecer la cooperación a través de tres componentes (cooperación policial, cooperación entre sistemas de justicia y sistemas penitenciarios) con cinco ejes transversales (ciberdelincuencia, corrupción, derechos humanos, género y lavado de activos).

Programa liderado por



FIIAPP
COOPERACIÓN ESPAÑOLA



**EXPERTISE
FRANCE**



CAMÕES
INSTITUTO
DA COOPERAÇÃO
E DA LINGUAGEM
PORTUGAL
MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS



PROGRAMA FINANCIADO
POR LA UNIÓN EUROPEA