

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ
HÉCTOR OLASOLO

Directores Académicos

LUISA VILLARRAGA ZSCHOMMLER

ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO

Coordinadoras

18

**LAS RESPUESTAS A
LA CORRUPCIÓN
TRANSNACIONAL DESDE
LA COOPERACIÓN
INTERNACIONAL EN
MATERIA PENAL**



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN
TRANSNACIONAL DESDE LA
COOPERACIÓN INTERNACIONAL
EN MATERIA PENAL**

Volumen 18

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional e
Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)
y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL DESDE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL

Volumen 18

Directores Académicos

**DEMELSA BENITO SÁNCHEZ
HÉCTOR OLASOLO**

Coordinadoras

**LUISA VILLARRAGA ZSCHOMMLER
ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO**



tirant lo blanch
Valencia, 2024

Copyright © 2024

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© V.V.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1056-424-4
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación “Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia” y “Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional”.

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Codirectora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

Nota

El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70817, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593 y ejecutado por la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana. Las obras colectivas de este Programa, que son realizadas a través de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional (creada para la ejecución del Programa 70593) cuentan con financiación externa para su publicación del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

Agradecimientos

A la Dirección de Investigación e Innovación y las Facultades de Jurisprudencia y Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), así como a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), al IIH (Países Bajos) y al Ministerio de Ciencia, Tecnología, e Innovación de Colombia (Minciencias) por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch y al IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional, así como a la Universidad de Deusto (España).

A Sofía Linares Botero por su apoyo en la edición de la presente obra colectiva.

Índice

Directores Académicos	15
Coordinadoras	17
Autores	19
Abreviaturas	25
Prólogo	31
<i>Carlos Castresana Fernández (España)</i> Fiscal, Tribunal de Cuentas de España; Comisionado, Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala - CICIG (2008-2010)	
Introducción al Programa de Investigación 70593, a la Red sobre Res- puestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional, su grupo de cooperación internacional en materia penal y la presente obra colectiva	35
<i>Héctor Olasolo (Colombia/España)</i> <i>Demelsa Benito Sánchez (España)</i>	
Capítulo 1. Jurisdicción y competencia judicial internacional en materia penal	59
<i>Arturo Villarreal Palos (México)</i> <i>Rogelio Barba Álvarez (México)</i>	
Capítulo 2. Los principios aut dedere aut judicare y de jurisdicción uni- versal	103
<i>Andrés Sánchez Sarmiento (Colombia)</i> <i>Antonio Varón Mejía (Colombia)</i> <i>Clara Hernández Cortés (Colombia)</i>	
Capítulo 3. Estrutura institucional clásica de cooperação internacio- nal	151
<i>Fábio Ramazzini Bechara (Brasil)</i> <i>João Paulo Sales (Brasil)</i> <i>José Antônio Pinheiro Aranha Filho (Brasil)</i>	

Capítulo 4. Modelos institucionais de cooperação internacional em matéria penal I: modelos de integração policial	207
<i>Fábio Ramazzini Bechara (Brasil)</i>	
<i>João Paulo Sales (Brasil)</i>	
<i>José Antônio Pinheiro Aranha Filho (Brasil)</i>	
<i>Thamara Duarte Cunha Medeiros (Brasil)</i>	
Capítulo 5. Modelos institucionales de cooperación internacional en materia penal II: modelos de integración no-policial	237
<i>Miguel Bustos Rubio (España)</i>	
Capítulo 6. Modelos de extradición y regla de especialidad.....	295
<i>Jon López Gorostidi (España)</i>	
Capítulo 7. Equipos conjuntos de investigación.....	333
<i>Demelsa Benito Sánchez (España)</i>	
Capítulo 8. Investigaciones encubiertas	397
<i>Demelsa Benito Sánchez (España)</i>	
Capítulo 9. Cooperación internacional para la recuperación y restitución de activos	453
<i>Demelsa Benito Sánchez (España)</i>	
Capítulo 10. Reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia penal	527
<i>Ana E. Carrillo del Teso (España)</i>	
Capítulo 11. Sistemas de cooperación en los tribunales penales internacionales, regionales e híbridos.....	575
<i>María Dolores Collazos (Colombia)</i>	
Capítulo 12. Conclusiones y recomendaciones para América Latina y Colombia: la cuestión relativa a si la cooperación internacional en materia penal puede, y de qué manera, contribuir al abordaje del fenómeno de la corrupción transnacional	635
<i>Demelsa Benito Sánchez (España)</i>	
<i>Héctor Olasolo (Colombia/España)</i>	

Directores Académicos

Demelsa Benito Sánchez (España)

Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) con premio extraordinario. Máster en intervención criminológica y victimológica por la Universidad Miguel Hernández (España). Actualmente es profesora contratada doctora en la Universidad de Deusto, y está acreditada en la figura de profesora titular por la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación - España). Sus investigaciones se centran en el delito de corrupción transnacional, el delito de trata de personas, el diseño de la política criminal basada en la evidencia y el Derecho Penal de la aporofobia, temas sobre los que posee diversas publicaciones. Tiene reconocidos dos sexenios de investigación por la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora - España). Ha sido investigadora principal en dos proyectos I+D+i financiados por el gobierno de España, y ha participado en proyectos competitivos de la Comisión Europea, del gobierno de España, de gobiernos autonómicos y de gobiernos extranjeros. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Colonia (Alemania) y en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Parma (Italia). ORCID: 0000-0002-8836-5930.

Héctor Olasolo (España/Colombia)

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR).

Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

Coordinadoras

Luisa Villarraga Zschommler (Colombia)

Profesional en Derecho con profundización en Derechos Humanos y mención en filosofía de la Universidad del Rosario (Colombia). Candidata a Magister en Derecho Internacional y Construcción de Paz de la Universidad de los Andes (Colombia). Joven Investigadora y Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Sustanciadora en la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia).

Ana María Martínez Agudelo (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) con profundización en Derecho Ambiental. Estudiante de la Especialización en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024).

Autores

Barba Álvarez, Rogelio (México)

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Penal y Criminología. Profesor Investigador Titular en el Departamento Interdisciplinario de Ciencias Penales del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Investigador Nacional Nivel II, Conacyt, México.

Benito Sánchez, Demelsa (España)

Ver sección de Directores académicos.

Bustos Rubio, Miguel (España)

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Internacional de La Rioja (España). Doctor europeo en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Sus investigaciones se centran en la omisión como categoría dentro de la teoría jurídica del delito y en el Derecho Penal económico. Sus últimos trabajos se han desarrollado en temas como la regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos de bancarrota e insolvencias punibles, blanqueo de capitales y corrupción privada. También ha investigado sobre la categoría de la punibilidad en la teoría del delito, y los delitos acumulativos. Igualmente ha investigado sobre la discriminación socioeconómica sobre colectivos vulnerables. Ha sido investigador en varios proyectos I+D+i de convocatorias públicas competitivas. Es investigador principal del Grupo de Investigación Reconocido “PENALCRIM” de la Universidad Internacional de La Rioja. ORCID: 0000-0003-0686-649X.

Carrillo del Teso, Ana E. (España)

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca. Licenciada en Derecho, Máster Universitario

en Corrupción y Estado de Derecho, Doctora por la Universidad de Salamanca con mención internacional. Miembro del Centro de Investigación para la Gobernanza Global y del Grupo de Investigación Reconocido “Justicia, sistema penal y criminología” de la Universidad de Salamanca. Coordinadora Adjunta del Programa de Doctorado “Estado de Derecho y Gobernanza Global”. Código Orcid:0000-0002-1245-2499, Researcher ID: A-8757-2017.

Collazos, María Dolores (Colombia)

Doctora en Derecho y Sociedad, Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales de París (EHESS Paris).

Duarte Cunha Medeiros, Thamara (Brasil)

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca. Advogada.

Hernández Cortés, Clara (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) con profundización en Derecho Ambiental. Joven Investigadora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024).

López Gorostidi, Jon (España)

Profesor ayudante doctor de Derecho penal en la Universidad de Deusto (España), doble graduado en ADE + Derecho por la misma Universidad. Completó su formación con el Máster en Sistema de Justicia Penal (Universidad de Lleida) y el Máster de Acceso a la Abogacía (UNED). Asimismo, es Doctor en Derecho en el Pro-

grama de Doctorado en Derecho Económico y de la Empresa por la Universidad de Deusto. Compagina sus labores docentes en la Universidad con tareas de gestión. actualmente ejerce de Vicesecretario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. En lo que a su trayectoria investigadora se refiere, destacan su estancia en el Instituto de Derecho penal, procesal penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Albert Ludwig en Friburgo (Alemania) y sus publicaciones e intervenciones en congresos y seminarios en relación con la parte general y especial del estudio penal de la ciberdelincuencia y cuestiones relacionadas con el Bioderecho y la Bioética. ORCID: 0000-0001-5532-9354.

Olasolo, Héctor (España/Colombia)

Ver sección de Directores académicos.

Pinheiro Aranha Filho, José Antônio (Brasil)

Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduação em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professor da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo desde 2004.

Ramazzini Bechara, Fábio (Brasil)

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (2010). Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação de Mestrado/Doutorado em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador Visitante do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (2016). Woodrow Wilson Center Global Fellow/Washington (2017-2019). Visiting Fellow na University of Wisconsin-Madison (2019). Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo desde 1996.

Sales, João Paulo (Brasil)

Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

Sánchez Sarmiento, Andrés (Colombia)

Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia), con profundización en Derechos Humanos y Derecho Constitucional, y con especialización en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Colombia. Consultor del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Fue integrante de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario, en apoyo de la OPCV (cohorte 2018).

Varón Mejía, Antonio (Colombia)

Abogado, candidato a doctor de la Universidad Externado de Colombia, con posgrado en Derecho Comunitario de la Universidad de Paris II Panteón Assas. Exdirector nacional de Protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Consultor de la Vicepresidencia de la República y organismos especializados de la ONU sobre temas de DIH, responsabilidad internacional del Estado, trata de personas y explotación sexual comercial entre otros. Amplia experiencia en temas vinculados con metodología de la investigación cualitativa y cuantitativa, evaluación de proyectos y programas de investigación.

Villareal Palos, Arturo (México)

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Penal. Profesor Investigador Titular en el Departamento de Derecho Público del Centro Univer-

sitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Investigador Nacional Nivel II, Conacyt, México.

Abreviaturas

Acuerdo UE-EE. UU	Acuerdo de Asistencia Judicial con la Unión Europea
AIAMP	Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos
BKA	Bundeskriminalamt (Alemania)
BOE	Boletín Oficial del Estado (España)
BOP	Oficina Federal de Prisiones
CAJDH	Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CIAMMP	Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CJI	Cumbre Judicial Iberoamericana
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida)
CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)
COMJIB	Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos
Convención de Caracas	Convención Interamericana contra la Corrupción del año 1996

Convención de Nassau	Convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, del 23 de mayo de 1992
Convención OCDE	Convención de lucha contra el soborno de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales
Convenio de Varsovia	Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo, del año 2005
COPLA	Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional
COT	Crimen Organizado Transnacional
CPF	Código Penal Federal
CPI	Corte Penal Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CPP	Código de Procedimiento Penal
CSNU	Consejo de Seguridad de la ONU
CUE	Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea
DCJI	Divisão de Cooperação Jurídica Internacional
DEA	Drug Enforcement Administration (EE. UU.)
DI	Derecho internacional
DIGCRI	Dirección General de Cooperación Regional e Internacional de Argentina
DIP	Derecho internacional penal
DM	Decisión Marco
DOJ	Department of Justice (Estados Unidos)

DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DRCI	Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional
ECI	Equipo conjunto de investigación
ECPI	Estatuto de la CPI
EE.UU.	Estados Unidos
ETPIR	Estatuto del TPIR
ETPIY	Estatuto del TPIY
Eurojust	Agencia de la Unión Europea para la Coopera- ción Judicial Penal
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FBI	Federal Bureau of Investigation
FECOR	Fiscalías Especializadas en Crimen Organizado
FRISCO	Fondo para la rehabilitación, inversión social y lucha contra el crimen organizado.
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera en Latinoamérica
HBI	Homeland Security Investigations
IberRed	Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Crimi- nal o Policía Internacional
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MESICIC	Mecanismo de Seguimiento de la Implementa- ción de la Convención Interamericana contra la Corrupción
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal de Perú
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desa- rrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos

OEI	Orden Europea de Investigación
OIA	Oficina de Asuntos Internacionales
OLAF	Oficina Europea de Lucha contra el Fraude
PAcCTO	Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado entre Europa – Latinoamérica
PIDCP	Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos
PIDECO	Programa de Intervención en Delitos Económicos
PM	Protocolo de Malabo
Protocolo de San Luis	Protocolo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SEK	Salas Especializadas de Kosovo
SEPBLAC	Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias
SETC	Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya
SPI	Sala de Primera Instancia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEL	Tribunal Especial para el Líbano
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
THs	Tribunales híbridos
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIs	Tribunales penales internacionales
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

Tratado de Medellín	Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales
UE	Unión Europea
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
UNODC	Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

Abreviaturas en português

AIAMP	Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos
AMERIPOL	Comunidade de Polícias das Américas
BCN	Escritório/Bureau Central Nacional
CiberRED	Rede de delinquência cibernética
COT	Criminalidade organizada transnacional
CPLP	Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa
DPO	Departamento de Operações de Paz das Nações Unidas
DRCI	Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional
ECI	Equipes conjuntas de investigação
EDU	Unidade de Drogas da Europol
EIS	Europol Information System
EUROPOL	Serviço Europeu de Polícia
FIIAPP	Fundação Internacional e para Iberoamérica de Administração e Políticas Públicas
IberRede	Rede Ibero-americana de Cooperação Jurídica Internacional

INTERPOL	Organização Internacional de Polícia Criminal
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MRE	Ministério das Relações Exteriores
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PACcTo	Programa de Assistência contra o Crime Transnacional Organizado - Europa -América Latina
REDTRAM	Rede contra o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes
RFAI	Rede de Procuradores anti-drogas
RPA-CPLP	Rede de Procuradores Antidrogas da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa
RRAG	Rede de Recuperação de Ativos do GAFISUD
SIENA	Secure Information Exchange Network
SIPA	Sistema de Informação Policial AMERIPOL
UE	União Europeia
UNDM	Departamento de Gestão das Nações Unidas
UNDPA	Departamento das Nações Unidas para Assuntos Políticos
UNDSS	Departamento de Segurança e Proteção das Nações Unidas
UNEP	Programa Ambiental das Nações Unidas
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNODA	Escritório para Assuntos de Desarmamento
UNOIOS	Escritório das Nações Unidas de Serviços de Supervisão Interna

Prólogo

La obra que tengo el honor de presentar aquí es fruto del esfuerzo extraordinario de algunos de los mejores académicos a ambos lados del Atlántico para analizar los instrumentos nacionales e internacionales vigentes en materia de cooperación judicial contra la corrupción transnacional, sistematizando el conocimiento de la materia para obtener conclusiones y formular recomendaciones de contenido eminentemente práctico, a fin de optimizar la respuesta de los Estados a ese fenómeno que erosiona los recursos públicos, amenaza la gobernabilidad de los Estados, y perjudica el bienestar de las sociedades humanas.

La corrupción ha existido siempre, pero en las últimas décadas, coincidiendo con la globalización económica, y aprovechando los avances tecnológicos en las comunicaciones, los transportes internacionales y las transacciones financieras, aquellas conductas que constituían desviaciones de poder con ánimo de lucro individualizadas y episódicas se han incrementado en número y sistematizado y organizado en sus métodos. La corrupción se ha visto agravada notoriamente porque, rebasando los estrechos límites de las economías locales, ha llegado a convertirse en un fenómeno generalizado y global, una de las manifestaciones más preocupantes de la delincuencia organizada transnacional, que supera la capacidad de respuesta de los Estados. Éstos han procurado adaptar sus ordenamientos jurídicos a esas nuevas realidades, pero los sistemas de seguridad y justicia nacionales se ven constantemente desbordados por una realidad dinámica en constante mutación, y por grupos criminales cada vez más poderosos y mejor organizados.

En América Latina, la gravedad de la corrupción transnacional, común en otras latitudes, se ve incrementada por la presencia pujante del narcotráfico organizado que se sirve de ella y de la violencia indiscriminada para imponer su dominio sobre territorios y rutas marítimas y terrestres que han quedado más allá del control de los Estados, fenómeno agudizado en los últimos años por la dedicación de esos mismos grupos al tráfico de personas.

Los Profesores Demelsa Benito y Héctor Olosolo han puesto a trabajar juntos a especialistas de España, Colombia, México y Brasil.

Desde España se aporta la experiencia de la respuesta articulada por la Unión Europea, que ha sido capaz de ir construyendo con sus Decisiones marco y Directivas una red de cooperación más avanzada y mejor articulada que la de otras regiones, a través de los procedimientos de las órdenes europeas de detención y entrega, el reconocimiento mutuo de sentencias, las investigaciones penales conjuntas, el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales de embargo y decomiso, e instituciones tales como la Fiscalía Europea, Europol y Eurojust.

El análisis desde la perspectiva comparada de la legislación de los diferentes Estados latinoamericanos en sus aspectos sustantivos, procesales, jurisdiccionales y de cooperación, en el marco y el contexto de las Convenciones de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) y la Corrupción (2003), de la Convención Interamericana contra la corrupción (1996) y la de la OCDE sobre la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones internacionales (1997), permite identificar las fortalezas y las debilidades de la red así constituida.

Los trabajos de los académicos de los cuatro países realizan un estudio pormenorizado y riguroso de las herramientas disponibles y de las que todavía necesitan ser perfeccionadas para brindar una respuesta adecuada al fenómeno criminal desde la perspectiva de la cooperación —analizando los diferentes mecanismos, cauces diplomáticos, cooperación directa, oficinas o unidades de enlace, investigaciones conjuntas, operaciones encubiertas—, la jurisdicción —territorial, personal, real y universal, incluyendo la que deriva del principio *aut dedere aut iudicare*—, los procedimientos de extradición y el principio de especialidad, resaltando los supuestos en los que la cooperación es todavía incompleta o insuficiente, como en el caso de la asistencia mutua para la recuperación de los activos ilícitos provenientes de la corrupción, o la cooperación con los tribunales internacionales, regionales o híbridos. El libro está llamado a constituirse en un manual de consulta obligatoria en todas las cancillerías, ministerios de justicia y órganos jurisdiccionales encargados de la cooperación.

La tarea de perfeccionamiento del marco legislativo de la cooperación en la lucha contra la corrupción transnacional debe proseguir, y será precisa mucha más voluntad política que la mostrada hasta el presente por los gobernantes de los Estados y los responsables de los organismos internacionales. La actividad comercial y la tributación de las corporaciones multinacionales —especialmente las industrias extractivas de recursos naturales—, las transacciones financieras internacionales y los paraísos fiscales, así como numerosos aspectos relativos a la recuperación y confiscación de los activos de origen ilícito, siguen siendo asignaturas pendientes de los legisladores. Ello se debe, sin duda, a la actitud de los operadores de los mercados internacionales, refractarios a cualquier regulación que limite su capacidad de acción o la someta a vigilancia y control, pero también a una concepción del *ius puniendi* como manifestación primigenia de la soberanía de los Estados, concepción que sigue vigente a pesar de que debería pertenecer al pasado. La jurisdicción penal no puede seguir limitada por el principio de territorialidad, puesto que la actividad de los grupos criminales no lo reconoce.

La respuesta eficiente a la corrupción organizada transnacional requiere un cambio de paradigma, el mismo que se operó a partir de 1945 respecto de los crímenes internacionales, cuando se estableció que estaban sometidos al principio de jurisdicción universal, que no estaban sujetos a prescripción, que no podían ser indultados ni amnistiados, y que no estaban amparados por ninguna clase de inmunidad derivada del ejercicio de funciones oficiales ni por la excepción de obediencia debida.

Hemos de aceptar de ahora en adelante que los bienes jurídicos que tenemos que proteger al abordar la lucha contra la corrupción son supranacionales, como lo son por naturaleza las conductas que los lesionan o les ponen en peligro; y que, por tanto, si se trata de bienes que pertenecen a toda la comunidad internacional, debemos ofrecer a la corrupción organizada una respuesta global. Espero que sea una cuestión de tiempo que la jurisdicción sobre las manifestaciones más graves de la corrupción y de los tráfico ilícitos transnacionales sea atribuida a la Corte Penal Internacional.

Entre tanto, para una mejor protección de las sociedades humanas en general, y de los grupos más vulnerables en particular, con-

viene que empecemos a configurar el derecho penal del siglo XXI, como ya se viene haciendo en el ámbito de la protección contra las violaciones más graves de los derechos humanos, en torno al principio de la centralidad de las víctimas. Así lo reclama ya la sociedad civil en los países —Guatemala y Colombia, por citar solo dos en los que la opinión pública se ha manifestado recientemente de manera inequívoca— que han padecido con más intensidad la corrupción endémica y la violencia organizada.

En consecuencia, debemos empezar a abandonar la perspectiva decimonónica del *ius puniendi*, para articular la respuesta de los Estados frente a tales crímenes como una manifestación del derecho de los ciudadanos a la protección judicial y del correlativo deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos fundamentales, un verdadero *ius puniendi*.

En Madrid (España), a 30 de septiembre de 2023

Carlos Castresana Fernández

*Fiscal, Tribunal de Cuentas de España
Comisionado, Comisión Internacional contra la Impunidad
en Guatemala - CICIG (2008-2010)*

Introducción al Programa de Investigación 70593, a la Red sobre Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional, su grupo de cooperación internacional en materia penal y la presente obra colectiva

1. EL PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN 70593 Y LA RED SOBRE RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

El programa de investigación 70593, desarrollado entre agosto de 2020 y febrero de 2024, se ha dirigido a elaborar una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales (el Programa 70593). Su investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien se desempeña como profesor titular de carrera en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia internacional (IIH) (Países Bajos).

El Programa 70593 ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias), y ha sido ejecutado por la Universidad del Rosario como entidad ejecutante y por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) como

entidad coejecutante. El Programa 70593 ha contado además con el apoyo institucional y financiero del IIH.

El Programa 70593 ha estado compuesto por los siguientes tres proyectos de investigación que se han dirigido a analizar:

- (1) Las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de la simulación de sistemas sociales: Proyecto 71861, cuyos investigadores principales han sido Angela Lucia Noguera Hidalgo (Colombia) y Oscar Julián Palma Morales (Colombia), ambos adscritos a la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos (FEIPU) de la Universidad del Rosario;
- (2) Las respuestas a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado desde el derecho público comparado: Proyecto 71848, cuyos investigadores principales han sido Norberto Hernández Jiménez (Colombia), adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y Vanessa Andrea Suelst Cock (Colombia), adscrita a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.
- (3) Las respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho internacional: Proyecto 70817, cuyo investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo.

El Proyecto 71861 ha buscado específicamente establecer una aproximación para la comprensión de las dinámicas de adaptación y flexibilidad del narcotráfico marítimo en las Américas, incluyendo la corrupción asociada al mismo, a través de la utilización de instrumentos de simulación de sistemas sociales. Ha abordado este fenómeno desde las perspectivas teóricas de “organizaciones como sistemas sociales” y de “sistemas complejos adaptativos”. Estas perspectivas han permitido analizar y explicar el comportamiento flexible, adaptable y evolutivo del sistema organizacional transnacional de narcotráfico marítimo, más allá del paradigma de organizaciones jerarquizadas, rígidas y centralizadas, que caracteriza el estudio de las estructuras del narcotráfico. Así mismo, el Proyecto 71861 ha buscado entender las lógicas del comportamiento de los actores en la cadena de tráfico marítimo de narcóticos, las tareas que desempeñan, sus prácticas de corrupción, la distribución, los modos de transporte, y sus rutas. Todas estas variables están sujetas a continuos procesos de cambio impuestos por las condiciones del contexto.

El Proyecto 71848 se ha dirigido a diseñar una estrategia para América Latina en general, y Colombia en particular, de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir de las experiencias del derecho público comparado y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina. Este proyecto se ha centrado, en primer lugar, en analizar el alcance y limitaciones que ofrece el derecho público colombiano, especialmente a través del derecho constitucional, electoral, administrativo, financiero, tributario, penal y procesal penal para responder al fenómeno de la corrupción asociada al crimen transnacional organizado. Sobre esta base, se han explorado los mecanismos que ofrecen las experiencias de derecho público comparado en diversos Estados de la región, como Argentina, Brasil, Chile, México y Perú (así como en Estados no latinoamericanos como España, Estados Unidos e Italia), con el fin de determinar qué medidas sería aconsejable adoptar en el derecho interno colombiano para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra dicho fenómeno. Al realizar el análisis, se ha prestado particular atención a las medidas propuestas desde el derecho internacional, con el fin de favorecer la construcción de una respuesta integrada que incremente su eficacia.

Finalmente, el Proyecto 70817 ha buscado especialmente diseñar una estrategia de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir del derecho internacional y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina, prestando particular atención a la respuesta ofrecida desde el derecho público comparado. Por un lado, el Proyecto ha estudiado las posibilidades que ofrece el Derecho Penal Transnacional y el Derecho Internacional Penal para abordar el fenómeno de la corrupción asociada al COT. En este contexto, se ha analizado si la creación de una institución de ámbito regional para promover la coordinación entre las autoridades nacionales y mejorar su cooperación en materia de prestación de ayuda judicial mutua y ejecución de peticiones de extradición, reforzaría la eficacia de las medidas que el derecho público comparado aconseja adoptar en el derecho interno colombiano. Así mismo, se ha estudiado si dicha eficacia pudiera también verse

reforzada por la utilización de algunos de los mecanismos de aplicación del Derecho Internacional Penal, como sería la creación de una Corte Latino-Americana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado (con inclusión, o no, de una agencia supranacional de recogida y análisis de información).

El Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71848 y 70817 han sido desarrollados entre agosto de 2020 y febrero de 2024, con base en cinco elementos principales siguientes:

1. En primer lugar, para desarrollar el Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71868 y 70817, se conformó a partir del 28 de agosto de 2020 la red de investigación sobre respuestas a la corrupción asociada al COT (la Red). La Red está conformada por alrededor de 300 investigadores de América Latina, Europa y Norteamérica, agrupados en los siguientes grupos de investigación: (a) criminología; (b) narcotráfico marítimo y dinámicas de la ciudad-puerto; (c) derecho constitucional electoral; (d) derecho administrativo; (e) derecho disciplinario en los sectores justicia y seguridad; (f) derecho privado; (g) derecho financiero y tributario; (h) derecho penal; (i) derecho procesal penal; (j) cooperación internacional en materia penal; (k) derecho internacional penal; (l) derecho internacional de los derechos humanos; y (m) relaciones internacionales y política exterior. La Red está también conformada por un Comité de Recomendaciones sobre Propuestas relativas a las Estrategias de Actuación en América Latina, el cual fue creado en septiembre de 2020, y cuya composición se puede consultar más abajo.

Desde su conformación, los grupos de investigación que conforman la Red han estado trabajando durante tres años y medio en el desarrollo del Programa 70593 y sus tres Proyectos, lo que ha permitido su progresiva consolidación. Su composición y actividades se pueden consultar en el Documento Final de Recomendaciones del Programa 70593, que será objeto de publicación una vez hayan sido publicadas las obras colectivas preparadas por los grupos de investigación de la Red.

Lo anterior ha permitido analizar el fenómeno objeto de estudio desde: (a) la criminología; (b) las particulares dinámicas de las organizaciones del COT dedicadas al narcotráfico marítimo que operan

en el entorno de la ciudad-puerto; (c) las relaciones internacionales; y (d) la política exterior.

Además, con base en los hallazgos realizados sobre el fenómeno objeto de estudio, se han analizado las respuestas que pueden adoptarse frente al mismo desde el derecho público comparado (derecho constitucional, electoral, administrativo, disciplinario, privado, financiero, tributario, penal, procesal penal, y cooperación jurídica no judicial) e internacional (cooperación judicial internacional, derecho internacional de los espacios marítimos, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal y arbitraje de tratados de inversión).

2. En segundo lugar, la pluralidad e interdisciplinariedad de los integrantes de los grupos de investigación de la Red, han permitido desarrollar toda una serie de seminarios internacionales (apropiación social del conocimiento) celebrados en Colombia y fuera de Colombia sobre las distintas temáticas estudiadas por el Programa 70593 y sus tres Proyectos, y cuyas grabaciones se pueden visionar en los siguientes enlaces del micrositio del Programa:

- Seminario Internacional 1: Introducción al Programa 70593: Redes del Crimen Organizado y Respuesta del Derecho Público e Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-1-introduccion-al-programa-70593-redes-del-crimen-organizado-transnacional-y-respuesta-integrada-desde-el-derecho-publico-comparado-e-internacional>
- Seminario Internacional 2: Teoría Evolutiva, Narcotráfico Marítimo y Puertos: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-ii-teoria-evolutiva-narcotrafico-maritimo-y-puertos>.
- Seminario Internacional 3: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-iii-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal>.
- Seminario Internacional 4: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Procesal Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red->

de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-4-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-procesal-penal.

- Seminario Internacional 5: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Administrativo: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal-internacional>.
- Seminario Internacional 6: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Disciplinario en Justicia y Seguridad: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-6-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-disciplinario-en-justicia-y-seguridad>.
- Seminario Internacional 7: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Constitucional y Electoral: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-7-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-constitucional-7-electoral>.
- Seminario Internacional 8: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Tributario, Financiero y Cambiario: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-8-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-tributario-financiero-y-cambiario>.
- Seminario Internacional 9: Definición, Manifestaciones, Causas y Consecuencias de la Corrupción y el Crimen Organizado Transnacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-9-definicion-manifestaciones-causas-y-consecuencias-de-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.
- Seminario Internacional 10: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Casos Estudios de Colombia y la Amazonía Brasileña: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-10-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia-brasileña>.

nacional-organizado/seminario-internacional-10-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia.

- Seminario Internacional 11: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Privado: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-11-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-privado>.
- Seminario Internacional 12: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Cooperación Internacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-12-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-cooperacion-internacional>.
- Seminario Internacional 13: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Internacional Penal: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-13-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-penal>.
- Seminario Internacional 14: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Política Exterior en América Latina: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-14-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-politica-exterior-en-america-latina>.
- Seminario Internacional 15: Corruption and Transnational Organized Crime: Responses from the US Foreign Policy: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-15-corruption-and-transnational-organized-crime-responses-from-the-us-foreign-policy>.
- Seminario Internacional 16: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde los Derechos Humanos: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-16-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-los-derechos-humanos>.
- Seminario Internacional 17: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho de los Espacios Marítimos: <https://>

www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-17-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-de-los-espacios-maritimos.

- Seminario Internacional 18: Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional: Resultados del Programa 70593 de Minciencias y de los Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-18-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.
- Seminario Internacional 19: Resultados del Proyecto 71848 - Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-19-resultados-del-proyecto-71848-respuestas-desde-el-derecho-publico-comparado>.
- Seminario Internacional 20: Resultados del Proyecto 71861 - Aproximación a la comprensión del comportamiento de las redes de narcotráfico marítimo, incluyendo las prácticas de corrupción asociadas al mismo, desde el marco evolutivo: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-20-narcotrafico-maritimo-y-sistemas-sociales-resultados-del-proyecto-71861-minciencias>.
- Seminario Internacional 21: Presentación en La Haya: Resultados Programa 70593 y Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-21-presentacion-en-la-haya-resultados>

3. En tercer lugar, se ha elaborado (y enviado al Centro Internacional de Investigación y Análisis Contra el Narcotráfico Marítimo (CMCON)) el concepto técnico (con número de referencia 1-2024-71861) titulado “sobre el modelo de simulación elaborado mediante el software NetLogo 5.0 para reflejar la dinámica social de la ciudad-puerto desde una perspectiva basada en agentes y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo”

(el concepto técnico), el cual ha sido desarrollado en el marco de la colaboración mantenida con el CMCÓN durante la ejecución del Proyecto 71861.

Con el fin de proporcionar una aproximación que permita comprender las complejas dinámicas organizativas de la ciudad-puerto desde una perspectiva de sistemas sociales y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo, el Proyecto 71861 ha elaborado un modelo de simulación mediante el software Net-Logo 5.0. La simulación proporciona un escenario para el diseño y la construcción de espacios de experimentación, donde se exploran las actividades realizadas por las organizaciones criminales que utilizan terminales portuarias y estrategias de reclutamiento para llevar a cabo las actividades relacionadas con el narcotráfico. Este enfoque ofrece a investigadores y responsables de la gestión una perspectiva diferente para comprender los mecanismos de toma de decisiones en este contexto.

El concepto técnico explica cómo se ha elaborado dicho modelo de simulación, así como su funcionamiento y los resultados y las limitaciones que presenta, reflejando, en particular, como el narcotráfico marítimo se manifiesta como un sistema social complejo y adaptativo en el contexto de la ciudad-puerto, y cómo esta comprensión puede brindarnos una visión más clara de su funcionamiento.

4. En cuarto lugar, los grupos de investigación de la Red, además de completar las 3 obras colectivas esperadas (una por Proyecto), han completado cada uno de ellos, al menos, una obra colectiva adicional. Esto ha permitido ampliar disciplinaria y temáticamente el análisis del objeto de estudio, y ha favorecido la elaboración de los Documentos Finales de Recomendaciones de cada Proyecto, y del Programa, desde una perspectiva notablemente más interdisciplinar de lo previsto en un primer momento.

De esta manera, para finales de febrero de 2024 se han completado 25 obras colectivas, todas ellas aceptadas para publicación como libros de investigación, tras el correspondiente proceso de evaluación anónima, por la editorial internacional Tirant lo Blanch (España). Temáticamente, las obras colectivas se pueden clasificar de la siguiente manera:

- A) Análisis del Fenómeno Objeto de Estudio (Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional):
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte I. La corrupción pública y privada y su medición (Proyecto 70817).
 - El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte II. La corrupción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 70817).
 - El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte III. Experiencias en la Amazonía y Colombia (Proyecto 70817).
 - Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto (Proyecto 71861).
- B) Respuestas desde el Derecho Público Comparado:
- Respuestas a la corrupción desde el derecho constitucional. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho electoral. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte I. Medidas transversales de prevención (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte II. Medidas particulares de prevención (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte III. Respuestas en materia de vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho administrativo. Parte IV. Cuestiones relativas al marco deontológico y al sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho financiero y tributario y la cooperación internacional no judicial. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).

- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Personas físicas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Personas jurídicas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I: Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Modelos institucionales de prevención, incentivos y protección de alertadores, denunciantes y testigos y participación y protección de las víctimas (Proyecto 71848).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Las actuaciones de investigación (Proyecto 71848).
- C) Respuestas desde el Análisis Comparado de Otras Áreas del Derecho
- Respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional desde el derecho privado, la cooperación internacional en materia civil, la regulación de mercados ilícitos y el arbitraje de tratados de inversión (Proyecto 70817).
- D) Respuestas desde el Derecho Internacional
- Respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde el sistema universal de derechos humanos (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos (Proyecto 70817).

- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. parte I. Mecanismos de aplicación y cooperación internacional (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. Parte II. Cuestiones Sustantivas y Procesales (Proyecto 70817).
- E) Respuestas desde las Relaciones Internacionales y la Política Exterior
- Respuestas a la corrupción transnacional desde la política exterior de los Estados latinoamericanos (Proyecto 70817).
 - Respuestas a la corrupción transnacional a la luz de los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y de la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de la CNUDOT y la CNUCC (Proyecto 70817).

Así mismo, además de publicar (o ser aceptados para publicación) los artículos de investigación esperados (cuatro en el Proyecto 71861, tres en el Proyecto 70817 y dos en el Proyecto 71848), los grupos de investigación de la Red han publicado (o han sido aceptados para publicación) otros artículos en materias muy relevantes para el estudio del fenómeno de la corrupción asociada al COT, tales como:

- A) Una mayor comprensión del fenómeno objeto de estudio:
- La distinción entre corrupción institucional y organizacional, y la creciente importancia de las redes complejas de corrupción (Proyecto 70817).
 - La naturaleza y funcionamiento de las organizaciones del COT como proceso evolutivo de conocimiento, con especial referencia a las perspectivas para su aplicación en el estudio del narcotráfico (Proyecto 71861).
 - La naturaleza y funcionamiento de las compañías militares y de seguridad privadas (Proyecto 71848).
- B) Una comprensión territorial de los problemas presentados por ciertas políticas públicas antidroga aplicadas en las últimas décadas:
- El impacto en los territorios de las políticas públicas antidroga basadas en la securitización, con particular atención al caso del Guaviare (Colombia) (Proyecto 71848).
- C) El análisis de ciertos mecanismos anticorrupción internacionales que operan en los ámbitos regional y nacional:
- Las bases teóricas y las técnicas de investigación de las investigaciones realizadas desde el derecho internacional con una perspectiva crítica (Proyecto 70817).

- Los mecanismos anticorrupción de naturaleza regional, como la Sección Especializada en Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Proyecto 70817).
- Los mecanismos internacionales anticorrupción que operan dentro de los sistemas nacionales para los cuales se establecen, con particular atención a las fortalezas y debilidades de las Comisiones y Misiones de Apoyo Internacionales, como mecanismo anticorrupción a la luz de las experiencias centroamericanas (Proyecto 70817).

5. Finalmente, en quinto lugar, los resultados generados por los grupos de investigación de la Red han permitido desarrollar unos Documentos Finales de Recomendaciones de cada uno de los tres Proyectos, y del Programa 70593, comprensivos, detallados e interdisciplinarios (apropiación social del conocimiento). En particular, el Documento Final de Recomendaciones del Programa, construido con base en los Documentos Finales de Recomendaciones de los Proyectos 70817, 71848 y 71861, recoge una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al COT, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales. Esta estrategia se ha elaborado de acuerdo al siguiente índice temático:

- A) Identificación del problema: conclusiones y recomendaciones sobre el fenómeno de la corrupción transnacional desde las perspectivas criminológicas
 - Capítulo 1. Conclusiones sobre los distintos tipos de manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional: actos individuales de corrupción, situaciones de macro-corrupción, captura del Estado y corrupción institucional y redes complejas de corrupción.
 - Capítulo 2. Conclusiones relativas a los estudios de casos de la Amazonía.
 - Capítulo 3. Recomendaciones frente a las manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional que van más allá de actos individuales corruptos.
- B) Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto
 - Capítulo 4. Observaciones sobre las redes de narcotráfico en las ciudades puerto y las respuestas al fenómeno.
 - Capítulo 5. Recomendaciones de políticas públicas para enfrentar de manera más efectiva las redes de narcotráfico marítimo en las ciudades puerto.

- C) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho constitucional y electoral
- Capítulo 6. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho constitucional.
- Capítulo 7. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho electoral.
- D) Recomendaciones en materia de derecho administrativo
- Capítulo 8. Recomendaciones relativas a las medidas transversales de prevención.
- Capítulo 9. Recomendaciones relativas a las medidas específicas de prevención.
- Capítulo 10. Recomendaciones relativas a las medidas sobre vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria.
- E) Recomendaciones en materia de derecho disciplinario
- Capítulo 11. Recomendaciones sobre el marco deontológico y el sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.
- F) Recomendaciones en materia de financiero y tributario
- Capítulo 12. Recomendaciones sobre derecho financiero y tributario y cooperación jurídica internacional no judicial
- G) Conclusiones y recomendaciones relativas a las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley
- Capítulo 13. Conclusiones y recomendaciones sobre mecanismos anti-corrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blockchain y acciones de transparencia.
- Capítulo 14. Conclusiones y recomendaciones sobre seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: especial atención a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas.
- H) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho privado, recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil y arbitraje de tratados de inversión
- Capítulo 15. Conclusiones y recomendaciones sobre liderazgo ético y acciones colectivas para la transparencia en los negocios.
- Capítulo 16. Conclusiones y recomendaciones sobre recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil.

Capítulo 17. Conclusiones y recomendaciones sobre el tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión.

I) Recomendaciones en materia de derecho penal

Capítulo 18. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas naturales en la parte general del derecho penal.

Capítulo 19. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas jurídicas en la parte general del derecho penal.

Capítulo 20. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal I.

Capítulo 21. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal II.

J) Recomendaciones en materia de derecho procesal penal

Capítulo 22. Recomendaciones relativas a los modelos institucionales de prevención, los incentivos, y protección de alertadores, denunciantes y testigos y la participación y protección de las víctimas.

Capítulo 23. Recomendaciones relativas a las actuaciones de investigación.

K) Conclusiones y recomendaciones sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal

Capítulo 24. Conclusiones y recomendaciones en materia de cooperación jurídica internacional en el ámbito penal.

L) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional penal

Capítulo 25. Conclusiones sobre el desconocimiento de la amplia extensión y el carácter organizado de la corrupción transnacional en su definición en los tratados internacionales anticorrupción

Capítulo 26. Conclusiones y recomendaciones relativas a los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal y la cooperación internacional.

Capítulo 27. Conclusiones y recomendaciones sobre cuestiones sustantivas y procesales en materia de derecho internacional penal.

LL) Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos

Capítulo 28. Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.

Capítulo 29. Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos.

M) Conclusiones y recomendaciones en materia de política exterior de los Estados latinoamericanos y de ejes de acción de las organizaciones de ámbito regional en América Latina.

Capítulo 30. Conclusiones y recomendaciones sobre la política exterior de los Estados latinoamericanos.

Capítulo 31. Conclusiones y recomendaciones sobre los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de las Convenciones de Palermo y Mérida.

2. EL GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL

La presente obra colectiva ha sido elaborada por el grupo de investigación de cooperación internacional en materia penal (“el Grupo”) de la Red en ejecución del Proyecto 70817 sobre respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho internacional.

El Grupo es coordinado por la profesora Demelsa Benito Sánchez (España), quien se desempeña como profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (España) y por el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien dirige a su vez el Programa 70593 y el Proyecto 70817. Desde el comienzo de sus trabajos a finales de agosto de 2020, el Grupo ha contado con la coordinación administrativa de Luisa Villarraga Zschommler (Colombia) y de Ana María Martínez Agudelo (Colombia), ambas adscritas a la Universidad del Rosario (Colombia), y ha estado conformado por los siguientes investigadores que participan como autores en la presente obra colectiva:

1. Barba Álvarez, Rogelio (México): Universidad de Guadalajara (México).
2. Bustos Rubio, Miguel (España): Universidad Internacional de La Rioja (España).
3. Carrillo del Teso, Ana E. (España): Universidad de Salamanca (España).
4. Collazos, María Dolores (Colombia): consultora independiente, Ámsterdam, Países Bajos.
5. Duarte Cunha Medeiros, Thamara (Brasil): Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil).

6. Hernández Cortés, Clara Esperanza (Colombia): Univesidad del Rosario (Colombia).
7. López Gorostidi, Jon (España): Universidad de Deusto (España).
8. Pinheiro Aranha Filho, José Antônio (Brasil): Academia de Polícia do Estado de São Paulo (Brasil).
9. Ramazzini Bechara, Fábio (Brasil): Universidade Presbiteriana Mackenzie; Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (Brasil).
10. Sales, João Paulo (Brasil): Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil).
11. Sánchez Sarmiento, Andrés (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
12. Varón Mejía, Antonio (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia).
13. Villareal Palos, Arturo (México): Universidad de Guadalajara (México).

Desde su establecimiento en agosto de 2020, el Grupo ha realizado diversos encuentros virtuales de carácter interno para debatir sobre el desarrollo de las investigaciones y garantizar la cohesión de todos los trabajos que hoy ven la luz en esta obra. Además, el 10 de noviembre de 2022 se celebró un seminario virtual abierto a todo el público para dar a conocer los resultados de las investigaciones del Grupo y avanzar las primeras conclusiones. El evento, coordinado académicamente por Demelsa Benito Sánchez y Héctor Olasolo, y administrativamente por Luisa Villarraga Zschommler, contó con la participación de los siguientes investigadores: (a) Ana E. Carrilo del Teso y Juliana Rodríguez Rodrigo (España, Universidad Carlos III, España) en la mesa sobre “Reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes”; (b) María Asunción Cebrián Salvat (España, Universidad de Murcia, España) y Fabio Ramazzini Bechara en la mesa sobre “Estructura institucional clásica de cooperación” (c) Thamara Duarte Cunha Madeiros y Miguel Bustos en la mesa “Integración policial y no policial”; (d) Jon López Gorostidi y Paola Diana Reyes Parra (Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Perú) en la mesa

sobre “Extradición y regla de especialidad”; (e) Arturo Villareal y Antonio Varón Mejía en la mesa sobre “Jurisdicción en materia penal”; y (f) Demelsa Benito Sánchez en la mesa sobre “Investigaciones conjuntas, agentes encubiertos e investigaciones penales financieras”. La grabación de este seminario se puede seguir en el enlace que aparece *supra* (Seminario Internacional 12).

Además, Demelsa Benito Sánchez expuso las conclusiones preliminares, intermedias y finales del Grupo en: (a) el Seminario Internacional “Corrupción y crimen organizado transnacional: respuestas desde el Derecho Internacional”, celebrado presencialmente en la Universidad del Rosario el 8 de noviembre de 2022; y (b) la X Semana Iberoamericana de la Justicia Internacional, celebrada del 2 al 9 de junio de 2023 en La Haya (Países Bajos)¹, en concreto, en el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia Internacional², celebrado el 8 de junio de 2023 en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.

Por último, las conclusiones y recomendaciones finales han sido también socializadas en la Embajada de Colombia en La Haya (Países Bajos), tanto con los integrantes de la Embajada, como con los representantes de las Embajadas de Perú y Uruguay ante los Países Bajos que participaron en la reunión de trabajo que tuvo lugar el 6 de junio de 2023 en el marco de la X Semana Ibero-Americana de la Justicia Internacional.

3. SOBRE LA PRESENTE OBRA COLECTIVA

El objetivo de esta obra colectiva es responder a la pregunta de si la cooperación internacional en materia penal puede, y de qué

¹ Para mayor información sobre la X Semana Ibero-Americana de la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/semana-iberoamericana-de-la-justicia-internacional-y-los-derechos-humanos>.

² Para mayor información sobre la X Semana Ibero-Americana de la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/actividades/seminario-de-pensamiento-iberoamericano>.

manera, contribuir al abordaje del fenómeno de la corrupción transnacional. El punto de partida de este volumen es, precisamente, el carácter transnacional de la corrupción. Conocidos escándalos de corrupción destapados en la últimos años, como el caso Odebrecht, son paradigma de esa dimensión global que tiene la corrupción el momento actual. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) parte también de esta realidad, como lo pone de manifiesto su preámbulo al señalar que “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional, que afecta a todas las sociedades y economías”. Para combatir un fenómeno como este, que trasciende las fronteras nacionales, las iniciativas puramente internas parecen insuficientes. Por ello, como señala la propia CNUCC, se “hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”. De hecho, el preámbulo se refiere en más ocasiones a la necesidad de cooperación entre los Estados para hacer frente a este tipo de criminalidad. Así, pone énfasis en la cooperación internacional para lograr la recuperación de activos derivados de los delitos de corrupción, y también habla de ella cuando atribuye a los Estados la responsabilidad en la “prevención y erradicación de la corrupción”. A la vista de lo expuesto, era imprescindible dentro del amplio proyecto en el que se enmarca esta investigación, dedicar un volumen a la cooperación internacional en materia penal para evaluar su eficacia en la lucha contra la corrupción transnacional.

Esta obra colectiva se compone de doce capítulos, en los que han participado un total de catorce investigadores. El libro comienza con dos capítulos dedicados a los principios jurisdiccionales para la aplicación de la ley penal, en los que se reflexiona sobre su utilidad para la persecución de la corrupción transnacional. El primero, a cargo, de Arturo Villareal y Rogelio Barba Álvarez, lleva por título “Jurisdicción y competencia judicial internacional”. En él se evalúa la eficacia de tres principios clásicos de aplicación de la ley penal en el espacio (territorialidad, personalidad y real o de defensa). El segundo capítulo, elaborado por Antonio Varón Mejía, Andrés Sánchez Sarmiento y Clara Hernández Cortes, analiza otros principios jurisdiccionales, en concreto, los principios *aut dedere aut iudicare* y de jurisdicción universal, tratando de buscar el mismo objetivo que en el primer capítulo.

La obra continúa con el capítulo tercero dedicado a “La estructura institucional clásica de cooperación internacional”, de la autoría de Fabio Ramazzini, João Paulo Sales y José Antônio Pinheiro Aranha Filho, en el que se analizan cuestiones como el canal diplomático, las unidades de enlace y otros modelos de coordinación que se han ido desarrollando para lograr una asistencia jurídica mutua más ágil, que pueda contribuir a una persecución más eficaz del crimen transnacional. Los dos siguientes capítulos abordan los modelos institucionales de cooperación internacional. Por un lado, los modelos de integración policial (capítulo cuarto, a cargo de Fabio Ramazzini Bechara y Thamara Duarte Cunha Medeiros), esencialmente, Interpol, Ameripol y Europol. Por otro lado, los modelos de integración no policial (capítulo quinto, a cargo de Miguel Bustos Rubio), como Eurojust, la orden europea de detención y entrega, y otras formas de cooperación jurídica internacional en el ámbito latinoamericano.

El capítulo sexto, elaborado por Jon López Gorostidi, se dedica a los modelos de extradición y la regla de especialidad. Se pretende aquí evaluar cómo la institución de la extradición puede contribuir a la lucha contra la corrupción. Los dos siguientes capítulos, ambos a cargo de Demelsa Benito Sánchez, analizan algunas nuevas formas de cooperación internacional que han ido surgiendo junto a las clásicas para superar las deficiencias de estas últimas. En concreto, el capítulo séptimo se dedica al estudio de los equipos conjuntos de investigación, y el capítulo octavo a las operaciones encubiertas, siempre con el objetivo de valorar la eficacia de esas nuevas técnicas en la lucha contra el fenómeno de la corrupción transnacional. Dentro de la estrategia actual en la lucha contra la corrupción, se considera esencial la recuperación de los activos procedentes del delito y su restitución a sus legítimos propietarios o las víctimas, por eso el capítulo noveno, de la autoría también de Demelsa Benito Sánchez, aborda las formas de asistencia legal mutua en relación con estos dos temas.

El capítulo décimo se dedica al reconocimiento y la ejecución de resoluciones firmes, en concreto, las que imponen una pena privativa de libertad. En él, Ana E. Carrillo del Teso, analiza si la cooperación jurídica mutua puede ser útil en el combate de la corrupción, teniendo presente que en este ámbito, a diferencia de los mencionados anteriormente, la cooperación no va dirigida a favorecer la

investigación o el enjuiciamiento de los responsables, sino solo el cumplimiento de la pena. El capítulo undécimo, que cierra las investigaciones de este grupo de trabajo, está a cargo de María Dolores Collazos, quien se pregunta en el título “¿Son los sistemas de cooperación en los tribunales penales internacionales, regionales e híbridos una herramienta adecuada para la persecución de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional?”. En él se analizan formas de asistencia jurídica mutua, no ya entre Estados, como se ha estudiado en los capítulos precedentes, sino entre Estados y tribunales penales internacionales, regionales e híbridos, con el objetivo de evaluar si esas formas de cooperación podrían ser útiles para perseguir la corrupción transnacional. Finalmente, en el capítulo duodécimo se ofrecen las conclusiones de la obra y seguidamente se presentan unas recomendaciones para mejorar la cooperación internacional en materia penal en América Latina y en Colombia con vistas a un combate más eficaz de la corrupción transnacional.

La pregunta de investigación que subyace a todos los capítulos es la siguiente: ¿en qué medida la institución analizada puede dar una respuesta idónea al fenómeno de la corrupción transnacional en América Latina, en general, y en Colombia, en particular? Todos los capítulos tienen una estructura muy similar (salvo el undécimo, dada su singularidad en esta obra). Se analizan, en primer lugar, los instrumentos legales internacionales y regionales más relevantes. En concreto, en el ámbito internacional, los documentos de referencia son la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional o Convención de Palermo, del año 2000, y la CNUCC o Convención de Mérida, del año 2003, así como la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, del año 1997.

Los documentos legales regionales se dividen entre los latinoamericanos y los europeos. En el ámbito latinoamericano, el instrumento de referencia en la materia es la Convención Interamericana contra la Corrupción, del año 1996, aunque hay también otros acuerdos o convenios adoptados en el marco de la Organización de Estados Americanos y de otras organizaciones, como, por ejemplo, Mercosur, que se analizan en los correspondientes capítulos. En el ámbito

europeo, el análisis se divide entre los instrumentos procedentes del Consejo de Europa y los procedentes la Unión Europea.

Dentro del Consejo de Europa, los instrumentos de referencia son las dos convenciones sobre corrupción del año 1999, la penal y la civil, aunque también hay otros instrumentos legales que no se refieren a la corrupción, pero que están en estrecha relación con la materia objeto de estudio en esta obra y que, por esa razón, son estudiados, como el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal y sus protocolos, o el Convenio relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito y la Financiación del Terrorismo.

En la Unión Europea, son múltiples las iniciativas que existen en materia de asistencia legal mutua, que son analizadas en los capítulos correspondientes, como la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea, y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, la Decisión Marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, la Directiva relativa a la orden europea de investigación en materia penal, o el Reglamento sobre reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.

Tras el análisis de los instrumentos supranacionales, los capítulos se centran en el estudio de los países de referencia, que se engloban en dos grupos: países del ámbito latinoamericano y países fuera de este ámbito. Entre estos últimos, por las relaciones que tienen con los países de América Latina y, particularmente, con Colombia, en materia de asistencia legal mutua, se toman como referencia España y EE. UU. ya que, además, son países con sistemas jurídicos muy diferentes entre sí, lo que aporta valor al análisis de Derecho comparado, que constituye una parte esencial de esta obra. En el ámbito latinoamericano, los países de referencia son Argentina, Brasil, Chile, Perú y México. Colombia merece un análisis más detallado en esta obra, por eso, los capítulos dedican un apartado separado al análisis de su legislación, realizándose, además, una comparativa entre el sistema colombiano y el resto de sistemas nacionales, y entre el sistema colombiano y los instrumentos regionales e internacionales de referen-

cia. Los capítulos finalizan con unas conclusiones y unas detalladas recomendaciones para los países de América Latina y, particularmente, para Colombia.

En Bogotá (Colombia) y Bilbao (España), a 30 de junio de 2023

Héctor Olasolo & Demelsa Benito Sánchez

Capítulo 1

Jurisdicción y competencia judicial internacional en materia penal

ARTURO VILLARREAL PALOS*
ROGELIO BARBA ÁLVAREZ**

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) es un problema complejo. Para su combate existen numerosas propuestas, que involucran aspectos de orden administrativo, electoral, penal, procesal penal y tributario, entre otros muchos (Olasolo, 2021: 883-884). En este capítulo se explora la eventual contribución que, para el combate de la corrupción asociada al COT en América Latina, pudiera aportarse desde la perspectiva de la jurisdicción y competencia judicial internacional en materia penal, en tanto la transnacionalidad implica conductas múltiples que surten efectos concomitantes o conexos en diversos países y que involucran a actores, empresas o entidades gubernamentales de diversas nacionalidades y a cuya persecución y sanción podrían servir algunos de los principios en los que se sustenta la aplicación extraterritorial de la jurisdicción penal de los Estados.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Penal. Profesor Investigador Titular en el Departamento de Derecho Público del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Investigador Nacional Nivel II, Conacyt, México.

** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Penal y Criminología. Profesor Investigador Titular en el Departamento Interdisciplinario de Ciencias Penales del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Investigador Nacional Nivel II, Conacyt, México.

Este tema ha ocupado la atención de los estudiosos del derecho penal desde hace mucho tiempo y numerosos tratados se ocupan de ello bajo el rubro genérico de “la ley penal en el espacio”, aunque algunos autores abordan la materia bajo la denominación de “derecho internacional penal” (DIP), entendiendo por tal aquel que “[...] regula la cuestión de si están igualmente sometidos al poder punitivo propio aquellos hechos que evidencian un impacto internacional en atención a la nacionalidad del autor, a la del ofendido o por el país extranjero en que aquellos se cometen” (Jescheck & Weigend, 2000: 174).

Como quiera que sea, la aplicación territorial y extraterritorial de la ley penal está determinada por varios principios que, de inicio, se conciben como ideales o puros, pero que en realidad se combinan en soluciones mixtas o complejas. Estos principios son: (a) el de territorialidad; (b) el de nacionalidad o personalidad (activa o pasiva); (c) el real, de defensa o de protección; (d) el universal, de justicia universal o del derecho mundial; y (e) el de justicia supletoria o subsidiaria (*aut dedere aut iudicare*) (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2000: 186, 187, 201, et. seq.; Jescheck & Weigend, 2000: 178, et. seq.). Estos principios, salvo los de nacionalidad y justicia supletoria, los encontramos ya considerados en el Tratado sobre Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo el 23 de enero de 1889 por los Gobiernos de Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, que fue posteriormente revisado en 1940. En la actualidad, se recogen en los códigos penales (salvo en algunos países, como España, donde se contemplan en la Ley Orgánica del Poder Judicial) y, en principio, son aceptados por el derecho Internacional (DI), en particular a partir de la decisión de la entonces Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el Caso Lotus.

En este fallo la CPJI señaló que, si bien la primera y más importante restricción impuesta por el DI a un Estado es que, a falta de una norma permisiva en sentido contrario, no puede ejercer su poder en ninguna forma en el territorio de otro Estado, de ello no se deduce que exista una prohibición para que un Estado ejerza, en su propio territorio, su jurisdicción con respecto a cualquier caso relacionado con actos que hayan tenido lugar en el extranjero. De esta manera, se deja a los Estados una amplia discreción para que puedan extender

la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales a personas, bienes y actos fuera de su territorio, solo limitado en ciertos casos por reglas prohibitivas, por lo que cada Estado tiene libertad para adoptar los principios que considere mejores y más adecuados (CPIJ, 1927, párrs. 45-46).

Como resultado de lo anterior, el presente capítulo analiza los principios de territorialidad, nacionalidad activa y pasiva y titularidad del bien jurídico protegido, excluyéndose el examen de los límites a la jurisdicción penal derivados de las inmunidades personal y funcional, así como la extensión y límites de los principios *aut dedere aut iudicare* y de jurisdicción universal, que son objeto del siguiente capítulo de esta obra colectiva.

En cuanto al principio de territorialidad, este constituye la base del sistema de persecución penal e indica que el Estado puede someter a su poder punitivo todas las acciones cometidas en su territorio, aun cuando el autor del delito sea un extranjero. Cercano al principio de territorialidad se encuentra el principio del pabellón, según el cual el Estado puede extender su jurisdicción sobre buques o naves que lleven su bandera, aun cuando el hecho ha sido cometido por un extranjero o esté atravesando o sobrevolando un territorio no nacional o alta mar (Jeschek & Weiged, 2000: 178-180). Asimismo, el principio de territorialidad se extiende a los lugares sometidos a la jurisdicción de un Estado, como pueden ser sus embajadas o consulados.

En algunos casos, el principio de territorialidad puede presentar aspectos problemáticos, como cuando la preparación del delito e incluso algunos actos ejecutivos tienen lugar en el territorio de un Estado, pero sus efectos se producen en el territorio de otro. Para resolver esta cuestión, se han desarrollado varios principios, que la Corte Penal Internacional (CPI), en el caso Myanmar/Bangladesh (CPI, 2019, párr. 56), ha puesto de relieve: (a) el principio de territorialidad objetiva, según el cual un Estado puede afirmar la competencia territorial si el delito se inicia en el extranjero pero se completa en su territorio; (b) el principio de territorialidad subjetiva, conforme al cual un Estado puede hacer valer la competencia territorial si el delito se ha iniciado en su territorio pero se ha completado en el extranjero; (c) el principio de ubicuidad, según el cual un Estado

puede afirmar la jurisdicción territorial si el crimen tuvo lugar total o parcialmente en su territorio, con independencia de que en este último se produjeran, o no, elementos constitutivos del delito; (d) la teoría del elemento constitutivo, según la cual un Estado puede hacer valer su jurisdicción territorial si al menos un elemento constitutivo del delito ocurrió en su territorio; y (e) la doctrina de los efectos, según la cual el Estado puede afirmar la jurisdicción territorial si el delito tiene lugar en su totalidad fuera de su territorio, pero produce efectos dentro de este último (este principio en realidad nutre al real o de defensa).

En cuanto al principio de nacionalidad o personalidad, es ampliamente aceptado que un Estado pueda ejercer su jurisdicción sobre sus nacionales (Sorensen, 2008: 356), ya sea porque el nacional es el autor del delito (nacionalidad o personalidad activa) o bien porque el nacional es el sujeto pasivo del ilícito (nacionalidad o personalidad pasiva). Algunos instrumentos internacionales reconocen este principio, junto con el de territorialidad, como fuente de jurisdicción para los Estados parte y obligan a su implementación a nivel nacional.

Así ocurre, por ejemplo, con los arts. 5 de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 12 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 9 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Por último, el principio real, de defensa o de protección, significa que el Estado puede someter a su poder punitivo los delitos cometidos en el extranjero, sobre la base de que el Estado que ejerce la jurisdicción es aquel en donde el delito tuvo efectos. Este es el caso de la falsificación de moneda o la planeación de ataques a la seguridad del Estado. De acuerdo con Sorensen, la jurisdicción fundada en el principio de protección se asemeja algo a la territorial, pues en ambos casos es el efecto lo que justifica al Estado para actuar contra una persona que se encontraba en el extranjero cuándo cometió el delito (Sorensen, 2008: 361).

Este capítulo tiene por objetivo determinar en qué medida los principios asociados a la jurisdicción y competencia penal internacio-

nal pueden servir de apoyo para el combate al COT en América Latina, en general y, en Colombia, en particular. El capítulo se estructura del siguiente modo: se expondrán en primer lugar los estándares internacionales y regionales en relación a la temática objeto del capítulo. A continuación, se analizará cómo se regula la misma en España, Estados Unidos (EE. UU.) e Italia como países de referencia fuera de América Latina. Posteriormente, estudiaremos su regulación comparada en los cinco países latinoamericanos que son tomados como objetos de estudio a lo largo del presente volumen (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), tratando de identificar ciertas tendencias comunes en el desarrollo de su regulación. Hecho esto, se pasará a analizar la regulación normativa en Colombia y se realizará un análisis comparativo de sus fortalezas y debilidades a la luz de la regulación nacional e internacional previamente abordada. Finalmente, se ofrecen unas conclusiones y una estrategia de acción para América Latina (a la luz de las tendencias regulatorias identificadas) y otra más específica para Colombia.

2. ANÁLISIS DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES CON RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL

Conjuntamente con las legislaciones estatales de orden penal, las regulaciones en materia de competencia judicial internacional también suelen contemplarse en las convenciones internacionales, por lo que en este apartado se analizan aquellas que se contienen en instrumentos internacionales relacionados con la corrupción y la delincuencia organizada transnacional. A esos efectos, iniciaremos con la normativa internacional, seguida de aquella de índole regional (América Latina y Europa), para concluir con un análisis comparado de los instrumentos analizados.

2.1. Normativa internacional

La Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de

1997, en su art. 4.1, reconoce los principios de territorialidad, ubicuidad y el real o de defensa, al indicar que: “[...] cada Parte deberá tomar las medidas que sean necesarias para acreditar su jurisdicción sobre el cohecho de un servidor público extranjero cuando el delito sea cometido en todo o en parte de su territorio”. Asimismo, en el art. 4.2 se reconoce el principio de nacionalidad activa al indicar que:

[...] cada Parte que tenga jurisdicción para procesar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero deberá tomar las medidas que sean necesarias para acreditar su jurisdicción para hacerlo con respecto al cohecho de un servidor público extranjero, de acuerdo con los mismos principios.

Por último, en su art. 2, indica que cada parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (CNUDOT o Convención de Palermo), en su art. 15, contempla varios principios como fuente de la jurisdicción penal. En primer lugar, alude al principio de territorialidad, con una referencia específica al principio del pabellón, al indicar que cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados en la Convención “[...] cuando el delito se cometa en su territorio o se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito” (art. 15.1). En el art. 15.2 se contemplan otros principios: (a) el de nacionalidad pasiva (“el delito se cometa contra uno de sus nacionales”); (b) el de nacionalidad activa (“el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio”); y (c) los de ubicuidad y real o de defensa, al indicar que los Estados tendrán jurisdicción para conocer de los delitos de delincuencia organizada y blanqueo de capitales cuando “se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio”. En su art. 10, la Convención indica el compromiso de los Estados parte de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado,

aclarando que esta responsabilidad podrá ser de índole penal, civil o administrativa. Y, finalmente, conforme al art. 15. 6, la Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados parte de conformidad con su derecho interno.

Al igual que la anterior, la CNUDOT, en su art. 42, reconoce el principio de territorialidad, con una referencia específica al principio del pabellón, al indicar que cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados en Convención cuando el delito se haya cometido en su territorio o a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes. Asimismo, en el art. 42.2 se contempla el principio de nacionalidad pasiva (“el delito se cometa contra uno de sus nacionales”) y el de nacionalidad activa (“el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio”); aunque en este caso si se diferencia claramente entre los principios de ubicuidad y real o de defensa, al referir que los Estados tendrán jurisdicción para conocer de los delitos que se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito dentro de su territorio (ubicuidad) o en contra del Estado parte (real o de defensa). También y al estilo de la convención precedente, se reitera el compromiso de los Estados para establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en los delitos contemplados en la misma, la cual podrá ser de índole penal, civil o administrativa. Lo anterior es sin perjuicio del ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados parte de conformidad con su derecho interno.

2.2. Normativa regional: América Latina y Europa

La Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, en su art. IV, reconoce el principio de territorialidad, pero también el de ubicuidad y el real o de defensa, al señalar que la convención es aplicable “[...] siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte”. En el art. V (1) se reitera el principio del territorio: “[...] cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Conven-

ción cuando el delito se cometa en su territorio”. Mientras que el V (2) reconoce el derecho de los Estados para “[...] adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales (principio de nacionalidad activa) o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio”. Finalmente, y de acuerdo al art. V (4), la Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una parte en virtud de su legislación nacional.

El Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 1999, reconoce los principios de territorialidad, ubicuidad y el real o de defensa, al referir, en su art. 17.1, que cada parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para determinar su competencia en relación con cualquiera de los delitos tipificados en el Convenio: “[...] cuando el delito se haya cometido total o parcialmente en su territorio”. Asimismo, el referido dispositivo reconoce el principio de nacionalidad activa, al reconocer competencia de los Estados para conocer de los delitos cometidos por sus nacionales, agentes públicos o miembros de sus asambleas públicas nacionales; o bien, cuando en el mismo estuviese implicado uno de sus agentes públicos o un miembro de sus asambleas públicas nacionales o cualquiera de las personas a que se refieren los arts. 9 a 11 (funcionarios internacionales, miembros de asambleas parlamentarias internacionales y jueces y agentes de tribunales internacionales) y que al mismo tiempo sea uno de sus nacionales. El art. 18 indica que cada parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que se pueda hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción activa, de tráfico de influencias y de blanqueo de capitales tipificados de conformidad con el Convenio. Finalmente, el Convenio tampoco excluye que un Estado parte ejerza competencia penal conforme a su derecho interno.

2.3. Análisis comparado

Los fenómenos de la corrupción y el COT han sido objeto de una particular atención por la comunidad internacional, tal y como lo demuestran las convenciones que hemos analizado. En todas ellas se establece una amplia gama de medidas destinadas a su combate, entre las que se encuentran aquellas relacionadas con la aplicación territorial y extraterritorial de la ley penal y, como puede observarse, estas convenciones reconocen uniformemente, como principio base para la aplicación de la ley penal, el de territorialidad y como principios para fundamentar su aplicación extraterritorial, los de nacionalidad activa, ubicuidad y real o de defensa y, solo en el caso de la Convención de Palermo, se agrega el principio de la nacionalidad pasiva. De manera particular, se destaca el compromiso de que los Estados parte sancionen las conductas cometidas por sus nacionales, incluso en el extranjero, y aquellos delitos que se cometan en “todo o en parte” en su territorio, lo que posibilita una amplia gama de acciones para tomar medidas que se cometan en otro país.

Por último, las convenciones internacionales referidas —salvo la interamericana contra la corrupción— aluden al compromiso de establecer responsabilidad para las personas jurídicas o morales por su participación en la comisión de los delitos en ellas contemplados. Y, de manera particular, las convenciones internacionales contra la delincuencia organizada y la corrupción precisan que esta responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. LOS SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS E ITALIA

En este apartado se realiza un estudio de referencia sobre la regulación de la competencia judicial internacional en materia penal (principios de territorialidad, nacionalidad activa y pasiva y titularidad del bien jurídico protegidos) en legislaciones no latinoamericanas. En el caso específico se analiza la legislación de España, EE.

UU. e Italia, con particular atención, en su caso, a cómo se regula su aplicación en casos de delitos de corrupción y de delitos vinculados al COT.

3.1. España

La Ley Orgánica del Poder Judicial contiene los principios a los que se sujeta la jurisdicción penal española. De manera específica, el art. 23.1 establece el principio de territorialidad y su extensión, el principio del pabellón, al señalar que corresponde a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

El apartado 2 de este mismo artículo, contempla una hipótesis de competencia por nacionalidad activa, al señalar que la jurisdicción española también conocerá de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: (a) que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito; (b) que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los tribunales españoles; y (c) que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena total o parcialmente.

El apartado 3 del artículo en mención contempla varias hipótesis de competencia para conocer de hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, en donde se combinan los principios de nacionalidad activa y pasiva, así como el real o de defensa. Se funda la competencia extraterritorial en el principio de nacionalidad activa, tratándose de españoles y el real o defensa, respecto de extranjeros, en los casos de los delitos previstos en los incisos: (a) traición y contra la paz o la independencia del Estado; (b) contra el titular de la Corona, su consorte, su sucesor o el regente (en este caso

combinado con el principio de nacionalidad pasiva); (c) rebelión y sedición; (d) falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; (e) falsificación de moneda española y su expedición; (f) cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado e introducción o expedición de lo falsificado; (g) (segunda hipótesis) delitos contra la administración pública española; y (h) los relativos al control de cambios.

El principio de nacionalidad pasiva se contempla en el inciso g) atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles y el de nacionalidad activa en el inciso h) (primera hipótesis) delitos perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero.

El apartado 4 del artículo en mención contempla otras hipótesis de competencia para conocer de hechos cometidos por españoles o por extranjeros fuera del territorio nacional, en donde se mezclan los principios de nacionalidad activa y pasiva, real o de defensa, justicia universal y el del pabellón, como extensión del territorio.

De ese modo, en el inciso a) se mezclan los principios de nacionalidad pasiva y justicia universal al otorgar competencia para conocer de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

En los incisos b) y c) se contemplan los principios de nacionalidad activa y pasiva, ya que es posible conocer de los delitos de tortura y contra la integridad moral previsto en los arts. 174 a 177 del Código Penal español, así como del de desaparición forzada de personas, cuando el procedimiento se dirija contra un español o la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

En el inciso d) se combinan nuevamente los principios de nacionalidad activa y justicia universal, otorgando jurisdicción para

conocer de los delitos —cometidos en el extranjero— de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

Esto mismo ocurre en el inciso g) al otorgar competencia para conocer de los delitos contenidos en el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.

El inciso e) alude a los principios de nacionalidad activa y pasiva, en conjunción con los de pabellón, como extensión del territorio, justicia universal y real o de defensa, al indicar que existe competencia para conocer del delito de terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos: el procedimiento se dirija contra un español; el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo; el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier autoridad española; el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea (UE) que tenga su sede en España; el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

En el inciso f) se combinan los principios de nacionalidad activa y el del pabellón, al señalar competencia para conocer de los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que el delito haya sido cometido por un ciudadano español

o el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

En el inciso h) se observa el principio de nacionalidad pasiva, al referir que se podrá conocer de los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.

En el inciso i) coexisten los principios de nacionalidad pasiva y el de ubicuidad, que puede estimarse como una extensión de los principios de territorialidad y real o de defensa, al otorgar competencia en casos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que el procedimiento se dirija contra un español; o se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

En el inciso j) también se contempla el principio de ubicuidad, al indicar jurisdicción en casos de delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

En el inciso k) concurren los principio de nacionalidad activa y pasiva, así como el de justicia universal, al permitir conocer de delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que el procedimiento se dirija contra un español; el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

Igual situación ocurre en el inciso l), que refiere competencia para conocer de delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la

violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que el procedimiento se dirija contra un español; el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

Los principios nacionalidad activa, pasiva y justicia universal se repiten en el inciso m), relativo a la trata de seres humanos, siempre que el procedimiento se dirija contra un español; el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

En el mismo caso se encuentra el inciso n), que permite conocer de delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que el procedimiento se dirija contra un español; el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

Y en la misma situación se encuentra el inciso o), que alude a la competencia respecto de delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando el procedimiento se dirija contra un español; el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; el procedimiento se dirija contra una persona jurídica,

empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.

Por último, el inciso p) refiere competencia para conocer de cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos. Agregando, en su segundo párrafo, que la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.

Finalmente, la fracción 5 indica que los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos: a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los tratados y convenios en que España fuera parte; y b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión.

3.2. Estados Unidos

El título 18 del Código de EE. UU. (*United States Code*), regula las cuestiones concernientes a los delitos y al procedimiento penal.

El Capítulo 1 (Preliminares), Secciones 2 y 3, contempla el principio real o de defensa al sancionar a quienes cometan un delito contra los EE. UU., ya sea como “principales” o “accesorios después del hecho”. Asimismo, la Sección 470 también sanciona a cualquier persona por actos de falsificación cometidos fuera de EE. UU.

El Capítulo 95, regula las cuestiones relacionadas con el crimen organizado y de manera específica la sección 1956, dedicada al “Lavado de instrumentos monetarios”, contiene también un principio real o de defensa, mezclado con el de ubicuidad, al señalar que los tribunales de distrito tendrán jurisdicción sobre cualquier persona extranjera, incluida cualquier institución financiera autorizada en virtud de las leyes de un país extranjero, si la persona extranjera comete el delito realizando una transacción financiera que ocurre total o parcialmente en EE. UU., si la persona extranjera convierte, para su propio uso, bienes en los que EE. UU. tiene un interés de propiedad en virtud de la entrada de una orden de confiscación por un tribunal de EE. UU., o si la persona extranjera es una institución financiera que mantiene una cuenta bancaria en una institución financiera de EE. UU.

El Capítulo 113B, dedicado al Terrorismo, contiene una forma peculiar que combina el principio del territorio y su variante ubicuidad, con el real o de defensa. Se trata del delito de “Actos de terrorismo que trascienden las fronteras nacionales”, previsto en la sección 2332b, entendiéndose por “conducta que trasciende las fronteras nacionales”, aquella en donde concurre una conducta que se produce fuera de los Estados Unidos, con otra que se produce dentro del territorio del país. En este caso existe jurisdicción federal extraterritorial para conocer de las conductas típicas de este tipo de terrorismo, como son: el asesinato, secuestro, mutilación, asalto con resultado de lesiones corporales graves o ataque con un arma peligrosa a cualquier persona dentro de los EE. UU., o cree un riesgo sustancial de lesiones corporales graves a cualquier otra persona destruyendo o dañando cualquier estructura, medio de transporte u otra propiedad real o personal dentro de los EE. UU. o intentando o conspirando para destruir o dañar cualquier estructura, medio de transporte u otra propiedad real o personal dentro de los EE. UU.

La Sección 7 (1) del Capítulo 1, contempla provisiones acerca del principio del territorio y su derivado, el principio del pabellón, el cual aplica a cualquier embarcación dentro de su jurisdicción marítima, incluyendo la alta mar y cualesquiera otras aguas fuera de la jurisdicción de cualquier Estado en particular.

Esta última disposición puede encontrar asidero en la Convención sobre la Alta Mar de 1958, de la cual EE. UU. es parte, la cual contiene un principio de justicia universal, al señalar, en su art. 19, que cualquier Estado está facultado para apresar en alta mar, o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, a un buque o a una aeronave pirata o a un buque capturado a consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo de dicho buque o aeronave.

Asimismo, la referida sección 7 (apartados 3, 4, 5 y 6) extiende la jurisdicción penal a cualquier tierra reservada o adquirida para el uso de EE. UU. y bajo su jurisdicción exclusiva o concurrente; a cualquier isla, roca o cayo que contenga depósitos de guano, que pueda, a discreción del Presidente, considerarse como perteneciente a los EE. UU., a cualquier aeronave que pertenezca total o parcialmente a los EE. UU., o a cualquier ciudadano de los mismos, o a cualquier corporación creada por o bajo las leyes de los EE. UU., mientras dicha aeronave esté en vuelo sobre alta mar o sobre cualquier otra agua dentro de la jurisdicción marítima y de almirantazgo de los EE. UU. y fuera de la jurisdicción de cualquier Estado en particular; y a todo vehículo utilizado o diseñado para el vuelo o la navegación en el espacio y que figure en el registro de los EE. UU. en virtud del Tratado sobre los Principios que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes y del Convenio sobre el Registro de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre, mientras ese vehículo esté en vuelo, es decir, desde el momento en que se cierran todas las puertas exteriores en la Tierra tras el embarque hasta el momento en que se abre una de esas puertas en la Tierra para el desembarco, o, en el caso de un aterrizaje forzoso, hasta que las autoridades competentes asumen la responsabilidad del vehículo y de las personas y bienes a bordo.

La misma sección 7 (apartados 7 y 8) contempla el principio de nacional activa y pasiva, al indicar que la potestad penal se extiende a cualquier lugar fuera de la jurisdicción de cualquier nación con respecto a un delito cometido por o contra de un nacional de los EE. UU. y, en la medida en que lo permita el DI, a cualquier buque

extranjero durante un viaje que tenga programada su salida o llegada a los EE. UU. con respecto a un delito cometido por o contra un nacional de los EE. UU.

Asimismo, en la sección 7, apartado 9, se indica que las disposiciones con respecto a los delitos cometidos por o contra un nacional de EE. UU., aplican respecto a los locales de las misiones o entidades diplomáticas, consulares, militares o de otro tipo del Gobierno de los EE. UU. en Estados extranjeros, incluidos los edificios, partes de edificios y terrenos anexos o auxiliares a los mismos o utilizados para los fines de dichas misiones o entidades, independientemente de su propiedad; y a las residencias en Estados extranjeros y los terrenos anexos o auxiliares a las mismas, con independencia de su titularidad, utilizados para los fines de dichas misiones o entidades o por el personal de EE. UU. destinado a dichas misiones o entidades.

La sección 956 contempla un principio de nacionalidad activa al sancionar a quien, dentro de la jurisdicción de los EE. UU., conspire para matar, secuestrar, mutilar o dañar personas o bienes en un país extranjero.

Las secciones 2332f (bombas en lugares de uso público, instalaciones gubernamentales, sistemas de transporte público e instalaciones de infraestructura; 2332g (sistemas de misiles diseñados para destruir aviones); 2332h (dispositivos de dispersión radiológica; y 2332i (actos de terrorismo nuclear), todas incluidas en el capítulo concerniente al terrorismo, además afirmar el principio de territorialidad por actos realizados dentro de los Estados Unidos, contienen una jurisdicción extraterritorial por actos realizados fuera de ellos, con base en los principios de nacionalidad activo o pasiva, es decir cuando el autor o la víctima son nacionales de ese país.

La sección 1596, establece un principio de jurisdicción adicional en delitos de tráfico de personas (sometimiento a peonaje, esclavitud, servidumbre, trabajo forzado y tráfico sexual forzado o de menores), que se basa en el principio de justicia universal, al indicar que los tribunales de EE. UU. tienen jurisdicción extraterritorial sobre cualquier delito de los arriba mencionados, si el presunto ofensor se encuentra en EE. UU., independientemente de su nacionalidad, excepto cuando un gobierno extranjero, de conformidad con la juris-

dicción reconocida por los EE. UU., ha enjuiciado o está enjuiciando a dicha persona por la conducta que constituye dicho delito, salvo que lo apruebe el Fiscal General o del Fiscal General Adjunto (o de una persona que actúe en cualquiera de estas funciones), función de aprobación que no podrá ser delegada.

Finalmente, en el título 15 (Comercio y Negocios), capítulo 2B (Bolsas de Valores), se contiene lo que se conoce como la “Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero” de 1977 (adicionada en 1998) y que se basa en los principios de nacionalidad activa para sus ciudadanos y un principio de ubicuidad, que funciona en sentido inverso, respecto de los no nacionales.

Esta ley prevé regulaciones respecto a transacciones ilegales en bolsas de valores extranjeras, realizadas por cualquier corredor o comerciante, directa o indirectamente, con el fin de efectuar en una bolsa que esté o no sujeta a la jurisdicción de los EE. UU., cualquier transacción en cualquier valor en contravención de las reglas y regulaciones que la Comisión Federal de Comercio puede prescribir como necesarias o apropiadas en el interés público o para la protección de los inversionistas o para prevenir la evasión del capítulo, cuando el emisor resida o tenga su sede principal de negocios en algún lugar dentro o sujeto a la jurisdicción de los EE. UU. o este constituido bajo sus leyes (art. 78dd).

Los arts. 78dd-1 a 78dd-3 contemplan prácticas de comercio exterior prohibidas para los emisores y empresas nacionales y para cualquier otra persona distinta de los anteriores, mientras se encuentre en territorio nacional¹. A tal efecto será ilegal para cualquier funcionario, director, empleado o agente de dicho emisor, empresa o persona distinta de las anteriores o cualquier accionista de los mismos, hacer uso de correos o de cualquier medio o instrumento de comercio interestatal de forma corrupta para promover una oferta, pago, promesa de pago o autorización de pago de cualquier dinero

¹ El término “persona”, cuando se refiere a un infractor, significa cualquier persona física que no sea un nacional de los Estados Unidos o cualquier corporación, sociedad, asociación, sociedad anónima, fideicomiso comercial, organización no incorporada, o propiedad única organizada bajo la ley de una nación extranjera o una subdivisión política de la misma.

u oferta, regalo, promesa de dar o autorización de dar cualquier cosa de valor a cualquier funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario o candidato del mismo o a cualquier otra persona, a sabiendas de que la totalidad o una parte de dicho dinero o cosa de valor será ofrecida, entregada o prometida, directa o indirectamente, a cualquiera de estas personas, con el fin de: a) influir en cualquier acto o decisión en su capacidad oficial, inducir a hacer u omitir cualquier acto en violación de su deber legal o asegurar cualquier ventaja indebida; o b) inducir a dicho funcionario extranjero a utilizar su influencia con un gobierno extranjero o un instrumento del mismo para afectar o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, con el fin de ayudar a dicho emisor a obtener o retener negocios para o con o dirigir negocios a cualquier persona.

Conforme a las reglas de la “jurisdicción alternativa”, también son punibles los actos arriba citados realizados fuera de los EE. UU. por los representantes o accionistas de las emisoras o empresas nacionales. Respecto a las transacciones en bolsas de valores extranjeras, no se contempla jurisdicción extraterritorial, a menos que se prescriba como necesario o apropiado por la Comisión Federal de Comercio.

3.3. Italia

El Código Penal italiano reconoce los principios básicos de la extensión del poder punitivo del Estado.

El principio de territorialidad, como base del sistema de persecución penal, se establece en su art. 3, primer párrafo, al señalar que la ley penal italiana obliga a todos aquellos que, sean ciudadanos o extranjeros, se encuentren en el territorio del Estado, con las excepciones establecidas por el derecho público interno o el DI. Esta cuestión es reiterada en el segundo párrafo del art. 6: “Quien cometa un delito en el territorio del Estado será castigado de acuerdo con la legislación italiana”.

Este principio, según el segundo párrafo del art. 4, se extiende a los buques y aeronaves italianos (principio del pabellón), a menos que estén sujetos, en virtud del DI, a una ley territorial extranjera. Igualmente, se prolonga a cualquier otro lugar sometido a la sobera-

nía del Estado, como podrían ser Embajadas y Consulados. Este artículo sigue aludiendo a su aplicación en el “territorio de las colonias” (que ya no tiene el Estado italiano), pero ello se explica porque la base del Código Penal italiano —aunque se ha modificado en innumerables ocasiones— sigue siendo el “Código Rocco” de 1930.

El art. 6, tercer párrafo, también considera como delitos cometidos en el territorio del Estado a aquellas acciones u omisiones que se hayan cometido total o parcialmente en el mismo o cuando el hecho resultante de la acción u omisión se haya producido en él. Esto posibilita sancionar hechos planeados o concebidos en el extranjero, a condición de que se ejecuten dentro del país (principio de ubicuidad).

Las bases de los principios de nacionalidad y real o de defensa, se establecen en el segundo párrafo del art. 3, el cual indica que la ley penal italiana es vinculante para todos aquellos que, siendo ciudadanos o extranjeros, se encuentren en el extranjero, pero solo en los casos establecidos por dicha ley o por el DI.

De manera específica, el art. 7 alude a los principios de nacionalidad activa y real o defensa, al indicar que se castigará con arreglo a la legislación italiana a todo ciudadano o extranjero que cometa en suelo extranjero alguno de los siguientes delitos: delitos contra la personalidad del Estado italiano; delitos de falsificación del sello del Estado y de utilización de dicho sello falsificado; delitos de falsificación de moneda de curso legal en el territorio del Estado, o de sellos fiscales o de tarjetas de crédito públicas italianas; delitos cometidos por funcionarios públicos al servicio del Estado, abusando de sus facultades o violando los deberes inherentes a sus funciones; y cualquier otro delito para el que las disposiciones especiales de la ley o los convenios internacionales establezcan la aplicabilidad de la ley penal italiana.

Como continuación de estos principios, el art. 8 indica que el ciudadano o extranjero que cometa un delito político en el extranjero que no esté incluido entre los indicados en el artículo anterior, será castigado por la ley italiana a petición del Ministro de Justicia.

Reiterando el principio de nacionalidad activa, el art. 9 del código punitivo italiano refiere que el ciudadano que, fuera de los casos in-

dicados en los dos artículos anteriores, cometa en un país extranjero un delito para el que la ley italiana establece la pena de muerte (abolida en 1944), la cadena perpetua o la prisión por un mínimo de tres años, será castigado de acuerdo con la ley, siempre que se encuentre en territorio italiano. Si se tratare de un delito con una pena de prisión más corta, se sancionará a petición del Ministro de Justicia o a instancia o por denuncia de la parte perjudicada.

Finalmente, y en lo tocante a los delitos comunes cometidos en el extranjero por extranjeros, se vuelven a combinar los principios de nacionalidad pasiva y real o de defensa. Al respecto, el art. 10 refiere que, fuera de los casos indicados en los arts. 7 y 8, el extranjero que cometa en un país extranjero, en perjuicio del Estado o de un ciudadano, un delito para el que la ley italiana establezca la pena de muerte (derogada como dijimos), la cadena perpetua o una pena de prisión no inferior a un año, será castigado de acuerdo con dicha ley, siempre que se encuentre en el territorio del Estado y que exista una solicitud del Ministro de Justicia, o una petición o denuncia de la parte perjudicada.

3.4. Análisis comparado

De lo observado en este apartado, podemos arribar a la conclusión de que las legislaciones no latinoamericanas también basan la aplicación de su ley penal en los principios universalmente aceptados (territorio, nacionalidad activa y pasiva, real o de defensa y su variante, el principio de ubicuidad y, en algunos casos, el de justicia universal, que se analiza con detalle en otras partes de esta obra). Es de notar que estos principios pueden tener aplicabilidad en cualquier tipo de delito o actividad delictiva previstos por la legislación, incluido, desde el luego, el COT, pero el caso de las legislaciones española y estadounidense es particular, porque tienen regulaciones muy extensas y casuísticas, regulando expresamente casos de corrupción, sancionables tanto territorial como extraterritorialmente. En lo particular, llama la atención la inclusión, en la legislación española, de un principio de nacionalidad activa, que permite sancionar tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas (empresas) que cometan delitos de corrupción entre particulares o en las tran-

sacciones económicas internacionales, con independencia del lugar de comisión del crimen, aunque se necesita un vínculo con España. Igualmente, destaca el principio estadounidense de ubicuidad, utilizado en sentido inverso, que posibilita sancionar a un no nacional, que desde territorio de EE. UU., realice alguna práctica de comercio exterior prohibida, aunque esta tenga efecto en otro país. Este principio parece más bien vinculado con un principio de “solidaridad internacional”, cercano a la justicia universal, que con los principios tradicionales.

4. LOS SISTEMAS JURÍDICOS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

En esta sección se lleva a cabo un estudio de referencia sobre de regulación de la competencia judicial internacional en materia penal (principios de territorialidad, nacionalidad activa y pasiva y titularidad del bien jurídico protegido) en legislaciones latinoamericanas. En el caso específico se analiza la legislación de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú, con particular atención, en su caso, a como se regula su aplicación en casos de delitos de corrupción y de delitos del COT.

4.1. Argentina

El Código Penal de la Nación Argentina, en su art. 1, inciso 1), reconoce el principio de territorialidad, aplicable tanto a los hechos sucedidos en su territorio, como a los ocurridos en los lugares sometidos a su jurisdicción.

Igualmente, en el inciso 2), contempla el principio de nacionalidad o personalidad activa, por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.

El mismo principio está previsto en el inciso 3) y se aplica cuando ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la

República Argentina cometan en el extranjero el delito previsto en el art. 258 bis, consistente en, directa o indirectamente, ofrecer, prometer u otorgar, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial (cohecho a servidores públicos extranjeros).

Cabe aclarar que este delito, que encontramos en otras de las legislaciones penales analizadas en este capítulo, es un compromiso derivado de la Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, firmada en París, Francia, el 17 de diciembre de 1997 y en el que los Estados parte precisamente se obligan a sancionar dicha conducta.

Finalmente, el art. 198, referente a la Piratería, establece algunas disposiciones relativas al principio del pabellón, al sancionar la práctica en el mar o en ríos navegables, de algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren (inciso 1); y la práctica de algún acto de depredación o violencia contra una aeronave en vuelo o mientras realiza las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo, o contra personas o cosas que en ellas se encuentren (inciso 2).

4.2. *Brasil*

El art. 5 del Código Penal de Brasil, establece el principio de territorialidad, al señalar que la ley brasileña se aplica, sin perjuicio de las convenciones, tratados y normas de derecho internacional, a los delitos cometidos dentro del territorio nacional.

Asimismo, indica que, a los efectos penales, se consideran extensión del territorio nacional las naves y aeronaves brasileñas, de carácter público o al servicio del gobierno brasileño, dondequiera que se encuentren, así como las naves y aeronaves brasileñas mercantiles

o de propiedad privada que se encuentren, respectivamente, en el espacio aéreo correspondiente o en alta mar.

Por último, refiere que la ley brasileña también es aplicable a los delitos cometidos a bordo de aeronaves o buques extranjeros de propiedad privada, cuando los primeros estén aterrizando en territorio nacional o volando en el espacio aéreo correspondiente y los segundos estén en un puerto o mar territorial brasileño.

En el art. 7, se entremezclan los principios de nacionalidad pasiva y el principio real o de defensa, al referir que quedan sometidos a la ley brasileña, aunque se cometan en el extranjero (fracción I), los delitos cometidos contra la vida o la libertad del Presidente de la República; contra el patrimonio o la fe pública de la Unión, del Distrito Federal, del Estado, del Territorio, del Municipio, de una empresa pública, de una sociedad de economía mixta, de una autarquía o de una fundación establecida por el Poder Público; contra la administración pública, por parte de quienes están a su servicio; y el genocidio, cuando el agente es brasileño o está domiciliado en Brasil (este último supuesto, en caso de los no nacionales, encontraría asidero en el principio de justicia universal).

En los casos de esta fracción, el código señala que el agente será castigado de acuerdo con la ley brasileña, aunque sea absuelto o condenado en el extranjero, lo que, en el caso de la absolución, estimamos que vulneraría el principio del *non bis in idem*, a menos que se apliquen los principios de la “justicia fraudulenta”, lo cual, sin embargo, no es expresamente mencionado.

Por su parte, la fracción II, inciso 3 del artículo antes citado, refiere que también quedan sometidos a la ley brasileña los crímenes cometidos en el extranjero que, por tratado o convención, Brasil se haya obligado a reprimir; los cometidos por un brasileño; y los cometidos en aeronaves o embarcaciones brasileñas, mercantes o privadas, cuando se encuentren en territorio extranjero y no sean juzgados en él.

Tocante a los supuestos de la fracción II, se indica que la aplicación de la ley brasileña depende de la concurrencia de las siguientes condiciones: (a) el agente entra en el territorio nacional; (b) el acto también es punible en el país donde se ha cometido; (c) el delito está

incluido entre los que la ley brasileña autoriza la extradición; (d) el autor no ha sido absuelto en el extranjero ni ha cumplido su condena en él; y (e) que el agente no haya sido indultado en el extranjero o, por otra razón, que no se haya extinguido su pena, según la ley más favorable.

Por último, se indica que la ley brasileña también se aplica a un delito cometido por un extranjero contra un brasileño fuera de Brasil, si se cumplen las condiciones establecidas en anteriormente y no se ha solicitado la extradición o se ha denegado y la extradición ha sido solicitada por el Ministro de Justicia.

El Código Penal de Brasil también contempla los delitos de corrupción activa y tráfico de influencias en una transacción comercial internacional (arts. 337 B y 337 C) y, aunque no hace una expresa referencia a su comisión en el extranjero por ciudadanos brasileños, se entiende que, al tenor de sus disposiciones, si sería posible sancionarlo si el nacional se encuentra dentro del territorio nacional; sin embargo, este supuesto no aplica respecto de hechos cometidos en el extranjero por extranjeros, que deberían sujetarse a las normas de la extradición internacional.

4.3. Chile

El Código Penal chileno establece en su art. 5, el principio de territorialidad, al indicar que la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros, y que los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones del código.

Los principios de nacionalidad o personalidad activa y real o de defensa, quedan relativizados a la luz del art. 6, el cual indica que los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile, sino en los casos determinados por la ley.

De esa manera, el art. 106 del citado código, concerniente al delito de conspiración contra la seguridad exterior del Estado, señala que las prescripciones de ese artículo se aplican a los chilenos, aun

cuando la conspiración haya tenido lugar fuera del territorio de la República (principio de nacionalidad o personalidad activa).

También, el art. 174, que contempla el delito de falsificación de acciones o promesas de acciones de sociedades anónimas, obligaciones u otros títulos legalmente emitidos por las municipalidades o establecimientos públicos de cualquiera denominación o cupones de intereses o de dividendos correspondientes a estos diversos títulos, sanciona con pena de presidio menor en su grado medio, cuando el hecho hubiere tenido lugar en el extranjero (principio real o de defensa).

Al igual que en el caso argentino y brasileño, el código penal chileno sanciona, en su art. 251 bis, el cohecho a servidores públicos extranjeros, pero no establece regulaciones especiales para el caso de que los ciudadanos chilenos lo cometan en el extranjero, por lo que dichas conductas no podrían ser perseguidas por las autoridades chilenas.

Finalmente, la ley 20.393 de 2009, contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas tratándose de los delitos de lavado de activos, cohecho, cohecho transnacional y financiamiento del terrorismo, pero, al igual que en el caso anterior, no existen regulaciones tendientes a sancionar el hecho cometido en el extranjero. El concepto de “personas jurídicas” incluye tanto a personas de derecho privado como a las empresas del Estado.

4.4. México

En el caso de México, el principio de territorialidad queda establecido en el art. 1 del Código Penal Federal (CPF), el cual señala que este se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal. Dado que en el país no existe un código penal único, igual disposición se contiene en los códigos penales de las 32 Entidades Federativas para los delitos del fuero común, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones.

El “principio del pabellón” es reconocido en las fracciones I, II y IV del art. 5 del mismo código, ya que considerara como ejecutados en territorio de la República: (a) los delitos cometidos por mexicanos

o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales; (b) los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación, lo que se extiende al caso de que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto; y (c), primera hipótesis, los cometidos a bordo de aeronaves nacionales que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales extranjeras, en casos análogos a los que señalan para los buques. La fracción III de este artículo contiene una hipótesis hermanada con el principio real o de defensa al someter a la jurisdicción mexicana los delitos cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación.

Asimismo, la fracción II, primera hipótesis, del art. 2 del CPF extiende su jurisdicción a los delitos cometidos en los consulados mexicanos, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron; mientras que el art. 5, fracción IV, segunda hipótesis, considera como ejecutados en México los delitos cometidos a bordo de aeronaves extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales; y, fracción V, los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas. La segunda hipótesis del art. 5, fracción IV, del CPF puede significar un choque con el principio del pabellón enarbolado por otros países y que, aunque no está estipulado de esa manera, debería resolverse conforme al principio de reciprocidad.

En cuanto al principio de nacionalidad activa y pasiva, se reconoce en el art. 4 del CPF, el cual señala que los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República con arreglo a las leyes federales.

Sin embargo, la aplicación de ambos principios se encuentra condicionada a que el acusado se encuentre en la República, que no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.

Asimismo, el art. 2, fracción II, segunda hipótesis, del CPF, contempla el principio de nacionalidad pasiva, al señalar que este se aplicará por los delitos cometidos en contra del personal de los consulados mexicanos, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron.

Tocante al “principio de ubicuidad, que, como dijimos antes, puede considerarse como una extensión de los principios de territorialidad y real o de defensa, se encuentra recogido en el art. 2, fracción I, primera hipótesis, del CPF, el cual señala que este se aplicará por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República.

Finalmente, México también contempla el delito de cohecho a servidores públicos extranjeros (art. 222 bis), pero sin establecer regulaciones especiales para el caso de que los ciudadanos mexicanos lo cometan en el extranjero, lo que queda sujeto a las reglas generales. Y por lo que toca a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la misma queda prevista en el art. 11 del CPF, aunque no existen normas que permitan sancionar conductas cometidas en el extranjero. El término “personas jurídicas” no es aplicable a instituciones del Estado.

4.5. Perú

El Código Penal de Perú contempla, en su art. 1, el principio de territorialidad y su derivado, el principio del pabellón, al señalar que la ley penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el DI y que también se aplica a los hechos punibles cometidos en las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren y las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía (esta última hipótesis se rige por el principio de justicia universal).

De manera expresa, el art. 2 de este código alude a la extraterritorialidad de la ley penal, con base en el principio real o de defensa, combinado con el de ubicuidad, y del principio de personalidad ac-

tiva y pasiva, al indicar que la ley penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero cuando: (a) el agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo; (b) atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública o se traten de conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzcan sus efectos en el territorio de la República; (c) agravia al Estado y la defensa nacional; a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario; y (d) es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República.

En el art. 5 contempla también el “principio de ubicuidad”, al señalar que el lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos. Esto, indudablemente, permite sancionar delitos planificados en el extranjero cuando surtan efectos en Perú.

Al igual que los códigos antes analizados, en Perú se sanciona el delito de cohecho activo transnacional (art. 397-A), sin que se establezcan regulaciones específicas para el caso de que los ciudadanos peruanos lo comentan en el extranjero, que, como hemos visto en casos anteriores, se sujetan a las disposiciones generales, que en este caso sí permiten su persecución.

Por último, los arts. 104 y 105 del código penal peruano contemplan, como consecuencias accesorias de la comisión de un crimen: (a) la privación de beneficios obtenidos por las personas jurídicas como resultado de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes y la clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo; (b) la disolución y liquidación de la sociedad; (c) la suspensión de actividades; o (d) la prohibición a la sociedad de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

4.6. Análisis comparado

Como podemos observar, las legislaciones latinoamericanas contemplan el principio del territorio —y su extensión a lugares sometidos a su jurisdicción— como base para la aplicación de la ley penal por hechos sucedidos dentro del mismo, sin excepción alguna. Sin embargo, los principios en que se sustenta la aplicación extraterritorial de la ley penal no son del todo uniformes. Por ejemplo, Argentina utiliza el principio de nacionalidad activa para sancionar delitos cometidos en el extranjero por sus agentes o empleados en ejercicio de funciones públicas y también respecto de actos de cohecho a servidores públicos extranjeros cometidos fuera del país por sus nacionales o personas jurídicas residentes en el mismo. Sin embargo, no contempla disposiciones específicas para la sanción de hechos cometidos o planeados en el extranjero con repercusiones en esa nación.

Brasil contempla el principio real o defensa por delitos cometidos en el extranjero, pero lo limita a casos que involucren el patrimonio o la fe pública de organismos del Estado; y, entremezclado este principio con el de nacionalidad pasiva, también extiende su jurisdicción a delitos contra la vida o la libertad del Presidente de la República. En cuanto a los demás casos de aplicación extraterritorial —dejando fuera los supuestos de justicia universal y *aut dedere aut iudicare*— la legislación brasileña también tiene competencia para conocer de delitos cometidos por o en contra de sus ciudadanos, pero sujeto a ciertas reglas, entre otras, que el activo se encuentre dentro de su territorio.

Chile reconoce también los principios de nacionalidad o personalidad activa y real o de defensa para delitos cometidos en el extranjero, pero limitados a supuestos muy específicos (conspiración contra la seguridad del Estado y cohecho a servidores públicos extranjeros cometidos por ciudadanos chilenos y falsificación de acciones o promesas de acciones, obligaciones u otros títulos legalmente emitidos). No existen normas de aplicación extraterritorial con base a la nacionalidad pasiva.

México, de manera similar a Brasil, utiliza los principios de nacionalidad activa y pasiva para conocer de delitos cometidos en el extranjero por sus ciudadanos o en contra de ellos, pero sujeto a al-

gunas condicionantes, entre otras, que el acusado se encuentre dentro de su país. El principio real o de defensa se aplica también a los casos de delitos cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. Finalmente, se contempla el “principio de ubicuidad” respecto de delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República.

Perú utiliza una combinación de los principios real o de defensa, ubicuidad y personalidad activa y pasiva para aplicar extraterritorialmente su ley penal en casos determinados delitos: los cometidos por sus agentes o funcionarios en desempeño de su cargo; aquellos contra la seguridad o la tranquilidad pública o lavado de activos, siempre que produzcan sus efectos en el territorio nacional; y se agravie al Estado o a sus poderes, a la defensa nacional y el orden constitucional o al orden monetario. Una hipótesis de nacionalidad activa o pasiva ocurre en casos de delitos perpetrados contra o por un peruano, pero sujeto —entre otra— a la condición de que el agente ingrese de cualquier manera al territorio de la República. Por último, hay un caso *sui generis* de aplicación del “principio de ubicuidad”, al indicarse que el lugar de comisión de un delito es aquel en donde el delito “produce sus efectos”.

Comparado este escenario con el de las legislaciones no latinoamericanas, encontramos que los principios de aplicación territorial y extraterritorial de la ley penal siguen más o menos la misma línea, aunque las legislaciones estadounidenses y española enumeran taxativamente muchos supuestos, que bien podrían regularse con cláusulas más generales. No obstante, y a los efectos de la perseguibilidad de los delitos objeto de este trabajo, tienen relevancia la disposición española que permite sancionar tanto a las personas físicas como a las jurídicas (empresas) que cometan delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, con independencia del lugar de comisión, aunque se exige un vínculo con España, como se ha explicado, y el principio estadounidense de “ubicuidad”, utilizado de manera inversa, que posibilita sancionar a un no nacional, que desde territorio de los EE. UU., realice alguna

práctica de comercio exterior prohibida, aunque esta práctica parece más vinculada al principio de justicia universal.

Ahora bien, y en cuanto a la normativa internacional, debemos recordar que esta establece, fundamentalmente, obligaciones de instrumentación para los Estados parte. Y, en ese sentido, las convenciones internacionales contra el cohecho de servidores públicos extranjeros, contra la delincuencia organizada y contra la corrupción, comparten el compromiso de que los Estados signantes sancionen las conductas previstas en ellas cuando se cometan por sus nacionales, incluso en el extranjero, y cuando ocurran en todo o en parte en su territorio o con miras a su comisión en el mismo, lo que implica aplicación extraterritorial por hechos sucedidos fuera del país signatario. Las Convenciones Interamericana y Europea contra la corrupción reiteran el compromiso de sancionar las conductas cometidas por sus ciudadanos y todas —salvo la interamericana contra la corrupción— aluden al compromiso de establecer responsabilidad para las personas jurídicas o morales por su participación en los ilícitos en ellas contemplados.

En cuanto a la primera de las obligaciones, es decir, sancionar los delitos cometidos por sus nacionales en el extranjero, hay diversos matices. P. ej., Argentina la acepta sin distinción alguna tratándose de delitos cometidos por funcionarios o agentes del Estado, pero en los demás casos (ciudadanos y personas jurídicas), la limita al delito de cohecho de servidores públicos extranjeros. Brasil, México y Perú comparten la posibilidad de sancionar los delitos cometidos por sus nacionales en el extranjero, si bien sujeto a algunas reglas, entre ellas que el sujeto activo se encuentre dentro del país. El caso de México es particular, porque esta perseguibilidad solo aplica en casos de delitos cometidos por un mexicano “contra mexicanos o contra extranjeros”, es decir, personas físicas, lo que dificulta sancionar tipos penales que protegen bienes jurídicos supraindividuales. Chile limita la persecución de los delitos cometidos por sus ciudadanos fuera del país a casos de afectación de la seguridad del Estado o ciertos tipos de falsificaciones. Por último y esto es importante recalcarlo, ninguna de estas legislaciones —salvo la Argentina— posibilita la aplicación extraterritorial de la ley penal a las personas jurídicas.

En cuanto a la segunda obligación, relativa a la jurisdicción para conocer de los delitos cuando ocurran “en todo o en parte en su territorio o con miras a su comisión en el mismo”, sí se contempla —salvo Argentina—, pero de manera casuística y principalmente en relación al principio real o de defensa de los intereses del Estado. Solamente México y Perú tienen fórmulas amplificadoras basadas en el “principio de ubicuidad”, que posibilitarían la sanción de cualquier delito cometido en el extranjero que tenga efectos en su territorio, desde luego sujeto a que el infractor se encuentre dentro del mismo. Esas fórmulas amplificadoras dan mayor cobertura para combatir los delitos contemplados en las convenciones internacionales en materia de corrupción y delincuencia organizada.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

5.1. *Desarrollo normativo*

El Código Penal de Colombia establece, en el art. 14, el principio de territorialidad, al indicar que la ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el DI.

Asimismo, en el art. 15 se establece la territorialidad por extensión (principio del pabellón), al señalar que la ley penal colombiana se aplicará a la persona que cometa la conducta punible a bordo de nave o aeronave del Estado o explotada por este, que se encuentre fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en los tratados o convenios internacionales ratificados por Colombia; y que se aplicará igualmente al que cometa la conducta a bordo de cualquier otra nave o aeronave nacional, que se halle en altamar, cuando no se hubiere iniciado la acción penal en el exterior.

En el art. 16 se contemplan varias hipótesis de aplicación extraterritorial, por hechos cometidos en el extranjero, tomando como base los principios reales o de defensa, nacionalidad activa y un supuesto de justicia universal.

Se fundamenta en el principio real o de defensa lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo en mención, el cual indica que la ley penal

colombiana se aplicará a la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social excepto la conducta definida en el art. 323 del Código (lavado de activos), contra la administración pública, falsificación de moneda nacional o el delito de financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana. En el caso de las personas absueltas, se observa una posible vulneración del principio del *non bis in idem*, a menos, como dijimos, que se apliquen las reglas de la “justicia fraudulenta”.

Se fundamentan en el principio de nacionalidad activa los casos previstos en los numerales 2 y 3, que contemplan aplicación extraterritorial para la persona que esté al servicio del Estado colombiano, goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa delito en el extranjero; y para la persona que esté al servicio del Estado colombiano, no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa en el extranjero delito distinto de los mencionados en el numeral 1, cuando no hubiere sido juzgada en el exterior.

De la misma manera, el numeral 4 contempla el principio de nacionalidad activa, al indicar aplicación extraterritorial para el nacional que, fuera de los casos previstos en los numerales anteriores, se encontrara en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley penal colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años y no hubiere sido juzgado en el exterior. Tratándose de pena inferior, no se procederá sino por querrela de parte o petición del Procurador General de la Nación.

El numeral 5 contempla una hipótesis del principio real o de defensa y otra de nacionalidad pasiva, al contemplar jurisdicción en los casos de extranjeros que, fuera de los casos previstos en los numerales 1, 2 y 3, se encuentran en Colombia después de haber cometido en el exterior un delito en perjuicio del Estado o de un nacional colombiano, que la ley colombiana reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años y no hubiere sido

juzgado en el exterior. En este caso solo se procederá por querrela de parte o petición del Procurador General de la Nación.

Por último, la fracción 6 contempla un supuesto de justicia universal al contemplar jurisdicción para conocer del caso de extranjeros que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero, siempre que se reúnan las siguientes condiciones: (a) que se halle en territorio colombiano; (b) que el delito tenga señalada en Colombia pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres años; (c) que no se trate de delito político; y (d) que solicitada la extradición no hubiere sido concedida por el gobierno colombiano. Cuando la extradición no fuere aceptada, habrá lugar a proceso penal. En el caso no se procederá sino mediante querrela o petición del Procurador General de la Nación y siempre que no hubiere sido juzgado en el exterior.

El Código Penal colombiano, en su art. 433, también sanciona el soborno transnacional para un servidor público extranjero, pero tampoco establece regulaciones especiales para el caso de que los ciudadanos colombianos lo cometan en el extranjero, aunque, acorde a sus reglas sobre nacionalidad activa, ello sería posible.

En lo que toca a las personas jurídicas, el art. 91 del Código de Procedimiento Penal, ubicado dentro del capítulo dedicado al “Comiso”, contempla la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Igualmente, la ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, prevé, en su art. 34, la responsabilidad administrativa sancionatoria contra personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras, independientemente de las responsabilidades penales individuales y las medidas contempladas en el art. 91 del Código de Procedimiento Penal.

5.2. Fortalezas y debilidades

Como ocurre a nivel europeo y americano, el Código Penal de Colombia sustenta su jurisdicción punitiva en el principio del territorio, que extiende a otros lugares con base en el principio del “pabellón”. Y por lo que ve a la aplicación extraterritorial de la ley penal, existen varios supuestos sustentados en los principios real o de defensa, nacionalidad activa e incluso de justicia universal.

En cuanto a lo que nos aquí nos interesa, es decir, las fortalezas y debilidades del sistema colombiano a la luz de la normativa internacional en materia de colaboración contra la delincuencia organizada y la corrupción, que parte de la posibilidad de sancionar hechos sucedidos fuera del territorio de un país, pero que son cometidos por sus ciudadanos o bien que se realizan fuera, pero tienen efectos dentro del mismo, encontramos las siguientes situaciones.

Respecto a la posibilidad de sancionar los delitos cometidos por los nacionales colombianos en el extranjero, tenemos varias hipótesis:

1. Sin mayor problema cuando se trata de delitos contra la existencia y seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social (excepto lavado de activos) y contra la administración pública, falsificación de moneda nacional o financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas. Conforme al principio real o de defensa, en esta hipótesis también pueden ser sujetos activos personas de nacionalidad no colombiana;
2. Igualmente, cuando se trate de persona que esté al servicio del Estado colombiano, goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa delito en el extranjero. En esta hipótesis puede tratarse de cualquier tipo de delito;
3. Con la condicionante de que no hubiere sido juzgada en el exterior, cuando se trate de persona que esté al servicio del Estado colombiano, no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa en el extranjero delito distinto de los mencionados en el inciso a);

4. En lo general, cuando se trate de un nacional que fuera de los casos previstos en los incisos anteriores, se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley penal colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años y no hubiere sido juzgado en el exterior, pero cabe el caso de que, tratándose de una pena inferior, pueda procederse por querrela de parte o petición del Procurador General de la Nación; y
5. Invariablemente, cuando se trate del soborno transnacional para un servidor público extranjero, conducta que podría ser sancionada conforme al inciso d) arriba citado.

Como puede verse, el sistema colombiano presenta amplia cobertura para sancionar delitos cometidos por sus nacionales en el extranjero y que conforme a las convenciones internacionales contra el cohecho a servidores públicos extranjeros, contra la delincuencia organizada, contra la corrupción y la interamericana contra la corrupción, pueden consistir en: cohecho a servidores públicos extranjeros, delincuencia organizada y lavado de activos, cohecho, peculado, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, peculado y soborno en el sector privado, entre otros.

No existe competencia, sin embargo, para actuar penalmente sobre personas jurídicas, según se prescribe en las convenciones arriba citadas, aunque si se contemplan consecuencias accesorias o administrativas para estas.

En lo que respecta a la posibilidad de tener jurisdicción para conocer de delitos cuando ocurran “en todo o en parte en su territorio o con miras a su comisión en el mismo”, el universo es más limitado, pues se circunscribe a las conductas relacionadas con la protección de los intereses del Estado, conforme al inciso a) arriba mencionado y en donde de manera expresa se excluye el lavado de activos.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Conclusiones

El crimen organizado es una actividad transnacional que se manifiesta en muy diversos campos, como el tráfico de drogas, de migrantes y de armas, la trata de personas, el lavado de dinero, la falsificación de moneda, los delitos medioambientales y contra la propiedad intelectual, así como la delincuencia cibernética. Y en todas estas actividades el fenómeno de la corrupción aparece como un vehículo, ya sea para lograr la colaboración de empleados y agentes gubernamentales encargados de hacer cumplir la ley o bien para insertarse en la economía formal mediante el blanqueo de capitales, en concierto con la criminalidad de cuello blanco existente en los entes públicos y privados (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2010: 9, et. seq.)

En este capítulo hemos explorado los principios en que se sustenta la jurisdicción penal internacional de los Estados y que se contempla también en las convenciones internacionales sobre la materia, en la búsqueda de la eventual contribución que, para el combate de la corrupción asociada al COT en América Latina, pudiera aportarse desde esta perspectiva.

Encontramos que el principio básico de competencia territorial se encuentra contemplado en todas las legislaciones estudiadas y sustenta adecuadamente la intervención del Estado por hechos de corrupción cometidos por cualquier persona dentro del mismo, independientemente de su nacionalidad, y, por tanto, no cabe duda sobre su utilidad.

En cuanto a los actos de corrupción cometidos por el nacional de un Estado en territorio de otro, observamos que está uniformemente referenciado el principio de nacionalidad activa, a través del cual es posible intervenir en caso de que el nacional retorne al territorio de su propio país. Sin embargo, en algunos casos se detectan normas limitativas, por ejemplo, que se cometa por un agente o empleado de la autoridad o respecto de supuestos específicos de corrupción, como en el caso de Argentina, por lo que sería aconsejable adoptar

disposiciones amplificadoras, como la utilizada por el Código Penal de Colombia, que permite sancionar, entre otras cosas, cualquier hecho de corrupción cometido por un nacional en el extranjero, a condición de que este se encuentre en el país, no hubiese sido ya juzgado y el hecho sea merecedor de una pena mayor a dos años de prisión. México tienen una norma parecida, pero está limitada a hechos cometidos por nacionales contra personas físicas (nacionales o extranjeras), lo que deja fuera otras conductas relacionadas con bienes jurídicos supraindividuales.

En lo relativo a hechos de corrupción cometidos en el extranjero por extranjeros, pero que tienen repercusión en un Estado distinto, el principio real o de defensa sustenta la intervención (pero esta no suele ser amplia o generalizada), limitándose a casos que afectan el interés del Estado o su seguridad nacional, por lo que sería aconsejable considerar normas cercanas al principio de ubicuidad, como en el caso de México o Perú, que permite sancionar delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando se produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República.

Así mismo, también resulta interesante la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos, la cual permite sancionar empresas o personas no nacionales que realicen prácticas corruptas que se inician en territorio estadounidense pero que producen efectos en otro país (utilizado el principio de ubicuidad en un sentido inverso). Este principio parece más vinculado con un principio de “solidaridad internacional”, cercano a la justicia universal, que con los principios tradicionales, razón por la cual su utilidad y aplicación debería ser discutida en un marco más amplio de cooperación internacional (probablemente mediante tratados específicos) a fin de no acarrear conflictos innecesarios entre naciones.

Además, cabe resaltar que las legislaciones argentina, española y estadounidense contienen normas que permiten extender la jurisdicción penal sobre personas jurídicas o morales por delitos de corrupción ocurridos en el extranjero.

Los anteriores principios y consideraciones pueden sentar las bases para una uniformidad legislativa en nuestra región, buscando con

ello que los Estados cuenten con herramientas adicionales para perseguir y sancionar de mejor manera la corrupción asociada al COT.

6.2. Recomendaciones para América Latina

En este capítulo se exploró la eventual contribución que, para el combate de la corrupción asociada al COT en América Latina, pudiera aportarse desde la perspectiva de la jurisdicción y competencia judicial internacional en materia penal. Y con base en lo analizado, consideramos que, a los efectos anteriores, los Estados de la región deberían garantizar, como mínimo, lo siguiente:

1. Que se reconozca uniformemente la responsabilidad penal de las personas jurídicas o morales y, en consecuencia, que estas puedan quedar sujetas a los principios relativos a la aplicación territorial y extraterritorial de la ley penal, tal y como ocurre con todos los nacionales de un Estado;
2. Que las normas de aplicación extraterritorial de la ley penal para los nacionales de un Estado (independientemente que se trate de personas físicas o jurídicas) puedan ser aplicables respecto de aquellos delitos relacionados con la corrupción asociada al COT; y
3. Que las normas de aplicación extraterritorial de la ley penal para los no nacionales de un Estado puedan ser aplicables respecto de cualquier delito que tenga efectos en su territorio, particularmente aquellos relacionados con la corrupción asociada al COT.

Así mismo, los Estados de la región podrían plantearse también la posibilidad de adoptar las siguientes medidas:

1. Aplicación extraterritorial de la ley penal para sancionar tanto a las personas físicas como a las jurídicas (empresas) que cometan delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, con independencia del lugar de comisión, siempre que exista un vínculo con el respectivo Estado; y

2. Aplicación extraterritorial de la ley penal para sancionar empresas o personas no nacionales que dentro del territorio del país de que se trate realicen prácticas corruptas que habrán de tener efectos en el extranjero, en un marco de cooperación internacional, mediante la celebración de tratados o convenios específicos.

6.3. Recomendaciones para Colombia

En el caso de Colombia, a la luz de las particularidades de su legislación, se recomienda lo siguiente:

1. Que las personas jurídicas o morales puedan quedar sujetas a los principios relativos a la aplicación territorial y extraterritorial de la ley penal, tal y como ocurre con todos los nacionales de un Estado; y
2. Que las normas de aplicación extraterritorial de la ley penal para los no nacionales de Colombia puedan ser aplicables respecto de cualquier delito que tenga efectos en su territorio, particularmente aquellos relacionados con la corrupción asociada al COT.

Así mismo, Colombia también se podría plantear la posibilidad de adoptar las dos últimas medidas recomendadas para el resto de los países de la región en el apartado anterior.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia internacional

Corte Penal Internacional

Corte Penal Internacional. (2019). "Situation in the People's Republic of Bangladesh / Republic of the Union of Myanmar. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15". No.: ICC-01/19.

Corte Permanente Internacional de Justicia

Corte Permanente Internacional de Justicia. (1927). "The Case of the S.S. Lotus. France v. Turkey". Judgment.

Doctrina

- Jescheck, H. & Weiged, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Miguel Olmedo Cardenete. (ed.). Granada: Ed. Comares.
- Olasolo, H., Díaz, B., Esperanza, M., Carmen S. & Sánchez, A. (eds.). (2021). *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- Sorensen, M. (ed.). (2008). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica.
- Zaffaroni, R., Alagia, A. & Slokar, A. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Argentina: Ed. Ediar.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Codice Penale. Regio Decreto n. 1398. 19 de octubre de 1930 (actualización hasta 2017) (Italia).
- Código Penal Federal. D.O.F. 14 de agosto de 1931 (actualización hasta 2022) (México).
- Código Penal. Decreto Legislativo 635. 3 de abril de 1991 (actualización hasta 2022) (Perú).
- Código Penal. 12 de noviembre de 1874 (actualización hasta 2021) (Chile).
- Código Penal de la Nación. Ley II.179. T.O. 1984 (actualización hasta 2021) (Argentina).
- Código Penal. Ley 599 de 2000. Julio 24 (actualización hasta 2021) (Colombia).
- Código Penal. Decreto-Lei No 2.848. 7 de dezembro de 1940 (actualización hasta 2019). (Brasil).
- Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 10 de diciembre de 1984.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 9 de diciembre de 1985.
- Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. 20 de diciembre de 2006.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. 9 de junio de 1994.
- Convención sobre la Alta Mar. 29 de abril de 1958.
- Convención Interamericana Contra la Corrupción. 29 de marzo de 1996.

- Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. 21 de noviembre de 1997.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. 15 de diciembre de 2000.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 31 de octubre de 2003.
- Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa. 27 de enero de 1999.
- Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley 6. 1 de julio de 1985 (actualización hasta 2022) España.
- Tratado sobre Derecho Penal Internacional. 23 de enero de 1889.
- United States Code. 1926 (actualización hasta 2017).
- United Nations Office on Drugs and Crime. (2010). *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*. Vienna: United Nations Publication.

Capítulo 2

*Los principios aut dedere aut judicare y de jurisdicción universal**

ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO**

ANTONIO VARÓN MEJÍA***

CLARA HERNÁNDEZ CORTÉS****

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la corrupción como crimen transnacional, si bien no es una problemática nueva, ha estado cada vez más bajo el ojo de

* El presente capítulo es una actualización de la contribución presentada dentro del Volumen 12 de la Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, titulado “RESPUESTAS NACIONALES E INTERNACIONALES AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN Particular atención al ámbito iberoamericano” (2022). Dicha contribución anterior se enmarcó en el proyecto de investigación ‘La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado’ (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Dicho proyecto se encuentra adscrito a la línea de investigación ‘Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos’, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Su elaboración contó con el apoyo en investigación de los miembros de la Clínica Jurídica Internacional 2020 de la Universidad del Rosario: Daniela Bohórquez Murcia, Daniela Corradine, Federico Freydell Mesa, Andrés Felipe Lema González y Gabriela Velázquez Medina, y de sus monitoras académicas, Sofía Linares Botero y Luisa Fernanda Villarraga Zchommler, bajo la dirección del Prof. Héctor Olasolo Alonso.

** Abogado de la Universidad del Rosario, con especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

*** Abogado, candidato a doctor de la Universidad Externado de Colombia, con posgrado en Derecho Comunitario de la Universidad de Paris II Pan-

la opinión pública, debido a los múltiples escándalos globales que se han venido destapando en las últimas décadas. El Estado tiene la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos de los ciudadanos y de los individuos dentro de su jurisdicción, no obstante, cuando la corrupción es frecuente o sistémica, la desviación de los recursos públicos en pro de intereses privados impide la promoción y protección de los mismos. En otras palabras, la corrupción actúa en detrimento de la obligación del Estado de ofrecer el conjunto de bienes y servicios que garanticen el disfrute efectivo de derechos, la dignidad, la seguridad y una amplia gama de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, incluso el derecho a la vida (Asamblea General R. 70/1, UN Doc. A/RES/70, 2015).

Como señalan Barkhouse, Hoyland & Limon (2018), hay una desconexión significativa entre el rechazo social a estas prácticas y las acciones eficaces para hacerle frente. Esto se hace evidente en el reducido número de casos exitosos en contra de responsables de corrupción a nivel mundial —tanto en materia civil o penal— y el escaso número de víctimas que han podido acceder a mecanismos efectivos de reparación como consecuencia de hechos de corrupción.

Si bien no hay una única causa, existen posibles razones que propician el desarrollo, permanencia y extensión de la corrupción. Se-

teón Assas. exdirector nacional de Protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Profesor de DI público y Teoría del DI de la Universidad del Rosario. Investigador de la línea de DIHH y DIH del Grupo de DI de la Universidad del Rosario. Consultor de la Vicepresidencia de la República y organismos especializados de la ONU sobre temas de DIH, responsabilidad internacional del Estado, trata de personas y explotación sexual comercial entre otros. Docente de la especialización de DIDH y DIH de la Universidad del Rosario. Amplia experiencia en temas vinculados con metodología de la investigación cualitativa y cuantitativa, evaluación de proyectos y programas de investigación.

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) con profundización en Derecho Ambiental. Joven investigadora del Proyecto 70817 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colombia) sobre respuestas del Derecho Internacional a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

gún Barkhouse, Hoyland & Limon (2018), la primera es que la corrupción es un “delito invisible”, en comparación con el terrorismo, por ejemplo. Sus efectos y posibles responsables —directos e indirectos— se difuminan en amplias cadenas delictivas, de acciones u omisiones, que, analizadas individualmente, no representan desmedros significativos del erario, ni propician un ambiente generalizado de inseguridad o terror en la sociedad; al contrario, tienden a normalizarse en tanto son situaciones que, si bien son repudiadas, son concebidas en algunos casos como irremediables. Como sostiene Velasco (2010) “el papel concreto en la ejecución global de cada específico componente (de la corrupción) no deja conocer el conjunto de la acción así fragmentada y atomizada que, es por ello, más difícil de prevenir, evitar, probar y castigar”.

En segundo lugar, la lucha contra la corrupción implica altos costos tanto financieros como políticos, a nivel nacional e internacional, en comparación con otro tipo de conductas como el tráfico ilícito de estupefacientes o la trata de personas (Barkhouse, Hoyland & Limon, 2018). Al respecto sostiene Dell (2020) que en la medida en que las altas esferas del poder político se encuentren involucradas en actividades de corrupción, aun cuando se logre el desmantelamiento de estructuras criminales que se dedican a la gran corrupción transnacional, nunca se llegará a enfrentar una justicia efectiva contra ellos.

En tercer y último lugar, la corrupción, desde una perspectiva internacional detenta un común denominador con los delitos mencionados anteriormente que es su condición de transnacionalidad¹. Esto ha implicado grandes desafíos de cooperación y coordinación

¹ La transnacionalidad del delito se aprecia en que ningún continente se ha librado de tener escándalos de gran corrupción interconectados a nivel transnacional. Numerosos casos se han presentado alrededor del mundo; el caso de Odebrecht y Petrobras (empresas originarias de Brasil) y el fuerte fenómeno de corrupción que actualmente atraviesa Venezuela, en Latinoamérica; el caso de Siemens (de origen alemán) y el caso Gürtel (en España) en el continente europeo; el escándalo de los jades ilegales en Myanmar, los sobornos de Azerbaiyán a la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa y el problema de las basuras en Líbano en oriente medio la gran corrupción en Estados como Guinea Ecuatorial, Túnez, y Sudáfrica, en tierra africana; y escándalos globales de corrupción pública y privada como el

interestatal que se han materializado a través de la potestad regulatoria de los Estados, mediante instrumentos internacionales vinculantes como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) que exhorta a los Estados a implementar medidas legislativas, administrativas y de cooperación internacional para prevenir, investigar y juzgar crímenes relacionados con prácticas de corrupción². A pesar de que las iniciativas convencionales de lucha contra crímenes transnacionales han incorporado ingentes esfuerzos de cooperación a través de mecanismos judiciales de persecución, judicialización o extradición de responsables, no se ha encontrado aún una respuesta judicial efectiva contra este tipo de delitos.

Se han planteado alternativas en el campo del derecho internacional para este fin que incluyen la extensión de la jurisdicción material de la Corte Penal Internacional (CPI), la creación de tribunales internacionales que se encarguen específicamente de este tipo de crímenes y órganos transnacionales de persecución penal que se encarguen de investigar y combatir a las diferentes organizaciones criminales que cometan actos de corrupción. Incluso, hay quienes se han preguntado si la figura de jurisdicción universal (JU) podría ser una respuesta adecuada en el marco de la lucha contra la corrupción transnacional (Maharaj, 2015).

Esta última posibilidad despierta grandes interrogantes respecto a su posible extensión y aplicación en la materia, en especial cuando actualmente no existe unidad de criterios en torno a su aplicación para todos los delitos que comportan elementos de transnacionalidad, y las dificultades conceptuales entre los principios *aut dedere aut judicare* (ADAJ) y de JU.

de la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA) o los Panama Papers (Transparency International, 2019).

² Al respecto ver, En esa misma línea a nivel regional, la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), el Convenio de la Unión Europea contra la Corrupción con la Implicación de Funcionarios (1997), las Convenciones de Derecho Penal y Derecho Civil contra la Corrupción del Consejo Europeo (1999), la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (2003), y la Convención Árabe Anticorrupción (2010), han establecido la necesidad a nivel universal y regional, de afianzar una red de apoyo global que permita hacerle frente

El presente capítulo pretende examinar la figura de la JU para determinar si existen fundamentos jurídicos suficientes que permitan afirmar que este principio sea un mecanismo que, en la práctica, pueda ser utilizado para luchar eficazmente contra la corrupción transnacional. Adicionalmente, se abordará la obligación ADAJ, por cuanto es una figura que tiene relación con la JU y es necesario esclarecer el alcance de cada una de ellas.

El capítulo está dividido en cinco partes, la primera aborda algunas definiciones y fuentes de los principios ADAJ y de JU; la segunda reflexiona en torno a los vínculos y diferencias entre la JU y el ADAJ; la tercera parte describe el desarrollo que estos principios han tenido en el marco de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI); la cuarta parte aborda el tratamiento que las legislaciones internas le ha dado al principio de la JU en aras de determinar si existen elementos que permitan evidenciar una *opinio juris* en materia de aplicación de la JU al delito de corrupción; la quinta parte hace hincapié en reflexiones doctrinales en torno a la posibilidad de aplicar la JU al delito de corrupción. El capítulo finaliza con una breve sección de conclusiones donde se responde a la pregunta planteada en el título.

2. JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y PRINCIPIO DE EXTRADITAR O JUZGAR

2.1. Definición y fuentes de la jurisdicción universal

De acuerdo con el informe del Relator Especial de la CDI, Zdzislaw Galicki (2006), la JU es la capacidad del tribunal de cualquier Estado de juzgar por delitos cometidos fuera de su territorio a personas no vinculadas con ese Estado por la nacionalidad del sospechoso o de las víctimas o por un daño cometido contra los propios intereses nacionales del Estado.

Cuatro años después, la CDI definía el principio de JU como la competencia para investigar y procesar a presuntos delincuentes, y sancionarlos en caso de que fuesen encontrados culpables, independientemente del lugar en donde se hubiese cometido el crimen y sin

importar cualquier tipo de vínculo (activo o pasivo) relativo a la nacionalidad, o cualquier otro fundamento o justificación para adquirir jurisdicción reconocida por el derecho internacional (CDI, 2010: 420, párr. 72). De esta manera, según la CDI, la JU se funda en la costumbre internacional y es ejercida sobre crímenes internacionales definidos en el derecho internacional como la piratería internacional, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones graves del derecho internacional humanitario (Ibíd., párr. 73).

La CDI hace una diferencia entre el principio de la universalidad de la represión y el de JU. La universalidad de la represión significa que, como consecuencia de la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar entre los Estados interesados, se evita que haya algún lugar en el que el autor de la infracción pueda eludir su responsabilidad penal y encontrar lo que se ha llamado un “refugio seguro”, mientras que la JU implica exclusivamente la capacidad del ejercicio de actos de *iure imperii* que se extienden más allá de las fronteras territoriales del Estado en pos de la defensa de intereses de la Comunidad Internacional en su Conjunto (CIESC).

En este mismo sentido, Ambos (2007) determina que la JU se deriva de un *ius puniendi* originario del Estado sobre crímenes que afectan a toda la comunidad internacional, lo cual implica que todos los Estados tienen jurisdicción para hacerse cargo. En ese orden de ideas, en el marco de la JU, el Estado representa los intereses de la CIESC, respecto de crímenes que lesionan intereses especialmente protegidos, algunos de los cuales tienen la condición de *ius cogens*.

La JU forma parte del derecho internacional consuetudinario, aunque también está plasmada en tratados, legislaciones y jurisprudencia nacional. En cuanto a las fuentes jurídicas de las cuales se desprende este principio, no existe unanimidad de criterios. De un lado están quienes consideran que la JU nace de una obligación de carácter convencional obligatorio para todo Estado que la acepta (ICRC, 2014) y aquellos que la ubican jurídicamente en la costumbre internacional (Kress, 2006; Langer, 2010).

No obstante, existen posturas intermedias que consideran que este principio opera tanto en tratados internacionales como en normas consuetudinarias. Al respecto Human Rights Watch (HRW) (2009),

aborda la JU como principio convencional consagrado en algunos tratados internacionales, entre ellos, las Convenciones de Ginebra de 1949³, la Convención contra el Apartheid de 1978⁴, la Convención contra la Tortura de 1984⁵ y la Convención contra la Desaparición Forzada de 2006⁶. No obstante, lo incluye también como propio de la costumbre internacional, como la capacidad que detentan los Estados para judicializar a los perpetradores de crímenes considerados de trascendencia internacional, es decir, los crímenes internacionales —crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el genocidio específicamente.

2.2. Principio de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)

2.2.1. Definición y fuentes del principio *aut dedere aut judicare*

Para Tiribelli (2009), el principio ADAJ es una obligación que contraen los Estados, la cual les exige extraditar o judicializar a todo aquel que haya cometido algún crimen, de acuerdo con el derecho internacional convencional y/o una norma de derecho interno (Tiribelli, 2009).

La regulación de la ADAJ implica un fenómeno esencialmente convencional que se manifiesta en el ejercicio de voluntad soberana del Estado al momento de suscribir un tratado internacional e incorporarlo como obligación en su legislación interna, lo cual lo obliga a juzgar a todo perpetrador de determinado crimen que se encuentre en su territorio o a conceder su extradición una vez que otro Estado se lo solicite (Amnistía Internacional, 2001). Sin embargo, algunos autores consideran que esta obligación encuentra su fundamento jurídico en la costumbre internacional o incluso en el *ius cogens* (Tiribelli, 2009), mientras que para un tercer grupo de autores, si bien su

³ Arts. 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra (ICRC, 2014).

⁴ Art. IV de la Convención contra el Apartheid.

⁵ Art. 6 de la Convención contra la Tortura Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

⁶ Art. 10 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

f fuente convencional se encuentra en proceso de cristalización hacia una norma consuetudinaria aplicable a todo tipo de crímenes (Sosa, 2015; Servín, 2018)⁷.

En consecuencia, si bien la opinión de que los tratados constituían la fuente de la obligación de extraditar o enjuiciar logró en el pasado un consenso general, se ha sugerido a la Comisión explorar el posible estatus consuetudinario de la obligación, al menos con respecto a algunas categorías de delitos (como los crímenes de derecho internacional) (CDI, 2011).

2.2.2. Vínculos y diferencias entre los principios de jurisdicción universal y *aut dedere aut judicare*

La doctrina ha puesto de relieve el vínculo directo existente entre la institución de la JU y el principio ADAJ. Es así como Broomhall (2001) considera que “los tratados que establecen un régimen de ‘jurisdicción universal’ normalmente definen un delito y luego obligan a todas las partes a investigarlo y (si corresponde) a enjuiciarlo o extraditar a los sospechosos a una parte que esté dispuesta a hacerlo. Esa es la obligación de ADAJ (extraditar o juzgar). Como lo esbozan diferentes autores que se han encargado de estudiar estos principios, ambos han sido concebidos como herramientas para fortalecer la lucha contra la impunidad (Sosa, 2013; Mejía, 2016).

Sin embargo, para Castelos (citado en Sosa, 2013) y Tiribelli (2009) son figuras diferentes, que si bien pueden convivir en un mismo instrumento internacional no implica que tengan las mismas características, no se activan de la misma manera y pueden tener consecuencias prácticas diferentes. Igualmente, Ambos (2007: 290-291) sostiene que la obligación ADAJ representa una justicia criminal

⁷ Servín (2018) afirma es probable que la obligación de juzgar o extraditar se haya cristalizado como costumbre internacional, pero únicamente frente a graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1948. Esto, en virtud de la aceptación generalizada que estos han tenido. No obstante, no es posible afirmar que este sea el caso para todos los crímenes internacionales, ni frente a aquellos tratados internacionales que no gozan con tal grado de aceptación en la comunidad internacional.

supletoria basada en un *ius puniendi* derivado, a partir del cual el Estado que ejerce el ADAJ lo hace en representación de otro Estado, en nombre del cual ejerce dichas actuaciones. No se trata de una titularidad otorgada desde la condición de Estado parte de la CIESC como en el caso de la JU, sino como manifestación del principio de cooperación judicial para la persecución, judicialización y extradición de criminales, en donde supletoriamente uno o varios Estados actúan en representación de otro Estado en situaciones en las cuales el primero no puede ejercer su jurisdicción exclusiva.

3. DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y AUT DEDERE AUT JUDICARE A PARTIR DE LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

A la luz del memorándum *Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction: Memorandum submitted by the Secretary-General* de la primera sesión de la CDI de 1949, se puede analizar que el principio de JU es un asunto de debate desde hace más de 70 años. Frente a este principio los Estados han sentado su posición a favor y en contra. Aquellos a favor del principio de JU sostenían que, en la mayoría de las ocasiones, son los agentes del Estado quienes realizan este tipo de conductas, y es por esa razón que no se van a juzgar a ellos mismos por los crímenes que cometieron, pues su principal propósito es la impunidad. En este orden de ideas, exponían que era necesario que las autoridades de otros Estados tuvieran la posibilidad de investigar, enjuiciar y sancionar a los autores. Adicionalmente, afirmaban que, por ejemplo, el crimen de genocidio era formalmente un crimen internacional, y por esta razón era natural aplicar el principio de represión universal (CDI, 1949: 144).

Por otro lado, aquellos que se oponían, sostenían que una represión universal iba en contra de los principios tradicionales del Derecho Internacional, y que se violaría la soberanía de un Estado si se le permitía a un tribunal castigar los crímenes cometidos por extranjeros y que se llevaron a cabo fuera de su propio territorio. Asimismo, el principio de JU llevaría a que los tribunales nacionales juzgaran

actos realizados por gobiernos extranjeros, generando una enorme tensión internacional. Por último, argumentaban que el principio de JU podría llevar a que los tribunales nacionales ejercieran autoridad sobre naciones extranjeras de manera arbitraria y sesgada (CDI, 1949: 145).

En medio de este contexto, en 1950 se propuso la creación de un código penal internacional que recogiera aquellos crímenes que afectan a la CIESC, y a su vez la de una jurisdicción penal de carácter universal que permitiera abordar los siguientes crímenes: (a) crímenes en contra de la paz; (b) crímenes de guerra; (c) crímenes de lesa humanidad; (d) genocidio; (e) otros crímenes indeterminados sobre los cuales se puede conferir jurisdicción a una corte penal internacional a través de convenciones internacionales (estos últimos podrían ser la piratería, el tráfico de esclavos, el tráfico de mujeres y niños, el narcotráfico, la falsificación de monedas, la circulación de publicaciones obscenas, terrorismo y daño a cables submarinos) (CDI, 1950: 13-15).

A pesar de esta propuesta, solo en 1983, treinta años después, se retomó la discusión relativa a la JU a través de la discusión sobre qué ofensas contra la paz y la seguridad deberían codificarse. En esta sesión se estableció que no es posible aplicar un principio de JU a los crímenes políticos, pues existe una variedad inmensa de sistemas políticos e ideológicos y la relatividad en este asunto genera muchos problemas. El criterio político no puede por tanto ser el adecuado para determinar qué categorías de crímenes constituyen una ofensa contra la paz y la seguridad (CDI, 1983: párr. 37-38).

La CDI resaltó en aquel entonces que existían delitos de carácter nacional que podían ser de interés internacional debido a sus efectos, tales como el narcotráfico, y que estos podrían hacer parte del establecimiento de una jurisdicción internacional, aunque la discusión no estaba cerrada y debía continuar (Ibíd.: párr. 61-77).

En 1988 existió un amplio debate dentro la Comisión con respecto al principio de JU, así como su implementación y relación con la extradición. Persistía también el cuestionamiento de si era necesario crear una corte penal internacional, o un tribunal mixto que conociera de estos asuntos o incluso que se implementara el principio de

JU. El debate fue extenso, pues no era muy claro si estas tres propuestas generaban contradicciones legales, así como costos elevados y dificultades profundas a la hora de determinar quién tenía jurisdicción. Como resultado, se concluyó en esta sesión, que era importante la implementación de una corte penal internacional que funcionara y operara en virtud de una delegación que le hiciera la CIESC. Se concluyó también que, en caso de que se llegara a implementar el principio de JU, este jamás estaría en conflicto con la jurisdicción ejercida por esta corte penal internacional (CDI, 1988: 277).

3.1. Jurisdicción universal: entre la inmunidad y la lucha contra la impunidad

Otra discusión importante en relación con el principio de JU ha sido su relación con el régimen de inmunidades del que gozan los agentes diplomáticos y estatales. En múltiples casos domésticos se ha ejercido la JU respecto de funcionarios extranjeros. En algunos de estos casos, los acusados eran personas que gozaban de inmunidad personal y otros de inmunidad funcional (CDI, 2010: 421).

La CDI concluyó con una serie de recomendaciones con respecto a la relación que existe entre el principio de JU y el régimen de inmunidades de los agentes oficiales y diplomáticos. En primer lugar, aquellas autoridades judiciales nacionales que estén considerando ejercer la JU sobre oficiales del Estado que presuntamente cometieron un crimen internacional, tienen la obligación de tener en cuenta todas las inmunidades de las que goza el sujeto en cuestión bajo el derecho internacional, y consecuentemente, están obligados a abstenerse de investigar y enjuiciar a aquel funcionario que goza de inmunidades. En otras palabras, la aplicación de la JU no excluye la inmunidad (CDI, 2010: 421). Además, incluso si ciertas inmunidades (únicamente, las funcionales o *ratione materiae*) no se aplican en caso de crímenes internacionales centrales (genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra), como se deduce del informe de 2016 de la Relatora de la CDI sobre la Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, lo cierto es que esto no sería aplicable a delitos transnacionales como la corrupción (RECDI, 2016; Olasolo, Martínez & Quijano, 2020). En segundo lugar, cuando

se esté ejerciendo el principio de JU sobre crímenes internacionales graves, los Estados deben tener en cuenta la necesidad de mantener las buenas relaciones ente los mismos (Ibíd.: 425).

Es importante denotar que, tal y como lo resaltó la Relatora de la CDI en su informe (RECDI, 2016), no hay ninguna norma internacional ni práctica reiterada reciente que pueda indicar siquiera que la JU puede ser aplicada en casos en los que un alto funcionario goce de inmunidad *ratione personae*. En ese sentido, no habría siquiera aplicación del principio de JU ante crímenes internacionales como los reconocidos por el Estatuto de Roma, mucho menos frente a crímenes de lesa humanidad.

El informe de la Relatora de la CDI del 2016 incluyó un Proyecto de Artículo “sobre los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera” (RECDI, 2016: 105), el cual proponía la adopción de un clausulado encaminado a reconocer ciertas limitaciones al ejercicio de la inmunidad frente a la comisión de determinados crímenes. En este, incluyó la exclusión de la inmunidad frente a la comisión de crímenes como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, tortura, desapariciones forzadas, corrupción y “crímenes que causen daños a personas [...] o en bienes [...] cuando se produzcan en el Estado del foro y el funcionario del Estado se encuentre en dicho territorio en el momento en que se cometen los crímenes”. Lo anterior, siempre y cuando no se estuviera frente a un funcionario estatal que goce de inmunidad *ratione personae*, no se contravenga ningún tratado internacional aplicable y no se vulnere la obligación de cooperar con un tribunal internacional que sea exigible al Estado del foro.

Respecto de la inclusión de la corrupción como crimen de exclusión de la inmunidad *ratione materiae*, la Relatora Especial, en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 69° periodo de sesiones (CDI, 2017: 132), indicó que este tema seguía siendo controversial. Al respecto, expresó que debía limitarse esta disposición a casos de gran corrupción y que no podía aplicarse a casos en los que se cometiera un acto a título oficial al que manifiestamente se aplicase la inmunidad *ratione materiae*, considerando que estos siempre son en beneficio propio, pero no necesariamente

son actos de corrupción y sí están cobijados expresamente por la inmunidad.

A partir del proyecto de artículo 7 presentado por la Relatora en 2016 (RECDI, 2016: 105) y del nuevo texto presentado y discutido por la CDI en su 69° periodo de sesiones (CDI, 2017: 133-134), la CDI adoptó el Proyecto de Artículo 7 sobre la Inmunidad de Jurisdicción Penal Extranjera de los Funcionarios del Estado (Ibíd.). El texto aprobado por la CDI reconoció la no aplicación de la inmunidad *ratione materiae* frente a la comisión de crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, apartheid, tortura y desaparición forzada. Como puede notarse, la CDI excluyó la corrupción como uno de los crímenes frente a los cuales no se aplicaría la inmunidad funcional.

Respecto de lo anterior, hay que hacer algunas precisiones. En primer lugar, el Proyecto de Artículo 7 aprobado por la CDI no constituye un instrumento internacional vinculante para los Estados. Si bien es un acercamiento a un posible articulado de tratado internacional, no es un referente normativo aplicable. En segundo lugar, parte de la doctrina considera que la elección de los crímenes a los que no debería aplicarse la inmunidad *ratione personae* fue arbitraria y no tuvo en consideración otros crímenes de relevancia internacional que la comunidad internacional ha rechazado enfáticamente (como la agresión y la esclavitud) (Subramaniam, 2022), por lo que no es del todo fiel a la práctica reiterada ni al *ius cogens* en la materia. Por último, y más importante para este estudio, el Proyecto de Artículo 7 aprobado por la CDI no incluyó la corrupción, en ninguna de sus presentaciones, dentro de los posibles casos, por lo que en ningún caso es posible afirmar que se perdería la inmunidad *ratione materiae* frente a este tipo de crímenes.

A pesar de las múltiples controversias que versan sobre el tema, los Estados parecen estar de acuerdo con la legalidad del principio (al menos en algunas circunstancias), y con el hecho de que es una herramienta muy útil en la lucha en contra de la impunidad. Numerosos tratados obligan a los Estados a establecer y ejercer su jurisdicción nacional sobre ciertos delitos. Estos delitos son, entre otros: el genocidio (en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948), las violaciones graves de las

Convenciones de Ginebra de 1949 (crímenes de guerra) y de su Protocolo Adicional I de 1977, así como la tortura, en virtud de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 1984. Desafortunadamente, estos son los únicos elementos sobre los cuales se llegó a algún tipo de acuerdo sobre el principio de JU (CDI, 2018: 309).

Los principales desacuerdos se refieren a las siguientes cuestiones: (a) la definición del concepto de JU, incluyendo su distinción o diferenciación con otros conceptos relacionados; (b) el alcance de la JU, así como una lista de crímenes que justifiquen el ejercicio del dicho principio, y qué tan larga o que tan corta sería esta lista; (c) los parámetros de aplicación del principio de JU, incluyendo las condiciones para su aplicación; (d) los criterios que se deben usar para su ejercicio, así como sus aspectos prácticos y procesales, incluyendo el cuestionamiento de si es necesaria la presencia del sujeto en el territorio de un Estado para que su jurisdicción nacional pueda iniciar las investigaciones o tomar otro tipo de medidas en su contra; (e) la función de los sistemas judiciales nacionales; (f) la naturaleza de la interacción con otros conceptos del derecho internacional; (g) la asistencia y cooperación internacional, incluyendo la cuestión del apoyo mutuo jurídico y técnico, así como la cooperación con respecto a problemas de criminalidad en el nivel horizontal; y (h) su interacción con el deber (generalmente basado en tratados internacionales) de extraditar o procesar (ADAJ) en relación con ciertos crímenes, así como su relación con el principio de complementariedad del ECPI (CDI, 2018: 310).

Dicho esto, la discrecionalidad con la que cuentan los Estados para invocar o no el principio de JU con el fin de iniciar un proceso penal, es probablemente la controversia más grande que rodea a este el principio. El grupo de Estados africanos, latinoamericanos y caribeños han sido los mayores opositores y críticos del principio de JU, porque alegan que los nacionales de Estados menos poderosos son el verdadero objetivo de este principio, mientras que los nacionales de Estados más poderosos se ven, generalmente, exentos de escrutinio e investigación. Esto se refleja también en algunos reportes donde se plantea que el principio de JU se termina por utilizar selectiva y arbitrariamente por parte de ciertos Estados (CDI, 2018: 310). En

cambio, un segundo grupo de Estados (particularmente de Europa occidental), como Bélgica, Francia y España, han sostenido que el ejercicio de este principio es totalmente coherente con los principios del derecho internacional y debe entenderse como baluarte vital de la lucha en contra de la impunidad por la comisión de los crímenes más graves que afectan a la CIESC, sobre todo si se tiene en cuenta que el Estado territorial en donde se cometieron los crímenes es con frecuencia renuente o incapaz de investigarlos y enjuiciarlos (CDI, 2018: 310). Ante esta situación, la CDI ha resaltado la necesidad de hacer un estudio más profundo sobre la materia (CDI, 2018: 310).

3.2. Desarrollo del principio aut dedere aut judicare en la Comisión de Derecho Internacional

En cuanto al desarrollo del principio ADAJ, la CDI establece dos tipos de enfoques. Por un lado, busca identificar el desarrollo progresivo y la codificación que ha tenido el principio ADAJ en el derecho internacional, a través de su incorporación en tratados internacionales vinculantes para los Estados. Por otro lado, trata de determinar sus posibles vínculos con categorías normativas especiales como es el caso de las normas de *ius cogens* dentro las cuales está implícita su naturaleza vinculante.

En lo que respecta a la codificación, los informes de la CDI establecen la reiteración de una fórmula (que denominan la “Fórmula de La Haya” del principio ADAJ) en un gran número de tratados internacionales, como el art. 7 de la Convención de La Haya para la Supresión de la Incautación Ilegal de Aeronaves (1970) (CDI, 2013: 94, párr. 16). Esta fórmula consiste en enviar un determinado caso a las autoridades nacionales competentes para que procesen al presunto perpetrador de un delito, cuando el Estado decida no extraditarlo (da Rocha, Carvalho, Graeff & Vianna, 2013). Igualmente, en el Anexo I del Informe de la CDI en su periodo 65, se menciona la importancia de que esta fórmula haya servido como base para la inclusión del principio ADAJ en convenciones posteriores relativas a temas como el terrorismo, la corrupción, y la desaparición forzada, entre otras (CDI, 2013: 94, párr. 16).

Del mismo modo, en el Art. 9 del Borrador de Código de Crímenes en Contra de la Paz y Seguridad de la Humanidad se recoge la obligación de extraditar o enjuiciar para delitos tales como: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes en contra de las Naciones Unidas y su Personal⁸. De esta manera, aunque la CDI, en la disposición citada, ha reconocido la existencia de la obligación en cuestión, lo ha hecho exclusivamente en relación con un grupo de delitos estrictamente limitados y definidos, descritos en general como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (con exclusión del “crimen de agresión”) (CDI, 2004: 315).

En cuanto a la naturaleza de ius cogens de la obligación ADAJ, se han señalado varios aspectos. De un lado las reflexiones realizadas por algunos Estados en torno a los informes del Relator Especial (RE), en las cuales se manifiesta la posibilidad de que el principio ADAJ sea también una norma de ius cogens, y la respuesta negativa del RE al respecto. Así, para este último, aunque el ADAJ podría encontrarse tanto en los tratados como en el derecho internacional consuetudinario (esto último aún en discusión, al no haber suficientes indicios de una costumbre internacional cristalizada), su condición de ius cogens no puede afirmarse. Además, si la obligación habría pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario, eso sólo habría ocurrido con respecto a un determinado número de delitos (CDI, 2007).

En definitiva, si bien el RE no afirmó la condición consuetudinaria del principio ADAJ, si dejó una posibilidad abierta en este sentido en su Reporte de 2008, por lo que la Comisión reiteró su intención de continuar estudiando el alcance, límites y aplicación del ADAJ en los crímenes centrales del derecho internacional, al tiempo que dejó abierta la posibilidad de una práctica ulterior que permita su aplicación a otros delitos, como la corrupción o el lavado de activos. (CDI, 2008).

⁸ *Article 9. Obligation to extradite or prose. Without prejudice to the jurisdiction of an international criminal court, the State Party in the territory of which an individual alleged to have committed a crime set out in article 17,18,19 or 20 is found shall extradite or prosecute that individual.*

En el 2011, el RE ante la CDI propuso, en un proyecto de artículos, el reconocimiento de la obligación ADAJ como norma de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, esto no fue acogido favorablemente por la CDI (CDI, 2014). Además, de acuerdo con la CDI en su informe final sobre la obligación Aut Dedere Aut Judicare (2014), en el caso *Bélgica c. Senegal*, la CIJ consideró que la obligación ADAJ que Bélgica argumentaba que Senegal había trasgredido no eran parte del derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, no hubo acuerdo en la CDI para afirmar que existiera, para ese momento, una costumbre internacional de aplicar el principio de ADAJ en algún caso, aunque tampoco lo descartó. Será labor de la CIJ el definir si el principio de ADAJ es, o no, parte de la costumbre internacional (cosa que, a la fecha, parece no haber ocurrido). La CDI, en todo caso, cerró el tema y consideró que los avances futuros servirían para determinarlo. Tal y como lo menciona Caligiuri (2018), la CDI no brindó mayores luces respecto del principio a la luz de la costumbre internacional.

4. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y *AUT DEDERE AUT JUDICARE* EN LOS SISTEMAS NACIONALES DE REFERENCIA

Un examen general del empleo de los dos principios estudiados en las legislaciones internas de diferentes Estados permite esclarecer cuál ha sido su ámbito de aplicación real, y si aquellos crímenes transnacionales como la corrupción han sido o podrían ser perseguidos penalmente en aplicación de los mismos. Así mismo, permite verificar si existe un número significativo de Estados que los estén aplicando y por tanto evidenciar una opinión *juris emergente* en la materia.

4.1. Sistemas no latinoamericanos

4.1.1. Alemania

El Código de Crímenes de Derecho Internacional de Alemania, en su art. 1, expresamente enuncia que se podrá ejercer la JU sobre

crímenes internacionales reconocidos por el ECPI, es decir, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión (aunque para ejercerla frente a este último es necesario que exista una relación concreta con el Estado alemán) (Misión Permanente de la República Federal de Alemania para las Naciones Unidas, 2017). Sin embargo, no dispone de ningún tipo de extensión de la jurisdicción penal a través de la JU en casos de delitos de corrupción u otros delitos transnacionales similares.

Alemania ha sido uno de los Estados a nivel global que ha empezado a utilizar activamente la JU. A la fecha, ha ejercido su jurisdicción frente a la comisión de crímenes internacionales en Siria, República Democrática del Congo, Iraq, Afganistán y Gaza (Trial International, 2019). Incluso, de acuerdo con Trial International (2019), se inició una investigación preliminar contra oficiales norteamericanos de la CIA por la comisión de actos de tortura y otros crímenes en centros de detención de esta organización.

4.1.2. Austria

La legislación austriaca, por su parte, extiende la jurisdicción penal del Estado por medio del principio ADAJ. De acuerdo con la Misión Permanente de Austria ante las Naciones Unidas (2017), la sección 64 del Código Penal austriaco dispone que delitos como el secuestro, el tráfico de esclavos, la trata de personas, algunos crímenes sexuales, la tortura, el crimen organizado, los delitos relacionados con el narcotráfico, la piratería aérea y los actos relacionados con el terrorismo pueden ser judicializados por los jueces austriacos cuando el presunto responsable se encuentre en el territorio del Estado y no pueda ser extraditado.

Esto mismo se extiende a todos los crímenes internacionales reconocidos por el Estatuto de Roma de la CPI (ECPI), a saber, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y de guerra y la agresión (sección 64 (1) (4c)), así como a otros delitos cometidos fuera del territorio del Estado, siempre y cuando estos sean actos criminales de acuerdo con la legislación austriaca, el presunto responsable se encuentre en territorio de Austria y no sea posible la extradición por motivos distintos a la naturaleza o carácter del acto (sección 65). En

todo caso es importante subrayar que, si bien la jurisdicción austriaca está habilitada para extender su jurisdicción, el Código Penal es claro en indicar que esto puede hacerse únicamente cuando no sea posible llevar a cabo la extradición (Misión Permanente de Austria ante las Naciones Unidas, 2017).

Así mismo, es importante mencionar que la sección 64 (6) reconoce la posibilidad de juzgar otros crímenes frente a los cuales no existan vínculos tradicionales, siempre que exista una obligación jurídica adquirida por medio de un tratado internacional (Misión Permanente de Austria ante las Naciones Unidas, 2017). Además, también es importante destacar en el caso austriaco que extiende la jurisdicción penal sobre posibles crímenes transnacionales (narcotráfico, trata de personas, crimen organizado, piratería aérea y terrorismo).

Por último, conviene aclarar que Austria no solo reconoce el principio de JU, sino que lo ha aplicado en diferentes casos (a pesar de que, aparentemente, no lo haya introducido en su código penal). Por ejemplo, de acuerdo con Trial International (2019), lo ha ejercido para juzgar crímenes de guerra cometidos por miembros del Ejército Libre Sirio (2013-2014), que se encontraban en territorio austriaco como refugiados desde el 2015. Así mismo, también ha sido aplicado para perseguir a oficiales del servicio de inteligencia sirio del régimen de Al-Assad, por presuntamente cometer crímenes de lesa humanidad y de guerra (Trial International, 2019). Esto indica que, sin perjuicio de todo lo mencionado anteriormente respecto del código penal austriaco y la obligación *aut dedere aut judicare*, Austria también reconoce la aplicación del principio de JU, al menos respecto de crímenes internacionales propios del derecho internacional consuetudinario.

4.1.3. Bélgica

Uno de los casos más amplios en materia de JU es el belga. De acuerdo con Reydamas (2003), este Estado incorporó a su legislación interna, en 1993, la “Ley sobre jurisdicción universal”, la cual permitía la persecución penal sobre crímenes de guerra, sin importar la nacionalidad del presunto autor, el lugar de la comisión de los hechos o la nacionalidad de la víctima; incluso, se entendió que se

podían perseguir crímenes de esta naturaleza sin que el presunto responsable se encontrara en el territorio belga (de acuerdo con lo discutido durante los procedimientos parlamentarios en el senado durante los debates llevados a cabo en abril de 1991) (ICRC, s.f.). En consecuencia, las disposiciones normativas adoptadas habilitaban al Estado belga a ofrecer su apoyo y protección a las víctimas en los casos en los que se configuraran estos crímenes internacionales, permitiéndoles de esta manera enfrentar a sus victimarios.

Posteriormente, en 1999, se extendió la JU a crímenes de lesa humanidad y genocidio por medio de una reforma legislativa y se estableció que, frente a la comisión de estas categorías de crímenes internacionales (además de los crímenes de guerra), los jueces belgas no tendrían que reconocer ningún tipo de inmunidad sobre la persona investigada y/o judicializada (ICRC, s.f.) —aunque esta última disposición fue removida tras el fallo de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso de la República Democrática del Congo v. Bélgica, en el que la CIJ determinó que los Estados no pueden obviar las inmunidades reconocidas por el derecho internacional (CIJ, 2000).

No obstante, esta Ley generó tensiones políticas con otros Estados, entre ellos, con los Estados Unidos de América (HRW, 2003). Esto, debido a que apareció la posibilidad de que Bélgica prestara asistencia a víctimas de crímenes de guerra cometidos por miembros de las fuerzas armadas estadounidenses en Irak o Afganistán (ICRC, s.f.; Reydams, 2003). Frente a las diferentes presiones políticas ejercidas, la ley fue derogada en el 2003 (HRW, 2003; Reydams, 2003). Esto resultó en una limitación importante del principio de JU frente a los crímenes que se consagraban dentro de la Ley en cuestión, de manera que a partir de entonces solo se pueden iniciar investigaciones en ejercicio de esta figura cuando así lo haya autorizado el fiscal general. Además, los procesos de responsabilidad civil por estos crímenes internacionales únicamente podrán adelantarse cuando hayan sido cometidos, al menos parcialmente, en territorio belga, o cuando el presunto responsable resida, o haya residido, durante un periodo de tiempo importante en Bélgica (Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction, s.f.).

A pesar de estas limitaciones, el Código Penal belga aún reconoce la aplicación del principio de JU sobre los crímenes internacionales

reconocidos tradicionalmente por la costumbre internacional (*Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction, s.f.*), siempre y cuando se cumpla con todos los requisitos adoptados en 2003. Adicionalmente, el Estado belga ha indicado expresamente ante la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) que su legislación nacional reconoce el ejercicio de la JU frente a otros delitos, a saber, los delitos de naturaleza sexual cometidos contra menores, la trata de personas, la mutilación genital femenina, el terrorismo y la corrupción, así como en relación con cualquier otro delito frente al cual exista una obligación internacional convencional o consuetudinaria (*Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction, s.f., párr. 16*). Lo anterior claramente indica que la corrupción (así como otros crímenes transnacionales) pueden ser objeto de persecución penal en Bélgica en aplicación del principio de JU.

En materia jurisprudencial (nacional e internacional), Bélgica también ha sido uno de los Estados que ha ejercido la JU y el principio ADAJ, sin que esto haya estado libre de controversias. De hecho, la CIJ ha conocido de dos disputas jurídicas iniciadas debido a que Bélgica quería iniciar procesos penales bajo estos principios. Por un lado, está el mencionado caso de la República Democrática del Congo v. Bélgica (2000), en el que se discutió la orden de arresto proferida por las autoridades belgas contra el entonces Ministro de Asuntos Exteriores, el Sr. Abdoulaye Yerodia Ndombasi, por graves violaciones contra el derecho internacional humanitario. Bélgica pretendía que la RDC entregara al acusado a las autoridades belgas, de manera que estas pudieran juzgarlo por los delitos imputados, cosa que la RDC se negó a hacer⁹.

Por otro lado, la CIJ falló también en el caso de Bélgica v. Senegal (2012), en el cual Bélgica demandó a Senegal por incumplir con sus obligaciones internacionales adquiridas al ratificar la Convención

⁹ Este caso fue determinante a la hora de definir cuál era el ámbito de aplicación de la jurisdicción universal sobre agentes estatales que gocen de inmunidad de acuerdo con el derecho internacional (CIJ, caso RDC v. Bélgica, 2000). No obstante, para efectos de este estudio no es relevante profundizar en su contenido

contra la Tortura, por no haber juzgado ni extraditado al ex presidente de Chad, el Sr. Hissène Habré (el cual residía en su territorio tras solicitar asilo), quien presuntamente había cometido crímenes de lesa humanidad y actos de tortura durante su presidencia¹⁰. Bélgica también ha ejercido la JU sobre crímenes internacionales cometidos en Ruanda, Guatemala, Chad y Liberia (HRW, 2003; Trial International, 2019). Si bien estos casos no reflejan ningún tipo de práctica frente a los delitos de corrupción (que son nuestro objeto de estudio principal), es importante denotar que Bélgica ha sido un Estado altamente activo a la hora de invocar el principio de JU y exigir el cumplimiento de las obligaciones ADAJ, incluso cuando las reformas legislativas de 2003 limitaron considerablemente su ejercicio.

4.1.4. España

España ha sido otro Estado europeo que ha tenido un desarrollo interesante respecto de la JU. Si bien comenzó con un amplio ejercicio de esta figura, progresivamente fue limitando su utilización, según reconoce el propio Ministerio de Relaciones Exteriores de España (2016). El principio de JU fue reconocido inicialmente en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Esta extendió la jurisdicción penal de manera muy amplia, contemplando un número importante de escenarios de aplicación de la jurisdicción española con respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional, así como a supuestos en los que no existía ningún tipo de vínculo entre España y el delito. Específicamente, en esta Ley se contempló el ejercicio de la JU sobre los crímenes de genocidio, terrorismo, piratería o incautación ilegal de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, crímenes relacionados con la prostitución, narcotráfico, y otros crímenes que España debía juzgar de acuerdo con el derecho internacional convencional o cualquier acuerdo internacional.

¹⁰ Este fallo es emblemático, en la medida en la que no solamente se discutió la existencia de la obligación de ejercer la jurisdicción universal frente a crímenes de tortura, sino que se debatió ampliamente el principio *aut dedere aut judicare* (CIJ, caso Bélgica v. Senegal, 2012). No obstante, su contenido, al igual que el del anterior caso referenciado, excede el objetivo de este estudio, por lo que no se ahondará más en él.

Las disposiciones pertinentes (art. 23, par. 4) de esta Ley Orgánica han sido sometidas a seis enmiendas desde su promulgación (Ministerio de Relaciones Exteriores de España, 2016). Las primeras reformas permitieron expandir el ámbito de aplicación de la JU, incluyendo, inicialmente, crímenes como la corrupción de menores o de personas legalmente incapaces, la mutilación genital y el tráfico o contrabando de personas. Posteriormente, si bien la lista se amplió, con la Ley Orgánica No. 1/2009 se incluyó un requisito que antes no se exigía: que existiera algún tipo de vínculo con España (que podía ser la sola presencia de la persona en el territorio nacional)¹¹. Además, se estableció que solamente se utilizaría la JU cuando se cumpliera con el principio de subsidiariedad. Además, la jurisprudencia constitucional española no solo reiteró la importancia de cumplir con estas exigencias, sino que también consideró que todo proceso judicial previo a las reformas a la Ley Orgánica debía suspenderse, si se iniciaban en otros Estados procesos judiciales por los mismos delitos.

Finalmente, la Ley Orgánica No. 1/2014, si bien volvió a extender la lista de delitos sobre los cuales España puede ejercer el principio de JU (incluyendo la corrupción pública y el crimen organizado), fortaleció el requisito del vínculo con el Estado y la configuración de la subsidiariedad. Además, introdujo un nuevo requisito, de manera que, desde entonces, únicamente se pueden iniciar procesos judiciales a través de esta figura cuando la víctima o la Fiscalía sean quienes asuman la iniciativa de iniciar el proceso (Ministerio de Relaciones Exteriores de España, 2016).

Tras revisar los diferentes marcos normativos en materia de JU se puede considerar que, si bien es cierto que se han venido agregando conductas punibles a la lista de ofensas perseguibles por medio de la JU, lo cierto es que su utilización se ha limitado de manera importante, por lo que, en la práctica, es considerablemente difícil ejercerla.

España, conocida internacionalmente por haber intentado iniciar uno de los procesos judiciales más relevantes en materia de JU, a sa-

¹¹ Antes, ni siquiera era necesaria la presencia de la persona en el territorio para iniciar el proceso, excepto respecto de la mutilación genital femenina.

ber, el proceso contra el exdictador chileno Augusto Pinochet, poco a poco ha ido debilitando el alcance de su jurisdicción en la materia que nos concierne, hasta el punto de que Amnistía Internacional (2014) ha manifestado que las dificultades para ejercer la JU, incluso, podían obstaculizar el juzgamiento de crímenes internacionales por esta vía, lo cual podría implicar el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado español para combatir su impunidad. Si esta es la suerte de aquellos crímenes que son reconocidos incluso por la costumbre internacional como objeto de la JU, no cabe duda de que poco o nada podrá esperarse del ejercicio de este principio respecto de otros crímenes, como la corrupción transnacional o el crimen organizado.

4.1.5. Dinamarca

Dinamarca es otro de los Estados europeos que ha adoptado dentro de su legislación nacional algunas disposiciones que permiten materializar la JU y la obligación ADAJ. De acuerdo con el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca (2009), el Código Penal danés, en su sección 8, reconoce la JU sobre los crímenes recogidos por el ECPI, siempre que el presunto agresor se encuentre dentro del territorio danés cuando se inicie la investigación. Así mismo, la jurisdicción penal danesa puede juzgar a presuntos perpetradores de otros crímenes que se hayan cometido fuera de su territorio, siempre que se haya negado la extradición (ADAJ) y se cumpla con el requisito de la doble criminalidad. Además, su legislación reconoce que su aparato jurisdiccional podrá conocer de todos aquellos crímenes que se cometan fuera de su territorio cuando así lo exija el derecho internacional convencional y consuetudinario. No obstante, la sección 12 es clara en indicar que la extensión de la jurisdicción del Estado no podrá vulnerar el régimen de inmunidades establecido por el derecho internacional aplicable (Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, 2009).

4.1.6. Eslovenia

Eslovenia es un caso particularmente importante para el presente estudio. Si bien este Estado nunca ha ejercido el principio de JU, su legislación interna sí contempla la figura y la extiende a diferentes delitos, entre ellos, la corrupción (SGNU, A/75/151, 2020). Para ejercerla, no obstante, es necesario precisar que la ley eslovena establece que es necesario que el presunto responsable se encuentre en su territorio y que no se lleve a cabo su extradición (SGNU, A/75/151, 2020).

Debido a este último requisito, no es claro si se refiere a la posibilidad de que simplemente no haya una solicitud de extradición (en cuyo caso no habría ningún tipo de vínculo jurídico y por tanto podría hablarse del ejercicio de la JU) o a cuando ya exista una solicitud y se rechace (caso en el que se dejaría de estar en el terreno del principio de JU y empezaría a operar la obligación ADAJ). En todo caso, cabe subrayar que Eslovenia es uno de los pocos Estados que incluye la corrupción dentro de la lista de posibles delitos sobre los cuales se puede ejercer el principio de JU.

4.2. Sistemas latinoamericanos de referencia: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

4.2.1. Argentina

La Misión Permanente de la República de Argentina ante las Naciones Unidas, en el 2018, también se pronunció respecto del principio de JU y de su aplicación en el orden interno argentino (Misión Permanente de la República de Argentina ante las Naciones Unidas, 2018). A este respecto, ha afirmado, al igual que otras jurisdicciones estudiadas, que este principio nace de la necesidad de perseguir aquellos crímenes que afectan a la CIESC. Además, ha reconocido que este principio tiene un reconocimiento limitado en el derecho internacional convencional, dando como ejemplos las Convenciones de Ginebra de 1949, la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y la Convención In-

ternacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (Misión Permanente de la República de Argentina ante las Naciones Unidas, 2018: 3).

Adicionalmente, la Misión Permanente de Argentina reconoció que algunos tratados internacionales le conceden a los Estados la facultad de incluir en sus legislaciones internas la posibilidad de perseguir determinados delitos a través de esta figura (Ídem). Algunos ejemplos de esto son: el Convenio sobre Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves (1963), el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (1970), la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos (1973), la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios (1989), la Convención contra la Tortura y Otros Tatos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984) y la Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).

A diferencia de otros Estados, la Misión Permanente de Argentina ha distinguido adecuadamente entre los principios de JU y ADAJ, al señalar lo siguiente::

El objetivo del principio *aut dedere aut judicare* es evitar que los delitos queden impunes cuando no se concede la extradición del sospechoso que se encuentra en el territorio del Estado requerido. Este principio no establece per se qué bases de jurisdicción deberían ser ejercidas cuando el Estado requerido opta por remitir el caso a sus propias autoridades judiciales. La JU, por el contrario, es una base en sí misma para habilitar el ejercicio de jurisdicción que se basa únicamente en la naturaleza del crimen, indistintamente de dónde hubiera sido cometido dicho crimen, de la nacionalidad de la víctima o del presunto culpable, o de cualquier otro punto de conexión con los intereses nacionales del Estado que ejerce la jurisdicción universal. (Misión Permanente de la República de Argentina ante las Naciones Unidas, 2018: 2)

Entre los tratados internacionales que reconocen la obligación ADAJ, la Misión Permanente en cuestión incluyó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 y la CNUCC de 2003.

La jurisdicción argentina ha tenido la oportunidad de aplicar el principio de JU en algunas oportunidades. Por ejemplo, actualmente, se adelanta una investigación en contra del presidente de Nicaragua, Daniel Ortega, la vicepresidente Rosario Murillo y otros catorce oficiales de alto rango por la comisión de crímenes de lesa humanidad en Nicaragua desde el 2018 (Trial International, 2023). Si bien aún no se han presentado cargos en contra de estos presuntos perpetradores de manera formal, la investigación se adelanta con base en el principio de JU desde septiembre del 2022.

4.2.2. Brasil

La misión permanente de Brasil ante las Naciones Unidas, en respuesta a la solicitud de información y observaciones de conformidad con la resolución 75/142 de la AGNU, titulada “el alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal”, ha afirmado que el principio de JU en Brasil es de uso excepcional y limitado (Permanent Mission of Brazil to the United Nations, 2021: 2). Frente al genocidio, por ejemplo, el Código Penal brasileño (en su art. 7(I) (d) permite juzgar a sus autores siempre y cuando sean nacionales de Brasil o residan en su territorio nacional.

Respecto de otros crímenes frente a los cuales el Estado se haya obligado a perseguir incluso de manera extraterritorial, el mismo Código Penal, en el art. 7 (II) (b), exige que se cumplan seis condiciones para poder hacerlo, a saber que: (a) el acusado se encuentre en territorio brasileiro; (b) el Estado en el que se cometió el crimen también considere la conducta como un delito; (c) el acusado no haya sido absuelto del delito por otra jurisdicción o ya haya cumplido una condena; (d) la ley brasilera permita la extradición en virtud del delito; (e) el acusado no pueda ser indultado en el exterior; y (f) la acusación no se haya presentado después de que el delito haya prescrito de acuerdo con la ley más favorable.

La Corte Suprema de Justicia de Brasil, si bien ha reconocido la importancia del principio de JU en algunas ocasiones y ha afirmado que podría aplicarlo, aún no lo ha hecho (Permanent Mission of Brazil to the United Nations, 2021: 2-3). En algunas decisiones, ha afirmado que este principio es una expresión de solidaridad a

la hora de combatir crímenes por parte de la CIESC. En cualquier caso, es imprescindible, según la Corte Suprema, que la persona se encuentre en territorio nacional para poder perseguirla penalmente. En ningún caso se reconoce la posibilidad de ejercer esta jurisdicción *in absentia*.

La misión permanente no menciona la posibilidad de ejercer el principio de JU frente a la corrupción transnacional y, teniendo en cuenta que ningún tratado internacional reconoce el ejercicio de la JU frente a este tipo de crimen transnacional, no habría autorización legal para ejercerla según lo establecido en el art. 7(II)(b) del Código Penal de Brasil, toda vez que el Estado brasileño no está obligado a hacerlo.

4.2.3. Chile

De acuerdo con la Misión Permanente de la República de Chile ante las Naciones Unidas (2010), Chile reconoce la JU como un principio de derecho internacional que permite la persecución penal extraterritorial independientemente del lugar en el que se cometió el delito o la nacionalidad del autor o las víctimas (Misión Permanente de Chile ante las Naciones Unidas, 2010). Afirma que el derecho internacional consuetudinario autoriza su utilización frente a los crímenes de piratería y tráfico de esclavos, mientras que el convencional lo incluye en los Convenios sobre el Derecho del Mar (piratería marítima) y los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 (crímenes de guerra). Afirma, por último, que Chile es Estado Parte de las mencionadas convenciones, no obstante, para la fecha del pronunciamiento (2010), sus tribunales nunca habían ejercido la JU.

La Misión Permanente reconoció que había gran controversia alrededor del principio, toda vez que los Estados no habían logrado llegar a consensos sobre su utilización. Por esto, propuso algunos criterios para su utilización, para que los Estados puedan avanzar en la discusión y puedan llegar a acuerdos al respecto. En primer lugar, consideró que el principio de territorialidad debía predominar, por lo que siempre debía intentarse perseguir los delitos siguiendo las normas de territorialidad que rigen a los Estados. En segundo lugar,

para que opere, es necesario que alguna fuente del derecho internacional reconozca su utilización frente al delito que se pretende juzgar. En tercer lugar, consideró que las leyes internas que autoricen la JU deben estar siempre en sintonía con un instrumento internacional o alguna fuente de derecho internacional. El ejercicio del principio no puede estar supeditado, de acuerdo con la Misión Permanente, a un acto unilateral de un Estado. Por último, consideró que únicamente debía utilizarse cuando el Estado responsable de juzgar el crimen no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o adelantar el proceso (Misión Permanente de Chile ante las Naciones Unidas, 2010).

Respecto de la adopción legislativa del principio en el derecho interno chileno, la Misión Permanente no se pronunció. Por este motivo, es necesario revisar algunas disposiciones normativas internas de Chile para determinar cómo puede aplicarse este principio. En primer lugar, el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales de Chile contempla la persecución penal de ciertos delitos perpetrados por fuera de la República que podrán ser sometidos a la jurisdicción chilena, entre ellos, el crimen de piratería (art. 6.7) y aquellos que estén contemplados en tratados internacionales celebrados con otros Estados (art. 6.8) (FIBGAR, 2018; Código Orgánico de Tribunales de Chile, 1943). La jurisdicción penal chilena, entonces, puede usarse de manera extraterritorial cuando así lo consagre el derecho internacional convencional.

La legislación interna chilena también tipifica una variedad de crímenes internacionales y otros delitos de trascendencia internacional que, de acuerdo con el derecho internacional convencional y consuetudinario, pueden ser juzgados a través de la JU. Por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra están incluidos en la ley 20357 de 2009 (a pesar de que no se recoge la totalidad de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma (FIBGAR, 2018; Ley 20357, 2009). El Código Penal chileno también incluye los delitos de tortura (art. 150A), la trata de personas (art. 411) y la piratería (art. 434) (FIBGAR, 2018; Código Penal de Chile, 1874).

Adicionalmente, al ser Chile un Estado monista, únicamente es necesario que el tratado internacional sea ratificado para que se incorpore al marco jurídico interno (FIBGRAB, s.f.; Constitución Polí-

tica de Chile, art. 5). Por esto, todos los tratados internacionales ratificados por Chile que autorizan la utilización de la JU hacen parte de su derecho interno y autorizan a los tribunales chilenos a perseguir aquellos delitos que están incluidos en ellos.

A la fecha, la jurisdicción penal chilena no ha utilizado la JU para juzgar crímenes internacionales u otros autorizados por el derecho internacional (Trial International's Universal Jurisdiction database, s.f.). En el 2016, la Federación Palestina de Chile interpuso una querrela en contra de tres jueces de la Corte Suprema de Israel, para que fueran perseguidos por la jurisdicción chilena por la comisión de crímenes de guerra y apartheid en contra del pueblo palestino en territorio ocupado por Israel, tras la autorización de la construcción de un muro de seguridad ilegal en Cisjordania (FIBGAR, 2018). Argumentaron, en su momento, que se debía utilizar la JU para perseguir estos delitos, toda vez que eran crímenes autorizados por el derecho internacional consuetudinario para ser procesados por este principio. Sin embargo, esta querrela no surtió efectos jurídicos.

4.2.4. México

La Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas, en 2016, se pronunció sobre el alcance y aplicación del principio de JU, afirmando que “la obligación de los Estados de investigar y enjuiciar independientemente de cualquier vínculo o conexión con el Estado” únicamente está contemplada en el derecho internacional convencional frente a dos delitos, a saber, la piratería y los crímenes de guerra (Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas, 2016: 1-2). Frente al genocidio, la tortura y otros tratos inhumanos, entre otros, lo que contempla el derecho internacional convencional es la obligación ADAJ (Ibíd.: 2).

La Misión Permanente de México no hizo ningún comentario respecto de la aplicación de estos principios en su legislación interna en esta intervención, a pesar de que sí mencionó que los reconocía al haber suscrito los tratados internacionales que aplican dichos principios. Adicionalmente, exhortó a la CDI a que de mayores luces respecto del alcance y aplicación del principio de JU a la luz del derecho internacional convencional y consuetudinario.

En 2020, la Misión Permanente volvió a pronunciarse respecto del tema, esta vez para hacerle un llamado al presidente de la Asamblea General de la ONU para que le encomiende a la CDI nuevamente pronunciarse respecto de la JU (Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas, 2020: 1). Reiteró su postura respecto de cuáles tratados internacionales reconocían la JU y cuáles la obligación ADAJ (Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas, 2016: 2) y enfatizó en la necesidad de definir un marco jurídico claro para su aplicación.

Respecto del reconocimiento del principio de JU en la legislación interna, el Ministerio de Relaciones Exteriores de México informó a la Asamblea General de las Naciones Unidas (Ministerio de Relaciones Exteriores de México, 2018) que, de acuerdo con la ley mexicana, este principio puede ser activado condicionalmente en dos escenarios: a) cuando un tratado internacional ratificado por México disponga su utilización frente a la comisión de un delito (de acuerdo con el artículo 6 del Código Penal Federal), pero cumpliendo con los requisitos de que el acusado se encuentre en territorio mexicano, no haya sentencia ejecutoriada en el Estado en el que se materializó la conducta criminal y el delito esté tipificado tanto en el Estado en el que fue cometido como en México (según el artículo 4 del Código Penal Federal); y b) cuando un tratado vinculante a México consagre la obligación de extraditar o perseguir (ADAJ), cuando se cumplan los tres requisitos mencionados anteriormente a la luz del artículo 4 del Código Penal Federal y cuando el acusado no sea extraditado (esto, a la luz del artículo 2 del Código Penal Federal).

Es importante destacar, sin embargo, que el Ministerio de Relaciones Exteriores de México, en este último escenario, confunde la JU y el principio ADAJ, al afirmar que uno de los escenarios de aplicación de la JU es cuando México tenga la obligación de extraditar o enjuiciar y no extradite. Como se desprende de la información previamente estudiada, los principios de JU y ADAJ son diferentes y tienen bases jurídicas distintas, por lo que es errado afirmar lo anterior.

Además, el Ministerio de Relaciones Exteriores mexicano afirma que la JU únicamente está contemplada en el derecho internacional convencional para perseguir la piratería y los crímenes de guerra, por lo que desconoce su inclusión en otros tratados internacionales

anteriormente mencionados y la generalizada aceptación de su posible aplicación frente a crímenes internacionales como los crímenes de lesa humanidad y el genocidio.

A la fecha, el Estado mexicano no ha recurrido a la JU para perseguir penalmente a un presunto perpetrador de alguno de los crímenes permitidos por el derecho internacional (Trial International's Universal Jurisdiction database, s.f.).

4.2.5. Perú

La Misión Permanente del Perú ante las Naciones Unidas (2011), en atención a la solicitud de la Asamblea General de la ONU a los Estados miembros para la presentación de información y observaciones sobre el alcance y la aplicación del principio de JU, también se manifestó respecto del principio de JU y su aplicación en el ordenamiento jurídico interno peruano. De acuerdo con la Misión Permanente, el Código Penal Peruano, en su artículo 1º, expresa que la aplicación extraterritorial de la ley penal podrá darse de acuerdo con las “excepciones contenidas en el Derecho Internacional” (Misión Permanente del Perú ante las Naciones Unidas, 2011; Código Penal Peruano, 1991, art. 1º). El artículo 2 del mismo cuerpo normativo, además, establece que la ley penal peruana podrá utilizarse en contra de aquellos perpetradores frente a los cuales Perú esté obligado a reprimir por tratados internacionales (Misión Permanente del Perú ante las Naciones Unidas, 2011; Código Penal Peruano, 1991, art. 2). Lo anterior, además de las disposiciones de la Constitución Política del Perú que consagran la integración de los tratados internacionales ratificados por dicho Estado al ordenamiento jurídico interno (art. 55), lo autorizan para utilizar la JU, afirma la Misión Permanente.

Para el momento de rendición del informe de dicha Misión Permanente, así como a la presente fecha, Perú no ha ejercido la JU, a pesar de que el Tribunal Constitucional del Perú si la ha reconocido en su jurisdicción (Misión Permanente del Perú ante las Naciones Unidas, 2011; Tribunal Constitucional del Perú, 2008; Trial International's Universal Jurisdiction database, s.f.).

4.3. Estados asiáticos, africanos y oceánicos

Los principios de JU y ADAJ no son ajenos a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados asiáticos, africanos u oceánicos. De forma enunciativa, pueden mencionarse algunos Estados que han incorporado en sus legislaciones el principio de JU, a saber: Australia (SGUN, A/73/123, 2018) en Oceanía; Jordania (SGUN, A/70/125, 2015), Bahrein (SGUN, A/73/123, 2018), Qatar (SGUN, A/73/123, 2018), Malasia (SGUN, A/75/151, 2020) y Turkmenistán (SGUN, A/75/151, 2020) en Asia; y Kenia (SGUN, A/69/174, 2014), Togo (SGUN, A/69/174, 2014) y Senegal (SGUN, A/75/151, 2020) en África. Lo anterior demuestra que existe un interés (al menos aparente) de utilizar esta figura a nivel global.

Respecto de los Estados referenciados, cabe mencionar que Jordania afirma consagrar dentro de su legislación la posibilidad de utilizar el principio de JU frente a los delitos de corrupción y soborno (SGUN, A/70/125, 2015). Sin embargo, no está claro cómo opera la figura dentro de su ordenamiento jurídico, ni cuáles son las condiciones o requisitos necesarios para ejercerla, por ende, sería arriesgado afirmar con total certeza que sea posible hacerlo, especialmente tras haber establecido que existe una confusión entre este principio y la obligación ADAJ.

Tras examinar diferentes ordenamientos jurídicos alrededor del mundo para identificar las diferentes modalidades bajo las cuales es posible ejercer la JU, así como el principio ADAJ, es claro que en relación con el delito de corrupción transnacional (y en general respecto de los crímenes transnacionales) no ha habido un gran desarrollo. Se han logrado identificar unos pocos Estados que reconocen la aplicación de la figura de la JU sobre los delitos de corrupción, no obstante, en algunos casos, los requisitos son extremadamente limitantes, y en otros, no está claro cómo operaría o sí, por confusiones conceptuales, se refieren al principio ADAJ. Adicionalmente, no se ha identificado ningún caso en el que se haya pretendido juzgar en alguna de estas jurisdicciones algún delito de corrupción transnacional con base al principio de JU.

4.4. Colombia

La Misión Permanente del Estado de Colombia ante las Naciones Unidas informó a la Secretaría General de la ONU, en el 2013, que la aplicación del principio de JU faculta a todos los Estados a perseguir penalmente determinados delitos, como el genocidio, la tortura y la desaparición forzada, dado que son de interés general para los Estados, así como representan las más atroces violaciones a los derechos humanos (Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas, 2013: 4-5). Afirmó, sin embargo, que la legislación colombiana no cuenta con ninguna norma concreta que se refiera a esta figura.

De acuerdo con esta Misión Permanente, el fundamento jurídico para la aplicación del principio de JU se encuentra en la lectura conjunta del Código Penal colombiano en cuanto a el reconocimiento de (a) los tratados y convenios internacionales ratificados como fuentes del derecho penal (art. 2) y del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial (art. 16); y (b) la Constitución Política de Colombia respecto del reconocimiento de los tratados internacionales como parte del ordenamiento interno (art. 93) (Ídem). Así, conforme al art. 93 de la Constitución Política de Colombia, los tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos y limitaciones a los Estados de excepción prevalecen en el ordenamiento jurídico interno. En este sentido, aquellos instrumentos internacionales de carácter convencional que generen obligaciones relacionadas con la protección y la garantía de los derechos humanos (como aquellos que legitiman el ejercicio de la JU como mecanismo de persecución penal de sus violaciones graves) tienen una jerarquía superior en la pirámide normativa.

Respecto de la legislación penal, el art. 16 del Código Penal colombiano establece que la aplicación de la ley penal colombiana de manera extraterritorial debe cumplir los siguientes requisitos: (a) que el acusado se encuentre en territorio nacional; (b) que el delito tenga pena privativa de la libertad de acuerdo con la ley colombiana; (c) que no sea un delito político; y (d) que no se haya concedido una extradición. Este último requisito, sin embargo, pareciera indicar que el art. 16 del Código Penal se refiere más al ejercicio del principio ADAJ que al de JU.

De acuerdo con la Misión Permanente de Colombia ante de la ONU, además, dos de los tratados internacionales que tienen relevancia para la aplicación del principio de JU son la CNUDOT (2000) y la CNUCC (2003) (Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas, 2013: 8). Podría entenderse de esto que el Estado colombiano afirmó que es posible el ejercicio de la JU frente a crímenes relacionados con la delincuencia organizada transnacional y la corrupción. No obstante, ni hace expresamente esta afirmación, ni profundiza en cómo estos instrumentos pueden estar relacionados con la aplicación de la figura estudiada. Así mismo, tampoco afirma que estos instrumentos reconocen la JU para este tipo de crímenes, ni distingue entre las figuras de la JU y el ADAJ, por lo cual, a diferencia de la Misión Permanente de Argentina (2018), no aclara que estas dos convenciones no incluyen cláusulas sobre JU, sino sobre ADAJ. Por último, menciona que en Colombia no ha habido ningún proceso judicial en el que se haya aplicado el principio de JU.

Años más tarde, en el marco de del Debate sobre el Principio de Jurisdicción Universal llevado a cabo el 22 de octubre del 2021 en la AGNU, la delegada de Colombia ha reiterado lo anteriormente expresado respecto de que no hay leyes que consagren explícitamente esta figura y es a través de los tratados internacionales suscritos por Colombia que puede aplicarse (AGNU, 2021).

5. POSICIONES DOCTRINALES RESPECTO DE LA POSIBLE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JU A LA CORRUPCIÓN Y A OTROS DELITOS TRASNACIONALES

Antes de abordar en profundidad algunas de las propuestas hechas por la doctrina, es importante reconocer que no existe una extensa literatura en esta materia. Además, como se demostrará a continuación, si bien existen algunas iniciativas teóricas respecto de qué podría hacerse en relación con la aplicación de la JU a los delitos transnacionales, lo cierto es que son posibilidades lejanas y que, en la práctica, no han tenido un gran respaldo hasta el momento.

En primer lugar, algunos autores han expresado que la CNUCC (2003) dispone, en su art. 42 numeral 4, la posibilidad de ejercer la JU frente a esta categoría de delitos (Burneo, 2009; Martínez & Vergara, 2015). No obstante, esta afirmación no debe aceptarse como cierta sin antes analizar directamente la disposición normativa indicada, que prevé lo siguiente:

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

En principio, es claro que este apartado exhorta a los Estados a adoptar medidas legislativas que le permitan hacer frente a los diferentes delitos consagrados en la CNUCC, pero, lo condiciona al supuesto de hecho en el que el presunto perpetrador se encuentre en el territorio de alguno de los Estados Parte y no sea extraditado por dicho Estado. Es fundamental examinar cuál es el sentido que se le quiso dar a esta disposición, para así esclarecer si se quiso autorizar el ejercicio de la JU, o si, por el contrario, se pretendía la adopción de medidas encaminadas a ejercer la obligación ADAJ.

Si este numeral se refiere a que podrán adoptarse las medidas legislativas necesarias para ejercer la jurisdicción penal siempre que no se extradite, incluso cuando no medie siquiera una solicitud de extradición, entonces podría hablarse de JU, debido a que no existiría un detonante que activara una obligación ADAJ; en cambio, si se refiere al escenario en el que exista una solicitud de extradición por parte de un tercer Estado y esta haya sido negada (en cuyo caso el Estado requerido tendría la obligación de proceder penalmente para que los presuntos delitos no queden impunes), entonces ya no estaríamos en el ámbito de la JU, sino del principio ADAJ, o a algo similar. Esto, por cuanto el Estado adquiere facultades jurisdiccionales debido a la solicitud y denegatoria de la extradición, y no a la mera presencia del presunto perpetrador en su territorio.

De acuerdo con la Guía Legislativa para la Aplicación de la CNUCC (2012):

En el párrafo 4 del art. 42 se prevé una base adicional no obligatoria para establecer la jurisdicción que los Estados parte tal vez deseen considerar. A diferencia del establecimiento obligatorio de jurisdic-

ción previsto en el párrafo 3, que permite el enjuiciamiento interno en lugar de la extradición de sus nacionales, el párrafo 4 permite establecer jurisdicción respecto de las personas que el Estado parte requerido no extradita por otras razones (párr. 516).

Tal y como lo establece el mencionado documento, el numeral 4 se refiere aquellos casos en los que existe una solicitud de extradición que es denegada (por cualquier razón distinta a que el presunto autor de los delitos sea nacional del Estado en cuyo territorio se encuentra). Además, esta disposición es de carácter facultativo, por lo que no existe una obligación de implementar medidas legislativas para juzgar a los presuntos autores cuando se nieguen solicitudes de extradición por motivos diferentes al consagrado en el numeral 3 del art. 42 de la mencionada Convención. Como resultado, tampoco existe una verdadera obligación *ADAJ*, ya que, si el Estado no lo considera oportuno, no tiene la obligación de legislar para extender su jurisdicción, por lo que podría decidir no perseguir penalmente los delitos que el sospechoso haya cometido fuera de su territorio sin que tenga tampoco el deber de extraditar.

Solo puede hablarse de la existencia de una auténtica obligación *ADAJ* en el numeral 3 del art. 42, debido a que esta disposición normativa sí obliga a los Estados Parte a extender su jurisdicción sobre los presuntos autores de actos de corrupción cuando se encuentren en su territorio y nieguen la extradición por tratarse de sus nacionales¹². Por el contrario, el párrafo 4 del mencionado artículo únicamente sugiere la adopción de medidas para procesar posibles autores de delitos de corrupción, sin que el no adoptarlas genere responsabilidad internacional del Estado.

Todo lo anterior demuestra que, a pesar de que algunos autores se han basado en la CNUCC para afirmar que existen fundamentos

¹² El texto del numeral 3 del art. 42 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dice lo siguiente: “A los efectos del art. 44 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales”.

jurídico-internacionales para aplicar el principio de JU a los delitos de corrupción, lo cierto es que esta es una lectura equivocada del mencionado instrumento internacional. Por tal motivo, no se puede hablar de una obligación o una autorización para ejercer esta figura de la manera en la que se ha propuesto, al menos no a la luz de la Convención.

Otro sector de la doctrina ha contemplado la posibilidad de calificar los delitos de gran corrupción como crímenes de lesa humanidad, sin que esto esté libre de controversias (Hava García, 2016). De acuerdo con esta posición, las graves consecuencias que la corrupción puede generar en la población civil tienen potencialmente la misma gravedad que otras categorías de crímenes de lesa humanidad, por lo que sería posible encuadrarla como tal (Bantekas, 2006; GOPAC, 2013).

Por ejemplo, la Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción (GOPAC) (2013) ha planteado la posibilidad de considerar los casos más graves de gran corrupción como posibles crímenes de lesa humanidad de acuerdo con el art. 7(1)(k) del ECPI, el cual consagra el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos. Si bien esta propuesta se hace para expandir la jurisdicción material de la CPI con el fin de que pueda juzgar los delitos de gran corrupción, esta posibilidad abriría también la puerta para perseguir penalmente este tipo de delitos por medio del principio de JU (Bantekas, 2006), ya que los crímenes de lesa humanidad están cubiertos por este principio vía costumbre internacional (tal y como se analizó anteriormente).

Esto, no obstante, es una propuesta poco estructurada y sin fundamentos jurídicos sólidos. En primer lugar, ningún tribunal penal internacional ha considerado esta posibilidad ni ha juzgado delitos de corrupción por medio de la figura de otros actos inhumanos, por lo que la práctica judicial internacional en la materia no provee argumentos para sostener esta posibilidad.

En segundo lugar, tal y como lo menciona la misma GOPAC (2013), no es posible asegurar que los actos de corrupción tengan una naturaleza jurídica similar a la de otros actos incluidos en el art. 7(1) del ECPI. Esto dificultaría utilizar el literal (k), ya que uno de

los elementos específicos de este crimen es que el acto inhumano en cuestión tenga un carácter similar a cualquier otra conducta reconocida como crimen de lesa humanidad de acuerdo con el ECPI¹³. Por otro lado, existe también la preocupación de que el tratar de extender esta figura para que sea aplicada a los delitos de corrupción podría generar incomodidades políticas y esto haga que se restrinja más el alcance de este literal (GOPAC, 2013).

Hava García (2016) sigue esta misma línea argumentativa, no obstante, no la limita al literal (k) del art. 7(1); afirma que existe una importante dificultad, en primer lugar, en considerar los actos de corrupción como verdaderos ataques contra la población civil (elemento contextual general aplicable a todas las conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con el art. 7 del ECPI), y posteriormente, habría también problemas a la hora de encuadrar los crímenes de corrupción en una tipología específica de esta categoría de crímenes internacionales.

De esta manera, el considerar la corrupción, y en específico la corrupción transnacional, como un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos o de cualquier otra conducta tipificada en el ECPI, implicaría realizar un estudio detallado de cada uno de los elementos constitutivos de esta categoría (tanto los elementos generales como los específicos de cada conducta punible consagrada) y llegar a una conclusión lo suficientemente sólida como para que la práctica de la

¹³ De acuerdo con los Elementos de los Crímenes del ECPI, los elementos constitutivos del crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos son: "1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del art. 7 del ECPI 30. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto. 4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo."

Corte Penal Internacional y de los Estados que estén interesados en utilizar esta propuesta no tuvieran dudas de su viabilidad jurídica.

Otros autores han tomado un rumbo similar, al considerar que los actos constitutivos de delitos de corrupción deberían ser considerados como una nueva categoría de crímenes internacionales. Kofele-Kale (2020) considera que existe una incipiente costumbre internacional de prohibir y criminalizar los actos de corrupción, lo que podría llevar a que esta se considere como un crimen internacional en sí mismo. Si bien este autor hace una propuesta más sólida¹⁴, lo cierto es que, hasta que no se hayan superado los obstáculos que plantea (como el rechazo por parte de los Estados a considerar la corrupción como un crimen internacional para proteger su soberanía y su capacidad para juzgar estos delitos internamente sin la interferencia de jurisdicciones externas (Kofele-Kale, 2020)) y haya cristalizado una costumbre internacional en este sentido, la propuesta no tendrá efectos prácticos percibibles.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Después de haber examinado todas las posibilidades, tanto prácticas como teóricas, respecto de la opción de utilizar el principio de JU para juzgar crímenes de corrupción (y en particular, la corrupción transnacional), se puede concluir que no parece que exista, hasta el momento, un régimen jurídico consolidado que permita ejercer este principio frente a esta categoría de delitos.

¹⁴ Kofele-Kale (2020) plantea que tener una vida libre de corrupción es un derecho humano en sí mismo, debido a la intrínseca relación con otros derechos humanos, como la vida y la dignidad. Debido a los grandes perjuicios que puede acarrear el fenómeno de la corrupción para la humanidad y por violar directamente los derechos humanos a gran escala, existe una práctica reiterada y generalizada de la comunidad internacional de prohibir y castigar estos actos. La aceptación de la sociedad internacional de considerar la corrupción como una práctica de relevancia internacional hace que tenga características propias de los crímenes internacionales. Para más profundidad en este tema, se recomienda el texto completo del referido autor.

Si bien hay algunos Estados que han incluido en su regulación del principio de JU los delitos de corrupción, lo cierto es que las limitaciones son evidentes. Además, son pocos los Estados que lo hacen, por lo que no se puede afirmar que exista en la actualidad una práctica generalmente aceptada como obligatoria.

Así mismo, tampoco hay una obligación jurídica proveniente del derecho internacional convencional, como puede denotarse de lo estipulado en la CNUCC, que no habilita el ejercicio de la JU, sino que únicamente estipula una obligación ADAJ bajo determinadas circunstancias.

La doctrina se ha interesado por darle una respuesta a la problemática de la impunidad frente a este tipo de delitos, no obstante, las propuestas analizadas plantean más interrogantes que salidas viables y plausibles en la práctica. Además, la práctica judicial, tanto nacional como internacional, tampoco dan muestra de que exista en la actualidad la posibilidad de juzgar este tipo de delitos como crímenes internacionales o de que se pueda ejercer la JU sobre ellos. Por último, la CDI, que no ha podido adoptar ni una definición clara ni unos parámetros definitivos respecto de la aplicación de la JU, tampoco ha abordado esta posibilidad.

Así mismo, otra dificultad que se encontró al desarrollar el presente estudio es el problema existente con el régimen jurídico internacional de las inmunidades: como la mayoría de los autores de delitos de corrupción son funcionarios estatales, esto dificulta utilizar la JU, en la medida en que actualmente se reconoce la inviolabilidad de las inmunidades para ejercerla (al menos en relación con los más altos representantes del Estado)¹⁵.

De esta manera, si bien entendemos que existe una preocupación por identificar nuevos mecanismos para combatir la impunidad frente a los delitos de corrupción, lo cierto es que el marco jurídico internacional en la materia no parece dar muchas respuestas indicativas de que la JU sea, al menos por el momento, el camino más adecuado.

¹⁵ Al respecto se puede consultar, Olasolo, Martínez & Quijano 2019: 1-21. Sobre el tema de límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal consultar, RECDI, 2016.

Por último, cabe mencionar que actualmente el principio de JU ha encontrado muchos opositores y esto ha hecho que se haya restringido de manera importante su utilización. Por tal motivo, es poco probable que en los años venideros se vea un desarrollo favorable del principio en cualquier materia, mucho menos en el ámbito de la corrupción, al ser un delito que involucra a las altas esferas del poder público, si bien es cierto que si de lo que se trata es de perseguir exclusivamente la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, y en particular a los dirigentes de las organizaciones que incurren en la misma, quizá la respuesta no sea tan evidente.

En cualquier caso, aún queda un largo camino por recorrer, alternativas que considerar y conceptos jurídicos por consolidar para poder hablar de una lucha efectiva y consolidada contra la corrupción transnacional, que permita poner fin a la impunidad de quienes desde dentro y fuera del Estado recurren a esta.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

- Corte Internacional de Justicia (CIJ). (2000). Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). Overview of the Case. [Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/121>]
- Corte Internacional de Justicia (CIJ). (2012). Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). Overview of the Case. [Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/144>]
- Tribunal Constitucional del Perú. (2008). Sentencia del 8 de agosto de 2008, expediente 012271-2008-PHC/TC [Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01271-2008-HC.html>].

Doctrina

- Ambos, K. (2007). “Los fundamentos del ius puniendi nacional; en particular, su aplicación extraterritorial”. *Boletín mexicano de derecho comparado*. Vol. 40 (119). Pp. 267-294.
- Bantekas, I. (2006). “Corruption as an International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies”. *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 4(3). Pp. 1-19.

- Barkhouse, A., Hoyland, H. & Limon, M. (2018) "Corruption: a human rights impact assessment Policy Brief". *Universal Rights Group*. https://www.universal-rights.org/wp-content/uploads/2018/04/Policy_report_corruption_LR.pdf.
- Burneo Labrín, J. A. (2009). "Corrupción y Derecho internacional de los derechos humanos". *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Vol. 63. Pp. 333-347.
- Caligiuri, A. (2018). Governing International Cooperation in Criminal Matters: The Role of the *aut Dedere aut Judicare* Principle. *International Criminal Law Review*, 18(2). Pp. 244-274.
- Da Rocha, A., Carvalho, C., Graeff, F. & Vianna, P. B. (2013). "The obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*)". *UFRGS Model United Nations Journal*. Vol. 1. Pp. 202-221.
- Kofele-Kale, N. (2000). "The right to corruption-free society as an individual and collective human right: Elevating official corruption to crime under international law". *International Lawyer (ABA)*. Vol. 34(1). Pp. 149-178.
- Kress, C. (2006). "Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit international". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 4(3). Pp. 561-585.
- Langer, M. (2011). "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes". *American Journal of International Law*. Vol. 105(1). Pp. 1-49.
- Martínez, A. & Vergara, M. (2015). *La jurisdicción universal como instrumento para la protección de pueblos indígenas*. Copenhagen: IWGIA/FIBGAR. https://www.iwgia.org/images/publications/0718_JURISDICCION_UNIVERSAL_2.pdf
- Mejía, M. J. (2016). *Análisis del art. 401 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador y su vínculo con la jurisdicción universal penal*. Ambato: Universidad Regional Autónoma de Los Andes.
- Olasolo, H., Martínez, J. R., & Quijano, L. (2020). "The Tension between State Duties to Investigate and Prosecute *ius Cogens* Crimes and Immunity of the Highest State Representatives from Foreign Criminal Jurisdiction". *International Criminal Law Review*. Vol. 20(5). Pp. 841-861.
- Randall, K. C. (1988). "Universal jurisdiction under international law". *Texas Law Review*. Vol. 66(4). Pp. 785-841.
- Servín, C. (2018). "De la autorización a la prohibición de la amnistía de los crímenes internacionales: ¿es la obligación *aut dedere aut judicare* una norma consuetudinaria de derecho internacional?". *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*. Vol. 1. Pp. 1-48.

- Sosa, M. (2013). “Aut dedere aut judicare, *crimen de lesa humanidad* y *Corte Penal Internacional*”. Madrid: Universidad Carlos III.
- Sosa, M. (2015). “Aut dedere aut judicare”. *Eunomía. Revista de Cultura de la Legalidad*. Vol. 8. Pp. 171-182.
- Subramaniam, S. (2022). “ILC Draft Article 7 on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction”. *Völkerrechtsblog*. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0301-20220331-010938-0-4>.
- Tiribelli, C. (2009). “Aut dedere aut judicare: response to impunity in international criminal law”. *Sri Lanka Journal of International Law*. Vol. 21 (1). Pp. 231-260.
- Wright, V. (2010). *Deterrence in Criminal Justice. Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment*. The Sentencing Project. <https://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2016/01/Deterrence-in-Criminal-Justice.pdf>
- Velasco, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/ 2010”. *La Ley*. Núm. 16986, 2011. P. 10

Informes, resoluciones y otros documentos

- Amnistía Internacional. (2014). *16 años después del arresto de Pinochet, la JUn España está bajo mínimos*. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/16-anos-despues-del-arresto-de-pinochet-la-jurisdiccion-universal-en-espana-esta-bajo-minimos/>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (1949). *Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction: Memorandum submitted by the Secretary-General*. Reporte A/CN.4/7/Rev.1
- Comisión de la Derecho Internacional. (CDI). (1950). *Report on the Question of International Criminal Jurisdiction by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur*. Reporte A/CN.4/15 and Corr.1. https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_15.pdf&lang=E
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (1983). *First report on the draft code of offences against the peace and security of mankind, by Mr. D. Thiam, Special Rapporteur*. Reporte A/CN.4/364. https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_364.pdf&lang=EFS
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (1983). *Draft code of offences against the peace and security of mankind - Compendium of relevant international instruments*. Reporte A/CN.4/368. https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_368.pdf&lang=EF
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (1988). *Draft articles on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Titles and texts adop-*

- ted by the Drafting Committee: articles 4, 7, 8, 10, 11 and 12 - reproduced in A/CN.4/SR.2082 to SR.2085. Reporte A/CN.4/L.422. https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_1422.pdf&lang=EF
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2004). *Annex. The Obligation to Extradite or Prosecute (“aut dedere aut judicare”) in international Law. Preliminary remarks. Report of the International Law Commission, fifty-sixth edition.* https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_59_10.pdf
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2006). *Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session.* <https://legal.un.org/ilc/reports>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2007). *Second report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare). By Zdzislaw Galicki, Special Rapporteur.* <https://undocs.org/A/CN.4/585>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2008). *Report of the International Law Commission, Sixtieth session.* <https://legal.un.org/ilc/reports>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2010). *Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Mr. Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur.* Reporte A/CN.4/631. https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_631.pdf&lang=EFSX
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2011). *Report of the International Law Commission, Sixty-third session.* <https://legal.un.org/ilc/reports>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2013). Anexo I. Informe del Grupo de trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). <https://legal.un.org/ilc/reports/2013/spanish/annex.pdf>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI) (2014). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de su sexta reunión (7 de abril al 8 de mayo y del 2 de junio al 6 de junio de 2014) (Informe de la Comisión, 66.º período de sesiones). Informe final sobre la obligación Aut Dedere Aut Judicare.* https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2016). *Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial*^{8*}. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/174/36/PDF/N1617436.pdf?OpenElement>
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2017). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de su sexagésimo noveno período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2017) (Informe de la Comisión, 69º período de sesiones).* <https://legal.un.org/ilc/reports/2017/spanish/chp7.pdf>

- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2018). *Report of the International Law Commission Seventieth session*. <https://legal.un.org/ilc/reports>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2018). Resolución 1/18. Corrupción y Derechos Humanos. <https://www.uninorte.edu.co/documents/2720452/13539831/Resolucion-1-18+Corrupci%C3%B3n+y+Derecho+Humanos+OEA.pdf/c0680915-4f4f-4ac8-ad3b-8be062886562>
- Confederación Suiza. (2018). *Position of Switzerland under paragraph 3 of General Assembly resolution 72/120 of 7 December 2017*. https://www.un.org/en/ga/sixth/73/universal_jurisdiction/switzerland_e.pdf
- Corte Penal Internacional. (2011). *Elementos de los Crímenes*. <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF-9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>
- Dell, G. (2020). *Addressing Impunity for Grand Corruption: What are the Options?* Transparency International. <https://www.transparency.org/en/blog/addressing-impunity-for-grand-corruption-what-are-the-options>
- Estado de Bélgica. (s.f.). *Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction*. https://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Belgium_E.pdf
- FIBGAR. (2018). *República de Chile*. http://jurisdiccionuniversal.org/?page_id=122#_ftn29
- Human Rights Watch (HRW). (2003). *Belgium: Universal Jurisdiction Law Repealed*. Nueva York, EE. UU.: Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/news/2003/08/01/belgium-universal-jurisdiction-law-repealed>
- Human Rights Watch (HRW). (2009). *Basic Facts on Universal Jurisdiction. Prepared for the Sixth Committee of the United Nations General Assembly*. Nueva York, EE. UU.: Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/news/2009/10/19/basic-facts-universal-jurisdiction>
- International Committee for the Red Cross (ICRC). (s.f.). *Belgium, Law on Universal Jurisdiction*. <https://casebook.icrc.org/case-study/belgium-law-universal-jurisdiction>
- International Committee of the Red Cross (ICRC). (2014). *JU sobre crímenes de guerra – ficha técnica*. <https://www.icrc.org/es/content/jurisdiccion-universal-sobre-crimenes-de-guerra-ficha-tecnica>
- Maharaj, A. (2015). *Special Measures Against Grand Corruption*. UNAC (Org.), *4th IRG Briefing for NGOs*. Conferencia llevada a cabo durante la Sexta Sesión del Grupo de Revisión de la Implementación de la UNAC, Viena, Austria. <https://uncaccoalition.org/special-measures-against-grand-corruption/>

- Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca. (s.f.). *The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction*. https://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUnijuri_StatesComments/Denmark.pdf
- Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de España. (2016). *Contribution of Spain on the topic "The scope and application of the principle of universal jurisdiction"*. https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal_jurisdiction/spain_e.pdf
- Ministerio de Relaciones Exteriores de México. (2018). *The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reply by Mexico to the request made in General Assembly resolution 72/120*. https://www.un.org/en/ga/sixth/73/universal_jurisdiction/mexico_e.pdf
- Misión Permanente de Austria para las Naciones Unidas. (2017). *Written comments on the The scope and application of the principle of universal jurisdiction*. https://www.un.org/en/ga/sixth/72/universal_jurisdiction/austria_e.pdf
- Misión Permanente de Chile ante las Naciones Unidas (2010). *El principio de la jurisdicción universal. Comentarios del Gobierno de Chile*. https://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUnijuri_StatesComments/Chile.pdf
- Misión Permanente de la República Federal de Alemania para las Naciones Unidas. (2017). *Note Verbale*. https://www.un.org/en/ga/sixth/72/universal_jurisdiction/germany_e.pdf
- Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas. (2016). *Intervención de la Delegación de México en el tema 85. «Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal*. https://www.un.org/en/ga/sixth/71/pdfs/statements/universal_jurisdiction/mexico.pdf
- Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas. (2020). *Intervención de México en el debate sobre el Tema 87: "Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal" Sexta Comisión de la 75ª Asamblea General de la ONU*. https://www.un.org/en/ga/sixth/75/pdfs/statements/universal_jurisdiction/11mtg_mexico.pdf
- Misión Permanente del Perú. (2011). *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal*. https://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUnijuri_StatesComments/Peru.pdf
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2012). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. 2da Ed. https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_legislativa.pdf
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2020). *Signature and Ratification Status of the UN Convention against Co-*

- rruption*. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>
- Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción (GOPAC). (2013). *Prosecuting Grand Corruption as an International Crime Discussion Paper*. http://gopacnetwork.org/Docs/DiscussionPaper_Prosecuting-GrandCorruption_EN.pdf
- Reino de los Países Bajos. (2003). International Crimes Act. https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/netherlands_-_international_crimes_act_english_.pdf
- Relatora Especial de la Comisión de Derecho Internacional (RECDI). (2016). Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial. Informe de la Relatora Especial No. A/CN.4/701. <https://digitallibrary.un.org/record/863249?ln=es>
- Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU). (2014). The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reporte del Secretario General No. A/69/174. <https://undocs.org/en/A/69/174>
- Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU). (2015). The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reporte del Secretario General No. A/70/125. <https://undocs.org/en/A/70/125>
- Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU). (2018). The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reporte del Secretario General No. A/73/123. <https://undocs.org/en/A/73/123>
- Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU). (2020). The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reporte del Secretario General No. A/75/151. <https://undocs.org/A/75/151>
- Transparency International. (2019). *25 Corruption Scandals that Shook the World*. <https://www.transparency.org/en/news/25-corruption-scandals>
- Trial International. (2019). *Evidentiary challenges in universal jurisdiction cases. Universal Jurisdiction Annual Review 2019* (5). https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2019/03/Universal_Jurisdiction_Annual_Review2019.pdf
- Trial International. (2023). DANIEL ORTEGA, ROSARIO MURILLO AND OTHERS. <https://trialinternational.org/latest-post/investigation-into-nicaraguan-president-over-crimes-against-humanity-during-2018-protest/>
- Trial International. (s.f.). Universal Jurisdiction Database. <https://trialinternational.org/resources/universal-jurisdiction-database/>

Capítulo 3

***Estrutura institucional clássica
de cooperação internacional***

FÁBIO RAMAZZINI BECHARA*
JOÃO PAULO SALES**
JOSÉ ANTÔNIO PINHEIRO ARANHA FILHO***

1. INTRODUÇÃO

A cooperação internacional é reconhecida como o principal instrumento que alimenta a expectativa de diferentes países na gestão de problemas comuns, notadamente o crime organizado, a corrupção e todas as suas derivações, como a lavagem de dinheiro, o financiamento ao terrorismo, o tráfico de drogas, de armas e seres humanos, dentre outros, cujo grande desafio compreende o resguardo da soberania nacional e a agilidade nos esforços de assistência, de

* Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (2010). Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação de Mestrado/Doutorado em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador Visitante do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (2016). Woodrow Wilson Center Global Fellow/Washington (2017-2019). Visiting Fellow na University of Wisconsin-Madison (2019). Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo desde 1996.

** Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

*** Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduação em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professor da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo desde 2004.

modo a distensionar os conflitos e harmonizar o entendimento e o diálogo.

Importante destacar o valor e o significado da cooperação internacional nas convenções e tratados no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), na Organização dos Estados Americanos (OEA), na União Europeia (EU), na Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), seja pelo reconhecimento do seu caráter fundante para a implementação dos compromissos assumidos pelos diferentes países, seja pelo fomento à diversificação e simplificação dos procedimentos de assistência mútua.

A produção de prova, o compartilhamento de informações, o planejamento de operações e investigação integradas, a transferência de pessoas condenadas e processos, a extradição, a recuperação de ativos, a negociação de acordos, enfim, são alguns exemplos de objeto da cooperação.

O grande ponto de atenção na atualidade, todavia, está menos relacionado ao reconhecimento sobre a importância e necessidade da cooperação internacional, e muito mais à qualidade e efetividade do seu processamento.

Especificamente no que se refere à corrupção e ao crime organizado, o modelo de cooperação clássico, pautado pela territorialidade e pela organização política dos países por meio das suas fronteiras geográficas, está ultrapassado e precisa ser repensado. Embora os avanços sejam inegáveis, há um claro déficit de atualização e aperfeiçoamento frente às novas ameaças.

Vale dizer, o impacto das tecnologias no ecossistema do ilícito acelerou e horizontalizou as dinâmicas de relacionamento e interação dos grupos criminosos organizados, o que ainda não foi devidamente acompanhado pelos países. A mobilidade das pessoas, mas principalmente do dinheiro, dos meios de pagamento, das estruturas empresariais, a intersetorialidade nas relações comerciais e nas políticas públicas, enfim, aumentam o nível de complexidade e exigência de governança para o problema.

O processamento da cooperação, em particular no que se refere ao auxílio judicial, é influenciado por diferentes fatores, os quais re-

percutem na sua performance e efetividade. Dentre esses fatores é possível destacar o modelo regulatório, a forma como os atos são praticados, os diferentes controles que são exercidos, e, por fim, a concentração ou difusão da autoridade na gestão da assistência mútua, seja em relação à iniciativa seja quanto à recepção das solicitações.

No presente capítulo pretende-se descrever e analisar as estruturas institucionais clássicas de cooperação internacional que se desenvolveram ao longo do tempo, assim compreendidos o canal diplomático, as unidades de enlace, e outros modelos de coordenação e articulação nacional, criados com o objetivo de aportar maior agilidade, simplicidade e assertividade à assistência¹, como, por exemplo, no Brasil, por meio da criação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional (DRCI), no ano de 2003, que passou a desempenhar o papel de autoridade central.

Além do Brasil, serão examinados os modelos de cooperação da Argentina, Colômbia, México, Chile e Peru, bem como os arranjos adotados na União Europeia, Espanha e Itália, cuja relação de simetria normativa com os países latino-americanos, aporta elementos de extrema relevância para o debate crítico.

Tão relevante quanto a descrição da estrutura clássica da cooperação, é a sua análise crítica segundo a perspectiva da pertinência e adequação para auxiliar as respostas ao crime organizado e à corrupção.

2. NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

A cooperação internacional constitui uma colaboração concedida por um Estado a pedido de outro na busca por uma reação específica, como uma investigação, um julgamento ou uma execução de pena (Hulsman, 1965).

¹ Vid.: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/atizacao-internacional-2/redes-decooperacao>

Baseia-se, portanto, na necessidade de compatibilizar a preservação da soberania nacional com a realização de medidas de interesse da justiça de um Estado no território de outro, expressando uma forma de relacionamento entre Estados, consubstanciada na colaboração mútua.

A implementação de medidas de auxílio a outro estado revela-se como uma obrigação jurídica assumida internacionalmente e, ainda, como forma de preservação da própria soberania do Estado solicitado, com a proteção contra ingerências externas e males transnacionais e a garantia de aplicação de suas próprias regras e exercício de seu poder².

Dentre as dificuldades que impactam a eficácia e eficiência da cooperação, destacam-se os procedimentos burocráticos e a lentidão dos trâmites de processamento das solicitações (tanto internamente quanto no estrangeiro), assim como a diversidade dos sistemas jurídicos, que suscita questões quanto à possibilidade e ao modo de atender às solicitações.

Com o objetivo de minimizar as adversidades do processamento das solicitações de auxílio, têm-se aprimorado os mecanismos utilizados na cooperação jurídica internacional, em particular no que diz respeito às vias e aos procedimentos de comunicação, como as redes de cooperação jurídica internacional, por exemplo.

Os princípios da reciprocidade, da dupla criminalização e da especialidade caracterizaram a cooperação jurídica internacional clássica, fundada especialmente na relação entre entes soberanos políticos (Triunfante, 2019), em que os Ministros de Relações Exteriores substituíam os juízes na tarefa de conduzir os procedimentos de assistência mútua, geralmente em um ritmo lento e burocrático. A partir de 1950, contudo, com a adoção de acordos bilaterais, o princípio da

² Antonio Scarance Fernandes (2008) indica a distinção entre eficiência, eficácia e efetividade, e propugna a necessidade de se buscar um equilíbrio entre eficiência e garantismo no processo penal. Segundo ele, a eficiência “expressa a capacidade e a força, o poder de algo que o leva a produzir um efeito”, ao passo que a eficácia corresponde à produção do efeito esperado. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal.

reciprocidade deixa de ser o vetor da cooperação jurídica na Europa, até que em 1980 surgem os primeiros acordos multilaterais sobre a matéria, inclusive com ampla participação de organismos internacionais como as Nações Unidas e a OCDE (Nilsson, 2006).

Foi no século XX, portanto, que se assistiu a uma ampliação quantitativa da cooperação jurídica, como a extradição³, a assistência jurídica mútua e compartilhamento de informações, e o surgimento de novos instrumentos, como as equipes conjuntas de investigação (ECI) (Mendonça, 2021).

Embora o modelo clássico de cooperação jurídica, fundado no princípio da reciprocidade e na atuação dos órgãos diplomáticos dos entes soberanos continue presente em algumas relações internacionais, cada vez mais novos agentes e atores, como os organismos internacionais, têm se valido de instrumentos jurídicos visando aportar maior segurança jurídica, não só aos Estados, como às demais partes envolvidas.

É exatamente nesse contexto que as redes de cooperação internacional foram concebidas e estimuladas em acordos multilaterais, tanto no âmbito regional como universal, como, por exemplo, as Convenções das Nações Unidas contra a corrupção e o crime organizado transnacional, as convenções no âmbito da OEA, no MERCOSUL, na UE, dentre outros.

As redes de cooperação jurídica internacional são, portanto, grupos que permitem a comunicação entre pontos de contato dos países por elas abrangidos, designados por autoridades centrais responsáveis pela cooperação jurídica ou, ainda, pelo Poder Judiciário, Ministério Público, além de outras autoridades envolvidas na cooperação internacional, como as polícias, autoridades aduaneiras, bancos centrais e, unidades de inteligência financeira.

Trata-se de um instrumento de natureza complementar e acessória, que não substitui e não se sobrepõe à via de cooperação oficial

³ Os tratados mais remotos sobre extradição não traduziam um esforço comum consciente de cooperação com a finalidade de enfrentar a criminalidade, mas sim um gesto de amizade apenas incidentalmente previsto em tratados de paz e aliança (Shearer, 1971).

acordada, seja a diplomática, autoridade central ou direta, cuja finalidade é coordenar a atuação nacional e facilitar a comunicação entre os pontos de contato no processo da cooperação. Encontros periódicos entre os pontos de contato são realizados de modo a desburocratizar o relacionamento e fomentar a construção de confiança mútua por meio da definição de procedimentos e fluxos padronizados.

Os pontos de contato que integram as redes, buscam realizar as seguintes atividades: (a) compilar a documentação normativa potencialmente útil à regulação das relações entre os países que a compõem; (b) disponibilizar dicas importantes sobre o manejo dos instrumentos normativos; (c) manter atualizados os textos dos tratados, bem como a lista dos países aderentes; (d) promover cursos de capacitação e especialização de profissionais que lidam com a cooperação internacional; (e) informar os canais de contato das autoridades competentes por temas específicos em cada um dos países; e (f) disponibilizar informações sobre o sistema jurídico e a legislação doméstica aplicável nos países.

Dentre os pedidos mais frequentes tramitados pelas redes, merecem destaque: (a) o exame preliminar de pedidos de auxílio; (b) dicas de interesse e informações práticas sobre como melhor encaminhar pedido específico de cooperação internacional; (c) confirmação de endereço para comunicação de atos processuais; (d) confirmação de recebimento de documentação enviada; (e) pedidos urgentes de complementação de informações; (f) informações sobre o andamento de pedidos encaminhados (diligência e cumprimento); (g) arranjos para a participação de autoridades do Estado Requerente em diligências; e, finalmente, (h) pedidos de remarcação de audiências. Em suma, as redes de cooperação jurídica internacional têm como objetivo facilitar e acelerar a cooperação entre os Estados que as integram, prover informações jurídicas e práticas para as autoridades nacionais e auxiliá-las na formulação de solicitações de auxílio.

Os princípios que estruturam as redes de cooperação são a informalidade, a complementaridade, a horizontalidade e a flexibilidade. As informações que trafegam não se destinam a compor autos de processos, mas simplificam a comunicação de informações e a solução de problemas urgentes, a despeito das vias formais que poderão,

posteriormente, revestir os atos processuais. São horizontais, porque não há hierarquia entre os pontos de contato, e flexíveis, uma vez que cada Estado é livre para definir a escolha de quem esteja preparado e disponível para exercer as funções que lhes cabe na condição de pontos de contato.

Vale destacar as seguintes redes de cooperação jurídica internacional: a Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) (CPLP, n.d.), a Rede Ibero-americana de Cooperação Jurídica Internacional (IberRede) (IberRede, n.d.), a Rede Hemisférica de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal da OEA (REMJA, n.d.), a Rede de Cooperação Jurídica Hemisférica em Matéria de Família e Infância da OEA (REMJA, n.d.); a Rede de Recuperação de Ativos do GAFISUD (RRAG) (RRAG, n.d.); Plataforma Pontos Focais de Recuperação de Ativos StAR-Interpol (IPLD, 2019).

Iniciativa relevante a ser ressaltada é o Programa Europeu EL PACTO. O programa EL PACCTO (Programa de Assistência contra o Crime Transnacional Organizado – Europa – América Latina) é um programa de assistência técnica internacional financiado pela UE que tem como objetivo o compartilhamento de boas práticas entre países europeus e latino-americanos e o reforço de competências dos atores envolvidos no combate ao crime. Suas atividades estão estruturadas em três pilares: Cooperação policial, cooperação entre sistemas de justiça e fortalecimento dos sistemas prisionais (EL PACCTO, n.d.).

Por fim, há ainda as redes de Ministério Públicos. Assim como os agrupamentos internacionais policiais, membros de Ministérios Públicos criaram suas redes de cooperação para a luta contra os diversos crimes transnacionais. A grande maioria destas são abarcadas pela Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP) (AIAMP, n.d.). Nesse sentido: Rede contra o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes (REDTRAM) (ONU, 2020); Rede de Procuradores anti-drogas – RFAI (AIAMP, n.d.); Rede de delinquência cibernética (CiberRED); Rede Ibero-Americana de Procuradores Contra a Corrupção (AIAMP, n.d.); Rede de Procuradores Antidrogas da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (RPA-CPLP) (Ministério Público de Portugal, n.d.).

Pode-se citar o programa do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, denominado *Law Enforcement Training Network*, destinado ao treinamento das forças de segurança de diversos países, como polícias e agências de fronteira, o que possibilita melhores práticas no enfrentamento da criminalidade transnacional.

Ainda, o GAFILAT (n.d.), organização intergovernamental que agrupa dezessete países das Américas, e elabora recomendações aos seus membros para a prevenção e combate à lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição massiva.

Importante reconhecer que todas essas iniciativas se complementam e auxiliam sobremaneira na difusão sobre a importância e os diferentes mecanismos de cooperação, mas principalmente escalam o fluxo informacional, e especializam e consolidam o relacionamento dos diferentes pontos focais espalhados pelo mundo.

3. REGULAÇÃO DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NOS INSTRUMENTOS CLÁSSICOS INTERNACIONAIS E REGIONAIS

3.1. Instrumentos internacionais

Nas formas secundárias do modelo clássico de cooperação, o processo penal fica concentrado na jurisdição do Estado requerente, competindo ao Estado requerido prestar-lhe algum tipo de assistência por meio da extradição ou de cartas rogatórias, vale dizer, um Estado solicita a prisão de um indivíduo em outro país ou informações e provas para autoridades judiciais do Estado requisitado. Nas formas de cooperação primárias, em que o processo penal tramita total ou parcialmente na jurisdição de um país, Estado requerente e requerido partilham o julgamento e a execução da sentença proferida contra o infrator, como ocorre na transferência de processo e na transferência de pessoa condenada (Plachta, 1989).

Inicialmente, os instrumentos de cooperação envolviam cartas rogatórias marcadas por um processamento lento e burocrático. No

entanto, com a internacionalização dos comportamentos penais, com a qual se relaciona o aumento de condutas transnacionais e da criminalidade organizada transnacional (COT) (Mendonça, 2021), esse instrumento não mais se presta ao enfrentamento de um tipo de criminalidade com características cada vez mais sofisticadas e que se aproveita das aberturas proporcionadas pela globalização. Ocorre que o envolvimento de vários Estados na persecução penal traz uma série de desafios, mesmo porque a maioria dos sistemas internos não possui uma regulamentação clara e consistente sobre procedimentos criminais transnacionais, sobretudo no que concerne à lei aplicável e às regras de conflitos. Ademais, quanto às provas obtidas no exterior, a prática tem mostrado uma falta de uniformidade, ora admitindo-as sem qualquer controle adicional, ora sujeitando a sua admissibilidade a intermináveis filtros domésticos (Winter, 2013).

Para dar vazão a este processo irreversível, alguns instrumentos internacionais multilaterais assumiram papel importante na busca de uma coordenação e racionalização da persecução penal transnacional, inclusive como catalisadores das mudanças das ordens jurídicas internas dos Estados partes.

Nesse cenário, a Convenção de Palermo foi adotada pela Resolução 55/25 da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 15 de novembro de 2000, tornando-se o principal instrumento na luta contra a criminalidade organizada transnacional. O tratado foi complementado por três protocolos adicionais, respectivamente destinados à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças; relativo ao combate ao tráfico de migrantes por ar, terra e mar; e contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas partes, componentes e munições. Com 190 (cento e noventa) partes, entre as quais Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Uruguai, Venezuela, Paraguai, Peru, México, Estados Unidos da América, Itália e Espanha (ONU, 2022), pode ser tratado como a espinha dorsal do arcabouço normativo internacional relacionado à prevenção e repressão da COT. Seu nascimento acompanhou a constatação realizada nas décadas de 80 e 90 do século passado, reconhecendo que o crime organizado exigia um tratamento coordenado em âmbito global (Standing, 2010), concentrando disposições que outrora eram encontradas em tratados bilaterais, em

um único instrumento multilateral albergado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas.

De relevo, o seu artigo 18 estabelece a mais ampla assistência judiciária recíproca nas investigações, processos e outros atos judiciais relativos às infrações previstas na Convenção, inclusive para recolher testemunhos ou depoimentos, notificar atos judiciais, efetuar buscas, apreensões e embargos, examinar objetos e locais, fornecer informações, elementos de prova e pareceres de peritos, fornecer originais ou cópias certificadas de documentos e processos pertinentes, incluindo documentos administrativos, bancários, financeiros ou comerciais e documentos de empresas, identificar ou localizar os produtos do crime, bens, instrumentos ou outros elementos para fins probatórios, facilitar o comparecimento voluntário de pessoas no Estado parte requerente e prestar qualquer tipo de assistência compatível com o direito interno do Estado parte requerido. Decorre ainda do artigo 18, em seu parágrafo 10, a possibilidade da transferência de pessoa detida para efeitos de identificação, para testemunhas ou para contribuir por qualquer outra forma para a obtenção de provas no âmbito de investigações, processos ou outros atos judiciais. Ademais, consoante o parágrafo 17, a Convenção adotou o princípio do *locus regit actum*, isto é, “qualquer pedido será executado em conformidade com o direito interno do Estado Parte requerido e, na medida em que tal não contrarie este direito e seja possível, em conformidade com os procedimentos especificados no pedido”.

Outro ponto de destaque, o art. 19 prevê a possibilidade de acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais pelos quais serão estabelecidos órgãos mistos de investigação, além de técnicas especiais de investigação, elencadas no art. 20, como entregas vigiadas, vigilância eletrônica e operações de infiltração.

A Convenção de Palermo inspirou diversas legislações internas, como é exemplo a Lei 12.850/13, do Brasil (2013), e a Lei 1908/18, da Colômbia (2018), se estabelecendo, portanto, como paradigma para a transformação de ordens internas na busca por um modelo uniforme de enfrentamento da criminalidade organizada transnacional.

Também fruto dessa agenda internacional de combate à COT inaugurada com a Convenção de Palermo, a Convenção de Mérida, instrumento igualmente desenhado no âmbito da ONU, tem entre as suas finalidades a promoção, facilitação e apoio à cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos. Adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, o tratado conta atualmente com 189 (cento e oitenta e nove) Partes, incluindo Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Venezuela, México, Uruguai, Estados Unidos da América, Itália e Espanha (ONU, 2022).

3.2. Instrumentos regionais

3.2.1. União Europeia e Conselho da Europa

Com a Convenção de Assistência Mútua em matéria penal de 29 de maio de 2000 (CUE), os Estados-membros da UE estabeleceram um arcabouço normativo adicional à Convenção Europeia de Auxílio Judiciário em matéria penal, de 20 de abril de 1959, típico instrumento de segunda geração⁴, com o escopo de assegurar uma cooperação rápida e eficaz forjada a partir do Tratado da UE, compatível não só com os princípios fundamentais de suas legislações internas, como também com os direitos individuais e os princípios da Convenção Europeia de proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais.

Em seu arts. 6, 1, o documento internacional estabeleceu que os pedidos de auxílio judiciário mútuo devem ser feitos por escrito, diretamente entre autoridades judiciárias com competência territorial para os fazer e executar, devendo ser observada a mesma via de res-

⁴ A assistência jurídica mútua pode ser considerada um instrumento de segunda geração, baseado essencialmente no sistema de autoridades centrais e convenções. Já o reconhecimento mútuo, forjado a partir da ideia da transmissão direta apoiada por redes informais, consiste em um instrumento de terceira geração, notado essencialmente no processo de integração europeu (Triunfante, 2019).

posta. Sem embargo, ressaltou a possibilidade de, em casos específicos, pedido e resposta serem efetuados entre autoridades centrais de diferentes Estados-membros ou entre uma autoridade judiciária de um Estado-membro e uma autoridade central de outro Estado-membro (União Europeia, 2000), dando ampla liberdade para que os países indicassem a autoridade competente na forma de suas leis domésticas⁵.

Mais recentemente, a Diretiva 2014/41/EU do Parlamento Europeu e do Conselho disciplinou a Decisão Europeia de Investigação em matéria penal, buscando consolidar o princípio do reconhecimento mútuo já albergado pela Decisão-Quadro 2003/577/JAI, tratando sobre as *freezing orders*, e a Decisão-Quadro 2008/978/JAI, relativa ao mandado europeu de obtenção de provas⁶.

Outro documento comunitário que se destaca na cooperação jurídica internacional em nível comunitário está previsto na Convenção Europeia sobre Transferência de Processos em Matéria Penal, utilizado especialmente nas hipóteses em que aplicável o princípio do “*aut dedere aut judicare*”⁷.

Logo, diante da concorrência de diversos modelos normativos, para se identificar a autoridade local competente para receber o pedido do Estado requerente e o instrumento normativo aplicável na UE, alguns critérios deverão ser observados: (a) natureza da medida; (b) aplicação (ou não) da Decisão Europeia de Investigação; (c)

⁵ Outro passo fundamental foi dado em entre 2001 e 2002, com a criação da EUROJUST, um corpo de promotores e juizes com assento no Tribunal de Haia, responsável por coordenar casos graves envolvendo o crime organizado e terrorismo, considerado o primeiro passo para o abandono da clássica cooperação jurídica para um modelo mais integrado e coordenado de enfrentamento do crime transnacional (Nilsson, 2006).

⁶ O instrumento foi idealizado essencialmente para ser mais eficiente que as *freezing orders* e a *european evidence warrant*, aplicando-se a todas las medidas investigativas voltadas para a obtenção da prova, bem como para o compartilhamento daquele elemento probatório já na posse da autoridade do Estado executante (KUSAK, 2019).

⁷ “Significa que o Estado onde se encontra o imputado está obrigado a extraditá-lo ou, em caso de impossibilidade de fazê-lo, a promover a perseguição em face dele” (Mendonça, 2021).

tipo de crime investigado/processado; e (d) local de cumprimento da medida.

Ocorre que para a sustentação deste modelo regional de cooperação em que se funda a UE, um novo panorama institucional foi necessário, com a criação de entes capazes de coordenar e harmonizar as ações dos Estados-membros no que concerne à investigação e a persecução da criminalidade organizada transnacional, concebendo-se um modelo de comunicação e tomada de decisão fundado em uma horizontalidade descentralizada (Vermeulen, 2012).

Logo, com fundamento no art. 85 do Tratado de Lisboa e na Decisão do Conselho 2002/187/JHA, a EUROJUST, Agência da União Europeia para a Cooperação de Justiça Criminal, desenvolve uma rede internacional de cooperação capaz de assegurar a atuação de promotores e procuradores dos Estados-membros em mais de cinquenta jurisdições por todo o mundo, mediante acordos, além da constante parceria com outras agências de segurança e antifraude da própria UE (2002). A agência também administra a Rede Judiciária Europeia, com pontos de contato para a facilitação da colaboração jurídica em matéria penal, criada pela Ação Comum JHA 98/428 e posteriormente modificada pela Decisão do Conselho 2008/976/JHA. Sua principal competência é facilitar a colaboração mútua no enfrentamento de crimes graves, estabelecendo, para tanto, contatos diretos entre autoridades competentes, além de oferecer informações jurídicas e práticas para a solicitação do pedido de colaboração judicial⁸.

Digno de nota ainda, a EUROPOL, sediada em Haia, compreende uma agência responsável por garantir o cumprimento da lei na UE, prestando apoio a vinte e sete Estados-membros no enfrentamento das diversas formas de criminalidade transnacional e terrorismo. Centrando a sua atuação no apoio às operações policiais, conta com

⁸ Ferramenta que se propõe a facilitar o fluxo dos pedidos de cooperação no âmbito da União Europeia, o atlas Judiciário permite identificar a autoridade competente para receber o pedido de cooperação jurídica e prevê um canal rápido e eficiente na transmissão dos requerimentos de acordo com a medida almejada (Vid.: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/AtlasChooseCountry/PT>)

analistas criminais que auxiliam as autoridades policiais dos Estados-membros em suas atividades diárias. Da mesma forma, o European Public Prosecutor's Office, cujo início de operação se deu em junho de 2021, consistindo em uma agência independente responsável por investigar, acusar criminosos e crimes contra os interesses financeiros da UE (União Europeia, n.d.).

Destarte, podemos encontrar na UE um modelo de cooperação internacional bem peculiar, com instrumentos de primeira, segunda e terceira geração, sobretudo, neste caso, no tocante aos Estados-membros que aderiram à Decisão Europeia de Investigação. Na América, por outro lado, ainda que tratados multilaterais tenham se multiplicado a partir do século XXI, sob os auspícios da OEA (2008), há uma carência do elemento integrador que caracteriza a UE, sendo possível afirmar, portanto, uma proeminência ainda dos instrumentos de segunda geração.

3.2.2. América

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, traz a definição dos atos de corrupção, obrigando os Estados partes a estabelecerem em suas legislações internas os tipos penais correspondentes, como forma de facilitar a cooperação entre os Estados partes. Consoante ainda o artigo XIV, os Estados partes prestarão a mais ampla assistência recíproca, dando curso às solicitações emanadas das autoridades responsáveis pela persecução penal dos atos de corrupção nela definidos, em especial para a obtenção de provas e a realização dos atos necessários para facilitar o cumprimento de diligências relacionadas à investigação ou ao processo penal. Para os propósitos da assistência e cooperação internacionais, cada Estado parte poderá designar uma autoridade central ou utilizar as autoridades centrais previstas nos tratados pertinentes ou outros acordos (OEA, 1996). Em nível regional, a Convenção estabelece um mecanismo de implementação denominado Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, destinado a promover o instrumento em nível regional e avaliar o empenho dos países no combate à corrupção (Meyer-Pflug & Oliveira, 2009).

Considerando ainda a integração na América Latina, o Mercosul não tratou expressamente a cooperação judicial como um objetivo ou instrumento, contudo, pode-se afirmar que a cooperação é uma prioridade no âmbito criminal, principalmente em razão dos protocolos que se seguiram.

Com efeito, ainda no início do bloco as questões de direito penal internacional tenham sido abordadas predominantemente em tratados bilaterais, a Convenção Interamericana de Nassau sobre assistência mútua em matéria penal, ratificadas por alguns Estados, traçou as linhas iniciais para a negociação de um Protocolo regional sobre assistência jurídica em assuntos penais na mesma linha dos convênios de direito privado. Assim, adotou-se em 1996 o Protocolo de São Luís, ratificado e incorporado por todos os Estados e em vigor desde 2001. Seguindo os critérios europeus, trata-se de um instrumento clássico, embora traga algumas peculiaridades que o tornem especial, como a solicitação de assistência jurídica mútua para a realização de atos de investigação, que podem ser feitos por qualquer autoridade judicial, inclusive sem o cumprimento do requisito da dupla incriminação e com a possibilidade da autoridade judicial do Estado requerente estar presente na execução da solicitação no Estado requerido. Não foram incluídas no Protocolo as solicitações de atos de investigação proativos ou o uso de métodos especiais de investigação, como a infiltração e as entregas vigiadas (Vervaele, 2010).

Nesse aspecto, o Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul (2010) e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, firmado em San Juan, em 2 de agosto de 2010, confere a possibilidade de ECI atuar dentro dos territórios dos Estados partes, desde que em conformidade com a legislação interna do país onde estiver atuando a equipe. A equipe será constituída por meio de instrumento de cooperação técnico específico, assinado entre as autoridades competentes para o ato, designadas por cada uma das partes de acordo com as suas normas internas. As solicitações tramitaram por meio das autoridades centrais dos países requerente e requerido, responsáveis pela análise do cumprimento das exigências estabelecidas no Acordo. Ainda, a prova e a informação obtidas em razão da atuação de equipe conjunta somente poderá

ser utilizada nas investigações que motivaram sua criação, salvo acordo em contrário das autoridades competentes.

4. ESTRUTURA INSTITUCIONAL DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NA ESPANHA, ESTADOS UNIDOS E ITÁLIA

4.1. *Espanha*

Na Espanha, tanto os pedidos de cooperação pela via diplomática, baseados no princípio da reciprocidade, quanto aqueles que são fundamentados em acordos bilaterais e multilaterais, devem ser processados pelo Ministério da Justiça, por meio da sua Subdiretoria Geral de Cooperação Jurídica Internacional, Autoridade Central designada para todos os requerimentos advindos de Estados não pertencentes à UE.

Quando a solicitação partir de Estados pertencentes ao bloco europeu, haverá comunicação direta entre autoridades judiciais, mostrando-se cada vez mais incomum a intervenção da Autoridade Central nestes casos (Espanha, 2022).

Cumprе enfatizar que além de figurar como Autoridade Central, o Ministério da Justiça participa igualmente de redes de cooperação internacional, da qual é exemplo a IberRed, espaço de cooperação em matéria civil e penal, à disposição de 22 países ibero-americanos e do Supremo Tribunal de Porto Rico. Baseada no fortalecimento dos laços de cooperação entre os países, tem por finalidade a otimização dos instrumentos de assistência jurídica civil e penal, como extradição, transferência de pessoas, entre outros (IberRed, n.d.).

O Regulamento 1/2018, que versa sobre assistência jurídica internacional e redes de cooperação jurídica internacional, especificamente determina aos tribunais internos a atuação conforme o previsto nas normas da UE, os acordos bilaterais e multilaterais dos quais a Espanha faz parte, a Lei Orgânica do Poder Judiciário e as leis especiais. Estabelece ainda que o Conselho Geral do Poder Judiciário, por seu Serviço de Relações Internacionais, prestará apoio aos ór-

gãos jurisdicionais espanhóis que “assim o solicitarem, para o correto encaminhamento e efetivo cumprimento dos pedidos de cooperação jurídica que devam ser dirigidos às autoridades competentes de outros Estados e para a devida execução das petições recebidas pelos tribunais espanhóis” (Espanha, 2018), utilizando-se, para tanto, de pontos de contato na Rede Judiciária Europeia em matéria penal.

Por outro lado, o seu artigo 16 dispõe que os pedidos de cooperação jurídica internacional recebidos pelos órgãos judiciais, independentemente da sua base normativa —se convencionais ou fundados no reconhecimento mútuo—, serão objeto de registro e distribuição específica. Uma vez distribuído o pedido ao órgão correspondente, o serviço comum acusará o recebimento à autoridade judiciária requerente.

A Unidade de Cooperação Internacional da Procuradoria Geral também desempenha importante papel na cooperação jurídica internacional, centralizando e coordenando o trabalho do Ministério Público em suas relações internacionais, institucionais e operacionais (Espanha, n.d.), com os pontos de contato na Rede Judiciária Europeia e na IberRed⁹. Responde ainda por diversos pedidos de cooperação, sobretudo quando não compreendidas medidas submetidas à cláusula de reserva de jurisdição ou que estejam albergadas pela Decisão Europeia de Investigação.

4.2. *Itália*

A maioria dos tratados firmados pela Itália trataram, inicialmente, com o procedimento de extradição, sendo paulatinamente incorpo-

⁹ Sobre a cooperação jurídica internacional em matéria penal com países da América Latina, são exemplos os acordos bilaterais com a Colômbia (Acordo de cooperação judiciária em matéria penal entre o Reino da Espanha e da República da Colômbia), Paraguai (Acordo de cooperação judiciária em matéria penal entre o Reino da Espanha e a República do Paraguai), Argentina (Acordo de extradição e assistência jurídica mútua entre o Reino da Espanha e Argentina) e México (Tratado sobre assistência jurídica mútua em matéria penal entre o Reino de Espanha e os Estados Unidos Mexicanos).

rados instrumentos voltados à obtenção da prova, como depoimentos testemunhais na Convenção de 29 de março de 1871 para a extração de criminosos com a Guatemala.

Com o final da Primeira Guerra Mundial, tornou-se mais comum a adoção de tratados sobre assistência jurídica mútua (Van Wijk, 2017). A Itália ainda foi um dos primeiros Estados a participar da Convenção de 1959, ratificando ainda o seu protocolo adicional em 1986. Alguns anos depois, ratificou igualmente a Convenção de Schengen de 1990.

No entanto, no que concerne aos instrumentos de mútuo reconhecimento, foi o último país a aderir ao Mandado de Detenção Europeu, sendo alvo de críticas pelos vários obstáculos criados para a prisão de acusados e condenados dentro da UE. E foi somente a partir de 2016 que finalmente cuidou de planejar uma efetiva implementação dos instrumentos da Convenção de 2000 e da Decisão Europeia de Investigação (Van Wijk, 2017).

Atualmente, o órgão competente para processar o pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal na Itália é o Ministério da Justiça, cujo rito será seguido conforme o documento internacional aplicável, a legislação interna e a medida objeto do pedido.

Neste sentido, a extradição é regida, por exemplo, pelo disposto nos arts. 10 e 26, da Constituição, art. 13 do Código Penal, arts. 696 a 722, do Código de Processo Penal, Convenções Internacionais e pelas normas de direito internacional geral que prevalecem sobre aquelas de direito comum. (Itália, 2017).

No que concerne à assistência jurídica mútua, a Circular 10, de agosto de 2015 busca racionalizar o processamento do pedido de cooperação, identificando os canais de transmissão em conformidade com os documentos internacionais aplicáveis. Neste cenário, reconhece a possibilidade dos juízes e procuradores italianos transmitirem diretamente os pedidos de assistência às autoridades judiciais estrangeiras, suprimindo-se, assim, em nome de uma maior celeridade, a fase de avaliação política e a via do canal diplomático.

Com efeito, o art. 696 do Código de Processo Penal¹⁰ atribui aos tratados internacionais grande importância na formatação do pedido de cooperação, enaltecendo os compromissos assumidos pela Itália no enfrentamento da criminalidade transnacional.

Entre os documentos multilaterais que asseguram essa comunicação direta das autoridades, de relevo apontar para a já mencionada Convenção Europeia de Assistência Judiciária em Matéria Penal de 1959, em especial o seu art. 15, parágrafos 2 e 4 e art. 53, parágrafo 1, do Acordo de Schengen¹¹.

Não obstante tal realidade, o Ministério da Justiça continua sendo o principal canal de transmissão dos pedidos de cooperação enviados e recebidos, sobretudo quando se mostra difícil a identificação da autoridade judiciária estrangeira territorialmente competente para analisar o pedido¹².

Em 2017, com o Decreto Legislativo 108/2017, a Decisão Europeia de Investigação foi, enfim, implementada na Itália¹³, e previu o

¹⁰ Le estradizioni, le rogatorie internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme della convenzione Internazionale in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto Internazionale generale.

¹¹ Nas hipóteses de urgência, a autoridade judicial responsável pela transmissão direta deverá atentar ao art. 204 das Disposições de Aplicação do Código de Processo Penal, encaminhando uma cópia do pedido ao II Gabinete da Direção-Geral da Justiça Penal, permitindo o controle e acompanhamento do processamento. O mesmo procedimento deve ser seguido quando o pedido é feito ao agente diplomático ou consular italiano, possibilitando o exercício do poder de bloqueio ministerial estabelecido no art. 727, 2, do Código de Processo Penal.

¹² Mesmo neste cenário, há a via pela Rede Judiciária Europeia, presente em cada distrito do Tribunal de Recurso.

¹³ A DEI substituiu as cartas rogatórias na obtenção da prova transnacional, revogando ainda as disposições correspondentes da Convenção de Assistência Mútua em Matéria Penal do Conselho da Europa de 1959, a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 1990, a Convenção de 2000 relativa à Assistência Judiciária em Matéria Penal da União Europeia, passando a reger a matéria nas relações entre os Estados que aderiram à diretiva (Daniele, 2017).

princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais na cooperação entre a Itália e outros países, como Bélgica, Croácia, Estônia, Finlândia, Alemanha, Grécia, Letônia, Lituânia, Holanda, Portugal, Eslováquia e Hungria, de modo que, embora obtida em território distinto, a prova passe a ser admitida como se tivesse sido adquirida na Itália. Duas situações devem ser observadas neste regime jurídico. Quando for provocada, isto é, quando figurar no lado passivo do pedido, desaparece a necessidade do *exequatur* do Tribunal de recurso, delegando-se a competência da execução ao procurador distrital¹⁴. Ademais, aqueles casos não regulados pela Decisão Europeia continuam regidos por outros tratados internacionais, mesmo porque a DEI se destina especificamente, como visto acima, a medidas de investigação indicadas na sua diretiva.

Ressalte-se que a Itália é membro da EUROJUST, sendo que em 2020, o seu escritório participou de 841 novos casos, coordenando ainda 91 reuniões e sete centros de coordenação, além de colaborar em 53 equipes conjuntas de investigação (Eurojust, 2022).

4.3. *Estados Unidos*

Os *MLATs* (acordos de assistência jurídica mútua), com força de lei, são os instrumentos geralmente utilizados para as solicitações de cooperação processadas pelos Estados Unidos da América, considerado mais ágil e confiável que as cartas rogatórias. O Escritório de Assuntos Internacionais do Departamento de Justiça responde pelo processamento e execução da assistência jurídica, notadamente quando envolver a extradição e remoção de fugitivos, a transferência de pessoas condenadas e a obtenção de provas para investigação e processos criminais, cumprindo as obrigações assumidas em tratados e convenções bilaterais e multilaterais. Além disso, auxilia promoto-

¹⁴ A avaliação da admissibilidade do pedido, contudo, continua sujeita à observância de direitos fundamentais internos, de modo que, diante da existência de medida condicionada à cláusula com reserva de jurisdição, a competência para executar a DEI será do juiz de instrução (Vid.:< <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5693-la-circolare-del-ministero-della-giustizia-sul-cd-ordine-europeo-di-indagine>>).

res estaduais e federais, bem como autoridades policiais a proteger informações e provas de países estrangeiros para uso em investigações e julgamentos criminais internos (DoJ, n.d.).

Interessante notar que a preocupação com os reflexos de crimes cometidos no exterior e a imprescindibilidade da cooperação internacional ganha força sobretudo com o *Foreign Corrupt Practice Act*, em 1977. Antes mesmo dos principais tratados internacionais e regionais multilaterais, os Estados Unidos da América tornaram ilegal e passível de responsabilização interna a oferta, o pagamento ou a promessa de pagamento de uma pessoa ou empresa dos Estados Unidos da América a qualquer autoridade estrangeira com a finalidade de obter ou manter negócios no exterior (DoJ, 2017).

Observam-se duas categorias principais de cooperação no contexto do FCPA. Primeiramente, o Departamento de Justiça pode solicitar uma prova ou outro tipo de auxílio por meio de um MLAT, que obriga a autoridade estrangeira a prestar a assistência requerida. Paralelamente, a Comissão de Valores Mobiliários americana (*Securities and Exchange Commission*) passou a integrar uma rede de memorandos internacionais de entendimento (*MOUs*), compreendendo termos precisos de compartilhamento de informações entre os membros, possibilitando um suporte para a regular cooperação (Mclean, 2012).

4.4. *Análise comparada*

Nos três sistemas descritos – Itália, Espanha e Estados Unidos –, é possível identificar uma característica comum, que é a preocupação em estabelecer uma autoridade central competente para a gestão dos pedidos de cooperação jurídica internacional, fora do canal diplomático, o que assegura maior agilidade e menos burocracia.

Especificamente no que se refere à Itália e Espanha, por fazerem parte da UE e adotarem o reconhecimento mútuo como princípio fundante na assistência jurídica internacional, o impacto na tramitação dos pedidos é igualmente relevante. Nesse sentido, os sistemas jurídicos nacionais dos países que integram a UE, reconhecem reciprocamente a legalidade e legitimidade das decisões judiciais para fins de extradição e produção de prova, por exemplo.

No caso dos acordos bilaterais negociados pelos Estados Unidos da América, muito embora não se faça qualquer referência ao reconhecimento mútuo, seu conteúdo contempla importantes avanços no sentido de tornar a assistência mais efetiva. Vale destacar o fim da tradução juramentada, a mitigação da exigência de dupla incriminação, a possibilidade de observar o procedimento do estado requerente, dentre outros.

O que é interessante observar nesse contexto comparado, é que os sistemas jurídicos descritos, apesar de possuírem origens e tradições distintas, convergem na direção de reduzir os riscos de inefetividade na cooperação, que possam decorrer das diferenças que os caracterizam.

Quanto mais simples e direta a comunicação, quanto mais intenso o diálogo e a interação, quanto menor a burocracia e mais simples o procedimento, tanto maior a eficiência e efetividade na assistência jurídica internacional.

5. ESTRUTURA INSTITUCIONAL DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NA AMÉRICA LATINA

5.1. *Argentina*

Na ausência de tratados internacionais, a Argentina¹⁵ segue o princípio da reciprocidade nas demandas de cooperação internacional em matéria penal, utilizando durante décadas os canais diplomáticos, considerado um procedimento mais longo e burocrático. Ao contrário de muitos países da América do Sul, incluindo o Brasil, que não dispõe de um sistema normativo interno próprio para a cooperação jurídica internacional em matéria penal, em 1997 o país

¹⁵ O estado argentino disponibiliza um sítio eletrônico sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal. Vid.: <<http://www.cooperacion-penal.gov.ar/>>.

promulgou a Lei 24.767¹⁶, disciplinando a matéria especialmente no tocante à extradição passiva, ativa e cumprimento de sentenças.

O art. 3 do diploma normativo estabelece que na ausência de tratado, o auxílio se subordina ao oferecimento da reciprocidade, dispensando-se ainda, na forma do art. 4, a legalização da documentação enviada pelo canal diplomático. Consoante ainda o art. 121 do Código de Processo Penal Argentino, a cooperação internacional será regido pelo direito internacional vigente e pelas leis domésticas correspondentes (Argentina, 2014).

Além de Autoridade Central, a Diretoria de Assistência Jurídica Internacional do Ministério das Relações Exteriores e Culto se encarrega de receber e encaminhar os pedidos de cooperação baseados no princípio da reciprocidade. Nestes casos em que não há um tratado disciplinando o assunto, o pedido deve incluir obrigatoriamente: os dados correspondentes à autoridade jurisdicional que emite o pedido; os dados correspondentes à individualização do processo; os dados da pessoa acusada; descrição dos fatos investigados; descrição clara da medida solicitada; tipo legal da conduta imputada; transcrição da lei penal aplicável e assinatura da autoridade jurisdicional que emite o pedido (Argentina, n.d.).

Ainda no que tange a atuação da autoridade central argentina, nos tratados firmados sobre extradição, a Argentina designa como Autoridade Central a Diretoria de Assistência Jurídica Internacional do Ministério de Relações Exteriores e Culto, igualmente responsável por encaminhar a solicitação à autoridade estrangeira competente¹⁷.

¹⁶ Antes da entrada em vigor desta lei, as relações de cooperação internacional eram reguladas por ato de 1885, tratando exclusivamente da extradição. Vid.: <<http://www.cooperacion-penal.gov.ar/ley-24767#:~:text=La%20Ley%20de%20Cooperacion%20Internacional,penal%20de%20la%20Rep%C3%ABblica%20Argentina>>.

¹⁷ A exceção é o tratado de assistência jurídica mútua com os Estados Unidos da América, cuja Autoridade Central é o Ministério da Justiça, Segurança e Direitos Humanos.

Desta forma, uma vez expedido o pedido de auxílio¹⁸, será encaminhado à Diretoria de Assistência Jurídica Internacional, indicando se existe ou não um tratado ou acordo sobre o assunto vinculando o país requerido, já que referido órgão atua também no processamento do pedido pelo canal diplomático.

Desta feita, verificando o preenchimento dos requisitos necessários, a Autoridade Central procederá ao registro do pedido junto à autoridade judicial competente para o cumprimento da medida, servindo como “elo entre quem emite a solicitação, a Autoridade Central do país e as autoridades judiciais locais que dela se encarregam” (Oas, n.d.).

Considerando o Mercosul, a Argentina possui acordo de colaboração especificamente com o Brasil, Uruguai e Paraguai, fruto do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal do Mercosul (Lei 25.095)¹⁹. Ademais, firmou acordos bilaterais com outros países da América do Sul, como a Colômbia (Lei 25.348), Equador (Lei 24.141), Paraguai (Leis 23.944 e 24.847), Peru (Lei 25.307) e Venezuela (Lei 25.347) (Oas, n.d.).

¹⁸ Qualquer medida necessária durante um processo poderá ser objeto de solicitação da autoridade jurisdicional estrangeira, vale dizer, intimações, obtenção de documentos privados ou públicos, perícias, escutas telefônicas, etc. Vid.: <<http://www.cooperacion-penal.gov.ar/preguntas-frecuentes>>.

¹⁹ Trata-se de documento internacional que se presta à regulação da cooperação em matéria de recepção e produção de provas, procedimentos particulares de localização de pessoas, transferência de pessoas sujeitas a processo penal, medidas cautelares sobre bens, expedição e execução de mandados de prisão ou intimação, etc., atividades estas que não seriam possíveis de se realizar no Estado requerido em razão da violação de sua atividade jurisdicional. Consta ainda deste documento que os Estados poderão recusar a prestação da assistência se o pedido for relacionado a um crime militar, fiscal ou político, bem como se o processado estiver sendo processado no país requerido pelo mesmo fato ou se o pedido violar a ordem pública ou os interesses essenciais do Estado requerido (Deluca & del Carril 2017).

5.2. *Bolívia*

A Bolívia regula a cooperação jurídica internacional em matéria penal no art. 138 e seguintes do Código de Processo Penal Boliviano (Lei núm. 1.970 de 1999) (Bolívia, 1999).

Segundo a mencionada legislação, bem como no art. 4 da Lei 465 de 2013, o *Ministerio de Relaciones Exteriores* figura, via de regra, como principal canal de transmissão dos pedidos de assistência jurídica, mesmo para os casos em que o pedido se baseie em tratado internacional (Bolívia, 2019).

Nos casos de pedidos passivos, a depender da sua natureza, o Ministério das Relações Exteriores da Bolívia o encaminha para o *Tribunal Supremo de Justicia* ou para a *Fiscalía General del Estado*, que, por sua vez, encaminharão para a autoridade que dará cumprimento a solicitação (Bolívia, 2019). Especificamente nos casos de extradição, o Ministério das Relações Exteriores encaminha para o *Tribunal Supremo de Justicia* para a análise da regularidade formal do pedido, a fim de declarar a procedência ou improcedência do pedido de extradição (Bolívia, 1999; 2019).

Atualmente, a única hipótese em que os pedidos de cooperação jurídica em matéria penal não tramitam pela via diplomática na Bolívia se dá em relação aos requerimentos formulados com base na Convenção de Mérida, cuja autoridade central é a *Delegación Presidencial para la Transparencia y la Integridad Pública* (Brasil, 2019).

5.3. *Brasil*

O Brasil não possui um instrumento normativo próprio regulando a questão da cooperação jurídica internacional de forma específica. A regulação do tema se dá de maneira fragmentada em normas esparsas, tais como: o Código de Processo Civil, Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

No Brasil, na ausência de tratados, os pedidos de assistência mútua tramitarão pela via diplomática, por meio do Ministério das Relações Exteriores (MRE), sendo que nos casos de pedidos passivos a tramitação se dará com base no princípio da reciprocidade.

De acordo com a Portaria Interministerial MJSP/MRE núm. 501, de 21 de março de 2012, os pedidos ativos, após a verificação da regularidade formal, serão encaminhados pelo Ministério da Justiça ao Ministério das Relações Exteriores para a formulação do pedido junto a representação diplomática estrangeira. No tocante aos pedidos passivos, serão encaminhados pelo Ministério das Relações Exteriores ao Ministério da Justiça, que procederá à análise administrativa de admissibilidade, que sendo positiva, encaminhará para autoridade competente para dar cumprimento, e em sendo negativo, devolverá ao MRE para que este proceda a regularização junto ao Estado requerente (Brasil, 2012).

O direito brasileiro reconhece diferentes meios de cooperação jurídica internacional, que à luz da legislação interna terão diferentes procedimentos, a saber: carta rogatória, auxílio direito e homologação de sentença estrangeira, extradição, entre outros.

No entanto, por meio do Decreto núm. 4.991 de 2004, o Brasil adotou a figura da autoridade central, que é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), que integra o Ministério da Justiça, cujas funções estão atualmente disciplinadas pelo Decreto núm. 9.662 de 2019. A exceção a atuação do DRCI como autoridade central se dá em relação aos pedidos baseados no acordo de cooperação em matéria penal com Canadá (Decreto núm. 6.747 de 2009), cuja autoridade central designada é a Procuradoria-Geral da República.

Como mencionado anteriormente, o Brasil reconhece diferentes instrumentos de cooperação a depender da natureza do pedido, o que trará implicações no procedimento interno para o seu cumprimento.

Os pedidos passivos de auxílio direto internacional em matéria penal, que se sujeitam à competência da Justiça Federal e que não ensejam juízo de delibação do Superior Tribunal de Justiça são encaminhados pelo DRCI à Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria Geral da República (Brasil, 2019). Esta procede à distribuição dos pedidos às unidades do Ministério Público Federal existentes pelo país, com atribuição para promover, junto ao Judiciário

Federal da de primeira instância, os atos necessários à cooperação, nos termos do art. 109 da Constituição Federal.

Nos casos de cartas rogatórias passivas, os pedidos serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça para concessão do *exequatur*, onde deverão tramitar conforme o art. 105, I, i, da Constituição Federal e o art. 216-O e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Concedido o *exequatur*, a carta rogatória será remetida ao Juiz Federal competente do Estado em que deva ser cumprida, nos termos do art. 109, X, da Constituição Federal.

5.4. Chile

Até dezembro de 2017, o MRE figurava como autoridade central do Chile competente para o processamento dos pedidos de assistência jurídica mútua em matéria penal, mesmo quando decorrentes de tratados e acordos multilaterais e bilaterais (Chile, 2017).

O Chile passou por uma profunda transformação em seu modelo processual penal, gradualmente implementada até 2005, quando o Ministério Público assumiu a exclusividade pela direção da investigação e o exercício da ação penal pública, consectário deste sistema acusatório.

Desde então, os pedidos de cooperação fundados no princípio da reciprocidade ou em documentos internacionais tem sido concentrado no Ministério Público, fruto da consolidação do modelo acusatório naquele país, dando maior celeridade à persecução penal transnacional.

Esta transformação trouxe reflexos no campo da cooperação jurídica internacional em matéria penal, como se depreende de vários dispositivos legais internos, sendo que desde 01 de fevereiro de 2018, o Ministério Público chileno é a autoridade central designada para todos os tratados de assistência jurídica internacional em matéria penal, com exceção dos casos de extradição (Aras, 2017). É o que se verifica, assim, do art. 47 da Lei 20.000, que sanciona o tráfico ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas, derivada da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, da qual o Chile é signatário, apontando que o Minis-

tério Público, diretamente e sem se submeter ao disposto nos parágrafos primeiro e segundo do art. 76 do Código de Processo Civil, poderá solicitar e conceder cooperação de assistência internacional para o êxito das investigações dos crimes que sejam objeto desta lei, de acordo com o disposto em convenções e tratados internacionais, podendo prestar informações específicas, ainda que se encontrem na situação prevista no núm. 3 do art. 182 do Código de Processo Penal. É o que se verifica ainda do disposto no art. 20 do Código de Processo Penal, estabelecendo que o processamento de pedidos de assistência internacional para procedimentos a serem realizados no Chile serão encaminhados diretamente ao Ministério Público, que solicitará a intervenção do juiz de garantia do local onde serão realizados os atos.

Para tal tarefa, o Ministério Público conta com a Unidade de apoio de Cooperação Internacional e Extradicações, encarregada de manter e coordenar as relações internacionais com os órgãos encarregados da persecução penal, representando ainda o Ministério Público perante fóruns e organizações internacionais, como UNODC, OEA/REMJA, IberRed, Rede Judiciária Europeia, entre outros (Chile, n.d.).

Ressalte-se que, em âmbito regional, o Chile firmou compromisso com a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, além de fazer parte do Acordo sobre Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados-partes do Mercosul e a República da Bolívia e da Convenção Interamericana contra a Corrupção.

A exceção da atuação do Ministério Público como autoridade central fica por conta do procedimento de extradição, conforme disposto no art. 644 do Código de Procedimento Penal, segundo o qual, quando o governo de um país estrangeiro solicitar ao Chile a extradição de pessoas, processadas ou condenadas, que estejam em seu território, o MRE transmitirá o pedido e seus antecedentes ao Tribunal Supremo.

5.5. Equador

O Equador reconhece o princípio da reciprocidade como fundamento para assistência jurídica internacional para as hipóteses em que não haja tratado entre o estado equatoriano e o estado estrangeiro, circunstância em que o processamento se dará pela via diplomática (Equador, 2021).

A atividade de autoridade central equatoriana para assistência jurídica em matéria penal incumbe a *Fiscalia General del Estado* (Ministério Público)²⁰, por meio da *Dirección de Cooperación y Asuntos Internacionales*. Contudo, é possível que os tratados prevejam outros canais de comunicação, como por exemplo é o caso Convenção de Mérida: Corte Nacional de Justicia. (Equador, 2021).

A atuação da *Fiscalia General del Estado* como autoridade central é recente, pois teve como ponto de partida a assinatura pelo Estado equatoriano, em 2003, da Convenção Interamericana de Assistência Mútua em Matéria Penal e da Convenção de Palermo, nas quais o mencionado órgão foi indicado como autoridade central pela primeira vez (Espinoza, 2017).

De maneira semelhante a outros países, o Equador não possui lei específica regulando o tema da cooperação jurídica internacional, todavia há normas esparsas que regulam o processamento da assistência jurídica internacional.

Por sua vez, de acordo com os arts. 194 e 195 da Constituição do Equador, a *Fiscalia General del Estado* é um órgão autônomo do Poder Judiciário (*Función Judicial*) equatoriano responsável pela investigação criminal e ação penal.

O art. 497 do Código Orgánico Integral Penal do Equador (COIP), prevê que os procuradores da *Fiscalia General del Estado* poderão solicitar assistência jurídica internacional para os fins de investigação criminal, tomada de depoimentos, exibição de documentos, inclusive bancários, além de prisão de sujeitos que estejam no exterior, apreensão de bens, entre outros (Equador, 2014).

²⁰ Art. 282, item 4, do Código Orgánico de la Función Judicial.

Mesmo nos casos em que os pedidos deverão ser encaminhados ao estado estrangeiro pela via diplomática, os requerimentos primeiramente serão enviados a *Dirección de Cooperación y Asuntos Internacionales*, órgão da *Fiscalía General del Estado*, que procederá a análise da regularidade formal dos pedidos, e, posteriormente, encaminhará ao MRE (Equador, 2021).

Para a elaboração dos pedidos ativos, a autoridade central equatoriana criou um sistema informático, denominado *Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales* (SIAF), com o objetivo de que os requerimentos formulados pelos membros do Ministério Público local sejam feitos por meio de um formulário eletrônico, uniformizando a confecção dos pedidos dentro de certos parâmetros.

Relativamente aos pedidos passivos, os pedidos processados pela via diplomática serão encaminhados do MRE a *Dirección de Cooperación y Asuntos Internacionales*, que após análise da regularidade do pedido, encaminha para o Ministério Público local para o cumprimento (Equador, 2021).

5.6. México

O México não possui lei específica tratando sobre assistência jurídica internacional, a regulação da matéria se dá em normas esparsas, seja no *Código Nacional de Procedimientos Penales* (CNPP), a *Ley de Extradición Internacional* e nos tratados internacionais celebrados pelo país.

Na ausência de tratado, o México igualmente presta auxílio jurídico com base no princípio da reciprocidade, processando-se os pedidos pela via diplomática, por meio da *Secretaría de Relaciones Exteriores*. De igual modo, na hipótese de pedidos de assistência formulados por autoridades mexicanas, o processamento também se dá pela Secretaria de Relaciones Exteriores.

Compete ao mencionado órgão, além da tramitação dos pedidos, sejam ativos ou passivos, análise prévia e elaboração de parecer a respeito da regularidade formal dos pedidos, consoante o art. 21, VIII ao XII, do Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Relativamente aos pedidos passivos, nos termos do art. 18, I e XI, da Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, a *Secreta-*

ría de Relaciones Exteriores encaminha o pedido para a *Fiscalía General de la República (Ministerio Público de la Federación)*, ao qual incumbirá formular o pedido de cumprimento junto a autoridade judicial competente.

Segundo o art. 435 do CNPP, os pedidos de cooperação de tribunais estrangeiros devem ser processados seguindo as disposições dos tratados internacionais. Na ausência de tratado ou na omissão dele, o processamento deverá seguir as disposições do Título XII do CNPP (Silva, 2016).

Especificamente com relação a extradição, a *Ley de Extradición Internacional* se aplica quando a extradição for requerida sem base em tratado internacional, circunstância que a tramitação se dará pela via diplomática.

A autoridade central mexicana é a *Fiscalía General de la República*, de acordo com o art. 437 do Código Nacional de Procedimento Penal Mexicano (México, 2021). Apesar do dispositivo mencionado fazer menção expressa a *Procuraduría General de la República*, este órgão foi substituído pela *Fiscalía General de la República*, num processo de reestruturação do *Ministerio Público de la Federación*, a partir de uma emenda constitucional que retirou o Ministério Público mexicano da esfera do Poder Executivo e o alçou a órgão público autônomo (México, 2017)²¹.

Assim, no modelo mexicano o mesmo órgão com atribuição de formalizar a acusação criminal, acumula o processamento e o cumprimento dos pedidos passivos de assistência jurídica internacional, além de deter a faculdade de solicitar a assistência.

Vale salientar que é possível que o tratado internacional indique autoridade central diversa ou a via diplomática, como é o caso, por exemplo, do Tratado de Extradición entre o Brasil e o México de 1935²², que não foi revogado pelo Tratado de Cooperação Jurídica

²¹ Expansión Política ¡Adiós, PGR! México ‘da a luz’ a la Fiscalía General de la República. Vid.: <https://politica.expansion.mx/mexico/2018/12/20/adios-pgr-mexico-da-a-luz-a-la-fiscalia-general-de-la-republica>.

²² Tratado de Extradición entre o Brasil e o México de 1935. Vid.: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2535-22-marco->

Internacional em Matéria Penal entre o Brasil e México²³ (Brasil, 1935; 2007).

5.7. *Paraguai*

O marco legal para a cooperação jurídica internacional em matéria penal no Paraguai pode ser extraído dos arts. 137 e 143 da Constituição Federal, artigos 146 e seguintes, do Código de Processo Penal, e art. 13, incisos 5 e 6, da Lei Orgânica do Ministério Público.

Na falta de tratados internacionais para as extradições de pessoas, conforme o princípio da reciprocidade, deverá ser utilizada a via diplomática, por meio de seu MRE, autoridade central designada ao lado do Ministério Público e do Ministério da Justiça para o processamento dos pedidos de assistência jurídica mútua²⁴. Importante enfatizar que no tocante à extradição, a solicitação pode ser feita via Interpol, sendo que inexistente disposição constitucional ou legal proibindo a extradição do cidadão nato paraguaio.

Muitos dos tratados firmados pelo Paraguai sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal indicam o Ministério Público como autoridade central responsável pelo processamento dos pedidos de cooperação²⁵, sendo designada para tanto a Direção de Assuntos Internacionais e Assistência Jurídica Externa, ligada ao Gabinete Executivo da Procuradoria Geral da República, consoante Resolução F.G.E. 10, de 4 de janeiro de 2007 e Resolução F.G.E. 3075, de 2 de outubro de 2007 (Paraguai, n.d.). Além de figurar como autoridade

1938-346111-publicacaooriginal-1-pe.html.

²³ Tratado de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal entre o Brasil e México. Vid.: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7595.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.595%2C%20DE%201%C2%BA,6%20de%20agosto%20de%202007.

²⁴ Importante ressaltar que a Lei 24.847, tratando da Assistência Jurídica Mútua com a Argentina, estabelece o Ministério das Relações Exteriores como autoridade central competente para o processamento dos pedidos de cooperação com fundamento neste acordo. Vid.: https://web.oas.org/mla/en/Treaties_B/Parag_tratbil_arg_esp_3.pdf.

²⁵ Cf. art. 4 do Convênio com o Peru sobre Assistência Jurídica em Matéria Penal.

central, a DAI responde também pela assistência jurídica internacional, pelos foros e redes internacionais²⁶, e pela cooperação técnica externa. Lado outro, são encontrados ainda diplomas normativos em que o Ministério de Justiça e Trabalho é designado como autoridade central, como se verifica no art. 4 do Convênio de Cooperação Judicial em Matéria Penal entre a República do Paraguai e o Reino da Espanha. Nestes casos, a tramitação do pedido segue rito mais complexo, seguindo para a Secretaria Geral da Corte Suprema de Justiça, Escritório de Distribuição de Casos Criminais, Tribunal Criminal de Garantias da Capital, Procuradoria Geral da República e, enfim, Direção de Assuntos Internacionais de Assistência Jurídica Externa.

O Paraguai é parte em diversos tratados multilaterais relacionados à matéria, inclusive na Convenção Interamericana contra a Corrupção, a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, a Convenção de Palermo e seus protocolos adicionais, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Drogas e Substâncias Psicotrópicas. Especial atenção deve ser dada ainda ao Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, assinado em San Luí, Argentina, em 25 de junho de 1996. Referido instrumento, firmado entre países do Mercosul, tem por alcance, entre outros, a notificação de atos processuais, a recepção e produção de provas, bem como medidas acautelatórias sobre bens, conforme o disposto no art. 2, sendo nele estabelecido ainda, como regra, o princípio do *locus regit actum*, segundo o qual o processamento das solicitações será regido pela lei do Estado requerido e de acordo com as disposições do protocolo. Consoante ainda o seu art. 8, a autoridade central do Estado requerido tramitará com presteza a solicitação e transmitirá à autoridade competente para seu processamento.

A Lei 1015/96, por sua vez, para a prevenção e repressão de atos ilícitos destinados à lavagem de dinheiro ou bens, prescreve que o juiz competente cooperará com seus pares de outros Estados para o processamento das ordens de apreensão e demais medidas cautelares previstas na lei processual, a fim de identificar o infrator e localizar os bens, objetos e instrumentos relacionados ao crime definido

²⁶ Inclusive a IberRed.

no art. 3. Da lei, para o que processará todas as exigências formuladas por cartas rogatórias recebidas do exterior.

Após os documentos que estabeleceram o Ministério Público como a autoridade central²⁷, o processamento da assistência jurídica mútua no Paraguai passou por transformação que o deixou mais dinâmico, de modo que, atualmente, o país requerente encontra uma tramitação mais célere, processando a sua solicitação por intermédio da DAI, que, então, encaminha diretamente o pedido, conforme o caso, a um promotor ou juizado penal de garantia onde deve ser cumprida a medida, com ulterior restituição à autoridade central requerente.

5.8. *Peru*

Por força do art. 512 do Novo Código de Processo Penal, a Procuradoria Geral da República assumiu o papel de autoridade central de assuntos internacionais de cooperação judiciária, sendo então criada pela Resolução núm. 124, de 3 de fevereiro de 2006, a Unidade Internacional de Cooperação Judiciária e Extradicações, responsável por centralizar a coordenação e a execução de todos os atos regulamentados pelo Livro Sétimo do Novo Código de Processo Penal (Peru, 2004), compreendendo extradição, notificação das resoluções e sentenças, bem como das testemunhas e peritos para que prestem depoimento, recepção dos depoimentos dos arguidos, testemunhas, peritos e outras pessoas, exposição e remissão de documentos judiciais ou cópias dos mesmos, apresentação de documentos e relatórios, realização de inquéritos ou inspeções, exame de objetos e lugares, bloqueio de contas, embargos, apreensão ou sequestro de bens criminosos, congelamento de bens, buscas domiciliares, interceptação telefônica, fornecimento de informações e provas, transferência temporária de detidos sujeitos a processo penal ou condenados, transferência de condenados, transferência de processos e entrega controlada de bens de origem criminosa.

²⁷ Cf. Convenção de Palermo, Convenção de Mérida, Convenção de Nassau e Convenção de Viena.

Ressalte-se que na ausência de tratado internacional, a cooperação jurídica internacional seguirá o princípio da reciprocidade, conforme o art. 508, 2 (Peru, 2004)²⁸.

Em matéria penal, o Peru possui acordos bilaterais de cooperação com Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Espanha, Itália, México e Paraguai (Peru, n.d.)²⁹.

5.9. Uruguai

Na ausência de acordo ou tratado internacional regendo a cooperação jurídica internacional em matéria penal, a autoridade judicial uruguaia transmitirá o pedido à Suprema Corte de Justiça que, por sua vez, acionará o canal diplomático por meio do MRE, responsável por provocar a embaixada uruguaia do país requerido que dará andamento ao pedido conforme a disposição interna do Estado requerido. Da mesma forma, cuidando-se de pedido de autoridade estrangeira, será necessária a mediação do MRE uruguaio, competente para receber as solicitações na falta de documento internacional disciplinando o assunto³⁰.

Cabe pontuar que para se estabelecer o processamento do pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal deve ser examinado em um primeiro momento qual o documento internacional aplicável, identificando-se, na sequência, a medida buscada pela autoridade estrangeira, vale dizer, ato de mera notificação processual, produção de prova ou providência cautelar.

²⁸ PERU. Novo Código de Processo Penal. Vid.: < <https://lpderecho.pe/nuevo-codigo-procesal-penal/>>.

²⁹ PERU. Ministério Público. Vid.: https://www.mpfn.gob.pe/unidad_cooperacion_internacional/convenios_bilaterales/>.

³⁰ Deve ser mencionada ainda a Agência Uruguaia de Cooperação Internacional, órgão criado em 2010 que funciona junto à Presidência da República, contando com um Conselho Diretor e um Diretor Executivo diretamente nomeados pelo Presidente da República. Entre suas atribuições, deve coordenar, executar e avaliar a difusão de atividades, projetos e programas de cooperação internacional, recebidos ou firmados pelo Uruguai, em conformidade com as prioridades de desenvolvimento nacional (Uruguai, n.d.).

Considerando os tratados multilaterais, podem ser citados o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, internalizado pela Lei 17.145, bem como a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal de Nassau (Lei 18.810). Ainda no tocante aos acordos multilaterais, o Uruguai firmou compromisso com a Convenção Internacional contra a Corrupção (Lei 17.008), Convenção Internacional contra o Terrorismo (Lei 18.070), Convenção Internacional sobre Tráfico Internacional de Menores (Lei 16.680), Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Drogas (Lei 16.579) e Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional com seus protocolos adicionais (Lei 17.861).

A Autoridade Central Assessora de Cooperação Jurídica do Uruguai, pertencente à estrutura do Ministério da Educação e Cultura, tem por competência o processamento da assistência mútua em matéria penal, incluindo notificações, pedidos de provas, medidas cautelares e extradição, apoiando ainda a Secretaria do Conselho Nacional de Prevenção e Repressão ao Tráfico Ilícito e Uso e Abuso de Drogas no que concerne às regulamentações de fontes nacionais e convencionais sobre cooperação internacional e extradição (Uruguai, 2022). Nestes casos, caberá ao órgão encaminhar e receber diretamente os pedidos de cooperação do Estado requerido/requerente, com exceção do pedido de extradição, necessariamente tramitando —com ou sem tratado sobre a matéria— pelo Ministério de Relações Exteriores uruguaio³¹.

Internamente, a Lei 17.016, tratando sobre drogas e substâncias que determinem dependência física ou psíquica, e a Lei 17.060, disciplinando a corrupção na função pública, estabelecem parâmetros específicos para o pedido de cooperação de autoridade estrangeira para a investigação ou repressão de fatos nelas definidos como crimes, inclusive no que tange à Autoridade Central de Cooperação Jurídica Internacional, responsável por encaminhar os respectivos

³¹ A depender do tratado aplicável, a Autoridade Central intervirá no processo, encaminhando o pedido ao MRE sem a necessidade de atuação da Suprema Corte de Justiça. (OEA, n.d.). Cf. ainda tratado de extradição do Uruguai com Argentina (Lei 17.225).

pedidos às autoridades jurisdicionais ou administrativas competentes para o ato, sempre de acordo com o ordenamento jurídico interno.

5.10. Venezuela: Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores

Apesar do Ministério Público ser indicado como autoridade central (Brasil, 2019; OEA, n.d.) para o cumprimento e solicitações de pedidos de assistência jurídica internacional, os arts. 111, item 17, e 185 do *Código Orgánico Procesal Penal* preveem que o Ministério Público atua em coordenação com o MRE da Venezuela.

Seja em relação aos pedidos passivos ou ativos, estes são recebidos ou enviados por meio do MRE.

Quanto aos pedidos ativos, o membro do Ministério Público encaminha o pedido à Coordenação de Assuntos Internacionais do Ministério Público para fins de sua revisão à luz da legislação nacional vigente e da prática internacional. Por fim, a Coordenação de Assuntos Internacionais encaminha a solicitação de assistência ao MRE para sua transmissão por via diplomática ao país requerido (OEA, n.d.).

No que se refere aos pedidos passivos, o MRE recebe os requerimentos dos Estados estrangeiros e os encaminha à Coordenação de Assuntos Internacionais do Ministério Público. Posteriormente, o pedido é encaminhado para o Ministério Público local, a fim de que seja designado procurador para realizar as diligências solicitadas. Realizadas as diligências requeridas, o procurador deverá encaminhá-las à Coordenação de Assuntos Internacionais. Por fim, os autos da diligência são encaminhados ao MRE, para transmissão por via diplomática ao país requerente³².

³² Vid.: https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/Ven_multla_gen_esp_1.pdf.

5.11. *Análise Comparada*

Observa-se na descrição acima uma grande assimetria entre os sistemas jurídicos nacionais descritos, em particular no que se refere à coordenação da cooperação jurídica internacional. Em alguns países como Brasil e Argentina houve um deslocamento para o Ministério da Justiça, em outros, como Peru e Chile o papel da autoridade central é desempenhado pelo Ministério Público, ou pelo MRE, como é o caso da Venezuela e Bolívia.

Todas as modificações que ocorreram ao longo dos últimos trinta anos na América Latina, em particular nos países acima analisados, foram influenciados pelos esforços de mobilização e engajamento no plano regional e internacional.

Vale dizer, os documentos internacionais aprovados no âmbito das Nações Unidas e da OEA, difundiram o ideal universalista e o propósito de estabelecer padrões com vistas a minimizar naturais diferenças que singularizam cada sistema jurídico nacional.

Todavia, tão importante quanto melhorar a governança no processamento e coordenação dos pedidos de assistência, é implantar mudanças de procedimento, de modo a reduzir burocracias e aperfeiçoar o modo de interpretar e executar os pedidos de cooperação, independentemente da diversidade dos países cooperantes.

6. COLÔMBIA

6.1. *Desenvolvimento normativo*

Na falta de um tratado ou acordo internacional, as autoridades colombianas deverão requerer a cooperação almejada por meio de carta rogatória, nota de súplica ou mandados³³, figurando o MRE como o canal de transmissão às autoridades requeridas (Colômbia, 2022).

³³ São os denominados *exhortos*, assim consideradas as comunicações ou mandados entre órgãos jurisdicionais nacionais e internacionais, tendo por objeto pedido específico de cooperação judicial (Sánchez, 2007).

A questão já era tratada no Código de Processo Civil (Decretos 1400 e 2019 de 1970), cujos arts. 696 e 697, previam a competência dos juízes colombianos do local onde deveria ser cumprida a medida para o processamento dos mandados sobre provas decretadas por funcionários judiciais ou tribunais arbitrais estrangeiros, bem como as notificações, requerimentos e atos similares por eles ordenados, desde que não se opusessem às leis ou outras disposições nacionais de ordem pública. Cumprida a diligência requerida, o mandado era restituído autoridade de comissionamento estrangeira pelo canal diplomático do MRE (Colômbia, 1970). Com o advento do Código Geral de Processo (Lei 1564 de 2012), a matéria foi tratada com semelhante tredação no art. 608, dispondo que sem prejuízo do disposto nos tratados e acordos internacionais de cooperação judiciária, os juízes colombianos devem processar os mandados de prova ordenados por funcionários judiciais ou tribunais arbitrais estrangeiros, assim como as notificações, requerimentos e atos similares por eles ordenados, desde que não se oponham às leis ou outras disposições nacionais de ordem pública. Da mesma forma, consoante o art. 609, cumprida a diligência, o mandado será devolvido pelo canal diplomático do MRE à autoridade de comissionamento estrangeira (Colômbia, 2022).

No que tange a figura da autoridade central na Colômbia, o Decreto 16 de 2014 prevê que a Procuradoria Geral da Nação, por meio de seu Procurador-Geral, tem por função a cooperação internacional direta para identificar ou localizar produtos patrimoniais do crime, localizados na Colômbia ou em outros países, diretamente ou a pedido de outros governos, dirigindo ainda o intercâmbio dos elementos de prova em geral e demais informações relacionadas com as investigações criminais, especialmente nos casos de nacionais envolvidos com crimes cometidos no exterior ou estrangeiros em crimes na Colômbia. A Diretoria de Assuntos Internacionais, por sua vez, órgão interno da Procuradoria, tem a atribuição de canalizar os requerimentos em temas relacionados com cooperação internacional, além de gerir, sob a orientação da Procuradoria Geral da Nação, a cooperação internacional para identificar ou localizar os bens produto de ilícito, que se encontrem localizados na Colômbia ou em outros países, diretamente ou a pedido de outros países (Colômbia, 2014).

Os acordos bilaterais estabelecem ainda que a Procuradoria Geral da Nação deve figurar como autoridade central responsável pela recepção e apresentação dos requerimentos de cooperação jurídica internacional. Neste sentido, o art. 5 do Acordo de assistência jurídica em matéria penal com a Argentina (Lei 492 de 1999), o art. 3 do Acordo de cooperação jurídica e assistência mútua em matéria penal com o Brasil (Lei 512 de 1999), art. 6 do Convênio de Cooperação Judicial e Assistência Mútua em matéria penal com o Equador (Lei 519 de 1999), art. 4 do Convênio sobre assistência jurídica em matéria penal com o Peru (Lei 479 de 1998), art. V do Acordo de Cooperação em matéria de assistência jurídica com o México, art. 4 do Acordo de cooperação e assistência jurídica em matéria penal com a Venezuela (Lei 567 de 2000), e art. 4. do Acordo de cooperação judiciária em matéria penal com o Uruguai.

No que concerne a acordos multilaterais, a Colômbia é parte de vários documentos, entre eles, a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas, a Convenção interamericana contra a corrupção e a Convenção interamericana de cooperação judicial mútua e seu protocolo opcional (OEA, n.d.).

O Código de Processo Penal traz ainda dispositivos específicos quanto à cooperação jurídica internacional em matéria penal, notadamente em seus arts. 484 e seguintes. Ademais, consoante o art. 281, as provas materiais enviadas por uma autoridade estrangeira, no desenvolvimento de uma solicitação de uma autoridade penal colombiana, com base em acordo bilateral ou multilateral de cooperação jurídica recíproca, se sujeitarão à cadeia de custódia e terão o mesmo valor que é dado a qualquer outra evidência material (Colômbia, 2004).

A Colômbia ainda integra a rede Iberoamericana de Cooperação Jurídica Internacional, tendo como ponto de ligação a Procuradoria Geral da Nação (IberRed, n.d.)³⁴.

³⁴ Cf. De forma semelhante, o acordo de cooperação judiciária em matéria penal entre o Reino da Espanha e República da Colômbia prevê a mesma instituição como autoridade central.

6.2. Fortalezas y debilidades del sistema colombiano

Dentre os pontos que merecem destaque no sistema colombiano está a atribuição de autoridade central ao Ministério Público (Procuradoria Geral da Nação). A vantagem desse modelo é a simplificação da estrutura burocrática, tendo em vista que supressão de um órgão com a única função de analisar a regularidade formal, muito semelhante com a figura de um despachante, tal qual o DRCI no Brasil, permite a otimização de tempo, uma vez que análise da regularidade do pedido é da mesma instituição que provocará o judiciário para o cumprimento do pedido, mormente nas situações em que o Estado colombiano for a parte passiva.

Mesmo nas hipóteses em que a Colômbia for parte ativa, a atribuição de autoridade central a Procuradoria Geral da Nação se mostra, ao menos na teoria, mais eficiente na medida que a instituição mais facilmente poderá complementar os pedidos formulados aos Estados estrangeiros, quando necessário, uma vez que eventuais informações poderão ser obtidas diretamente pela Procuradoria.

Apesar do modelo colombiano apresentar uma estrutura mais racional se comparado com outros estados latino-americanos, ainda não há previsão de comunicação direta entre autoridades judiciais tal como na UE. Na verdade, os Estados latino-americanos ainda não lograram êxito, seja em âmbito regional ou com estados de outras partes do globo, em adotar alguma figura semelhante ao reconhecimento mútuo, o que impede maior celeridade no processamento dos pedidos de assistência mútua.

7. ANÁLISE COMPARADA

Da análise dos principais instrumentos de cooperação jurídica na América Latina e em países como a Espanha, a Itália e os Estados Unidos da América, algumas observações são necessárias.

Em primeiro lugar, inegável que a força do direito comunitário espalha seus efeitos em matéria de cooperação internacional, como se depreende do art. 82 do Tratado sobre o Funcionamento da UE, assentando a cooperação judiciária em matéria penal no princípio

do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais, inclusive com a admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-membros e a adoção de regras mínimas capazes de manter o mais elevado nível de proteção das pessoas (Parlamento Europeu, 2007). Como bem explicita Mitsilegas (2007), o princípio do mútuo reconhecimento tem sido o motor da integração da UE, cuja origem em matéria penal, pode ser encontrada no mandado europeu de detenção, seguido por uma série de outras medidas, entre as quais a já mencionada decisão europeia de investigação.

Não pode outro motivo, o instrumento europeu de cooperação tem sido tratado como terceira geração evolutiva de assistência, compreendendo, inclusive, garantias explícitas aos acusados e à defesa, como se depreende das Diretivas 2010/64/UE, 2012/13/UE e 2013/48/UE, todas com força de lei interna nos países membros, consectário do artigo 288 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Na América, e em especial na América Latina, ainda que instrumentos nesses moldes ainda não sejam uma realidade, o que se tem visto é o uso cada vez maior de instrumentos de cooperação jurídica internacional, notadamente a assistência jurídica mútua (ou auxílio direto), indicando que alguns problemas, como a incompatibilidade entre os sistemas processuais e probatórios, são verdadeiramente aparentes. Com efeito, a partir sobretudo da internacionalização dos direitos humanos, impulsionada a partir do final da Segunda Guerra Mundial, princípios como a paridade de armas e do processo justo, desenvolvidos especialmente pela Tribunal Europeu de Direitos Humanos, podem ser acomodados em praticamente todos os países de tradições do *civil law* e do *common law*, possibilitando uma verdadeira convergência entre esses sistemas (Jackson & Summers, 2012).

Quando se expande a análise para os tratados bilaterais e multilaterais em temas sensíveis à sociedade internacional, como a Convenção de Mérida e a Convenção de Palermo, fica mais evidente ainda como os arranjos normativos no plano internacional e regional têm sido fundamentais para fundamentar e estimular a cooperação internacional (Bechara, Smanio & Girardi, 2019), pressionando, inclusive, mudanças importantes nas legislações internas dos países.

Esse movimento é sentido especialmente em países da América Latina como Peru e Paraguai, cujas legislações internas já incorporaram normas específicas no tocante à cooperação jurídica internacional em matéria penal. Lado outro, países como Brasil³⁵ e México ainda não possuem disciplina interna quanto à cooperação jurídica internacional em matéria penal, de sorte que os tratados internacionais, internalizados com força de lei, como é o caso do Brasil, são os principais marcos normativos existentes para orientar a ação de autoridades centrais e outros atores envolvidos na persecução penal transnacional.

Com isto, os instrumentos de segunda geração ainda predominantes nos países da América Latina, encontram suporte não só em tratados internacionais multilaterais e bilaterais como a Convenção de Palermo, a Convenção de Mérida e a Convenção Interamericana contra a Corrupção, como também em tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, formando-se um complexo sistema entrelaçado de normas internacionais e internas que orientam a cooperação jurídica internacional em matéria penal em função do processo justo.

Tal formatação, por óbvio, não exclui algumas debilidades, como o déficit de atuação da defesa, ainda sentido mesmo no modelo comunitário europeu. Grande parte dos tratados bilaterais ainda excluem da defesa o uso de instrumentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, como é o caso da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Assuntos Penais e o Tratado de Assistência Jurídica Mútua entre Estados Unidos da América e Brasil. De duvidosa compatibilidade com o processo justo, também pode ser indicada a imposição injustificada de confidencialidade, ainda presente nos principais tratados bilaterais. No que diz respeito à acusação, o princípio da dupla incriminação continua sendo um

³⁵ O anteprojeto do Código de Processo Penal do Brasil traz um livro próprio destinado à Cooperação Jurídica Internacional. Vid.: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/gt-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-penal>>.

obstáculo relevante para o enfrentamento da criminalidade organizada transnacional.

Nesse sentido, em que pese o atual estágio da cooperação jurídica internacional em matéria penal nos países da América Latina, alguns avanços importantes, sobretudo em aspectos relacionados ao direito de defesa e à previsão de regras mínimas, à semelhança do que se dera na UE, inegavelmente trarão maior segurança jurídica, incrementando a eficiência no enfrentamento da criminalidade transnacional ao evitar questionamentos do qual derivem nulidades processuais.

8. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

8.1. *Conclusões*

A estrutura clássica da cooperação jurídica internacional vem cedendo espaço para um arranjo institucional centrado na célere tramitação dos pedidos, de modo a possibilitar um enfrentamento cada vez mais efetivo da criminalidade transnacional.

Após os instrumentos de primeira geração do século XIX, regidos pelo princípio da reciprocidade e com abordagem predominantemente política, no século XX se estabeleceu um modelo mais alinhado a uma agenda internacional sensível à globalização e aos anseios de uma sociedade internacional que se formou a partir do pós-guerra.

A cooperação jurídica internacional evolui no sentido de corresponder de forma cada vez mais efetiva aos compromissos assumidos nos documentos internacionais bilaterais e multilaterais.

É neste contexto que as autoridades centrais e as redes de cooperação jurídica internacionais assumem posição de especial destaque, notadamente na busca por mecanismos jurídicos capazes de atenuar assimetrias entre os mais diversos sistemas jurídicos envolvidos.

No século XXI, instrumentos de terceira geração regidos princípio do reconhecimento mútuo, surgem como uma nova perspectiva para a cooperação jurídica internacional, encontrando no direito co-

munitário europeu o fecundo ambiente para o seu desenvolvimento. Sem embargo das críticas dirigidas a este modelo, com o contato direto entre autoridades judiciais, procuradores e policiais, busca-se uma celeridade sem precedentes, focada na utilização de mecanismos sem a mediação da autoridade central.

Nesse cenário, em que vigoram a confiança mútua e a informalidade, os pleitos cooperacionais respeitam geralmente a lei do país requerente (*lex fori*), garantindo a admissibilidade da prova obtida no exterior independentemente das assimetrias entre os ordenamentos jurídicos envolvidos.

Sem embargo de alguns tratados multilaterais, na América prevalece ainda o modelo baseado em instrumentos de segunda geração, vale dizer, a autoridade central exerce papel de protagonismo na assistência mútua. De forma alguma, contudo, pode-se afirmar que os países do continente americano se encontram fora da transformação operada a partir do início do século XXI. A participação dos Estados americanos em redes e grupos de cooperação, como a Rede Ibero-Americana de Cooperação Jurídica e o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo, reforçam esta tendência de aproximação entre órgãos internos de persecução penal e de inteligência, assegurando o compartilhamento rápido de dados e informações de interesse na prevenção e enfrentamento das diversas formas de criminalidade transnacional.

A tendência, portanto, é de paulatina substituição de mecanismos lentos e burocráticos, típicos dos séculos XIX e XX, por uma atuação mais coordenada e ágil, calcada na confiança mútua entre Estados que compartilham valores e que se unem em torno de objetivos comuns, entre os quais, o eficaz enfrentamento da criminalidade transnacional.

8.2. Recomendações para a América Latina

Nesse sentido, propomos as seguintes estratégias:

1. No que concerne ao combate da corrupção, a eficiência da cooperação depende da superação do princípio da dupla in-

criminação e da ampla aderência dos Estados aos tratados internacionais sobre a matéria.

2. Fortalecimento dos laços entre as instituições congêneres de seus países, o que se dá pela consolidação das redes de cooperação entre órgãos de persecução penal e de inteligência, com a imprescindível colaboração de organismos internacionais e regionais, como o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes, a Organização dos Estados Americanos e o Mercosul, não só no plano normativo, como também institucional, garantindo uma ação coordenada de seus Estados membros³⁶.
3. Implantação e efetivação das equipes conjuntas de investigação, que podem garantir maior eficiência na obtenção da prova, mitigando possíveis obstáculos impostos por incompatibilidades entre sistemas jurídicos internos diversos.
4. Padronização das regras comuns nos sistemas processuais nacionais, de modo a gerar mais segurança jurídica e reduzir o risco de violação do *ne bis in idem*.
5. Assegurar o direito à informação, nos moldes da Diretiva 2012/13/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2012, que confere expressamente o direito de assistência a um advogado, o direito a aconselhamento jurídico gratuito e as condições para a sua obtenção, o direito de ser informado da acusação, o direito à interpretação e tradução e o direito ao silêncio, além da garantia de ser informado sobre o ato criminoso de que seja suspeito ou acusado de ter cometido e do direito de acesso, em qualquer fase do processo penal, aos documentos que estejam na posse das autoridades competentes e que sejam essenciais para, eficazmente, nos termos do direito nacional, a legalidade da detenção ou prisão.

³⁶ Atualmente, a AMERIPOL, Comunidade de Polícias da América, tem promovido importante trabalho na capacitação e intercâmbio de informações, orientando de maneira estratégica e operacional o enfrentamento das principais ameaças contra a segurança pública e a cidadania na América (Ameripol, 2019).

6. Regular e fomentar a cooperação direta entre os órgãos de persecução, respeitada a transparência e assegurado o controle pelas partes diretamente interessadas.

8.3. Recomendações para Colômbia

As mesmas estratégias acima detalhadas para o aperfeiçoamento da cooperação jurídica internacional na América Latina podem igualmente ser replicadas na Colômbia.

Contudo, vale acrescentar a necessidade de fortalecimento e ampliação das redes de cooperação internacionais, dentre as quais a Comunidade Andina e o UNASUL, capaz de facilitar o intercâmbio de informações e a uniformização de procedimentos sobre cartas precatórias, exequatur, cumprimento de decisões judiciais, extradição e solução de conflitos (Baqueiro, 2017) (Tickner & Morales, 2015) (Olasolo & Palermo, 2018).

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Baqueiro, F. (2017). “Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal para a Repressão ao Crime Organizado Transnacional: A Experiência Europeia e as Perspectivas Mercosulinas”. Curitiba: Ius Gentium. Vol. 8. Núm. 2, jul./dez. Pp. 166-204.
- Bechara, F., Smanio, P. & Girardi, K. (2019). “Cooperação jurídica internacional na Operação “Lava Jato”: análise crítica a partir da diversidade entre os sistemas jurídicos nacionais”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Vol. 5. Núm. 2. Pp. 703-736.
- Daniele, M. (2017). “L’ordine Europeo di Indagine Penale Entra a Regime. Prime Riflessioni Sul D. LGS. 108 Del 2017”. *Diritto Penale Contemporaneo*. <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5564-lordine-europeo-di-indagine-penale-entra-a-regime-prime-riflessioni-sul-d-lgs-n-108-del-2017>
- Deluca, S. & Del Carril, E. (2017). “Cooperación Internacional en Materia Penal en el Mercosur: El Cibercrimen, Revista de la Secretaría del Tribu-

- nal Permanente de Revisión”. Año 5. Núm. 10, Out. 2017. Pp. 13-28. doi 10.16890/rstpr.a5.n10.p13.
- Espinoza, B. (2017). “Incorporación de mecanismos de cooperación judicial internacional en la legislación penal ecuatoriana”. *Rev. secr. Trib. perm. revis.* Año 5. Núm. 10. Pp. 216-226. <https://www.readcube.com/articles/10.16890%2Frstpr.a5.n10>. P. 216.
- Hulsman, L. (1965). “Transmission des Poursuites Pénales a L’État de Sejour et Exécution des Decisión Pénales Étrangères. In: *Le Droit Penal Internationale: Recueil d’Études en Hommage a Jacob Maarten Van Bemmelen*”. Leiden: E. J. Brill. P. 108.
- Jackson, J. & Summers, S. (2012). “The Internationalisation of Criminal Evidence: beyond the common law and civil Law Traditions”. New York: Cambridge University Press. P. 406.
- Kusak, M. (2019). “Mutual admissibility of evidence and the European investigation order: aspirations lost in reality”. *ERA Forum* 19, 2019. Pp. 391-400. <https://doi.org/10.1007/s12027-018-0537-0>.
- McLean, N. (2012). “Cross-national patterns in FCPA enforcement”. *Yale Law Journal*. Vol. 121. Núm. 7. Pp. 1987-1988.
- Mendonça, A. (2021). “Cooperação internacional no Processo Penal – A transferência de processos”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 430.
- Meyer-Pflug, S., Oliveira, V. (2009). “O Brasil e o combate internacional à corrupção”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 46. Núm. 181, pan./mar. Pp. 187-194.
- Mitsilegas, V. (2006). “The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU”. *Common Market Law Review*. Vol. 43. Issue 5. Kluwer Law International. Pp. 1277-1311.
- Nilsson, H. “From classical judicial cooperation to mutual recognition”. *Revue internationale de droit penal*. 2006/1-2 (Vol. 77). Pp. 53-78. doi: 10.3917/ridp.771.0053.
- Olasolo, H. & Palermo, P. *Los Desafíos Del Derecho Internacional Penal. Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*. Valência: ed. Tirant lo Blanch. P. 274.
- Plachta, M. (1989). “The role of double criminality in international cooperation in penal matters”. *Nordisk Tidskrift for Kriminallvidenskab*. Vol. 76. Núm. 5, 1989.
- Sánchez, G. (2007). *Introducción al Derecho Procesal*. 3ª. ed. Madrid: Marcial Pons. P. 216.

- Shearer, I. (1971). *Extradition in International Law*. Manchester: Manchester University Press. P. 283.
- Silva, J. (2016). “Marco general de la competencia y cooperación procesal penal internacional”. *Revista Opinión Jurídica*. Vol. 15. Núm. 30. Pp. 67-92. Universidad de Medellín. <https://www.redalyc.org/journal/945/94550080003/html/>.
- Standing, A. (2010). *Transnational Organized Crime and the Palermo Convention: A Reality Check*. New York: International Peace Institute. P. 20.
- Tickner, A. & Morales, M. (2015). “Cooperación dependiente asociada. Relaciones estratégicas asimétricas entre Colombia y Estados Unidos, Colombia Internacional”. Vol. 85. Pp. 171-205.
- Triunfante, L. (2019). *Manual de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*. Coimbra: Editora Almedina. P. 662.
- Van Wijk, M.C. (2017). “Cross-border evidence gathering – equality of arms within the EU?” Utrecht: Eleven international publishing. P. 346.
- Vermeulen, G., De Bondt, W. & Ryckman, C. (2012). “Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU”. *IRCP Research series*. Vol. 42. Antwerpen: Maklu. P. 767.
- Vervaele, J. (2010). “O Mercosul e a Integração Regional na América do Sul”. In: Baltazar, J. P., Lima, Luciano, F. (eds.). *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico. Pp. 251-293.
- Winter, L. (2013). “Transnational criminal proceedings, witness evidence and confrontation: lessons from the ECtHR’s case law”. *Utrecht law review*, Vol. 9. Núm. 4. Pp. 127-146.

Relatórios, resoluções e outros documentos

- Agência da União Europeia para cooperação em Justiça Criminal (EUROJUST). <https://www.eurojust.europa.eu/about-us/who-we-are>.
- Aras, V. Blog do Vlad. O MP chileno é a autoridade central para cooperação internacional. <https://vladimiraras.blog/2017/12/26/o-mp-chileno-e-autoridade-central-para-cooperacao-internacional/>
- Argentina. Ley 24.707 de Cooperación Internacional en Materia Penal. <<http://www.cooperacion-penal.gov.ar/ley-24767#:~:text=La%20Ley%20de%20Cooperacion%20Internacional,penal%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%20Argentina>>.
- Argentina. Ley 27.063. Código de Proceso Penal de la Nación. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239340/norma.htm>

- Argentina. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina. <<http://www.cooperacion-penal.gov.ar/preguntas-frecuentes>>.
- Argentina. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina. <<http://www.cooperacion-penal.gov.ar/>>.
- Argentina. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina. <<http://www.cooperacion-penal.gov.ar/preguntas-frecuentes>>.
- Argentina. Ley 24.847. Acordo Internacional de Assistência Judiciária assinado entre as Autoridades Centrais da Argentina e do Paraguai. https://web.oas.org/mla/en/Treaties_B/Parag_tratbil_arg_esp_3.pdf
- Associação Ibero-Americana de Ministérios Públicos – AIAMP. <<https://www.aiamp.info/>>.
- Atlas Judicial Europeu. <<https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/Atlas-ChooseCountry/PT>>.
- Bolívia. Código de Processo Penal Boliviano. <<https://accesoaljusticia.org/tag/codigo-organico-procesal-penal-copp/>>.
- Bolívia. Ley N° 465 de 19 de diciembre de 2013 del Servicio de Relaciones Exteriores. <https://web.senado.gob.bo/sites/default/files/LEY%20N%C2%BA%20465-2013.pdf>
- Bolívia. Cartilha de cooperação internacional.
- Bolívia. Código de Processo Penal Boliviano: <http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/BO/codigo_procedimiento_penal.pdf>.
- Bolívia. Cartilha de Extradicação. <https://www.cancilleria.gob.bo/webmre/system/files/files/CARTILLA_EXTRADICION.pdf>.
- Brasil. Portaria Interministerial núm. 501, de 21 de MARÇO de 2012, do Ministério da Justiça e do Ministério das Relações Exteriores. <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por501.pdf>.
- Brasil. Manual de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal. <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/manuais/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/manual-penal-online-final-2.pdf>>.
- Brasil. Decreto núm. 2.535, de 22 de março de 1938. Promulga o Tratado de Extradicação entre o Brasil e o México, firmado no Rio de Janeiro a 28 de dezembro de 1933, e o respectivo Protocolo Adicional, firmado no Rio de Janeiro, a 18 de setembro de 1935. <<https://www2.camara.leg.br/le>

- gin/fed/decret/1930-1939/decreto-2535-22-marco-1938-346111-publicacaooriginal-1-pe.html>.
- Brasil. Decreto núm. 7.595, de 1º de novembro de 2011. Promulga o Tratado de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos, firmada na Cidade do México, em 6 de agosto de 2007. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7595.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.595%2C%20DE%201%C2%BA,6%20de%20agosto%20de%202007
- Brasil. Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>.
- Chile. Fiscalía Nacional. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/fiscaliaNac_unidades_divisiones.jsp>.
- Chile. Ministerio de Relaciones Exteriores. <https://www.minrel.gob.cl/canciller-s-riveros-suscribio-acta-del-traspaso-de-la-autoridad/minrel-old/2017-12-26/162242.html>
- Colombia. Ministerio de Relaciones Exteriores. <https://www.cancilleria.gov.co/tramites_servicios/cooperacion_judicial>.
- Colombia. Código General del Proceso. <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites_servicios/apostilla_legalizacion/ley_1564_de_2012_codigo_general_del_proceso.pdf>.
- Colombia. Decreto 16 de 2014, pelo qual se modifica e define a estrutura orgânica e funcional da Fiscalía General de la Nación. <<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1003812>>.
- Convênio de Cooperação Judicial em Matéria Penal entre a Colômbia e o Uruguai. <https://leyes.co/convenio_de_cooperacion_judicial_en_materia_penal_entre_colombia_y_uruguay.htm#google_vignette>.
- Colombia. Secretaria do Senado. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004_pr006.html#281
- Colombia. Ley 1908, de 09 de julho de 2018. <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1908_2018.html>.
- Colombia. Código de procedimento Civil de Colombia. <https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_procedimiento_civil_colombia.pdf>.
- Departamento de Assuntos Jurídicos Internacionais. Convenção Interamericana contra a Corrupção. <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>>.

- Equador. Código Orgánico Integral Penal do Equador. <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf>
- Equador. Guía Práctica para la asistencia penal internacional. <<https://www.fiscalia.gob.ec/wp-content/uploads/2021/10/Guia-para-API-26102021.pdf>>.
- Equador. Sistema de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal en Ecuador. <https://www.fiscalia.gob.ec/solicitudes-de-asistencia-penal-internacional/>>.
- Equador. Resolución de la Fiscalía General del Estado Núm. 34. <https://www.zonalegal.net/uploads/documento/39.75%20PROCEDIMIENTO%20DE%20SOLICITUDES%20DE%20ASISTENCIA%20PENAL%20INTERNACIONAL.doc>
- Espanha. Ministério da Justiça da Espanha. Auxílio Judicial Internacional. <<https://www.mjjusticia.gob.es/es/area-internacional/cooperacion-judicial/auxilio-judicial-internacional>>
- Espanha. Reglamento 1/2018, de 27 de septiembre, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Compendio-de-Derecho-Judicial/Reglamentos/Reglamento-1-2018-de-27-de-septiembre-sobre-auxilio-judicial-internacional-y-redes-de-cooperacion-judicial-internacional>
- Espanha. Ministerio Fiscal español. Cooperación internacional. Disponível em <<https://www.fiscal.es/-/cooperacion-internacional>>. Acesso em 21 fev. 2022.
- European Judicial Network. < http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Login.aspx>
- Europol. <<https://www.europol.europa.eu/about-europol:pt>>.
- Eurojust. Mesa Italiana. <https://www.eurojust.europa.eu/states-and-partners/member-states/italy>
- Grupo de Ação Financeira da América Latina (GAFILAT). <<https://www.gafilat.org/index.php/es/gafilat/que-es-gafilat>>.
- Itália. Ministero della Giustizia. <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_3.page?tabait=y&tab=t&ait=AIT32555#TopAi>.
- MERCOSUL. Brasil promulga acordo com países do Mercosul para investigação conjunta de crimes. <<https://www.mercosur.int/pt-br/brasil-promulga-acordo-com-paises-do-mercosul-para-investigacao-conjunta-de-crimes/>>.
- Mexico. Reglamento interior de la Secretaria de Relaciones Exteriores. <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5621170&fecha=14/06/2021>.

- Mexico. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. <<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOAPF.pdf>>.
- Mexico. Ley de la Fiscalía General de la República. <<https://politica.expansion.mx/mexico/2018/12/20/adios-pgr-mexico-da-a-luz-a-la-fiscalia-general-de-la-republica>>.
- Mexico. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <<https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2017-03/CPEUM-102.pdf>>.
- Ministério Público Europeu (EPPO). <<https://www.eppo.europa.eu/en/mission-and-tasks>>.
- Organização das Nações Unidas (ONU). Convenção de Mérida. <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVII-I-14&chapter=18&clang=_en>.
- Organização das Nações Unidas (ONU). United Nations Treaty Collection. <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&clang=_en>.
- Organização dos Estados Americanos (OEA). Documento sobre o Processo das REMJA < https://www.oas.org/juridico/portuguese/doc_washington_VII_por.pdf>.
- Organização dos Estados Americanos (OEA). Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal. <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-55.htm>
- OEA. <https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/arg_mla_gen_po.pdf>.
- OEA. <https://web.oas.org/mla/pt/paginas/countries_bilateral.aspx?ISO=ARG>.
- OEA. <https://web.oas.org/mla/pt/paginas/countries_bilateral.aspx?ISO=COL>.
- OEA. https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/col_mla_other_po.pdf
- OEA. <https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/Ury_extra_gen_esp.pdf>.
- OEA. https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/Ven_multla_gen_esp_1.pdf.
- OEA. <https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/arg_mla_gen_po.pdf>.
- OEA. <https://web.oas.org/mla/pt/paginas/countries_bilateral.aspx?ISO=ARG>.

- OEA. <https://web.oas.org/mla/pt/paginas/countries_bilateral.aspx?ISO=COL>.
- OEA. https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/col_mla_other_po.pdf
- OEA. https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/Ury_extra_gen_esp.pdf
- OEA. https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/Ven_multla_gen_esp_1.pdf
- Paraguai. Direção de Assuntos Internacionais e Assistência Jurídica Externa. <<https://ministeriopublico.gov.py/direccion-de-asuntos-internacionales-y-asistencia-juridica-externa->>.
- Peru. Ministério Público. <https://www.mpfm.gob.pe/unidad_cooperacion_internacional/?K=1057>.
- Peru. Convenios bilaterales. <https://www.mpfm.gob.pe/unidad_cooperacion_internacional/convenios_bilaterales/>.
- Peru. Novo Código de Processo Penal. <<https://lpderecho.pe/nuevo-codigo-procesal-penal/>>.
- Parlamento Europeu. Tratado de Lisboa. <<https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-lisbon>>.
- Plataforma Pontos Focais de Recuperação de Ativos Star-Interpol. <<https://www.ipld.com.br/serie/serie-cooperacao-juridica-internacional-03-plataforma-pontos-focais-de-recuperacao-de-ativos/>>.
- Programa el PACCTO (Programa de Assistência Contra o Crime Transnacional Organizado - Europa -América Latina). <<https://www.elpaccto.eu/pt/>>.
- Rede Contra o Tráfico de Pessoas e o Contrabando de Migrantes – RED-TRAM. <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2020/10/protocolos-de-palermo-na-pratica-a-experiencia-da-rede-ibero-americana-de-procuradores-contras-o-trafico-de-pessoas-e-contrabando-de-migrantes-redtram.html>>.
- Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa (CPLP). <<https://www.cplp.org/Admin/Public/DWS-Download.aspx?File=%2FFiles%2FFiler%2Fcplp%2FAcordos%2FRede-CooperacaoJudiciaria.pdf>>.
- Rede de Procuradores Anti-drogas – RFAI. <<https://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-de-fiscales-antidroga>>.

- Rede de Procuradores Antidrogas da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (RPA-CPLP). < <https://www.ministeriospublicoscplp.org/redes>>.
- Rede de Delinquência Cibernética – CIBERRED. <<https://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-de-ciberdelincuencia>>.
- Rede Hemisférica de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal da OEA. < <https://www.oas.org/pt/sla/dlc/remja/>>.
- Rede Ibero-Americana de Procuradores Contra a Corrupção. <<https://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-contra-la-corrupcion>>.
- Rede de Cooperação Jurídica Hemisférica em Matéria de Família e Infância da OEA. < <https://www.oas.org/pt/sla/dlc/remja/familia.asp>>.
- Rede de Recuperação de Ativos do Gafisud – RRAG. < <https://www.gafilat.org/index.php/es/gafilat/que-es-gafilat>>.
- Rede Ibero-Americana de Cooperação Jurídica Internacional. <<https://iberred.notariado.org/pt/node/2>>
- Rede Judiciária Europeia (RJE). <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_DynamicPage/PT/1>.
- Selvaggi, E. (2017). “La circolare del Ministero della Giustizia Sul C.D. Ordine Europeo di indagine”. <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5693-la-circolare-del-ministero-della-giustizia-sul-cd-ordine-europeo-di-indagine>>.
- União Europeia. Convenção elaborada pelo Conselho em conformidade com o artigo 34º do Tratado da União Europeia, relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia - Declaração do Conselho sobre o nº9 do artigo 10º - Declaração do Reino Unido sobre o artigo 20º. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A42000A0712%2801%29>>.
- Uruguai. Agência Uruguia de Cooperação Internacional. <<https://www.gub.uy/agencia-uruguaya-cooperacion-internacional/institucional/cometidos>>.
- Uruguai. Ministerio de Educación y Cultura. (2022). “Asesoría Autoridad Central”. <https://www.gub.uy/ministerio-educacion-cultura/politicas-y-gestion/asesoria-autoridad-central>
- UNODC. Programa TRACK4TIP, uma iniciativa de enfrentamento ao tráfico e pessoas. <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/track4tip.html>.

Capítulo 4

Modelos institucionais de cooperação internacional em matéria penal I: modelos de integração policial

FÁBIO RAMAZZINI BECHARA*

JOÃO PAULO SALES**

JOSÉ ANTÔNIO PINHEIRO ARANHA FILHO***

THAMARA DUARTE CUNHA MEDEIROS****

1. INTRODUÇÃO

Na última metade do século XX, o aumento das dinâmicas no âmbito internacional levou a uma intensificação dos fluxos entre

* Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (2010). Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação de Mestrado/Doutorado em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador Visitante do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (2016). Woodrow Wilson Center Global Fellow/Washington (2017-2019). Visiting Fellow na University of Wisconsin-Madison (2019). Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo desde 1996.

** Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

*** Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduação em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professor da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo desde 2004.

**** Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca. Advogada.

Estados, como comércio, investimentos e troca de informações. Essa dilatação revelou certas fragilidades nas questões de segurança inter-fronteiras e demonstrou a necessidade da cooperação internacional para frear o crime organizado, uma ameaça crescente ao redor do globo e relevante tópico de investigação no presente estudo (Seyedi, 2016).

As oportunidades de delinquir de forma transfronteiriça de que desfrutaram os criminosos se multiplicam à medida que se aumenta a disponibilidade de tecnologias voltadas à informação, comunicação, mobilidade de bens, pessoas e serviços entre os países e surge uma economia globalizada. Atualmente, as organizações criminosas vendem armas, realizam contrabando de imigrantes, traficam drogas e cometem fraudes em diversos países em todo o mundo (Brady, 2007).

Os principais documentos internacionais que impulsionaram a agenda dos crimes transnacionais, tanto no plano universal no âmbito da Organização das Nações Unidas, como no plano regional, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), União Europeia (UE) e Mercado Comum do Sul (Mercosul), reconhecem a cooperação como um dos mecanismos fundamentais para dar efetividade a esses compromissos.

É nesse contexto que surge a necessidade de especializar os principais modelos institucionais internacionais de integração policial do mundo, notadamente a Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol), que conta com 195 países membros (Interpol, n.d.), o Serviço Europeu de Polícia (Europol), que presta apoio aos 27 países da UE (Europol, n.d.), e a Comunidade de Polícias das Américas (Ameripol), integrada por 33 corpos de polícia e 26 organismos observadores (Ameripol, n.d.)

Estes entes possuem como principal objetivo desenvolver mecanismos de cooperação policial internacional voltados à prevenção e à repressão dos delitos transnacionais. Essa colaboração é de grande utilidade para a localização e identificação de pessoas e ativos, para a obtenção de informações constantes de bancos de dados públicos estrangeiros, inclusive antecedentes criminais, dentre outros (Aras, 2019).

Tais iniciativas de integração e articulação interinstitucional não substituem os órgãos nacionais, pelo contrário, visam facilitar e otimizar a atuação desses.

O objetivo do presente capítulo é contextualizar e individualizar cada um dos modelos de cooperação policial citados, tanto do ponto de vista regulatório, como de organização e funcionamento, autonomia, competência, notadamente na relação que se estabelece com cada um dos Estados-partes.

O texto está dividido em três partes.

Na primeira será detalhada a importância da cooperação internacional entre as polícias nacionais no contexto da agenda de prevenção, repressão e controle do crime organizado e corrupção, com destaque para as redes de assistência mútua, que potencializam os esforços e iniciativas de coordenação e articulação.

Na segunda parte serão analisados os modelos institucionais da Ameripol, Interpol e Europol, seus respectivos marcos regulatórios, políticas e mecanismos de intercâmbio de informações.

Na terceira e última parte, são examinadas as simetrias e assimetrias entre cada um desses modelos, com propostas de aperfeiçoamento, levando em consideração, dentre outros fatores, a maturidade de uns em relação aos outros, a diversidade na sua origem e formação, e principalmente, a preocupação com a definição de parâmetros para preservar a validade e utilidade dos atos praticados no exterior, por meio do indispensável equilíbrio entre a proteção dos direitos humanos e o interesse estatal na prevenção, repressão e controle do crime organizado e da corrupção, dando especial enfoque à América Latina e à Colômbia, sobretudo no que concerne às principais virtudes e deficiências do atual modelo de cooperação policial destinado ao enfrentamento da corrupção na região.

2. ANÁLISE DE POLÍTICA CRIMINAL: REDES DE COOPERAÇÃO

Estima-se que as empresas perdem cerca de 5% de suas receitas em decorrência de fraudes, segundo estudo da ACFE – *Association of*

Certified Fraud Examiners. As fraudes duram em média 16 meses antes de serem descobertas pelas empresas. Cerca de 22% das empresas perdem um milhão de dólares americanos ou mais sendo vítimas de fraudes (ACFE, 2018).

O Banco Mundial estima que cerca de um trilhão de dólares americanos é pago por ano em propina por empresas no mundo (ONU, 2014). O Fórum Econômico Mundial estima que o custo de investimento em um país corrupto é 10% maior do que em um país mais íntegro (OCDE, 2014).

Esse quadro é ilustrado por grandes escândalos de corrupção, fraudes e lavagem de dinheiro, tanto no setor público como no privado, como os casos Petrobrás, Worldcom, Enron e FIFA, por exemplo. Isso impulsionou uma agenda internacional de integridade baseada na gestão de risco, em vista à preocupação com o dano reputacional, à saúde financeira dos negócios e à possibilidade de responsabilização no plano administrativo, patrimonial e criminal, seja de pessoas físicas quanto jurídicas (Kilmar & Amoroso, 2018).

A corrupção internacional é facilitada pelas práticas das empresas multinacionais, em que a lavagem de dinheiro viabiliza o caminho para que os corruptos transfiram os fundos para o exterior. As políticas que dificultam esse processo de transferência de fundos ilícitos são uma das chaves dos esforços globais contra a corrupção. E a cooperação internacional desempenha um papel determinante nesse sentido, principalmente para limitar os benefícios da corrupção (Ackerman & Palifka, 2016).

A cooperação internacional, que se traduz nos esforços de comunicação entre Estados soberanos ou entre estados e organismos internacionais, desempenha um papel essencial para atenuar as restrições naturalmente impostas pelas barreiras geográficas e jurídicas. Baseia-se na necessidade de compatibilizar a preservação da soberania nacional com a realização de medidas de interesse da justiça de um Estado no território de outro. É uma forma de relacionamento entre Estados, consubstanciada na colaboração mútua (Toffoli & Cestari, 2008).

A implementação de medidas de auxílio a outro Estado é ao mesmo tempo uma obrigação jurídica assumida internacionalmente,

bem como um mecanismo de preservação da própria soberania do Estado, por meio da proteção contra ingerências externas e males transnacionais e a garantia de aplicação de suas próprias regras e exercício de seu poder¹.

A despeito disso, a cooperação internacional continua a enfrentar diversas dificuldades que impactam sua eficácia e eficiência. Dentre elas, destacam-se os procedimentos burocráticos e lentidão dos trâmites de processamento das solicitações (tanto internamente quanto no estrangeiro), assim como a diversidade dos sistemas jurídicos, que suscita questões quanto à possibilidade e ao modo de atender às solicitações.

A fim de minimizar as adversidades do processamento das solicitações de auxílio, têm se aprimorado os mecanismos utilizados na cooperação internacional, principalmente no que diz respeito às vias e aos veículos de comunicação, como as redes de cooperação internacional.

As redes de cooperação internacional foram concebidas e estimuladas em acordos multilaterais, tanto no âmbito regional como universal, como, por exemplo, as Convenções das Nações Unidas contra a corrupção e o crime organizado transnacional, as convenções no âmbito da OEA, no Mercosul, na UE, dentre outros.

São grupos que permitem a comunicação entre pontos de contato dos países por elas abrangidos, os quais são designados pelas autoridades centrais responsáveis pela cooperação jurídica, pelo Poder Judiciário, pelos Ministérios Públicos e por outras autoridades envolvidas na cooperação internacional, como as polícias, autoridades aduaneiras, bancos centrais, unidades de inteligência financeira.

¹ O Professor Antonio Scarance Fernandes (2008) indica a distinção entre eficiência, eficácia e efetividade, e propugna a necessidade de se buscar um equilíbrio entre eficiência e garantismo no processo penal. Segundo ele, a eficiência “expressa a capacidade, a força, o poder de algo que o leva a produzir um efeito”, ao passo que a eficácia corresponde à produção do efeito esperado. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal.

Trata-se de um instrumento de natureza complementar e assessória, que não substitui e não se sobrepõe à via de cooperação oficial acordada, seja a diplomática, autoridade central ou direta.

Sua finalidade é coordenar a atuação nacional e facilitar que os pontos de contato possam intermediar o processo da cooperação. Encontros periódicos entre os pontos de contato são realizados de modo a desburocratizar o relacionamento e fomentar a construção de confiança mútua por meio da definição de procedimentos e fluxos padronizados.

Os pontos de contato que integram as redes, buscam realizar as seguintes atividades: (a) compilar a documentação normativa potencialmente útil à regulação das relações entre os países que a compõem; (b) disponibilizar dicas importantes sobre o manejo dos instrumentos normativos; (c) manter atualizados os textos dos tratados, bem como a lista dos países aderentes; (d) promover cursos de capacitação e especialização de profissionais que lidam com a cooperação internacional; (e) informar os canais de contato das autoridades competentes por temas específicos em cada um dos países; e (f) disponibilizar informações sobre o sistema jurídico e a legislação doméstica aplicável nos países (Ministério da Justiça, n.d.).

Dentre os pedidos mais frequentes tramitados pelas redes, merecem destaque (a) o exame preliminar de pedidos de auxílio; (b) dicas de interesse e informações práticas sobre como melhor encaminhar pedido específico de cooperação internacional; (c) confirmação de endereço para comunicação de atos processuais; (d) confirmação de recebimento de documentação enviada; (e) pedidos urgentes de complementação de informações; (f) informações sobre o andamento de pedidos encaminhados (diligência e cumprimento); (g) arranjos para a participação de autoridades do Estado Requerente em diligências; e, finalmente, (h) pedidos de remarcação de audiências. Em suma, as redes de cooperação jurídica internacional têm como objetivo facilitar e acelerar a cooperação entre os Estados que as integram, prover informações jurídicas e práticas para as autoridades nacionais e auxiliá-las na formulação de solicitações de auxílio (Ministério da Justiça, n.d.).

Os princípios que estruturam as redes de cooperação são a informalidade, a complementaridade, a horizontalidade e a flexibilidade. As informações que trafegam não se destinam a compor autos de processos, simplificam a comunicação de informações e a solução de problemas urgentes, a despeito das vias formais que poderão, posteriormente, revestir os atos processuais. São horizontais, porque não há hierarquia entre os pontos de contato, e flexíveis, uma vez que cada Estado é livre para definir a escolha de quem esteja melhor preparado e disponível para exercer as funções que lhes cabe na condição de pontos de contato.

Em resumo, as redes de cooperação internacional visam facilitar o trabalho dos órgãos nacionais encarregados de promover a cooperação.

Interpol, Ameripol e Europol são redes de cooperação internacional policial, que cumprem o papel de coordenação e articulação entre as polícias nacionais que as integram, cuja atuação se pauta pelos compromissos assumidos pelos países que reconhecem a sua existência e legitimidade, em particular no que se refere à prevenção, repressão e controle do crime organizado e da corrupção.

As redes de cooperação policial, diferentemente da cooperação judicial, possuem uma proatividade e um dinamismo maior, em que o fator tempo tem um peso muito grande na tomada de decisão, como, por exemplo, no cumprimento de uma ordem de prisão ou na execução de uma prisão em flagrante de quem se encontra traficando ilicitamente drogas.

O compartilhamento de informações, a produção de conhecimento de inteligência, a construção e o acesso a bancos de dados, a execução de operações em diversas jurisdições nacionais, a capacitação e a qualificação profissional, a prospecção e interlocução com as autoridades nacionais, as consultas recíprocas, são algumas das principais ações que integram a rotina das redes de cooperação policial.

Nos próximos tópicos passaremos à análise individualizada de cada uma das redes de cooperação que constituem objeto do presente estudo.

3. REDES DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: REFERÊNCIA NORMATIVA E MECANISMOS DE INTERCÂMBIO

3.1. Interpol: conceito, marco legal, funções, estrutura e mecanismos de intercâmbio

Interpol é uma organização intergovernamental, pela qual os 194 países membros compartilham e acessam dados sobre crimes e criminosos.

A Interpol ainda oferece suporte técnico e operacional aos países.

Além de diversas redes internacionais de troca de informação e compartilhamento de dados sobre crimes e criminosos, a Interpol provê uma série de *expertise* e serviços para seus estados membros. Entre estes serviços estão: suporte investigativo, como pesquisa forense, análises e assistência na localização de fugitivos ao redor do mundo; treinamentos para especialização de seus oficiais, principalmente nas áreas do terrorismo, *cybercrime* e crime organizado; e organização de ações mútuas contra as atividades criminosas (Interpol, n.d.).

O referencial normativo e plano regulatório da organização contam com cinco principais espécies de documentos, são eles: a Constituição da Comissão Internacional de Polícia Criminal, que define questões como objetivos, neutralidade em certas áreas e funções dos órgãos que compõe a estrutura; os Regulamentos Gerais, que complementam a Constituição e fornecem disposições adicionais sobre os órgãos internos; os Regulamentos Internos da Assembleia Geral e do Comitê Executivo, que detalham as disposições que regem as sessões dos respectivos órgãos internos; os Regulamentos Financeiros, que definem como o orçamento é elaborado e como os ativos e fundos são administrados; e o Estatuto da Comissão de Controle de Arquivos da Interpol, que é responsável por garantir que o tratamento de dados pessoais pela Secretaria Geral esteja de acordo com as regras de competência, poderes, estrutura, funcionamento e procedimentos (Seyedi, 2016).

Cada um dos países membros abriga um Escritório/Bureau Central Nacional (BCN) (*National Central Bureau (NCB)*), que conecta as

autoridades policiais nacionais com outros países e com a Secretaria-Geral por meio da rede global de comunicações policiais (chamada I-24/7).

O BCN procura a informação necessária de outros BCN para ajudar a investigar crimes ou criminosos no seu próprio país, e partilha dados e informações criminais para ajudar outro país (Interpol, n.d.).

Como parte do seu papel nas investigações globais, os BCN trabalham com: (a) Agências de aplicação da lei em seu próprio país; Outros BCN e Sub-Bureaus em todo o mundo; (b) Escritórios da Secretaria-Geral em todo o mundo.

A atuação no âmbito internacional em cooperação com países ou organizações internacionais baseia-se na celebração de parcerias.

A Interpol formula parcerias com agências governamentais em todo o mundo, fornecendo desde a troca de informações e a junção de mão-de-obra e equipamentos até a cooperação em projetos financiados pelo governo em áreas de criminalidade relevantes para determinados países ou onde especialistas nacionais específicos foram desenvolvidos (Interpol, n.d.).

Tais parcerias governamentais, ao adotar uma abordagem simplificada e coordenada, permitem fortalecer as capacidades de aplicação da lei em nível global, unindo forças com organizações que compartilham objetivos e valores semelhantes e evitar duplicação.

A Interpol coopera com parceiros do setor público, incluindo todas as principais organizações internacionais, e mantém escritórios de representação na União Africana, na UE e nas Nações Unidas (Interpol, n.d.).

A Interpol e a UE trabalham em colaboração em assuntos de interesse comum, compartilhando seus recursos e perícia. A Interpol é um parceiro fundamental para a UE no domínio da segurança externa, migração irregular, luta contra o terrorismo e criminalidade organizada (Interpol, n.d.). O escritório especial da Interpol na UE, com sede em Bruxelas, trabalha no sentido de garantir que as preocupações da aplicação da lei global sejam adequadamente representadas nas iniciativas da UE e nas decisões políticas. Um de seus

objetivos, em matéria de cooperação, é justamente promover a colaboração com a UE em áreas relacionadas com a aplicação da lei para garantir a mais forte cooperação internacional possível em matéria de segurança e contra o crime e o terrorismo, e garantir que cada uma das partes se beneficie plenamente daquilo que a outra possa oferecer. A Interpol ainda trabalha em cooperação com agências da UE (Europol, Eurojust, Frontex, Cepol, EU-Lisa), em projetos conjuntos para aumentar o acesso aos bancos de dados da Interpol, programas de treinamento e capacitação, e outras iniciativas.

A Interpol também desempenha o papel de Observador Permanente nas Nações Unidas, *status* inicialmente estabelecido pela Resolução da Assembleia Geral 51/1 e formalizado em um Acordo de Cooperação em 1997 (Interpol, n.d.). A cooperação entre a Interpol e a ONU se dá especialmente no que se refere ao terrorismo e ao tráfico de pessoas, além do envio de notificações especiais emitidas para alertar autoridades sobre a aplicação da lei a indivíduos e entidades sujeitas às sanções do Conselho de Segurança da ONU (Interpol, n.d.). A INTERPOL colabora com diversas entidades da ONU, especialmente com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) em áreas de preocupação comum: de tráfico de drogas ilícitas ao tráfico de seres humanos e contrabando de migrantes, armas de fogo, gerenciamento de fronteiras, combate ao terrorismo, além de cibercrime e segurança ambiental.

Dentre as iniciativas formuladas em conjunto com as Nações Unidas, destacam-se:

1. CRIMJUST (Interpol, UNODC e *Transparency International*): reúne países da América Latina, Caribe e África Ocidental. Centra-se na identificação e desmantelamento de redes criminosas organizadas através de respostas eficazes da justiça criminal, incluindo investigações pré e pós-apreensão, construindo casos fortes para a acusação e garantindo condenações de criminosos.
2. AIRCOP – *Aircraft Communication Project* (UNODC, World Customs Organization e Interpol: fortalece as capacidades dos aeroportos internacionais na África, América Latina, Caribe e

Oriente Médio para detectar e interceptar drogas ilícitas e outros bens, bem como passageiros de alto risco.

A Interpol ainda realiza uma variedade de projetos conjuntos com outras entidades da ONU, incluindo iniciativas para aumentar o acesso aos bancos de dados e programas de capacitação. Entre as entidades, destacam-se: Departamento de Operações de Paz das Nações Unidas (DPO); Escritório para Assuntos de Desarmamento (UNODA); Departamento de Segurança e Proteção das Nações Unidas (UNDSS); Programa Ambiental das Nações Unidas (UNEP); Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO); Comitê do Conselho de Segurança das Nações Unidas estabelecido em conformidade com a resolução 1540 (2004); Escritório das Nações Unidas de Serviços de Supervisão Interna (UNOIOS); Departamento de Gestão das Nações Unidas (UNDM); Departamento das Nações Unidas para Assuntos Políticos (UNDPA); Tribunais Ad Hoc das Nações Unidas (Interpol, n.d.).

No que tange ao intercâmbio de informações, a Interpol conta com o I-Link, um sistema de informações fixas instalado em todos os Escritórios Centrais Nacionais e criado com o propósito de gravar e compartilhar informações policiais.

Integrado a este sistema, existem mais dois mecanismos: o *Mobile INTERPOL Network Database* (MIND) e o *Fixed INTERPOL Network Database* (FIND.) Ambos oferecem soluções integradas para países membros checarem pessoas, veículos e documentos de viagens com velocidade e precisão (Seyedi, 2016).

3.2. Europol: conceito, marco legal, funções, estrutura e mecanismos de intercâmbio

Frente ao crescimento do tráfico internacional de drogas e do crime organizado, o Conselho Europeu se reúne em 1991 e firma um compromisso de criar um serviço central europeu de investigação criminal, mais tarde chamado de Europol. Este Serviço Europeu de Polícia foi se desenvolvendo ao longo dos anos e hoje é considerado uma agência descentralizada da UE.

Em 1994, criou-se a Unidade de Drogas da Europol (EDU), com o objetivo de ajudar as forças policiais nacionais nas investigações criminais. Posteriormente, a unidade se expandiu para incluir outras áreas do crime organizado e do terrorismo.

De acordo com o art. 2 da Convenção Europol, a principal missão da organização é:

[...] melhorar a eficácia dos serviços competentes dos Estados-Membros e a sua cooperação no que diz respeito à prevenção e combate ao terrorismo, ao tráfico de estupefacientes e a outras formas graves de criminalidade internacional, quando haja indícios concretos da existência de uma estrutura ou de uma organização criminosa e quando dois ou mais Estados-membros sejam afetados por essas formas de criminalidade de modo tal que, pela amplitude, gravidade e consequências dos atos criminosos, seja necessária uma ação comum por parte dos Estados-membros (Europol, n.d.).

O principal documento, que prevê os principais objetivos e a criação das unidades que estabelecem a conexão entre a Europol e os serviços nacionais competentes em matéria de luta contra a criminalidade, é a Convenção Europol (Conselho Europeu, 2009). Este foi o documento responsável pela criação da organização no ano de 1995.

Além disso, um novo regulamento foi adotado em 2016 —Regulamento UE 2016/794 do Parlamento Europeu. Este documento permitiu à Europol intensificar os esforços contra o terrorismo, a cibercriminalidade e outras formas graves e organizadas de criminalidade. O novo regulamento reforça o papel da organização no apoio à cooperação entre as autoridades responsáveis pela aplicação da lei na UE.

O mesmo diploma também subordina o controle político da agência ao Parlamento Europeu em conjunto com os parlamentos nacionais.

No contexto da decisão que cria a Europol, foram estabelecidos três principais instrumentos de tratamentos de dados e informações: o *Europol Information System* (EIS), os ficheiros de análise e a função de indexação (Europol: Serviço, 2009).

O EIS tem como objetivo armazenar dados relativos a pessoas que sejam suspeitas da autoria ou co-autoria, condenadas, ou sobre as

quais haja suspeita do planejamento de delitos que sejam de competência da Europol. O uso deste sistema é controlado e permitido apenas às Unidades Nacionais da Europol, aos agentes de ligação, ao diretor e seus adjuntos, a todos os funcionários da organização, desde que devidamente habilitados, e por aquelas autoridades competentes designadas pelo Estado Membro. Além disso, vale dizer que, por questões de segurança, apenas a parte responsável pela introdução dos dados pode alterá-lo ou removê-lo (Nabais, 2011).

Quanto aos ficheiros de análise, são utilizados para armazenar, alterar e utilizar dados referentes a infrações penais de sua competência e conexas. O ficheiro compila dados com o objetivo de apoiar investigações criminais. Assim, é possível cruzar informações sobre investigados, vítimas e testemunhas. Cada projeto de análise conta com um grupo de análise, sendo que apenas os analistas destes grupos podem introduzir ou modificar os dados (Nabais, 2011).

Já a função de indexação, é um instrumento de mera pesquisa nos ficheiros de análise, não permitindo o cruzamento de dados. Tem acesso a este mecanismo o Diretor e seus Adjuntos, os funcionários devidamente habilitados, os agentes de ligação e membros das Unidades Nacionais da Europol habilitados (Nabais, 2011).

Por fim, além destes três instrumentos, a organização também conta com o *Secure Information Exchange Network* (SIENA), plataforma de última geração criada no ano de 2009 com o objetivo de facilitar a troca rápida e fácil de informações operacionais e estratégicas relacionadas a determinado crime entre agentes de ligação, analistas e especialistas da Europol, Estados membros e terceiros com os quais a Europol tenha acordo de cooperação (EUROPOL, n.d.c).

3.3. Ameripol: conceito, marco legal, funções, estrutura e mecanismos de intercâmbio

A Comunidade das Forças Policiais da América (Ameripol), nasceu durante a III Reunião de Diretores, Comandantes e Chefes de Polícia da América Latina e do Caribe, em Bogotá D.C., Colômbia, de 12 a 15 de novembro de 2007, nas instalações do Centro Social de Oficiais da Polícia Nacional colombiana, ficando acordado em seu

Estatuto a estrutura e o funcionamento dessa organização internacional.

Cuida-se de instrumento de cooperação policial implementado com o objetivo de trocar informações em tempo real, garantindo horizontalmente que policiais de diferentes países possam operar simultaneamente para neutralizar a criminalidade e garantir que todos os cidadãos do hemisfério estejam livres de ameaças.

Conforme o Estatuto, as Forças Policiais e/ou instituições concordam com a criação, organização e operação da Ameripol, como o primeiro mecanismo de gênero policial categórico, eficaz, prático e permanente de cooperação.

Este organismo de cooperação policial tem como objetivo promover trabalhos em matéria técnico-científica, capacitar, promover o intercâmbio de informações e avançar em termos de assistência judiciária, que possibilitem uma orientação estratégica e operacional do trabalho contra ameaças que pairam sobre a segurança pública. Além disso, busca ser referência internacional para a segurança hemisférica e global a partir da articulação estratégia e operacional de suas instituições policiais e do apoio a outros mecanismos de cooperação na luta contra o crime organizado, o crime transnacional, as novas tendências criminais e os crimes emergentes em prol da segurança pública (Ameripol, 2019b).

As normas que regem a organização estão concentradas principalmente no já mencionado Estatuto Social da Ameripol, documento que estabelece os princípios que a norteiam, seu propósito e sua estrutura e organização interna, sendo composta por 4 órgãos: o Conselho de Diretores; a Presidência; a Secretaria Executiva, subdivida em Nível Assessor (Centro de Prospectiva e Segurança Hemisférica, Oficina de Planejamento e Oficina de Comunicação Estratégica) e Coordenações (Coordenação de Educação e Doutrina, Coordenação de Intercâmbio de Informação, Coordenação de Cooperação Técnico-Científica Policial e Coordenação de Apoio à Investigação Criminal e Assistência Judicial); Seções (Financeira e Jurídica); e as unidades Ameripol (Estatuto da Comunidade de Polícias da América. (2012).

A Unidade Ameripol (UNA) é a unidade permanente que cada Corpo de Polícia e instituição membro deve estruturar dentro de sua instituição para permitir a comunicação direta com a Secretaria Executiva; é responsável pelo desenvolvimento das funções pertinentes para a troca de informações, assistência mútua e cooperação policial de acordo com o estatuto da Comunidade Policial da América, a fim de implementar os acordos e compromissos. É também o contato direto e permanente de cada membro com as Coordenações (Educação e Doutrina, Intercâmbio de Informações, Cooperação Técnica Científica policial, Apoio e Assistência à Investigação Criminal) da Secretaria Executiva.

Cada Unidade Ameripol nomeará um Chefe, possuindo internamente quatro funcionários que serão responsáveis por cada um de seus pilares: Educação e Doutrina, Intercâmbio de Informações, Cooperação Técnica - Cientista policial e Apoio à Investigação Criminal e Assistência Judiciária.

Cada instituição terá pelo menos três funcionários, levando em conta o perfil do cargo e as competências trabalhistas: (a) chefe da Unidade Ameripol; (b) responsável pela Educação e Doutrina, Responsável pela Cooperação Técnica Científica Policial; e (c) responsável pela Troca de Informações, Apoio Responsável à Investigação Criminal e Assistência Judiciária;

São funções de cada unidade Ameripol: (a) articular dentro de cada Corpo de Polícia e instituição membra, a atenção e a resposta aos requisitos e atividades decorrentes dos acordos e compromissos adquiridos como parte da Ameripol; (b) canalizar processos de informação e cooperação em treinamento e doutrina, troca de informações, assistência técnico-científica policial e investigação criminal e assistência judicial; (c) manter comunicação permanente e ativa com a Secretaria Executiva, por meio das ferramentas oficiais de comunicação fornecidas pela Ameripol; (d) informar a Secretaria Executiva em tempo hábil de mudanças de comando dentro de sua instituição policial; e (e) adotar os parâmetros estabelecidos no Protocolo de Guia da Unidade Ameripol.

A Secretaria Executiva é o escritório executor das disposições estabelecidas pelo Conselho de Administração e pela Presidência da

Ameripol, e será eleito por e entre aqueles que compõem o Conselho de Administração por períodos de três anos, exceto quando o término de seu mandato coincidir com a entrega da Presidência; neste caso, seu mandato como Secretaria Executiva se estende por mais um ano. Compete à Secretaria Executiva: coordenação de cooperação técnica científica da polícia; coordenação de troca de informações; coordenação de apoio à investigação criminal e assistência judiciária; coordenação de educação e de doutrina.

O plano regulatório da instituição também é formado por suas Resoluções, que regulam aspectos formais, como a classificação dos documentos que são compartilhados no intercâmbio de informações e os critérios de padronização determinados pelo Sistema de Gestão de Qualidade (Ameripol - Resoluções, 2019).

O intercâmbio de informações no âmbito da Ameripol dá-se por meio do Sistema de Informação Policial Ameripol (SIPA), um projeto financiado pela UE e pela Fundação Internacional e para Iberoamérica de Administração e Políticas Públicas (FIIAPP).

Embora o SIPA tenha sido projetado para viabilizar o compartilhamento de informações policiais referentes a qualquer tipo de crime transnacional, encontrou grande importância no combate ao tráfico na rota da cocaína. O sistema, que utiliza o recurso da criptografia, fornece às polícias do Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Panamá e Peru uma plataforma moderna e segura para o armazenamento de dados, que posteriormente são compartilhados entre as forças policiais envolvidas (Reniero & J.F, n.d).

4. ANÁLISE COMPARATIVA E CRÍTICA ACERCA DOS MECANISMOS DE COOPERAÇÃO DESTINADOS AO ENFRENTAMENTO DAS DIVERSAS FORMAS DE CORRUPÇÃO

4.1. Análise comparativa

Não obstante os aspectos regionais, alguns pontos importantes aproximam as instituições acima, notadamente no que concerne ao

enfrentamento da criminalidade organizada e a corrupção a ela associada.

Nesse aspecto, a Interpol, atualmente com 195 países membros, estabeleceu o Centro de Combate a Crimes Financeiros e Anticorrupção, responsável por expandir e agilizar iniciativas já existentes no combate aos crimes financeiros, fluxo de capitais ilícitos e recuperação de ativos. Para tanto, desenvolve atividades especialmente voltadas à corrupção no esporte e ao comércio ilegal de fármacos voltados à melhora de desempenho de atletas.

Com uma abordagem multiagência, este novo centro coordena, ademais, as operações HAECHI, voltadas especialmente aos crimes cibernéticos e financeiros, o que inclui o chamado Protocolo de Resposta Rápida Anti-lavagem de Dinheiro, permitindo com que os países membros enviem e tratem com maior celeridade as solicitações para rastrear, interceptar e congelar cautelarmente os produtos ilegais de crime (Interpol, 2022).

Ainda, a Interpol realiza operações conjuntas com outras instituições e organismos internacionais, como o Grupo Egmont de Unidades de Inteligência Financeira e o GAFI, especialmente no que concerne ao rastreamento, apreensão e confisco de bens de origens criminosas, reunindo-se ainda com outras agências, unidades de inteligência financeira, procuradorias, organizações internacionais e o setor privado. Por meio de seus canais, os pontos focais cadastrados de cada Estado membro permite o acesso a informações de outros pontos focais, legislações internas dos países membros, além da plataforma colaborativa segura. Outrossim, dentro de suas atribuições, a Interpol oferece o programa global sobre anticorrupção, crimes financeiros e recuperação de ativos, com workshops regionais conduzidos por profissionais com expertise em auditoria, contabilidade e investigação, inclusive com a parceria de agentes públicos especialistas em anticorrupção e crimes financeiros.

A Europol, por sua vez, dispõe do Centro Europeu de Crime Financeiro e Econômico, resposta direta às ameaças à economia e à integridade dos sistemas financeiros de seus países membros, como lavagem de dinheiro, corrupção, fraudes, entre outras. O órgão apoia direta e verticalmente os Estados-Membros da União Europeia,

colaborando, inclusive, com outros centros operacionais da própria Europol, fornecendo *expertise* nas áreas de crimes econômicos e financeiros. Em abril de 2022, por meio da denominada Operação “Oscar”, em cooperação com Estados-Membros, a Eurojust e Frontex, o Centro permitiu a troca de informações e inteligência, além de fornecer apoio operacional relacionadas a investigações financeiras de pessoas físicas e jurídicas associadas à invasão da Ucrânia, além de apoiar as investigações criminais conduzidas por Estados-Membros acerca da evasão de sanções comerciais e econômicas impostas pela União Europeia. Compõem o organismo, a Unidade de Operações, com equipes de crime econômico, crimes financeiros e crimes de contrafações, além da Unidade de Expertise e Gestão de Stakeholders, responsável por apoiar as operações numa perspectiva estratégica, inclusive no que diz respeito à interlocução com partes interessadas, como autoridades aduaneiras e unidades de informação financeira (Europol, EFEC, 2023).

Assim como ocorre com a Interpol, há uma especial atenção com a corrupção no esporte, notadamente no que tange à manipulação de resultados, motivando a parceria com entidades como a Eurojust, a UEFA e principalmente com as autoridades locais, como é exemplo o Projeto de Análise da Corrupção Desportiva, com a participação de 14 Estados membros, dois países não pertencentes à União Europeia e a própria Interpol (Europol, Sports Corruption, 2021).

Ainda em evolução institucional, a Ameripol também tem se engajado em programas de enfrentamento da corrupção, inclusive firmando parcerias semelhantes às acima mencionadas, como o acordo de colaboração com a La Liga, para combater a corrupção esportiva e erradicar a violência do futebol, proporcionando o intercâmbio de materiais, recursos e ações com vistas ao fortalecimento da política de combate às más práticas no âmbito do futebol.

Tendo em vista a sua criação relativamente recente, tem sido imprescindível para a consecução de seus fins a parceria com outras instituições e programas internacionais, como o ELPacCTO, que resultou na implementação do seu Centro de Dados, cuja tecnologia especializada deverá fortalecer a cooperação entre seus países membros, inclusive quanto ao enfrentamento da corrupção.

Ao contrário do que ocorre com a Interpol e a Europol, o organismo não conta com um Centro especializado anticorrupção. Considerando, no entanto, o atual índice de percepção da corrupção, publicado em 2022, em que países da América do Sul e Central apresentam avaliações críticas (Transparência, 2022), a criação de uma Unidade Especializada, à semelhança do que ocorre nos outros organismos transnacionais, seria capaz de fomentar maior engajamento das forças policiais no enfrentamento da corrupção, notadamente quando associada à criminalidade organizada transnacional, além de pavimentar a indispensável colaboração com outras Unidades Especializadas, como o Centro de Combate aos Crimes Financeiros e Anticorrupção e o Centro Europeu de Crime Financeiro e Econômico.

4.2. Análise crítica

As redes de cooperação policial analisadas (Europol, Interpol e Ameripol), ao mesmo tempo que possuem competências assemelhadas e cumprem o mesmo propósito de coordenação e articulação entre as autoridades policiais nacionais, revelam um nível distinto de maturidade.

Essa diferença de maturidade entre os modelos pode ser atribuída a diferentes fatores, como o tempo de criação e existência, o nível de autonomia gerencial e orçamentária, a independência política e funcional na sua atuação, a legitimidade e a acreditação dos Estados que os integram.

Recursos humanos, tecnológicos e materiais determinam o grau de vitalidade de um órgão frente aos seus objetivos perseguidos, o que por outro lado pressupõe que os Estados membros reconheçam a importância estratégica e operacional por meio da alocação destes recursos.

Há, ainda, um déficit de formação e conhecimento entre as diferentes polícias nacionais, o que por vezes compromete a capacidade operacional.

A confiança representa outro elemento importante nesta equação, na medida em que a sua falta, em se tratando de cooperação horizontal, inviabiliza qualquer esforço de assistência mútua.

Outro aspecto relevante a ser destacado é o risco de sobreposição e conflito entre as redes de cooperação, notadamente nos crimes transnacionais em que a transversalidade do ilícito muitas vezes atravessa a jurisdição de duas ou mais redes de cooperação.

A tecnologia e a capacitação por meio de ações formativas podem desempenhar um papel fundamental nesse processo de distensão, aproximação, fluidez e agilidade na cooperação policial, e nesse sentido, as redes ganham uma grande importância a justificar o seu fortalecimento.

5. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

5.1. *Conclusões*

Cooperação policial desafia a capacidade de governança dos Estados nacionais no manejo de informações, as quais, especificamente no que se refere ao controle, prevenção e repressão ao crime organizado e à corrupção, são vitais.

Elke Krahmhann (2003) propõe a definição de governança a partir da fragmentação da autoridade política em sete dimensões: geografia, função, recursos, interesses, normas, tomada de decisão e implementação de política. Governança global, por sua vez, é uma expressão utilizada para designar os esforços para aportar respostas mais confiáveis e ordenadas para problemas políticos e sociais que vão além da capacidade dos estados em agir individualmente, como poluição ambiental, crime transnacional, terrorismo, migração, doenças infecciosas etc., que somente podem ser resolvidos através da cooperação internacional.

Nas duas últimas décadas foram criados diversos regimes transnacionais, em nível regional e global, sendo que alguns deles exercem autoridade supranacional real, como também foram criadas redes públicas e privadas de cooperação, de diversos tipos, do nível local para o nível internacional.

Especificamente no que se refere às redes de cooperação internacional, estas contribuem para atenuar os reflexos do caráter multi-

dimensional da governança, que pode ser atribuído a duas distintas visões: (a) a dispersão da autoridade das jurisdições (internacional, nacional, regional, local) a um número limitado de níveis, cujos membros não interagem e concentram múltiplas funções; e (b) o caráter cada mais especializado das jurisdições, cujo número e escalas em que operam são variáveis (Hooghe & Marks, 2010).

Assim, Grainne De Burca, Robert O. Keohane & Charles Sabel propõem o modelo experimentalista de governança global como mais viável para superar o seu caráter multidimensional, se comparado ao esforço e à dificuldade que caracteriza o modelo de relações e regimes internacionais integrados, ou mesmo o modelo de redes articuladas entre atores e organizações internacionais no processo de tomada de decisão. Segundo os autores, o modelo de governança global experimentalista compreende um conjunto de práticas que envolvem livre participação de uma variedade de entidades, públicas e privadas, ausência de hierarquia formal nos acordos de governança, e por um amplo processo de tomada de decisão e implementação, inclusive, no plano regulatório (De Burca, et. al., 2013).

A governança experimentalista, de acordo com os autores, possibilita uma forma de visão prospectiva ou responsabilização dinâmica não disponível em regimes centralizados, na medida em que aumenta a participação na elaboração conjunta de regras que podem contribuir em contextos transnacionais e globais.

Cresce, portanto, cada vez mais a necessidade de interação através de meios que se situam entre as tradicionais organizações internacionais e as comunicações “ad hoc”, como as redes de cooperação. É o que Anne-Marie Slaughter e Thomas N. Hale (2010) denominam *transgovernmental networks*, como instituições informais que ligam ou conectam reguladores, legisladores, juízes e outros atores para além das fronteiras nacionais. A emergência desse modelo, segundo os autores, é uma resposta ao aumento da complexidade e à natureza transnacional de problemas contemporâneos. Em razão da sua horizontalidade, fortalece e prestigia a autoridade governamental nacional em vez da supranacional ou das burocracias internacionais.

Evidente que a operacionalização das redes traz outras questões para serem enfrentadas, principalmente nas situações em que a di-

versidade entre os sistemas jurídicos conduz a inevitáveis discussões acerca da validade do ato praticado no exterior e a sua respectiva utilidade, e, no mesmo sentido, as eventuais discussões sobre conflito de competência. Contudo, essas questões, embora relevantes, não constituem objeto desse capítulo.

A principal estratégia compreende o fortalecimento da Ameripol, por meio do seu contínuo engajamento no enfrentamento da criminalidade transnacional, construindo laços com programas e instituições supranacionais e nacionais, e servindo de apoio operacional aos seus países membros.

Com o crescimento de sua representatividade global e a consolidação como instituição genuinamente responsável por operacionalizar e executar a cooperação policial na América, a despeito de sua natureza de *soft law*, a Ameripol naturalmente vem se estabelecendo como protagonista no cenário mundial, auxiliando no combate à criminalidade transnacional nas Américas e em outros Continentes por meio da contínua troca de informações com membros, observadores e parceiros, fruto da relação de confiança estabelecida com outros atores da sociedade internacional (Costardi, 2021).

Consequência natural desse processo de fortalecimento da cooperação policial na América, a criação de equipes conjuntas de investigação já tem previsão no âmbito do Mercosul, conforme o Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, firmado em San Juan, em 2 de agosto de 2010.

Pelo instrumento, delitos como tráfico ilícito de drogas, corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de pessoas e armas, entre outros, podem ser objeto de instrumento de cooperação técnica destinado à criação de equipes conjuntas de investigação, com atuação dentro dos territórios das partes que as criaram, seguindo-se a legislação interna do Estado onde estiver ocorrendo a investigação. Inaugura-se, assim, uma nova fase da cooperação policial na América do Sul, outrora restrita à troca de informações e de conhecimento, passando agora ao plano da execução, respeitada a legislação interna do país onde estiver atuando a equipe conjunta.

De forma semelhante ao que ocorre com a Europol, a Ameripol pode desempenhar importante papel na atuação das equipes conjuntas, identificando potencial relação do caso investigado com crimes praticados pela mesma organização em outros países, aproximar os membros das equipes conjuntas, além de compartilhar informações e oferecer suporte analítico e logístico.

Ademais, a assimetria organizacional e operacional existente entre as diversas polícias dos Estados da América Latina, deve pautar a agenda dos próximos anos, exigindo especial atenção na formatação de mecanismos que permitam contornar esse entrave na busca de boas práticas que reverberem em ações conjuntas minimamente coordenadas. Como é cediço, as forças policiais variam substancialmente na América Latina. Enquanto alguns países possuem instituições nacionais centralizadas em que estão concentradas as atribuições de prevenção e investigação de crimes, como é o caso do Peru, Uruguai, El Salvador, Honduras e Equador, outros, como o Brasil e o Chile, repartem tais atribuições entre instituições distintas. Ainda, certos Estados possuem polícias regionais e até mesmo locais. No que concerne à estrutura organizacional, as instituições policiais podem ser ainda civis e militares, inclusive coexistindo em um mesmo Estado, como é o caso do Brasil (Dammert, 2019). Além dessas diferenças, a maioria das instituições policiais da América Latina convive com a elevada taxa de desconfiança das populações locais, fruto da baixa eficiência, alto índice de corrupção e excessivo uso da força (Dammert, 2019).

No tocante ao combate à corrupção, a criação de uma unidade especializada facilitará a troca de informações e a coordenação entre as forças policiais nacionais. Não se pode olvidar, contudo, que ao contrário do que ocorre com a Europol, estabelecida sob os auspícios de um direito comunitário europeu que partilha interesses econômicos e financeiros comuns aos seus Estados-Membros, na América Latina estão presentes fatores que trazem enorme resistência a uma agenda de enfrentamento da corrupção. Veja-se o exemplo da corrupção no esporte, típico caso de corrupção privada, ainda sem tipo penal específico correspondente em legislações como a brasileira, enquanto outros países, como a Colômbia, já possuem legislação anticorrupção que aborda especificamente medidas administrativas e criminais no combate não só da corrupção pública, como também da privada, ti-

pificando o crime de corrupção privada como aquele praticado por quem, diretamente ou por intermédio de intermediário, prometer, oferecer ou conceder a dirigentes, administradores, empregados ou assessores de empresa, associação ou fundação, doação ou benefício injustificado em favor dele ou de terceiro, em detrimento deste (Colômbia, Ley 1.474, 2011).

Esses componentes bem demonstram o enorme desafio para a América Latina no combate à criminalidade organizada transnacional, notadamente quando associada à corrupção, de sorte que qualquer pretensão no sentido de integração a nível regional depende de uma profunda transformação institucional e normativa em grande parte dos países latino-americanos. A pressão por essas mudanças é impulsionada em grande medida por tratados internacionais, como é o caso da Convenção de Mérida, exigindo a adoção de medidas legislativas para penalizar o funcionário público —nacional e estrangeiro— acusado de corrupção. Isoladamente, contudo, as reformas legislativas não representam a solução para o problema. Políticas públicas de constante treinamento e valorização do policial são indispensáveis para a diminuição das assimetrias e a aproximação organizacional necessária para uma efetiva cooperação policial. A guisa de ilustração, desde o início de 2000, o Brasil tem instituído programas voltados à área da segurança pública, como o Plano Nacional de Segurança Pública, o Plano de Segurança Pública para o Brasil (2003) e o Plano Nacional de Segurança Pública com Cidadania (2007), inclusive com relação à capacitação e aprimoramento dos quadros de recursos humanos das polícias, realizando-se por meio de uma gestão articulada entre poder público, sociedade civil, universidades e institutos de pesquisa (Poncioni, 2012).

5.2. Recomendações para América Latina

Portanto, são propostas as seguintes estratégias de ação na área de cooperação policial na América Latina:

1. Harmonização organizacional e institucional entre as forças policiais de seus Estados membros.

2. Articulação para harmonização das legislações dos seus países membros, sobretudo em matéria penal, processual e de cooperação internacional.
3. Fortalecimento institucional da Ameripol como elo operacional e de capacitação de agentes de forças policiais, inclusive com a criação de quadro próprio de agentes;
4. Criação de órgãos especializados, como um Centro de Combate a Corrupção, Crimes Financeiros, Econômicos e de Lavagem de Dinheiro, integrando áreas de inteligência financeira nacionais, as forças policiais e demais órgãos da persecução penal.
5. Contínuo intercâmbio de informações e *expertise* com outras instituições supranacionais e com outras redes de cooperação regionais e internacionais, inclusive Interpol e Europol.
6. Incentivo e suporte logístico e operacional às equipes conjuntas de investigação;
7. Integração de todos os países do continente americano à rede da Ameripol, sobretudo dos Estados Unidos e Canadá.
8. Sincronismo e alinhamento com outras modalidades de cooperação internacional, como, por exemplo, a cooperação judicial, entre Ministério Público, unidades de inteligência financeira, dentre outras, tendo em vista a possibilidade de influência recíproca nos diferentes momentos da persecução.
9. Aperfeiçoar a coordenação e articulação dos órgãos policiais entre si e com os demais órgãos da persecução penal, reguladores e contempladores.

5.3. Estratégia de ação para Colômbia

As estratégias acima apontadas são comuns para todos os países da América Latina, incluída a Colômbia, na medida em que o fortalecimento da cooperação policial na região pressupõe a incansável busca pela confiança mútua entre países, instituições e profissionais.

Sem prejuízo, sugere-se a criação a nível interno do equivalente a um Centro de Combate a Corrupção, Crimes Financeiros, Econômicos e de Lavagem de Dinheiro, com o objetivo de facilitar a luta contra a corrupção associada ao crime organizado transnacional tanto a nível interno e internacional, como em colaboração com Ameripol e Interpol e os países que fazem parte destas organizações.

O citado centro teria como função a articulação e coordenação dos diferentes órgãos policiais, os órgãos de inteligência financeira, bem como demais instituições envolvidas na persecução penal, a elaboração de políticas e estratégias nacionais de combate à criminalidade organizada, corrupção etc., a fim de evitar sobreposições e facilitar o entendimento entre diferentes instituições de controle.

Além de ser um canal de contato direto com o Centro de Combate a Corrupção, Crimes Financeiros, Econômicos e de Lavagem de Dinheiro no âmbito da Ameripol, o centro seria responsável pela articulação das investigações conjuntas entre os membros da rede quando a Colômbia for parte.

Nesse sentido, tanto mais intensa a confiança, quanto maiores os esforços que qualifiquem o nível de interação entre as agências, a harmonização de entendimento e propósito, a mudança de atitude e comportamento. Tais condições, se presentes, alavancam um ciclo virtuoso de transformações e quebra de paradigmas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doutrina

Ackerman, S., & Palifka, B. "Corruption and Government. Causes, consequences, and reform". New York: *Cambridge University Press*. 2016. P. 491.

Aras, V. (2019). "Direito probatório e cooperação jurídica internacional". In Queiroz, R. & Salgado, D. (eds.) *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm. Pp. 423-469.

Brady, H. (2007). "Europol y el modelo europeo de inteligencia criminal: una respuesta no estatal a la delincuencia organizada". Real Instituto Elcano. <http://biblioteca.ribei.org/1243/1/ARI-126-2007-El.pdf>. P. 1.

- Costardi, C. “The Institutionalisation of the Multilateral Police Cooperation in the Americas: A Bottom-Up Approach to the Pathway of an Informal Government” Network. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, Brasil, v. 13, n. 7, 2022. DOI: 10.31412/rbcp.v13i7.799. <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/799>. Pp. 227-262.
- Dammert, L. (2019). “Challenges of police reform in Latin America”. In *Routledge handbook of law and society in Latin America*. Routledge. Pp. 259-277.
- De Burca, G., Keohane, R. & Sabel, C. (2013). “New Modes of Pluralist Global Governance”, 45 N.Y.U. J. Int’l L. & Pol. 723. Pp. 723-786.
- Hooghe, L. & Gary, M. (2010). “Types of multi-level governance in Handbook on Multi-level Governance”. Enderlein, H., Wälti, S., & Zürn, M. (eds.). Edward Elgar Publishing Inc. Northampton.
- Kilmar, C. & Amoroso, H. (2018). “Responsabilidade de sócios, administradores e conselheiros: facetas aplicadas do criminal compliance”. Nohara, I. & Pereira, F. (eds.) *Governança, Compliance e Cidadania. São Paulo: Revista dos Tribunais*. Pp. 207-209.
- Krahman, E. (2003). “National, Regional and Global Governance: one phenomenon or many?”. *Global Governance* 9.
- Nabais, T. (2011). *Prevenção do terrorismo transnacional: a partilha de informações no quadro da Europol*. Dissertação de Mestrado. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.
- Poncioni, P. (2012). “Políticas públicas para a educação policial no Brasil: propostas e realizações”. *Estudos de Sociologia*, 17(33).
- Fernandes, A., Almeida, J., Moraes, M. (ed.). (2008). “Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo”. São Paulo: RT. P. 25
- Seyedi, M. (2016). *The legal structure of interpol*. Dissertação de mestrado. Nicósia: Universidade do Oriente Próximo. P. 27.
- Slaughter, A. & Hale, T. (2010). “Transgovernmental networks and multi-level governance”. In: Enderlein, H., Wälti, S. & Zürn, M. (eds.) *Handbook on Multi-level Governance*. Massachusetts: EE. Pp. 358-365.
- Toffoli, J. & Cestari, V. (2008). “Mecanismos de cooperação jurídica internacional no Brasil”. In: Brasil. Ministério da Justiça. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. Brasília: 1ª ed. DRCI, SNJ, MJ.

Relatórios, resoluções e outros documentos

ACFE. Report to the nations. Vid.: <https://s3-us-west-2.amazonaws.com/acfe-public/2018-report-to-the-nations.pdf>

Ameripol. (2019a). *Historia*. http://www.ameripol.org/portalAmeripol/appmanager/portal/desk?_nfpb=true&_pageLabel=portals_portal_page_m2p1p2&content_id=20088&folderNode1=26017&folderNode1=26028

Ameripol. (2019b). *Misión y Visión*. http://www.ameripol.org/portalAmeripol/appmanager/portal/desk?_nfpb=true&_pageLabel=portals_portal_page_m2p1p2&content_id=20099&folderNode=26017&folderNode1=26028

Ameripol. (n.d.). *Quienes somos*. http://www.ameripol.org/portalAmeripol/appmanager/portal/desk?_nfpb=true&_pageLabel=portals_portal_page_m2p1p2&content_id=20058&folderNode=26017&folderNode1=26028

Ameripol - Resoluções (2019, 25 de julho). http://www.ameripol.org/portalAmeripol/appmanager/portal/desk?_nfpb=true&_pageLabel=portals_portal_page_m2p1p2&content_id=20105&folderNode=26049&folderNode1=26017

Ameripol - *Estatuto da Comunidade de Polícias da América* (2012). Santo Domingo. <http://www.ameripol.org/portalAmeripol/ShowBinary?nodeId=/WLP%20Repository/52080//archivo>

Brasil. Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, firmado pela República Federativa do Brasil, em San Juan, em 2 de agosto de 2010. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10452.htm

Colombia. Ley 1.474, de 2011. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292>

El PAcCTO. Europa Latinoamérica. <https://www.elpaccto.eu/en/now/news/>

Europol. (n.d.a). *About EUROPOL*. <https://www.europol.europa.eu/pt/about-europol>

Europol. (n.d.b). *Our thinking*. <https://www.europol.europa.eu/about-europol/our-thinking>

Europol. (n.d.c). *Secure Information Exchange Network Application (SIENA)*. <https://www.europol.europa.eu/activities-services/services-support/information-exchange/secure-information-exchange-network-application-siena>

- Europol. Crimes areas. Corruption. <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-statistics/crime-areas/corruption/sports-corruption>
- Europol. Joint Investigation Teams. <https://www.europol.europa.eu/partners-collaboration/joint-investigation-teams>
- Europol. European Financial and Economic Crime Centre – EFCEC. <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-financial-and-economic-crime-centre-efecc>
- Interpol. (n.d.). *Que és Interpol*. <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Que-es-Interpol>
- Interpol. Anti-corruption and asset recovery. (2022), <https://www.interpol.int/Crimes/Corruption/Anti-corruption-and-asset-recovery>
- Interpol. Interpol launches centre against financial crime and corruption, <https://www.interpol.int/News-and-Events/News/2022/INTERPOL-launches-centre-against-financial-crime-and-corruption>
- Interpol. Vid.: <https://www.interpol.int/>
- Interpol. Países Membros. Vid.: <https://www.interpol.int/Who-we-are/Member-countries>
- Interpol. Estatísticas e demais informações sobre as 17 Bases de Dados da INTERPOL. Vid.: <https://www.interpol.int/Howwe-work/Databases>
- Interpol. Governos parceiros. Vid.: <https://www.interpol.int/Our-partners/Government-partners>
- Interpol. Organizações internacionais parceiras. Vid.: <https://www.interpol.int/Our-partners/International-organization-partners>
- Interpol. Interpol e a União Europeia. Vid.: <https://www.interpol.int/Our-partners/International-organization-partners/INTERPOL-and-the-EuropeanUnion>
- Interpol. Interpol e as Nações Unidas. Vid.: <https://www.interpol.int/Our-partners/International-organization-partners/INTERPOL-and-the-United-Nations>
- iInterpol. Avisos especiais do Conselho de Segurança da ONU. Vid.: <https://www.interpol.int/Our-partners/Internationalorganization-partners/INTERPOL-and-the-United-Nations/INTERPOL-United-Nations-Security-CouncilSpecial-Notices>; Resoluções aprovadas pela Nações Unidas relacionadas ao papel da INTERPOL.
- Interpol. UNGA and UNSC resolutions highlighting INTERPOL's role. <https://www.interpol.int/Our-partners/International-organization-partners/INTERPOL-and-the-UnitedNations/UNGA-and-UNSC-resolutions-highlighting-INTERPOL-s-role>.

- Interpol. Interpol e as Nações Unidas. Vid.: <https://www.interpol.int/Our-partners/International-organization-partners/INTERPOL-and-the-United-Nations>
- LaLiga. (2022). La newstetter de LaLiga. LaLiga y Ameripol firman um acuerdo de colaboración para combatir la corrupción deportiva y erradicar la violencia en el fútbol. <https://newsletter.laliga.es/futbol-global/laliga-y-ameripol-firman-un-acuerdo-de-colaboracion-para-combatir-la-corrupcion-deportiva-y-erradicar-la-violencia-en-el-futbol>.
- Ministério da Justiça. Redes de Cooperação. Vid.: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/atuacao-internacional-2/redes-de-cooperacao>
- OCDE. Clean Government. Vid.: <https://www.oecd.org/cleango-vblz/49693613.pdf>
- ONU. Corrupção custa mais de U\$ 26 trilhões por ano, alerta pnud. Vid.: <https://nacoesunidas.org/corrupcao-custa-mais-de-us-26-trilhoes-por-ano-alerta-pnud>
- Reniero, J. (n.d). *Apresentação - O papel da Ameripol* [Slides do PowerPoint]. <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/oficina-el-paccto/presentacion-el-papel-de-ameripol-javier-francisco-reniero.pdf/view>
- Transparência Internacional. Índice de percepção da corrupção. <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>
- União Europeia, Conselho. (2009). “Decisão do Conselho de 6 de Abril de 2009 Prevenção do Terrorismo Transnacional A Partilha de Informações no Quadro da Europol 61 que cria o Serviço Europeu de Polícia (Europol)”. (2009/371/JAI). Jornal Oficial da EU L 121. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:121:0037:0066:P:T:PDF>
- União Europeia. Serviço das Publicações da União Europeia. (2009). *Europol: Serviço Europeu de Polícia*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114005b>

Capítulo 5

Modelos institucionales de cooperación internacional en materia penal II: modelos de integración no-policial

MIGUEL BUSTOS RUBIO*

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo abordaremos la exégesis de diferentes modelos institucionales de cooperación internacional en materia penal desde el estudio de instrumentos de integración no-policial. Tal análisis se realizará en perspectiva comparada entre distintos modelos, al objeto de establecer si algunos de ellos pueden estar llamados a coadyuvar de manera eficaz a la lucha contra la criminalidad organizada transnacional (COT) en el entorno de América Latina y, con especial énfasis, en Colombia.

El objeto de esta investigación pensamos que es esencial en materia de lucha contra el COT, toda vez que muchos de los instrumentos

* Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Internacional de La Rioja (España). Doctor europeo en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Sus investigaciones se centran en la omisión como categoría dentro de la teoría jurídica del delito y en el Derecho Penal económico. Sus últimos trabajos se han desarrollado en temas como la regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos de bancarrota e insolvencias punibles, blanqueo de capitales y corrupción privada. También ha investigado sobre la categoría de la punibilidad en la teoría del delito, y los delitos acumulativos. Igualmente ha investigado sobre la discriminación socioeconómica sobre colectivos vulnerables. Ha sido investigador en varios proyectos I+D+i de convocatorias públicas competitivas. Es investigador principal del Grupo de Investigación Reconocido “PENALCRIM” de la Universidad Internacional de La Rioja. ORCID: 0000-0003-0686-649X.

y modelos que aquí se van a analizar han demostrado implicaciones importantes en la prevención, lucha y sanción de diferentes tipologías delictivas relacionadas con esta compleja forma de criminalidad en la actualidad. Centrar la atención, en este capítulo, en el análisis de modelos de integración que no poseen carácter policial propicia, además, una visión de conjunto si se valoran dichos modelos de forma integradora y complementaria con diferentes instrumentos de carácter policial que se han analizado en el capítulo anterior.

La cuestión concreta a la que aquí se quiere dar cumplida respuesta es, por tanto, la de hasta qué punto y de qué modo la regulación existente en materia de integración no-policial, puede servir para afrontar la prevención y lucha contra el fenómeno de la COT en el ámbito latinoamericano y, como decíamos, particularmente para el caso de Colombia.

A tal empresa se dedican las líneas que siguen, en las que la atención se centrará en cinco modelos institucionales concretos, que como se adelantó serán estudiados en perspectiva comparada: (a) el modelo de la Unión Europea (UE), analizando especialmente los instrumentos que constituyen la Euroorden y Eurojust; (b) el modelo de colaboración que proporciona el Consejo de Europa; (c) los modelos no-latinoamericanos que también pueden aportar aspectos positivos al objeto del análisis (en concreto, los casos español y estadounidense); (d) el modelo cooperador en el ámbito latinoamericano; y (e) el modelo colombiano de cooperación no-policial en la materia.

Desde este punto de inicio, se advierte al lector de que en las páginas que siguen el análisis se va a centrar en algunos de los ejes transversales que se consideran de mayor interés e importancia en la lucha actual contra la COT y que podemos encontrar en los modelos acabados de apuntar, que serán estudiados, como se advirtió, desde una óptica eminentemente comparada al objeto de extraer conclusiones válidas que permitan exportar modelos (o mejor, elementos de esos modelos) al ámbito latinoamericano y, en concreto, colombiano. Consecuentemente, tales ejes van a ser los que constituyan los diferentes epígrafes del presente capítulo, a saber: (a) entregas simplificadas de sujetos investigados, acusados o sancionados por delitos relacionados con la criminalidad organizada transnacional; y (b)

mecanismos de cooperación judicial internacional en relación con la lucha y prevención de la criminalidad organizada transnacional.

2. ENTREGAS SIMPLIFICADAS DE SUJETOS INVESTIGADOS, ACUSADOS O SANCIONADOS POR DELITOS RELACIONADOS CON LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA TRANSNACIONAL

2.1. Unión Europea: la Euroorden

A nivel de la UE debe advertirse que en la actualidad encontramos muy diversos y cambiantes instrumentos de cooperación judicial no-policial. Sintetizando al extremo:

[...] de un lado, podrán practicarse los tradicionales actos de citación y emplazamiento; así como la notificación de documentos y resoluciones judiciales. Asimismo, podrán realizarse actividades encaminadas a la obtención de pruebas, como la declaración del imputado o el interrogatorio de testigos o peritos. También será posible practicar medidas de aseguramiento como el embargo y el decomiso de bienes. Y como cooperación previa al proceso en sentido estricto, pero encaminada directamente al favorecimiento de su desarrollo, podrán realizarse actividades de investigación de la más diversa índole: entregas vigiladas, transmisión espontánea de información, intervenciones y escuchas de las telecomunicaciones, etc. También podrá solicitarse mediante instrumentos de cooperación el traslado de penados, así como la información relativa a los antecedentes penales y la información sobre condenas judiciales (Serrano, 2013).

A efectos de nuestro trabajo, no obstante, encontramos dos instrumentos de integración no-policiales concretos que resultan esenciales en la lucha contra el COT: la Euroorden (a la que nos referimos en este primer apartado) y Eurojust (que abordamos en un epígrafe posterior en esta misma investigación).

La Euroorden constituye un procedimiento de carácter judicial (no-policial, por tanto) que pone a disposición de cualquier Estado miembro de la UE la posibilidad de detener a cualquier persona acusada de un delito en otro país miembro de la UE, con el fin de extraditarla al país donde esa persona se encuentra investigada o acu-

sada de un delito, o bien ya se encuentra condenada por sentencia firme. Es una institución sumamente importante en la práctica, pues establece una herramienta rápida, sumaria, apoyada en el principio internacional del mutuo reconocimiento, que elimina trabas burocráticas y simplifica el procedimiento de entrega al país solicitante, acortando los plazos. La Euroorden permite, pues, que la libre circulación de personas en la UE no constituya problemas de persecución penal entre países. Es un proceso que se lleva a cabo entre autoridades judiciales: el juez responsable de la investigación solicita directamente al juez del otro país la detención y puesta a disposición de la justicia del solicitante de la persona acusada o condenada, mediante un formulario simplificado y estandarizado. En la práctica solo es posible activar este mecanismo cuando el delito por el que se acusa tenga pena de prisión superior a un año, o en el caso de que ya exista una condena de al menos cuatro meses de prisión. La principal ventaja que presenta esta herramienta es el tiempo: el país donde se encuentra la persona reclamada tiene un máximo de diez días para resolver si el detenido o condenado muestra su consentimiento, o sesenta días en caso contrario. En cualquier caso, la propia normativa que regula y rige la Euroorden deja claro que siempre habrán de respetarse las garantías procesales y derechos fundamentales de las personas detenidas o condenadas. Lo más importante a los efectos de nuestra investigación es, con toda seguridad, el hecho de que la Euroorden resulta de aplicación automática a un catálogo de más de treinta delitos comunes en las regulaciones de los países miembros de la UE, y entre ellos destacan los relacionados con la criminalidad organizada, como es el caso de delitos de corrupción, terrorismo o trata de personas, por citar algunos ejemplos.

La Euroorden, u Orden europea de detención y entrega, es, por tanto, un mecanismo sumario, rápido, cuasiautomático, de detención y entrega de un sujeto investigado, acusado o condenado en sentencia firme por parte de un Estado miembro de la UE a otro.

La Euroorden se articuló por medio de la Decisión Marco de 13 de junio de 2000, una norma cuya naturaleza hace que tenga efecto obligatorio pero sin poseer efecto directo, por lo que, y esto seguramente constituya un punto negativo, los Estados están obligados a incorporar y regular dicha norma en sus ordenamientos jurídicos,

lo que les deja en la práctica cierto margen de decisión que puede hacer que este instrumento se aleje del principio de reciprocidad, al menos concebido en su versión primigenia, como principio absoluto inter partes (García, 2007). Es el art. 1.1 de dicha Decisión Marco el que define este instituto jurídico: “la orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad”.

La Euroorden se presenta apriorísticamente como un instrumento positivo al servicio de una persecución penal simplificada entre Estados miembros:

[...] supone la supresión de los procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento de entrega de personas presuntamente responsables de la comisión de algún delito, o de personas que eluden la acción de la justicia tras ser condenadas por una sentencia firme. Desaparecen los motivos de denegación habituales en los procedimientos de extradición, como los relativos a la no entrega de nacionales (reciprocidad), o a la consideración de los hechos como delitos políticos. Es decir, se restringe el margen de discrecionalidad u oportunidad política del Poder Ejecutivo, y se refuerza el carácter jurisdiccional de estas materias (Tinoco, 2009).

En concreto, presenta los siguientes caracteres positivos (Penín, 2013): (a) judicialización (se suprime el principio de oportunidad y la intervención gubernativa); (b) homogeneización (procedimiento común, aunque con cierto margen de discrecionalidad); (c) armonización (formulario común, único y sencillo, que reduce trámites y plazos); (d) simplificación (desaparece como fase independiente la detención previa, basta con emitir la orden para proceder a la detención y entrega); (e) celeridad (comunicación directa y plazos muy breves); (f) flexibilidad procedimental (si el reclamado consiente la entrega, es cuasiautomático); (g) favorecimiento de la entrega (se prescinde del control de la doble tipificación para un total de 32 figuras delictivas); y (h) garantismo (total respeto por los derechos fundamentales).

Es cierto que este mecanismo opera bajo el paraguas y cobertura del principio de reciprocidad, por lo que no puede decirse que

constituya un instrumento sumamente novedoso. Como asevera la doctrina más reciente:

[...] el principio de reciprocidad es un principio universalmente aceptado en las relaciones internacionales entre los Estados. Tanto es así que se convierte en uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional, tanto público como privado. En este sentido, el principio de reciprocidad supone, ante la ausencia de reglas normativas aplicables o como consecuencia de lo previsto en la norma aplicable a una materia, la adopción por parte de los Estados de una determinada conducta similar o proporcionada a la adoptada por el otro Estado (Fontesdad, 2021).

Con todo, parece que este principio aparece de fondo en toda la regulación sobre la Euroorden a pesar de que en su normativa no se mencione ni defina expresamente. La confianza propia que se deben reconocer los Estados miembros de la UE inspira tal modo de proceder.

Empero, y a pesar de estos dos factores que a nuestro modo de entender pueden suponer ciertos aspectos negativos de la institución, no cabe duda de que la figura vino a simplificar muchas de las trabas que en la práctica presentaba la institución de la extradición en el derecho internacional (DI). La Euroorden supone, en este punto, una sustitución del principio de petición (o rogatorio) por el de mutuo reconocimiento de decisiones judiciales de los Estados parte (García, 2007). En la práctica, como también adelantamos, supone una amplia flexibilización de trámites administrativos y de comprobación, acortamiento de plazos, agilidad y casi automaticidad entre los Estados miembros. Esta sustitución, a nivel de la UE, de los mecanismos de extradición vigentes anteriormente por el ahora más ágil de la Euroorden puede hacer que nos preguntemos si ello no supone una verdadera relajación de garantías en materia de tutela y protección de derechos fundamentales de los afectados. No es preciso indagar demasiado para extraer la conclusión sobre la existencia de un mayor riesgo de, al menos, flexibilización de dichos derechos cuando se acortan los plazos para realizar comprobaciones oportunas o se eliminan trámites, por más que todo este procedimiento se haga reposar, como se dijo, en el principio de confianza y reconocimiento mutuo entre países democráticos. Siendo justos, sin embargo, hay que afirmar que la normativa que regula este instrumento es extensa

cuando se trata de exigir al Estado requerido la comprobación (ágil, eso sí) de que la entrega no se produce respecto de un sujeto en atención a su raza, sexo, ideología, religión, etc., o en un Estado que reconozca penas inhumanas y/o degradantes.

Otro problema que pone de manifiesto la doctrina especializada es el de si realmente nos encontramos ante un mecanismo de aplicación automática. Así, algún autor (García, 2007) ha afirmado que la Euroorden no implica un reconocimiento automático de toda decisión de un juez extranjero, pues los jueces tendrán que seguir realizando ciertas comprobaciones sobre la viabilidad de la entrega en el caso particular, lo que hace que este instrumento no esté muy alejado del tradicional de la extradición. De igual modo se señala que:

[...] dado que la Decisión Marco responde al principio de reconocimiento mutuo, se debería haber suprimido totalmente el cumplimiento del requisito de la doble incriminación, ya que en cierto modo este requisito coarta, 'mutila', este principio, y además esta cuestión siempre ha sido una de las que privaban de eficacia la efectividad de la extradición tradicional (Tinoco, 2009).

Como ejemplo se puede poner el reciente caso de "Carles Puigdemont", expresidente de la Generalitat de Cataluña (España), sustraído de la justicia española en la ciudad de Waterloo (Bélgica), para el que España solicitó, como Estado emisor (en términos tradicionales: el requirente), Euroorden de detención y entrega por ciertos delitos, que finalmente fue denegada (aunque en el momento de escribir estas líneas la cuestión está recurrida y sin cerrar). España y Bélgica son Estados miembros de la UE en los que rige este instrumento, que como puede verse no fue activado en un pretendido automatismo que satisficiera la solicitud del primero (ampliamente, vid.: Brotons & Saénz, 2018).

Con toda seguridad el instrumento de la Euroorden nació para simplificar trámites y hacer más eficaz la lucha contra la criminalidad (sobre todo, la COT). No obstante, como se ha comprobado, ciertos sectores de la doctrina conciben hoy que realmente para la Euroorden no rige el principio de reconocimiento automático de las resoluciones judiciales, que sería lo distintivo respecto de la extradición tradicional, pues examinado su contenido caemos pronto en la cuenta de que también la orden europea de detención y entrega está

sometida a importantes controles y requisitos legales que no dejan de constituir verdaderos “obstáculos” en ese modo de proceder, y que deben ser examinados y discutidos por la autoridad judicial en cada caso concreto. A ello hay que añadir que para el ámbito propio de la UE el ejercicio del *ius puniendi* es todavía cosa de los Estados, que son soberanos para regular en materia penal (García, 2007).

En síntesis, a pesar del general balance positivo que realiza la doctrina y los propios informes de Eurojust, puede señalarse que:

[...] entre los obstáculos a la cooperación se encuentra la insuficiencia de recursos nacionales, lo que repercute en la mala calidad de las traducciones y tiene como consecuencia la de dar prioridad a las solicitudes internas frente a las extranjeras. Destaca igualmente la insuficiencia de información remitida. Entre los obstáculos culturales se encontraría el desconocimiento de los sistemas de justicia penal extranjeros (ej. no en todos los países es necesario el interrogatorio formal del sospechoso para formular acusación). Los obstáculos de tipo jurídico están claramente relacionados con diferencias en el procedimiento penal y la regulación procesal (Penín, 2013).

Por ello, parece claro que, cuanto menos, todavía existe un cierto margen para el perfeccionamiento de este instrumento.

2.2. Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Extradición

El Consejo de Europa, por su parte, es una organización internacional con sede en Estrasburgo que tiene por finalidad la defensa, protección y promoción de los derechos humanos (DD. HH.) y el estado de derecho, así como el propio sistema democrático. A tales finalidades sirven muchos de los textos e instrumentos auspiciados por esta organización y firmados por sus miembros, que los han ratificado e implementado dentro de sus fronteras. Se centra, sobre todo, en la tutela, reconocimiento y protección de derechos políticos y civiles de los ciudadanos. Se creó el 5 de mayo de 1949, y en la actualidad se han adherido los 47 países europeos (con la sola excepción de Bielorrusia), lo que seguramente se debió a la consolidación de sistemas democráticos a lo largo de toda Europa. Cuenta, además, con importantes observadores internacionales entre los que se cuentan Japón, Estados Unidos, México o el Vaticano. Ya en el año 1950 se aprobaría

el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), y se crearía el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Ambos entrarían en vigor y comenzarían a funcionar en el año 1953.

A nivel de entregas simplificadas como herramienta para la lucha efectiva contra distintas formas de criminalidad organizada debe destacarse el Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957, ratificado posteriormente mediante instrumento oportuno por los países adheridos al Consejo de Europa (p. ej., en el caso español, en fecha 21 de abril de 1982). Como puede colegirse, este Convenio es anterior a la propia vigencia de la Euroorden que seguramente sirvió de base a la UE para regular su contenido (como vimos). Con todo, esta norma presenta un ámbito de aplicabilidad más amplio, dado que el Consejo de Europa está conformado por más Estados de los que hoy integran la UE, por lo que es menester prestarle atención.

En el preámbulo de esta norma ya se señalan las bases de este acuerdo y su posible disposición para servir a los objetivos de colaboración en el terreno jurídico-penal:

[...] los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa: Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es lograr una unión más estrecha entre sus miembros. Considerando que tal objetivo puede alcanzarse mediante la conclusión de convenios o la adopción de una acción común en la esfera jurídica. Convencidos de que la aceptación de reglas uniformes en materia de extradición es adecuada para hacer progresar dicha obra de unificación.

De este modo, ya en el art. 1 del citado Convenio las partes firmantes se reconocen mutuamente la obligación de entrega recíproca de sujetos detenidos, investigados o condenados por algún delito:

[...] las partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente, según las reglas y en las Condiciones prevenidas en los artículos siguientes, a las personas a quienes las autoridades judiciales de la Parte requirente persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad.

Debe señalarse que, no obstante, no todo delito puede ser objeto de este proceso simplificado de extradición. Darán lugar a la ex-

tradición aquellos hechos que las leyes de la parte requirente y de la parte requerida castiguen, bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de un año por lo menos, bien con pena más severa. Cuando en el territorio de la parte requirente se hubiere pronunciado condena a una pena o se hubiere infligido una medida de seguridad, la sanción impuesta deberá tener una duración de cuatro meses cuando menos. Esto, pensamos, no debe ser un obstáculo para el caso de los delitos relacionados con la COT, que con toda seguridad siempre cumplirán tales requisitos. Hay que señalar, no obstante, que como ha entendido la doctrina especializada, “basar la extradición de un imputado o de un condenado en un límite cuantitativo mínimo de pena en lugar de en el *nomen juris* del delito imputado constituye uno de los instrumentos más significativos de estandarización de la institución con relación a algunos convenios bilaterales del siglo XIX” (Gatti, 2013).

Uno de los principales inconvenientes que presenta esta herramienta es el de la reciprocidad y el mutuo reconocimiento, que se hace recaer sobre la idea de que, para hacerse efectiva esta extradición (igual que ocurre con la figura común a nivel internacional) es preciso que ambos Estados, el requirente y el requerido, posean idénticas figuras delictivas en su ordenamiento interno, lo que supone instaurar el requisito (férreo en la práctica) de la “doble incriminación”. Como Gatti (2013) señala:

Es necesario que ambas legislaciones coincidan tanto en la descripción del hecho naturalístico como en la calificación del mismo como delito, sujeto, por lo tanto, a una sanción de tipo penal. Se trata de comprobar la coincidencia de los elementos que constituyen el delito tanto en su aspecto objetivo, que se corresponde con la conducta del autor y el resultado de ésta, como en el subjetivo.

El juicio de valoración que deberá realizar el juez del Estado requerido es, pues, ciertamente amplio, pues deberá valorar las coincidencias entre una y otra regulación antes de autorizar la entrega. Este elemento es incluso más fuerte para el caso de determinados delitos regulados en el Convenio, como es el caso del delito fiscal, para el que el art. 5 de la norma instituye que “[...] en materia de Tasas e Impuestos, de Aduana y de Cambio, la extradición se concederá, en

las condiciones prevenidas en el presente Convenio, tan sólo cuando así se hubiere decidido entre las Partes contratantes para cada delito o categoría de delitos”. Se reconoce también (art. 6) que todo Estado puede denegar la entrega de sus nacionales.

Amén de lo anterior hay que añadir que la regulación del mecanismo de extradición no es siempre similar para todos los Estados firmantes que, como ocurre en cualquier convenio de carácter internacional, pueden presentar reservas; así lo reconoce el art. 26 de esta norma, que establece que “toda Parte contratante podrá, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de Ratificación o Adhesión, formular alguna reserva con respecto a una o varias disposiciones determinadas del Convenio”. La regulación, pues, no es uniforme, lo que puede dificultar en la práctica la lucha eficaz contra la criminalidad organizada. A ello hay que sumar la inexistencia de obligación del Estado requerido de entregar a sus propios nacionales.

Sintetizando de la mano de Gatti (2013) los límites más significativos a la extradición que aparecen recogidos en el Convenio, estos pueden basarse en la propia legislación del Estado requerido (art. 2), en la naturaleza del delito (p. ej., delitos políticos, militares y, al menos en un primero momento, los delitos fiscales, que sin embargo se incluyeron tras la firma del Segundo Protocolo Adicional al Convenio) (arts. 3 a 5), en cualidades inherentes al autor (p. ej., por ser nacional del Estado requerido, como acabos de exponer) (art. 6), o bien pueden venir determinados por la posibilidad de que la acción penal ejercida en el Estado requirente sea paralela a una acción análoga en el Estado requerido o de que el delito se haya extinguido (arts. 7 a 10), o en el caso en que en el Estado requirente se pueda aplicar la pena capital, no prevista por la legislación del Estado requerido (art. 11). A ellos hay que sumar el supuesto de constatación de que en el procedimiento a consecuencia del que se ha impuesto una pena o medida de seguridad en el Estado requirente no se hayan respetado los “derechos mínimos de defensa”.

2.3. *Sistemas no latinoamericanos de referencia: España y Estados Unidos*

Encontramos también dos modelos concretos fuera de América Latina que pueden de algún modo estar también llamados a coadyuvar al análisis que se está desarrollando en estas líneas.

De forma muy somera, y, en primer lugar, ha de hacerse mención del caso de España, donde en su ordenamiento jurídico interno ya se contemplan las medidas que anteriormente se han señalado para el caso de la UE (esencialmente la Euroorden). Obviamente el sistema español también contempla en su normativa procesal una serie de instrumentos orientados a la persecución, detención y entrega de sujetos en este ámbito de la criminalidad, pero pensamos que al formar parte España de la UE basta en este punto con remitirse a lo ya expuesto para conocer dichos mecanismos.

Para el caso de EE. UU. no encontramos una institución similar a alguna de las anteriormente estudiadas para el caso del ámbito europeo, especialmente la Euroorden, siendo lo más común acudir a los Tratados de Asistencia Jurídica Recíproca (*Mutual Legal Assistance*) suscritos por este país con el resto (en la actualidad alrededor de 100). Estos acuerdos son firmados con carácter bilateral entre EE. UU. y otro país, y en ellos se recogen las condiciones necesarias para poder llevar a cabo actuaciones con carácter sumario. Por supuesto, existen convenios particulares de extradición suscritos con terceros países.

Si un país no cuenta con un Tratado bilateral con EE. UU. para el caso de requerir esta asistencia jurídica, será una Convención de la ONU (o bien de carácter regional) la que entre en escena para regular el procedimiento de entrega de los sujetos, siempre que dicho instrumento haya sido ratificado por ambos Estados. De este modo, la propia normativa administrativa que encontramos en el ámbito de los EE. UU. sobre la cuestión ya señala a qué instrumentos particulares de carácter internacional debe acudir en cada tipología delictiva; así, p. ej., para el caso de blanqueo de capitales asociado a la corrupción se recomienda acudir a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida), para el crimen organizado se señala la Convención de las Naciones

Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNU-DOT o Convención de Palermo); para el caso del tráfico de drogas se apunta a la Convención de Viena de 1988; etc.

2.4. Sistemas latinoamericanos de referencia: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

Como se adujo al comienzo de este trabajo, llegados al punto del análisis de los instrumentos de cooperación no-policial a nivel latinoamericano se ha optado por exponer los diferentes mecanismos en una serie de países del entorno, al objeto, después, de poder comparar los modelos estudiados extrayendo conclusiones al servicio de esta investigación. En este momento nos centraremos en realizar dicha exposición en materia de entregas simplificadas.

En primer lugar, si atendemos al caso de Perú debe comenzar señalándose que este país no posee una legislación que permita realizar entregas de carácter simplificado frente a requerimientos de terceros países en los términos en los que, verbigracia, se producen con mecanismos como la Euroorden ya analizada. En el art. 37 de la Constitución peruana se establece que cualquier extradición ha de ser concedida siempre por el Poder Ejecutivo (por tanto, no en sede judicial). Por ello, no existen en este país normas internas que permitan a los órganos judiciales peruanos entregar de modo directo, sencillo y sumario a un sujeto investigado, acusado o sancionado, al margen de la intervención del Poder Ejecutivo. Además, debe señalarse que la normativa de este país ubica en el centro de la cuestión sobre la toma de decisiones respecto de dichos requerimientos al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Con todo, cabe decir que desde hace tiempo algunos magistrados han propuesto adoptar mecanismos similares a la Euroorden para el caso de la República del Perú¹. No obstante, esta idea se queda aún en un mero proyecto. Como ha señalado algún autor al respecto:

¹ Vid.: https://www.unodc.org/documents/international-cooperation/News_and_events/PERU_UNTOC_Contributions_3.pdf

[...] en el caso del Perú tenemos a nivel regional 14 tratados bilaterales y un total de 11 más a nivel global, y si se analiza comparativamente a los demás países de la región se puede concluir que, en términos generales, todos presentan un déficit importante de estos. Estos acuerdos bilaterales pueden ser una condición indispensable para que se conceda la extradición, y aun cuando este no sea el caso, su ausencia conlleva a que muchos aspectos queden sin un marco de actuación claramente determinado, provocando obstáculos y dificultades que hacen más engorrosos los procesos (Bonifaz, 2021).

En Perú se modificó recientemente el Nuevo Código Procesal Penal, incorporándose un novedoso art. 523-A (por medio del art. 3 del Real Decreto Legislativo núm. 1281), que señala lo que sigue, bajo la rúbrica de “extradición simplificada o voluntaria”:

[...] el reclamado en cualquier estado del procedimiento de extradición puede dar su consentimiento libre y expreso a ser extraditado por el delito materia del pedido, no siendo necesario recibir la demanda de extradición. En ese caso, la autoridad que conozca de la detención preventiva o del pedido de extradición da por concluido el procedimiento. La Sala Penal de la Corte Suprema, sin trámite alguno, dicta la resolución consultiva que corresponda a la extradición; en caso de ser favorable, remite los actuados al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para los fines de Ley.

Esta institución implica que no tenga que llevarse a cabo una audiencia extradicional, lo cual hace que en la práctica se permita aplicar un procedimiento más expedito que el sistema de extradición tradicional (Prado, 2006). Esta disposición, sin embargo, al requerir del sujeto extraditado un consentimiento libre y expreso para ello, aleja a tal disposición de cualquier similitud con la Euroorden u otros instrumentos similares.

Para finalizar con el caso peruano, debe señalarse (por supuesto) la existencia de tratados bilaterales de extradición vigentes con terceros países (es el caso, p. ej., de España, Paraguay, México, Ecuador, EE. UU., China, Costa Rica, Bolivia, El Salvador, Corea o Francia).

Un segundo país al que debe acudir para contrastar en este ámbito es México. Las extradiciones sumarias o simplificadas se contemplan en algunos de los Tratados de extradición firmados por México, pero al igual que ocurre con el caso peruano, no existe una institución sumaria y ágil, similar a la Euroorden estudiada, para con

terceros países del entorno, pues tales mecanismos requieren (a) la existencia de un acuerdo particular con cada parte (lo que hace que el sistema no sea homogéneo), y (b) solo en caso en que, como ocurría con el caso de Perú, la persona reclamada presta su expreso consentimiento para ser extraditado.

Los siguientes Tratados contienen cláusulas de extradición simplificada o sumaria para el caso mexicano: EE. UU., Argentina, Colombia, Perú, Italia, Grecia, Guatemala, China, Costa Rica, República Dominicana, Belice, Uruguay, Corea, El Salvador, Panamá, Paraguay, Ecuador, India, Bolivia y Cuba. Por el contrario, no existe cláusula de extradición simplificada o sumaria con los siguientes países: Brasil, España, Chile, Reino Unido, Países Bajos, Bélgica, Canadá, Australia, Nicaragua, Francia, Venezuela y Portugal. Por último, la Ley mexicana de Extradición Internacional, aplicable en ausencia de Tratado, tampoco contempla la extradición simplificada o sumaria.

Si atendemos al caso de Brasil, tampoco se detectan mecanismos similares a los estudiados sobre entregas simplificadas de sujetos investigados, acusados o sancionados. Algo similar ocurre con el caso de Argentina, en el que su Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal núm. 24.767 se encarga de regular pormenorizadamente la cuestión de la extradición asignando un papel principal al Ministerio Público Fiscal, que es quien representa el interés en el trámite, pero sin poder encontrar en tal disposición normativa ningún instrumento que permita hablar de entregas simplificadas (al menos en los términos de celeridad y proceso sumario que aquí interesan). Por último, para el caso de Chile ni siquiera encontramos una definición legal o normativa que desarrolle un procedimiento básico de extradición, que normalmente se cubre acudiendo a la doctrina o la jurisprudencia. Para el caso chileno es común encontrar tres tipos de normas que solamente refieren procesos genéricos de extradición aplicables a cualquier tipología delictiva y, entre ellas, al caso particular de la delincuencia organizada transnacional, a saber: (a) los acuerdos o tratados bilaterales de extradición celebrados por Chile; (b) los tratados multilaterales de extradición de los que Chile es parte; o (c) todos aquellos acuerdos multilaterales suscritos por este país que afectan, de modo directo o indirecto, a la materia de la

extradición. Consecuente, para el caso de este último grupo de países analizados, puede destacarse la existencia de procesos genéricos de extradición basados en los principios generales de esta institución (p.ej., doble incriminación, gravedad, especialidad, etc.).

Más allá de los ejemplos que acaban de ser expuestos que, en términos generales, acreditan la inexistencia de una figura similar a la Euroorden estudiada supra para el ámbito latinoamericano, y que se limitan bien a: (a) la firma de Tratados entre las partes, sin carácter homogéneo, sobre dichas extradiciones, en los que se pueden acordar casuísticamente cláusulas de simplificación de las entregas; bien a (b) prever algunas cláusulas de entregas simplificadas que se dejan orbitar sobre el consentimiento libre y válido del sujeto, sí resulta interesante a nuestros efectos abordar el instrumento identificado en el Acuerdo sobre Orden Mercosur de Detención y Procedimientos de Entrega entre los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados (núm. 48/2010), del que son parte Brasil (quien recientemente ha convalidado este instrumento por medio de Decreto Legislativo núm. 138/2018), Paraguay, Uruguay y Argentina (Estados parte del MERCOSUR), junto a otros como Ecuador, Chile, Colombia, Surinam, Guyana y Perú (Bolivia está en proceso de adhesión al momento de escribirse estas líneas) actualmente Estados asociados (por su parte Venezuela, país que formó parte de MERCOSUR, actualmente se encuentra suspendida). Cabe precisar que ya los cuatro Estados integrantes del MERCOSUR habían suscrito el correspondiente Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Parte (núm. 14/1998).

Es sumamente interesante a nuestros efectos valorar el Acuerdo de 2010, entre otras cuestiones porque se aplica a varios países del ámbito latinoamericano. Resulta por ello un verdadero instrumento de reconocimiento de las entregas de sujetos investigados por delitos (a nuestros efectos, relacionados con la criminalidad organizada), si bien no deja de constituir un acuerdo multilateral de carácter internacional sobre detención y entrega de sujetos. Se establece así la Orden Mercosur de Detención, una resolución judicial dictada en una parte firmante del Acuerdo (parte emisora) con vistas a la detención y entrega por la otra parte firmante (parte ejecutora) de cualquier ciudadano requerido para ser procesado por la presunta comisión de un hecho delictivo, para que responda a un proceso en curso o

bien para la ejecución de una pena privativa de libertad. Así se contempla en el art. 1 del citado acuerdo, que establece la “obligación de ejecutar”.

Como acuerdo internacional que es, este convenio instituye los requisitos de la doble incriminación y reciprocidad. Y además establece (art. 4) un catálogo de supuestos de denegación facultativa del cumplimiento de la Orden Mercosur de Detención, ante supuestos tasados (y estableciendo, consecuentemente, obligaciones de información). Se contempla, eso sí, la creación de una denominada “autoridad central” (art. 6) para tramitar administrativamente la Orden. E igualmente se aligeran algunos requisitos (art. 8) para la concesión o solicitud de la extradición. De hecho, el art. 11’3 del Acuerdo establece que la entrega deberá efectuarse en un plazo máximo de quince días a contar desde la notificación a la Autoridad Central de la parte emisora de la decisión definitiva emitida por la autoridad judicial competente sobre la entrega de la persona requerida. Del mismo modo que ocurría (así lo hemos visto) en los ordenamientos internos de algunos países del ámbito latinoamericano, también en este Acuerdo (art. 9) se recoge la cláusula de entrega voluntaria de la persona requerida si se produce el consentimiento informado de este, sin mayores trámites.

Por último, conviene destacar la existencia del Tratado Centroamericano Relativo a la Orden de Detención y Extradición Simplificada suscrito por los gobiernos de las Repúblicas de Belice, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana, en fecha de 2 de diciembre de 2005. Este instrumento, tal como se hace constar en su rúbrica, establece un sistema de detención y entrega de carácter simplificado, que de nuevo rehúsa de ciertos requisitos excesivamente formales y aligera los plazos de tramitación, sobre todo en perspectiva comparada con los acuerdos o Tratados internacionales sobre extradición que las partes hubieran firmado con terceros países.

De modo similar a lo que acontece con el acuerdo de MERCOSUR, el art. 2 de este Tratado establece que una “Autoridad Central es la autoridad designada por el Estado Parte para recibir, solicitar y tramitar los requerimientos de la orden de detención y extradición simplificada; dicha autoridad podrá ser administrativa, judicial o po-

licial y actuará de conformidad con el procedimiento de cada Estado Parte”. En cuanto al ámbito de aplicación, el art. 3 establece que “procede la orden de detención y extradición simplificada de una persona cuando haya sido emitida por la comisión de un delito que, tal como se define en el derecho interno del Estado Parte requirente, establezca una pena mínima privativa de libertad de un año”. De cualquier modo, y también de igual manera que lo que acontecía en el caso de MERCOSUR, el art. 5 del Tratado instituye causas de no ejecución de la solicitud de detención y extradición simplificadas (delitos políticos, afeción a la soberanía, motivos discriminatorios, etc.). Es el art. 8 del texto el que establece el procedimiento simplificado; como se ha señalado, se trata de un proceso más ágil, aligerado de otros requisitos formales y trabas existentes en otros acuerdos. Así el apartado 4º de este art. 8 establece que:

[...] una vez puesta la persona a la orden del juez y/o autoridad judicial competente, éste únicamente procederá a ejercer un control de legalidad, revisando las circunstancias en que fue detenida, si no se han violentado los derechos y garantías establecidos en la Constitución, en los tratados y demás leyes, salvaguardando en todo momento su derecho de defensa. El juez resolverá inmediatamente, admitiendo o denegando la solicitud de entrega en auto debidamente motivado. La resolución contra la cual podrá interponerse el recurso que corresponda.

Posteriormente se da traslado de este hecho a la Autoridad Central y se pone en marcha el mecanismo de entrega. Y en cuanto a plazos, el art. 8.6 señala que:

[...] las condiciones y la duración del traslado se determinarán de común acuerdo entre las autoridades judiciales requirente y requerida a través de la Autoridad Central. No obstante, si el Estado Parte requirente no realiza alguna gestión para recibir a la persona requerida después de transcurridos diez días de haber sido puesta a su disposición, se dejará en libertad, sin que se pueda realizar nueva solicitud.

2.5. Análisis comparado

Algún autor ha manifestado recientemente que los aportes y avances que se han llevado a cabo desde América Latina en cuanto al desarrollo de la institución de la extradición son ciertamente enco-

miables (citándose, p. ej., los trabajos de hace años llevados a cabo por el Comité Interamericano de Jurisconsultos y el Comité Jurídico Interamericano, que llevaron a la aprobación de la Convención Interamericana sobre Extradición de 1981) (Bonifaz, 2021).

Como puede leerse al último autor citado:

[...] en esta tarea se ha puesto un mayor énfasis en el estudio sustantivo de la extradición y se ha escrito ampliamente sobre su naturaleza (si constituye una obligación o no conforme al derecho internacional), requisitos (reciprocidad, doble incriminación, *ne bis in ídem*, prescripción de la acción penal, pena mínima, especialidad), causales de exclusión (nacionalidad, delitos políticos, persecución, pena de muerte, tortura, falta de garantías mínimas que aseguren un debido proceso). Sin embargo, existen determinados aspectos prácticos que conlleva un proceso de extradición que valdría la pena poner bajo el reflector para evitar situaciones que den paso a la impunidad.

Entre estos obstáculos que se observan en el entorno latinoamericano, se enuncian los que siguen:

1. Manejo de distintos estándares probatorios entre los Estados requerido y requirente (algunos no hacen referencia a los medios probatorios como un requisito mientras que otros demandan que se sustente “causa probable”);
2. Definición de términos en los tratados en función de conceptualizaciones distintas; asimismo, falta de homogeneidad en cuanto a los criterios establecidos entre los distintos países o entre los distintos organismos (p. ej., el caso de MERCOSUR);
3. Diferente formato y estructura de la solicitud de extradición;
4. Falta de establecimiento único de una representación legal (o Autoridad Única) en materia de detenciones y entregas (quién la asume y qué comporta);
5. Traducción de la documentación y costes del proceso de extradición; y
6. Falta de homogeneización de los tiempos.

A nivel del sistema interamericano existen instancias que vienen abordando la temática de la extradición en el marco de la lucha contra la corrupción. Así, p. ej., el Comité de Expertas y Expertos en el

Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), que contempla la necesidad de que los Estados proporcionen información sobre la implementación del art. XIII de la Convención que regula lo relativo a la extradición.

Por otro lado, las Reuniones de Ministros de Justicia u otros Ministros, Fiscales y Procuradores Generales de las Américas han constituido un foro esencial para la cooperación jurídica internacional en Latinoamérica, también cuando se trata de abordar cuestiones en materia de entregas simplificadas. Específicamente el Grupo de Trabajo de en Cooperación Jurídica en Materia Penal viene tratando el tema de la extradición para poder hacer de esta un mecanismo más eficiente en los próximos años. Como principal resultado de ello, el Grupo de Trabajo inicialmente analizó la propuesta presentada por la delegación de Argentina de aprobación de un Instrumento Jurídico Interamericano sobre Extradición, pero tras su evaluación decidió más bien seguir el camino de elaborar una Ley Modelo en Materia de Extradición (Bonifaz, 2021).

Cabe destacar, como hace algún autor (Bonifaz, 2021), que, a nivel de las reuniones intergubernamentales de expertos de composición abierta para mejorar la cooperación internacional en el marco de la Convención de la ONU contra la Corrupción, se viene alentando a los Estados parte (ya en diversas ocasiones) a que simplifiquen los procedimientos pertinentes, con arreglo a su derecho interno, y adopten, entre otras, las medidas adecuadas para hacer más efectivos los procesos de extradición.

En definitiva, y concluyendo en este punto con la situación en Latinoamérica, en palabras de Bonifaz Tweddle (2021) puede considerarse que:

[...] la cooperación jurídica en materia penal, y específicamente lo relativo a las extradiciones en casos de lucha contra la corrupción, se ha visto beneficiada por los trabajos desarrollados en estos foros, de allí también la importancia de que haya un adecuado acompañamiento para la implementación efectiva de sus medidas y recomendaciones por parte de los Estados. Sin embargo, hay espacio para dar pasos adicionales más ambiciosos, especialmente, en materia de gran corrupción, a fin de simplificar, homogeneizar y hacer más expeditivos los procedimientos de extradición sin que ello, claro está, implique

generar espacios en donde se pongan en riesgo los derechos de los extraditables.

Como también se pudo comprobar, a nivel europeo conviene diferenciar dos instrumentos: la Euroorden, que aplica al caso de Estados miembros de la UE, y el Convenio Europeo de Extradición, aplicable a los países integrantes del Consejo de Europa.

En relación a este último, se asemeja bastante al resto de acuerdos y tratados que se han podido analizar en relación con Latinoamérica. Esto implica que, aunque en ocasiones se pueden encontrar determinadas mejoras en lo relativo a exigencias procedimentales, comparativamente con las que pueden encontrarse en los más tradicionales tratados inter-partes sobre extradición, no deja de ser un instrumento tradicional que incorpora un mecanismo, el de la detención y entrega, también tradicional, y con apoyo en una serie de principios y requisitos igualmente tradicionales. Véase, a título de ejemplo, las férreas exigencias de comprobación sobre la reciprocidad, el principio de doble incriminación, la falta de automaticidad, la dilación en cuanto a los plazos, o las variadas causas de no-entrega previstas. Y esto, como decimos, aparece en perspectiva comparada en términos prácticamente idénticos tanto para el caso del Convenio Europeo como para el resto de tratados y acuerdos a nivel latinoamericano.

Es por ello por lo que, a nuestro juicio, el mejor ejemplo para implementar un auténtico sistema de entregas simplificadas a nivel latinoamericano (y por ello aplicable al caso colombiano) necesariamente pasa por una adaptación de un instrumento similar al de la Euroorden, mucho más aventajado para tal finalidad, aún con espacios de mejora y perfeccionamiento (como ya se adujo en el apartado relativo a su análisis).

La Euroorden presenta importantes ventajas frente al resto de modelos (incluido el caso estadounidense) por lo que, aun siendo conocedores de las dificultades prácticas que puede entrañar su aplicación al ámbito latinoamericano, pensamos que ha de ser el espejo en el que estos últimos deben mirarse, eliminando posibles trabas para tal finalidad y aunando objetivos comunes de cooperación, apoyados en intereses generales para todas las partes implicadas, sobre todo en materia de lucha contra la COT y la corrupción.

Los puntos positivos que presenta este instrumento internacional son variados, como ya se tuvo ocasión de comprobar más arriba, pero pueden sintetizarse en los que siguen:

1. Supresión de los tradicionales requisitos y exigencias de los procedimientos de extradición, y sustitución por un proceso ágil de entrega, prescindiéndose del tradicional principio rogatorio por uno de mutuo reconocimiento entre Estados.
2. Desaparición de los motivos tradicionales de denegación de entrega, que sí existen en el Convenio Europeo sobre Extradición y en los distintos acuerdos y Tratados latinoamericanos sobre la cuestión.
3. Reconocimiento automático de las solicitudes judiciales de terceros Estados, sin necesidad de sostenerse en el principio de expresa petición.
4. Restricción o supresión del margen de oportunidad y discrecionalidad política, pasando el control de manos del Poder Ejecutivo (p. ej., en el caso de Perú y otros Estados en Latinoamérica, como se vio) al Poder Jurisdiccional, más garantista (como se comprobó, en algunos países, como es el caso de Argentina, ese poder se hace recaer todavía sobre el Ministerio Público Fiscal).
5. Armonización y homogeneidad de los formularios del proceso.
6. Reducción de los tiempos de entrega.
7. Flexibilidad procedimental en caso de que el reclamado consienta en la entrega (aunque esto ya se ha añadido al resto de instrumentos analizados).
8. Rehúso del control tradicional de la doble tipificación en caso de figuras delictivas comunes y consideradas tradicionales (especial énfasis, a nuestros efectos, debiera hacerse en el ámbito de la criminalidad organizada y delitos afines).
9. Un completo garantismo y respeto por los DD. HH.

2.6. El sistema colombiano

2.6.1. Desarrollo normativo

Por último, para el caso particular de Colombia, debe comenzar señalándose la existencia de un primer reconocimiento del instrumento de la extradición ya a nivel constitucional. En efecto, el art. 35 de la Constitución colombiana reza como sigue:

[...] la extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley. Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. La extradición no procederá por delitos políticos. No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma.

El instrumento principal en materia de entregas con terceros países es pues (y al igual que acontece con el resto de países del entorno latinoamericano) el de la extradición, cuya regulación legal se encuentra dispersa a lo largo del ordenamiento jurídico colombiano: así, además de los tratados vigentes en esta materia (firmados, p. ej., con Bélgica, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, España, Francia, Reino Unido, Nicaragua, Panamá, Bolivia, Venezuela, Ecuador, EE. UU, México, etc.) aparece regulada esta institución esencialmente en la ley 906 de 2004, que aprueba el Código de Procedimiento Penal y sus posteriores modificaciones.

En el año 2011 (por medio de la Ley núm. 1453) se produjo la introducción de un novedoso art. 500 en la citada ley de 2004, que incorporó al ordenamiento jurídico colombiano la figura de la “extradición simplificada”, mediante la cual, igual que acontecía en el caso peruano, quien es requerido en extradición puede renunciar al procedimiento y solicitar la emisión de plano del concepto correspondiente, siempre y cuando la petición sea coadyuvada por su defensor y el representante del Ministerio Público. Literalmente, tras la reforma el precepto reza como sigue:

[...] la persona requerida en extradición, con la coadyuvancia de su defensor y del Ministerio Público podrá renunciar al procedimiento previsto en este artículo y solicitar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de plano el correspondiente concepto, a lo

cual procederá dentro de los veinte (20) días siguientes si se cumplen los presupuestos para hacerlo.

Con todo, como fácilmente puede colegirse, este proceso no constituye un verdadero mecanismo de “entrega simplificada” similar a los ya estudiados, al albur de la legislación europea (las mismas razones que ya se adujeron al analizar otros ordenamientos jurídicos en el ámbito de Latinoamérica, como el caso de Perú).

2.6.2. Fortalezas y debilidades del sistema colombiano

Como consecuencia de lo anteriormente descrito para el caso de Colombia, se pueden exponer de forma sintetizada las fortalezas y debilidades encontradas:

1. Por un lado, en cuanto a fortalezas, ha de valorarse de forma muy positiva que en el año 2011 se introdujese en el ordenamiento jurídico colombiano la “extradición simplificada”, paso necesario para sentar las bases de una posterior construcción de modelos realmente sumarios y eficaces. Con todo, en perspectiva comparada con el resto de los modelos estudiados para el caso latinoamericano, extra-latinoamericano y europeo, pensamos que dicho instrumento es del todo insuficiente para hacer frente a la persecución de sujetos ante este tipo de delincuencia, máxime si se estudian otros mecanismos más eficaces en el ámbito de otros Estados, como se ha visto.
2. Por otro lado, y ciertamente conectado con lo anterior, la principal debilidad que se encuentra es que, como decimos, realmente con esa “extradición simplificada” no nos encontramos ante un procedimiento ágil, automático y sumario (p. ej., en perspectiva comparada con otros modelos estudiados, como el de la Euroorden a nivel UE) que permitan activar un auténtico proceso de detención y entrega de sujetos a nivel transnacional. Tampoco su legislación interna desarrolla mecanismo alguno de entrega simplificada. Consideramos, pues, que ante esta debilidad es imperiosa la necesidad de articular un acuerdo que, en tal sentido, permita implementar un verdadero mecanismo de persecución, detención y entrega sumaria ante tales casos de delitos.

2.7. Conclusiones y recomendaciones para América Latina y Colombia

2.7.1. Conclusiones

Al albur del anterior apartado, se puede concluir que el instrumento que se encuentra en mejor disposición de constituir la base sobre la que poder exportar ideas, modelos y mecanismos de cooperación internacional en materia de entregas simplificadas para el ámbito latinoamericano, y específicamente dentro de ese ámbito también para el caso de Colombia, lo constituye la Euroorden, implementada entre países miembros de la UE, y por las razones anteriormente aludidas.

Es cierto, y así debe reconocerse, que la situación sobre la que aplica dicho mecanismo es muy diferente en un caso (organización de países en torno a un régimen normativo común y homogéneo) que en otros (p. ej., el caso latinoamericano, donde no existe tal unión), pero también es cierto que en materia penal la competencia, tanto en la UE como en Latinoamérica, sigue siendo de los propios Estados. Por ello, dicho aparente obstáculo no puede seguir siendo el que suponga un verdadero impedimento a la hora de exportar el modelo de la UE al ámbito latinoamericano.

Por los diferentes aspectos positivos que presenta el mecanismo de la Euroorden (sintetizados en una mayor fluidez y agilidad de los trámites, lo que redundaría en un mejor proceso de persecución por parte de la justicia penal) pensamos que es posible tomarlo como base para un futuro modelo de cooperación real entre países en el ámbito latinoamericano en lo que respecta a entregas simplificadas de sujetos investigados, acusados o procesados.

2.7.2. Recomendaciones para América Latina

De forma sintética, y complementando lo anterior para el caso latinoamericano, se proponen los siguientes ejes de acción para mejorar el estado actual de la cuestión:

1. Lograr mediante acuerdos de colaboración la implementación de estándares probatorios similares entre los Estados requerido y requirente.
2. Supresión de los tradicionales requisitos y exigencias de los procedimientos de extradición, y sustitución por un proceso ágil de entrega, prescindiéndose del tradicional principio rogatorio por uno de mutuo reconocimiento entre Estados en el ámbito latinoamericano y, consecuentemente, desaparición de los motivos tradicionales de denegación de entrega.
3. Homogeneizar el formato y estructura de la solicitud de extradición en estos países.
4. Establecer una representación legal única (o autoridad única) en materia de detenciones y entregas (quién la asume y qué comporta).
5. Restringir al máximo el margen de oportunidad y discrecionalidad política, pasando el control de manos del Poder Ejecutivo al Poder Jurisdiccional, más garantista.
6. Eliminar el control tradicional de la doble tipificación en caso de figuras delictivas comunes.
7. Traducción automática de la documentación y asunción compartida de los costes del proceso de extradición.
8. Para el desarrollo y concretización de todo lo anterior, se pueden tomar como punto de partida los diferentes acuerdos llevados a cabo en el seno de instituciones como MERCOSUR, que podrían ser ampliados a otros países del entorno que actualmente no son parte del mismo.

Se valora positivamente que en la actualidad ya existan varios intentos por diferentes grupos de trabajo a nivel latinoamericano para construir esta herramienta, por lo que se recomienda seguir trabajando en este sentido, con una implicación real (así, p. ej., a través de las reuniones del Grupo de Trabajo de en Cooperación Jurídica en Materia Penal, ya mencionadas). Estos ejes se podrían implementar mediante un instrumento que, como se señaló en el epígrafe ante-

rior, se asemeje a la Euroorden en el ámbito de la UE, que, si bien todavía con algunos defectos o aspectos mejorables, ha demostrado ser útil, ágil y eficaz en la lucha contra este tipo de criminalidad. Es posible tomar como base los acuerdos en la materia suscritos por los países del MERCOSUR, aunque convendría intensificar ese trabajo y ampliar la suscripción de su normativa al resto de países todavía no asociados.

2.7.3. Recomendaciones para Colombia

Para el caso colombiano, la estrategia de acción ha de transitar en la línea similar a lo que acontece en el conjunto del ámbito latinoamericano, del que forma parte. Hemos de recordar que nos encontramos ante un tipo de COT en el que sólo la cooperación real entre los diferentes países puede lograr los objetivos que se persiguen (máxime cuando se trata del mismo entorno geográfico).

Es por ello que también para el caso de Colombia se recomienda la adhesión a un modelo geográfico cercano que permita establecer un mecanismo sumario de cooperación procesal en el marco de estas tipologías delictivas. Nos remitimos en este punto, pues, a los ejes de actuación acabados de apuntar para el conjunto de América Latina. Así, un instrumento similar a la Euroorden para el ámbito europeo daría fluidez y agilidad a estos procedimientos, aun teniendo en cuenta los distintos espectros en los que tal mecanismo se despliega (como se dijo: una cooperación normativa y una cohesión jurídica mayor para el caso de la UE que para el caso de Latinoamérica, lo que no obsta, pensamos, a implementar este tipo de instrumento máxime si se tiene en cuenta que la competencia en materia penal pertenece a los Estados tanto en el caso de la UE como en el caso del ámbito latinoamericano). Y, como también se señaló para el modelo latinoamericano, una opción que constituye un buen punto de partida pueden ser los acuerdos y tratados suscritos en la materia en el seno del MERCOSUR.

3. MECANISMOS DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

3.1. *Unión Europea: Eurojust*

La Agencia de la UE para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) apoya la coordinación judicial entre autoridades nacionales de los estados miembros en la lucha contra la delincuencia organizada y el fenómeno terrorista en supuestos en los que tales delitos afectan a más de un país miembro. Es, pues, una oficina de cooperación institucional no-policial entre estados de la UE, a los que ayuda coordinando investigaciones y diligencias judiciales, resolviendo dudas sobre procedibilidad y jurisdicción, y alentando la elaboración de instrumentos a nivel de la UE para la lucha contra el crimen organizado. Para cumplir con tales objetivos Eurojust celebra reuniones de coordinación con los distintos países miembros, financia y aporta experiencia a equipos conjuntos de investigación (ECI) entre países y organiza centros de coordinación. Su organismo estratégico es el Colegio de Eurojust, que está compuesto por un fiscal o un juez de cada Estado miembro, mientras que las funciones comunes de administración se encomiendan a un director administrativo. Debe señalarse también que Eurojust acoge la Red Judicial Europea, la Red de Equipos Conjuntos de Investigación y la Red de Investigación y Persecución del Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra, por lo que su labor va más allá de la lucha contra la criminalidad organizada y terrorismo.

Como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de estas páginas es posible encontrar multitud de instrumentos y mecanismos de cooperación judicial internacional en materia de COT. Esto ocurre tanto a nivel UE, Consejo de Europa y América Latina. En el caso que nos ocupa, el de la UE, encontramos una batería extensa de normativas y herramientas diseñadas a tal fin (así, p. ej., y por citar uno de los más significativos, el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000. En este importante Convenio se establecen diversas medidas de asistencia judicial relativas a traslados de detenidos, toma de declaración por videoconferencias, equipos de

investigación, intervención de telecomunicaciones o protección de datos, entre otros). Empero, razones de espacio aconsejan seleccionar aquí uno de esos instrumentos, que se nos antoja más importante, y que en este caso hemos identificado con Eurojust (en todo caso, el Convenio sobre Asistencia acabado de citar es sumamente similar al Convenio aprobado por el Consejo de Europa sobre la misma materia ya en el año 1959, al que nos referiremos más adelante; a mayor abundamiento, vid. Poza, 2013).

Como aventuramos, en el seno de la UE encontramos la institución Eurojust, la “Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal”, creada mediante Decisión del Consejo 2002/187/JAI, de 28 de febrero, que apoya la coordinación judicial entre autoridades nacionales de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia organizada (y especialmente el fenómeno terrorista), mediante la coordinación de investigaciones judiciales entre Estados de la UE y la homogenización de criterios de investigación y empleo de instrumentos para tal fin. Como pronto se descubre, Eurojust aparece como un instrumento de especial interés en materia de cooperación judicial respecto de la COT.

En la práctica Eurojust se instituye como áter ego judicial de Europol (instrumento eminentemente policial que por ello no analizamos en este capítulo), como una unidad orgánica centralizada de carácter permanente que se integra por magistrados, fiscales y funcionarios de policía de los diferentes Estados miembros de la UE. Del art. 3 de la mencionada Decisión Marco se extrae que este organismo “tiene como finalidad última el establecimiento de una Unidad orgánica centralizada, con personalidad jurídica propia y con presupuesto propio, como medida estructural dirigida a facilitar, desde el punto de vista jurídico y práctico, la coordinación de las investigaciones y actuaciones judiciales de los Estados miembros en asuntos con implicaciones transnacionales” (Alonso Moreda, 2012).

Es interesante esta institución sobre todo en atención a la competencia que ostenta sobre ciertos delitos, la mayoría relacionados con la COT. Hay que señalar, en virtud del art. 4 de la Decisión, que la competencia se extiende a las figuras delictivas competencia de Europol, y se añaden también las relativas a la delincuencia informática,

fraude y corrupción, blanqueo de capitales, medioambiente y formas de delincuencia conexas.

Los arts. 6 y 7 de la Decisión son los que definen las funciones concretas de Eurojust para con los Estados miembros, y en ellos se señala que este organismo podrá solicitar a dichos Estados iniciar una investigación judicial sobre ciertos hechos aparentemente delictivos, dirimir qué jurisdicción es la más capacitada para conocer sobre un asunto, realizar coordinación entre las diferentes autoridades de los Estados miembros, crear ECI, facilitar información, auxiliar a las autoridades competentes, etc. Como señala Alonso Moreda (2012)

[...] el ejercicio de las funciones de Eurojust se desarrolla de diferentes formas dependiendo de las necesidades y complejidad que plantee cada caso concreto. Así, en muchas ocasiones es suficiente con la mera asistencia directa de los miembros nacionales de Eurojust a las autoridades competentes de sus Estados de origen o incluso de otros Estados miembros que buscan, por ejemplo, asesoramiento jurídico. En otras ocasiones es necesario el establecimiento de contactos informales entre los miembros nacionales de diferentes Estados donde se produce, por ejemplo, un intercambio de información, un asesoramiento jurídico o información sobre la autoridad competente para determinada solicitud que requiere de cierta urgencia, etc. También puede darse el caso de que se considere oportuna la creación de un equipo conjunto de investigación en el que participen los miembros nacionales de los Estados miembros implicados [...] Por último, los casos más complejos requieren de la convocatoria de reuniones operativas cuya eficacia las ha convertido en esenciales en la actividad de Eurojust, siendo el marco en el que se resuelven la mayoría de casos remitidos a la misma.

Además, si el suceso presenta urgencia se puede acudir a activar una solicitud ante la Célula de Coordinación de Emergencias de Eurojust.

El modo de trabajo de Eurojust se puede sintetizar de la siguiente manera: cuando una investigación policial en un Estado miembro parece tener implicaciones transnacionales ha de ponerse sobre aviso a la Fiscalía competente para que lo valore y si lo considera oportuno traslade el asunto a conocimiento de Europol para realizar seguimiento, y a Eurojust para ponerle sobre aviso. En este último caso se procede a abrir expediente identificando los países que intervienen e implicando a los países fronterizos. En la apertura de expedien-

te (al que se asigna un número de seguimiento) se deben expresar también las medidas a adoptar y distribuir y compartir toda la información existente en el caso. En ese momento, además, se establece un plazo para que los Estados implicados identifiquen a sus autoridades con las que trabajar y estar en constante comunicación. Eurojust convoca a dichas autoridades a las reuniones operativas oportunas (que es, con toda seguridad, el acto nuclear de Eurojust, y del que se extraen todos los efectos positivos en la prevención y lucha contra la COT) para intercambiar información y coordinar las diferentes acciones que se quieren activar (p. ej., videovigilancia, seguimiento y control, intervenciones telefónicas o domiciliarias, etc.). Fruto de esa colaboración conjunta se termina dando apertura judicial del caso en uno o varios países, transformando ese acto de cooperación en una investigación ya propia y autónoma del país que se encargará finalmente del enjuiciamiento (Alonso, 2012).

Pero además de todo lo expuesto no puede olvidarse, como se aventuró, el ejercicio de otras potestades por parte de Eurojust, como puede ser la intervención para la resolución de conflictos de jurisdicción (principio, en sede material y procesal, de *ne bis in idem*), que en la práctica ha demostrado ser muy eficaz para evitar tales conflictos pues los Estados afectados suscritos a Eurojust se han mostrado tradicionalmente muy receptivos. Con todo, debe señalarse un aspecto negativo, que radica en el hecho de que estas propuestas de solución realizadas por Eurojust no son vinculantes.

Por último, es menester señalar también las importantes actuaciones de colaboración que realiza Eurojust con otras instituciones de investigación penal a nivel europeo. Así p. ej., con la Red Judicial Europea, que en gran parte persigue las mismas finalidades que aquél primero:

[...] el objetivo de la Red Judicial Europea es mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión, en particular en la lucha contra las formas de delincuencia grave. Para ello, se crea una red de expertos que aseguren la óptima ejecución de las comisiones rogatorias y exhortos de auxilio judicial entre los Estados miembros (Carmona Bermejo, 2013).

Es fácil colegir la existencia de múltiples coincidencias entre los objetivos de una y otra institución, si bien en la práctica

[...] se pretende que Eurojust y la RJE, desde una base de complementariedad y de apoyo y beneficio mutuo, mantengan una relación cercana y permanente, cuya esencia sea la flexibilidad y el carácter informal. Se trata de que se afronte cada caso aprovechando al máximo el potencial de cada una de las dos estructuras, potencial que, puesto en común de la forma apropiada en cada caso, se verá claramente incrementado (Alonso, 2012).

Precisamente para definir de forma más nítida la relación entre la una y el otro se aprobaría la Decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre:

[...] la norma toma en consideración, por un lado, la necesidad de conservar las dos estructuras disponiendo, por otro, que ambos órganos deben mantener relaciones privilegiadas basadas en la concertación y la complementariedad. En este sentido, y con el objetivo de fortalecer la cooperación entre los Estados miembros de la UE, permite la conexión directa, eficaz y segura entre los puntos de contacto de la Red Judicial Europea y Eurojust (Escalada, 2014).

Igualmente ocurre, verbigracia, con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, OLAF, en cuya relación “la remisión recíproca de casos contribuye a una mayor coherencia y eficacia en la cooperación judicial, de forma que en cada caso intervenga quien esté en mejor posición para hacerlo en función de las características concretas del caso” (Alonso, 2012).

Por último, y aunque no es objeto de este capítulo porque consideramos que se ajusta mejor a un modelo de integración policial, debe mencionarse la reciente creación y puesta en marcha de la Fiscalía Europea a nivel de la UE (*European Public Prosecutor's Office*), cuya configuración precisamente contemplaba como posibilidad el art. 86,2 del Tratado Fundacional de la UE a partir de Eurojust.

Tras muchos intentos y propuestas, en abril del año 2017 un total de dieciséis (16) Estados Miembros acordaron crear dicha Fiscalía Europea con la finalidad de combatir de forma más eficaz posible el fraude contra la UE, mediante el procedimiento de cooperación reforzada. Después se unirían otros Estados a tal fin, llegando a un total de veintidós. Finalmente, la Fiscalía Europea inició su actividad el 1 de junio de 2021, y se la facultó para investigar y perseguir las infracciones que perjudiquen al presupuesto de la UE mediante de-

litos como el fraude, la corrupción o el blanqueo de capitales. Su actividad investigadora es, pues, más limitada que la Eurojust, además de operar estrictamente en el nivel de la investigación y posterior acusación de estos hechos delictivos.

Como ha señalado la doctrina más reciente:

[...] la coexistencia de Eurojust y Fiscalía Europea no sólo no es incompatible, sino que es incluso deseable, ya que el diseño actual de ambos, lejos de suponer una suplantación de las competencias del uno por la otra, posibilita una conveniente relación de colaboración y complemento orgánico, operativo y administrativo. De este modo, mientras que la labor de la Fiscalía se traduce en la investigación e incoación de procedimientos judiciales para la persecución de delitos financieros contra el patrimonio comunitario, la de Eurojust consiste en colaborar con las autoridades nacionales cuando investiguen éstas y otras formas graves de delincuencia (Escalada, 2014).

3.2. Consejo de Europa: el convenio de asistencia judicial penal internacional

A nivel del Consejo de Europa queremos centrarnos en el que es, a nuestro juicio, uno de los instrumentos más relevantes en materia de cooperación judicial-penal internacional para la lucha contra la COT, cual es el Convenio de Asistencia Judicial Penal Internacional del año 1959. No obstante, debe advertirse que el Consejo de Europa ha promovido la adopción de otros múltiples convenios, protocolos y acuerdos de cooperación institucional (se calcula que el número de instrumentos adoptados en este sentido se acerca a los 300). Un total de 31 normas lo son de índole penal (ya se ha analizado anteriormente el Convenio sobre Extradición, p. ej.); muchos de esos instrumentos se refieren a algunas tipologías delictivas concretas (así p. ej., el Convenio Europeo para la Vigilancia de Personas Condenadas o Liberadas bajo Condición de 1964, el Convenio Europeo sobre Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra de 1974, el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo del año 1977, el Convenio sobre Blanqueo, seguimiento y embargo y confiscación de los productos del crimen del año 1990, el Convenio sobre Corrupción del año 1999, el Convenio sobre Cibercriminalidad de 2001, o el Convenio sobre Lucha contra la Trata

de Personas del año 2005, por citar solo algunos). Pero, como se ha señalado, es imposible abarcar en este trabajo todos y cada uno de estos instrumentos al servicio de la lucha contra formas de COT, por lo que en las líneas que siguen delimitamos el análisis, en concreto, al Convenio de Asistencia Judicial Penal Internacional, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 (no debe confundirse esta norma con el ya mencionado Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la UE, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, que se dicta a nivel UE; debemos, pues, centrar la atención en el Convenio de 1959 apuntado, aprobado por el Consejo de Europa y, por tanto, con mayor ámbito de vigencia y aplicación que el de la UE al resultar aplicable a un mayor número de Estados; no obstante en el Convenio de Bruselas del año 2000 se establece, el art. 1, que el mismo complementa la disposiciones del Convenio de 1959 que aquí comentamos).

El art. 1 del citado Convenio establece que:

[...] las Partes Contratantes se comprometen a prestarse mutuamente, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio, la asistencia judicial más amplia posible en los procedimientos relativos a infracciones cuya represión, en el momento de pedir la asistencia, sea de la competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente.

Encontramos uno de los primeros obstáculos que permite cierto margen interpretativo a las partes en el art. 2 que instituye la denegación de asistencia judicial para el caso de persecuciones políticas pero también (letra b) para el caso de que la parte requerida pueda estimar que la ejecución de la solicitud puede causar perjuicio a su soberanía, seguridad, orden público o a “otros intereses esenciales” de su país; constituye esta última disposición una cláusula indeterminada y abierta, *open ended clause*, que en la práctica permite hacer de llave al Estado interesado para eludir la colaboración, por lo que este extremo nos resulta a priori criticable cuando se trata de hacer efectiva una colaboración judicial inter partes que esté llamada a ser eficaz.

Desde el punto de vista sistemático, el Convenio distingue hasta cinco grupos de actos de asistencia o auxilio judicial en materia penal, a los que dedica los siguientes títulos: las comisiones rogatorias (Título II); la notificación de documentos procesales y resoluciones judiciales, comparecencia de testigos, peritos y procesados (Título

III); la información sobre antecedentes penales (Título IV); las denuncias a fines procesales (Título VI) y el intercambio de información sobre condenas judiciales (Título VII).

El principal instrumento que activó este Convenio fue el de las comisiones rogatorias sobre asuntos penales, como parte de una instrucción en curso o como pieza probatoria del mismo, así como la obligatoriedad de que los testigos y peritos declaren bajo juramento (solo en el caso de que el país requerido contemple esta exigencia en su ordenamiento interno), y la posibilidad de envío de copias certificadas de expedientes y documentos de carácter probatorio, salvo que se prefiera el envío de originales en fase de investigación.

Igual que ocurría con otros instrumentos emanados del Consejo de Europa, como se analizó con anterioridad, existe una cláusula para que cualquiera de las partes firmantes pueda emitir reservas a tal Convenio, lo que en la práctica puede dificultar el cumplimiento de objetivos de esta norma de colaboración suponiendo, según el caso, una auténtica traba a dicha colaboración, en virtud de la soberanía de cada Estado.

Como puede colegirse, en este Convenio se instituyen una serie de cuestiones de carácter eminentemente procesal y más concretamente probatorio. Además de las comisiones rogatorias y documentación de idéntica índole ya señalados, se prevé la comparecencia personal de testigos (p. ej., a efectos de careos), pero con ciertas reservas que permiten al Estado requerido denegar el traslado, p. ej., (art. 11.1) cuando la propia persona detenida no consienta en ello, su presencia sea necesaria en el Estado requerido, su traslado pudiera ser causa de prolongación indebida de su detención, o cuando existan “otras consideraciones imperiosas que se opongan a su traslado al territorio de la Parte requirente” (de nuevo cláusula sumamente abierta que permitirá en la práctica denegar esa presencia personal del investigado según el caso).

Igualmente, el Convenio establece en su art. 13 que “toda Parte requerida comunicará, en la medida en que sus propias autoridades judiciales puedan obtenerlos en casos semejantes, los extractos o información relativa a antecedentes penales que soliciten las auto-

ridades judiciales de una Parte Contratante y sean necesarios en una causa penal”.

Habiendo transcurrido ya algún tiempo desde la aprobación del Convenio aquí comentado, debe señalarse que con posterioridad se han aprobado hasta dos Protocolos adicionales que complementan lo inicialmente dispuesto en aquél: el Primer Protocolo adicional hecho en Estrasburgo en fecha 17 de marzo de 1978, y el Segundo Protocolo adicional hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001.

El Primer Protocolo (1978) amplía el ámbito de aplicación del Convenio original invitando a otros Estados a sumarse al mismo con posterioridad, y reduciendo el ámbito de discrecionalidad original (p.ej., el art. 1 señala que “las Partes Contratantes no ejercerán el derecho, previsto en el artículo 2 (a) del Convenio, a denegar la asistencia judicial únicamente por el motivo de que la solicitud se refiera a una infracción que la Parte requerida considere como una infracción fiscal”). En general parece que los intereses de este Primer Protocolo adicional se centran en cuestiones relativas a derecho fiscal.

Por su parte el Segundo Protocolo (2001) viene a reafirmar el compromiso inicial de colaboración y rediseña algunas de las disposiciones originales del Convenio inicial, amén de entrar en consonancia con toda la normativa relativa a protección de datos de carácter personal.

Como señala García Moreno (2013):

[...] la creación del Consejo de Europa en el año 1949 representó un punto de inflexión en todo lo relativo a la cooperación jurídica en materia penal en el ámbito europeo, ya que supuso el inicio de una nueva fase en la que los instrumentos jurídicos a través de los cuales se articula la cooperación internacional trascienden de los meros convenios bilaterales o multilaterales para enmarcarse en un proceso de integración europea más o menos intenso y que incluye otros aspectos además de la mera asistencia o cooperación jurídica. Entre los tratados internacionales que ha promovido el Consejo de Europa en materia de cooperación jurídica penal destacan el Convenio Europeo de Extradición de 1957 y el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959, que aún hoy son dos de los pilares básicos en que se asienta la cooperación jurídica en materia penal entre los estados europeos.

Deben darse algunas notas adicionales a este Convenio: por ejemplo, su ámbito objetivo de aplicación es bastante amplio, pues se circunscribe a todo tipo de infracciones de carácter penal, graves o leves, excluyendo, eso sí, las de carácter militar y las que ya se encuentren en fase de ejecución.

Encontramos también algún problema de aplicación práctica cuando se cae en la cuenta de que este Convenio solo está llamado a aplicarse a los procedimientos judiciales pero no a los que resulten de naturaleza administrativo-sancionadora: esta delimitación puede resultar problemática —particularmente en lo que se refiere a la fase de investigación previa al juicio oral— por la pluralidad de sistemas procesales vigentes en los Estados Parte y por la circunstancia de que el Ministerio Fiscal (responsable de la dirección de la investigación en bastantes de estos estados) tenga la consideración de autoridad judicial en algunos de ellos mientras que en otros es considerado una autoridad administrativa, lo que sin embargo algunos Estados firmantes han querido solventar por la vía de reservas (García, 2013). Amén del hecho de que en el ámbito que nos ocupa, el de la delincuencia organizada transnacional, en muchas ocasiones la infracción podrá ir a parar a diferentes tipos penales cuyas fronteras de delimitación entre el terreno penal y el administrativo-sancionador podrán diferir en función del país que se trate.

Por lo demás, este Convenio vino a derogar de facto cualquier otra disposición acordada mediante Convenio bilateral entre dos Estados firmantes del mismo, al objeto de que no entrasen en contradicción, por lo que posee una clara relación de prevalencia, señalando además que, a futuro, los Estados solo podrían llevar a cabo nuevos Convenios sobre la materia al objeto de complementar lo dispuesto en este, y sin que en ningún caso entre en contradicción con el mismo.

Particular interés presenta el caso de coincidencia con las disposiciones del Convenio sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la UE, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, que como vimos se ciñe al ámbito de los países miembros de la UE, pues respecto de aquellos que sean parte firmante del Convenio ahora comentado prevalecerá aquél en su condición de norma específica para el caso de discrepancias con las disposiciones del Convenio de 1959. Este último en la práctica es, pues, supletorio de aquél

primero (aunque la coincidencia entre uno y otro es elevada). Como señala la doctrina:

[...] el carácter supletorio y la condición de elemento interpretativo son predicables tanto del propio Convenio del 59, como de su Protocolo Adicional de 1978 y del Segundo Protocolo al Convenio de 1959, de 8 de noviembre de 2001, en vigor desde el 1-2-04. Consecuentemente, las reservas al Convenio del 59 y sus Protocolos, en todo aquello que no sea objeto de regulación expresa en el Convenio 2000, siguen vigentes para todos aquellos Estados que las hayan formulado y que sean parte en uno y otro convenio (Poza, 2013).

3.3. Sistemas no latinoamericanos de referencia: España y Estados Unidos

Nuevamente para el caso de España, y dado que nos encontramos ante una criminalidad organizada de carácter transnacional, es preciso acudir a los instrumentos que en el ámbito europeo ya han sido desarrollados, y de los que España forma parte. Especialmente destaca su pertenencia a Eurojust, oficina de cooperación que ha sido explicada líneas atrás y a la que nos remitimos para su contraste.

Para el caso de EE. UU. es principalmente el Departamento de Justicia el que se encarga de coordinar y dirigir las formas de cooperación judicial internacional en materia de delincuencia organizada transnacional. Es posible encontrar múltiples acuerdos anudados a esta institución y para tales objetivos, si bien se trata de acuerdos concretos y no de carácter general, por lo que la amplia normativa existente desbordaría cualquier posibilidad de exégesis pormenorizada de las mismas. También es posible encontrar la firma y suscripción por parte de EE. UU. de convenios internacionales sobre la materia. Destaca especialmente a estos efectos el Acuerdo de Cooperación suscrito en noviembre de 2003 entre el Departamento de Justicia de EE. UU. y Eurojust, con la creación de un Fiscal de Enlace que está operativo desde enero del año 2012. Entre ambas instituciones se realizan reuniones de manera muy habitual, y es posible encontrar operaciones de colaboración entre EE. UU. y la UE en materia de COT.

Además del Departamento de Justicia en sus diferentes divisiones, destaca también para el caso de EE. UU. la Dirección Federal de Investigaciones (*Federal Bureau of Investigation, FBI*) y el Departamento de Seguridad Nacional de Investigaciones de Seguridad Nacional (*Homeland Security Investigations, HSI*), departamentos clave en la lucha contra este fenómeno delictivo. El método de trabajo en esta materia por parte de EE. UU. se complementa con las conocidas como “redes de investigación” dispuestas a través de sus diferentes embajadas en terceros países, a través de las cuales también es común colaborar en la materia.

3.4. Sistemas latinoamericanos de referencia: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

En el caso latinoamericano de nuevo deben volverse a examinar las distintas previsiones, normativas, mecanismos e instrumentos existentes en materia de cooperación judicial internacional para el caso, esencialmente, de la COT.

Si se observa el caso de Perú, encontramos diversas normas que aluden a la necesidad de cooperar internacionalmente en esta materia. Destaca en este sentido la ley contra el crimen organizado núm. 30077, del año 2013, cuyo título III aborda la “Cooperación judicial internacional” en los arts. 26 a 30. En esta norma se establece que Perú, a través de las distintas agencias del sistema penal, está obligado a prestar cooperación internacional o asistencia judicial recíproca en las investigaciones y procesos (incluidas las acciones fiscales y judiciales oportunas) en materia de criminalidad organizada. Como se señala por la doctrina peruana,

[...] esta ley creó una categoría procesal específica relacionada a los delitos cometidos por organizaciones criminales con determinadas características, y definió técnicas especiales de investigación adaptadas a la complejidad de estos delitos. La puesta en operación de esta ley fue progresiva, pero su uso se ha intensificado a partir de 2016. En dicho año, el Gobierno peruano entrante priorizó la lucha contra el crimen organizado a través de la implementación de mega operativos policiales destinados a la captura y desarticulación de organizaciones criminales (Vizcarra, Bonilla & Prado, 2020).

Ocurre, no obstante, que tal cooperación puede igualmente ser solicitada o exigida por el Estado peruano de conformidad con lo que establezcan los tratados multilaterales o bilaterales suscritos por el mismo en esta materia, por lo que realmente la norma se está remitiendo de forma expresa a lo que establezcan, en su caso, los diferentes tratados y convenios internacionales suscritos con terceros Estados en el ámbito de la lucha y prevención de la delincuencia organizada transnacional, con lo que el proceso establecido no es único sino multicausal, totalmente heterogéneo e incluso, para el caso de no existir tal convenio o tratado, inexistente. Hay que remarcar que la legislación peruana recoge muchas de las disposiciones genéricas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 (más conocida como Convención de Palermo) sobre la cuestión relativa a la cooperación internacional. El art. 28,2 de la mentada Ley establece cuáles son, en concreto, los actos de cooperación y asistencia previstos, enumerándose entre este catálogo: (a) la recepción de entrevistas o declaraciones; (b) la entrega de copias documentales; (c) efectuar inspecciones y embargos preventivos; (d) examinar lugares; (e) facilitar información y elementos de prueba necesarios; (f) entrega de expedientes, incluidos financieros o bancarios; (g) identificar ganancias provenientes de delitos de esta índole; (h) facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado requirente; (i) practicar la detención provisional de personas investigadas, acusadas o condenadas por estos delitos; (j) remitir atestados; y por último (k) cualquier otra forma de cooperación o asistencia judicial que autorice el Derecho interno del país. Fácilmente se colige la similitud de tales actos de cooperación con los contenidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 18,3), aprobada en el año 2000, por lo que comparativamente no resulta demasiado original, máxime teniendo en cuenta que Perú ratificó este instrumento.

En cualquier caso, como puede comprobarse, estas posibilidades que arroja la norma son algo limitadas en comparación con las formas de colaboración que instituyen, por ejemplo, otros mecanismos ya estudiados páginas atrás en el ámbito de la UE y del Consejo de Europa, lo que sumado a la remisión expresa que se hace (y a la que ya se ha aludido) a los acuerdos internacionales suscritos con terce-

ros Estados conduce a pensar que, aún con todo, el modelo peruano de cooperación judicial internacional es ciertamente limitado a estos efectos. Esta normativa específica se complementa en Perú con la normativa genérica sobre cooperación judicial internacional, prevista en Real Decreto Legislativo núm. 957, en cuyo art. 508 se vuelve a explicitar que

[...] las relaciones de las autoridades peruanas con las extranjeras y con la Corte Penal Internacional en materia de cooperación judicial internacional se rigen por los Tratados Internacionales celebrados por el Perú y, en su defecto, por el principio de reciprocidad en un marco de respeto de los derechos humanos” añadiéndose que “si existiere tratado, sus normas regirán el trámite de cooperación judicial internacional. Sin perjuicio de ello, las normas de derecho interno, y en especial este Código, servirán para interpretarlas y se aplicarán en todo lo que no disponga en especial el Tratado.

Debe añadirse que en Perú la Fiscalía de la Nación se identifica como la Autoridad Central en materia de cooperación jurídica internacional. Es, pues, la Fiscalía quien, solo en el caso en que así lo permitan los tratados, se comunicará de modo directo con las Autoridades Centrales extranjeras para poner en marcha dichos mecanismos de cooperación (este ejemplo puede verse en el famoso caso “Lava Jato”, para con Brasil). Como ha entendido algún sector de la doctrina peruana

[...] designar como autoridad central a la autoridad encargada directamente de la emisión y ejecución de las solicitudes favorece notoriamente la cooperación. En el ámbito penal estas autoridades son generalmente las Fiscalías, que en muchos países están ya sustituyendo como autoridad central a las oficinas gubernativas ajenas a la investigación penal. Situar a las Fiscalías como autoridades centrales favorece la agilidad y la comunicación entre pares y por ello la mayoría de los países, especialmente los latinoamericanos están optando en los últimos años por designar como autoridades centrales a los Ministerios Públicos (Peña, 2019).

Con todo, subsisten las limitaciones señaladas.

A los anteriores déficits se pueden añadir tres más, señalados por la doctrina (Vizcarra, Bonilla & Prado, 2020), a saber:

1. En primer lugar, con relación a la cantidad y calidad de los recursos humanos disponibles, estos son del todo insuficientes.

El coordinador de las Fiscalías Especializadas en Crimen Organizado (FECOR) declaró, ya a inicios de 2019, que los recursos destinados a la lucha contra el crimen organizado resultaban insuficientes.

2. En segundo término, existen también importantes limitaciones en lo que respecta a los recursos tecnológicos, que implican una cobertura de la mayor parte del territorio nacional. Si bien la Policía Nacional requiere de muchos más recursos en general, existen diferencias en la infraestructura de los diferentes departamentos del país.
3. En tercer lugar, la capacidad de alcance territorial implica una presencia real eficiente y efectiva en la jurisdicción nacional, que tampoco se produce. Ello sumado, como se aventuró más atrás, al hecho de que la cooperación internacional sobre la materia requerirá siempre de la existencia de un convenio o tratado de colaboración, y que tal cooperación deberá llevarse a cabo en los estrictos términos que en él se contemplan.

Con todo, Perú no es el caso que a nivel latinoamericano presente mayores déficits en materia de cooperación judicial internacional en la lucha contra el COT. Echando la vista al caso de México, se comprueba con relativa facilidad que no existen disposiciones normativas como las elaboradas para el caso peruano. Así, el único instrumento para la cooperación judicial deriva de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 (Convención de Palermo), de la que México es parte. Las formas de asistencia judicial recíproca previstas en el art. 18 de la citada Convención, tienen completo acomodo y perfecta similitud con las recogidas en el Título XI del Código Nacional de Procedimientos Penales de México, dedicado a la asistencia jurídica internacional en materia penal (arts. 433 a 455), por lo que no existen otras formas de cooperación específica. Ya se vio que en términos generales también la normativa peruana hacia acopio de muchas de las disposiciones ya plasmadas en la Convención de Palermo para su derecho interno.

En todo caso, tal como instituye el aludido art. 18 de la Convención de Palermo en su segundo apartado:

[...] se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable [...]

Por lo que nuevamente se trata de un mecanismo genérico o de base, sobre el que activar una serie de principios y compromisos de colaboración internacional en la materia, pero que no despliega un procedimiento único, común y ágil (como p. ej., puede ocurrir a través de los mecanismos europeos), al remitirse a lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales suscritos con terceros países (como acontecía en el caso peruano).

Algo similar ocurre para el caso brasileño, donde no se identifican mayores normativas, si bien Brasil también es parte de la citada Convención de Palermo. Para el caso de Brasil es el Ministerio de Justicia y, en concreto, el Director del Departamento de Recuperación de Activos quien tiene la competencia para orientar esta cooperación internacional.

Para el caso de Chile, amén de encontrar muy diversos convenios y tratados de colaboración similares a los ya expuestos (p.ej., el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales firmado entre el Mercosur y la República de Chile, firmado en Uruguay en 2001), encontramos la disposición de cooperación en el art. 27 de la Ley núm. 19.913 y en la Ley núm. 20.000, en las que se contemplan los requisitos para solicitar la asistencia (identidad del requirente, objeto de la investigación, procesos que se desean aplicar, determinación de fines y pruebas, etc.). Esta materia se ha modificado tras la entrada en vigor de la Ley de Tramitación Electrónica núm. 20.886, que modificó el Código de Procedimiento Civil en Chile, señalando nuevas formas para realizar tales solicitudes de asistencia y comunicación en materia de cooperación judicial internacional. El control de tales actuaciones corresponde al Ministerio Público (Unidad especializada en lavado de activos, delincuencia económica y crimen organizado) así como a su Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones y la Unidad de Análisis Financiero.

En el caso de Argentina se detecta la existencia de una Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (núm. 24767), de 16 de

enero de 1997, pero fácilmente se colige que no es una disposición completamente adaptada al caso concreto de la prevención frente a la COT, sino que es una norma genérica en materia de cooperación internacional. De nuevo esta norma acude a la existencia de tratados internacionales suscritos con terceros países para activar los mecanismos que en ella se contemplan. Es, por cierto, una norma integral, pues en cuanto a dichos mecanismos o instrumentos se contemplan muchos y muy variados (así p. ej., es en esta norma donde encontramos reglas generales en materia de extradición). Es, en concreto, la Parte III de la mentada ley, la que establece la “asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos”, que de nuevo se apoya en la existencia de tratado sobre la cuestión o, supletoriamente, remitiéndose a lo dispuesto en su art. 3, “en ausencia de tratado que la prescriba, la ayuda estará subordinada a la existencia u ofrecimiento de reciprocidad”, por lo que no estamos, como en el resto de ordenamientos analizados, ante un mecanismo de cooperación automático y coordinado.

En Argentina la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación (núm. 27148) creó la Dirección General de Cooperación Regional e Internacional (DIGCRI) como nueva área de apoyo a las tareas de los Fiscales en materia de cooperación internacional y enumeró sus funciones, entre ellas la intervención en las asistencias internacionales activas y pasivas, el asesoramiento a los fiscales en las causas referidas a pedidos de extradición y la interrelación con los organismos de colaboración institucional regionales e internacionales. Pese a estas positivas intenciones, lo cierto es que en perspectiva comparada la ley argentina tampoco contempla la constitución de ECI; su legislación, en general, se remite a la firma de instrumentos internacionales que contemplen algunos de estos equipos. Así, nuevamente, en materia de lucha contra el crimen organizado aparece como telón de fondo el Protocolo de Palermo del año 2000, cuyo art. 19 ya instituía que:

[...] 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.

Estamos, pues, en una continua remisión a esta normativa internacional, que solo aporta consideraciones generales o propuestas de creación de canales de colaboración, pero sin una identificación material de carácter real en los ordenamientos jurídicos que en este apartado estamos analizando.

3.5. Análisis comparado

Aprovechando la exposición realizada en el último apartado sobre la situación en Latinoamérica, debe sintetizarse en primer lugar la situación detectada en este modelo. En términos generales, como se ha podido comprobar a lo largo de estas líneas, para el ámbito latinoamericano acontecen dos situaciones:

1. Encontramos ordenamientos que sí contemplan normas en materia de cooperación judicial internacional, sea de modo específico para el caso de la prevención frente a la criminalidad organizada (así Perú), sea de modo genérico en materia de colaboración internacional (así Argentina). Sin embargo, si acudimos a su consulta y contraste pronto se extrae la idea de una relativa insuficiencia de las mismas, pues o bien reproducen lo dispuesto en convenios y acuerdos internacionales nuevamente genéricos o específicos (así el caso de la Convención de Palermo del año 2000), o bien adaptan el modelo internacional suscrito a sus propias normas (p. ej., con atribución concreta de competencias a la Fiscalía o a una determinada autoridad); empero, no se detectan mecanismos concretos de carácter autónomo, tangibles y reales en materia de cooperación internacional, mediante el establecimiento de instrumentos ágiles, homogéneos y estandarizados con el resto de países (al menos del entorno geográfico). Tampoco se constituyen preceptivamente ECI a dicho nivel. Pero al margen de esta situación también encontramos.

2. El caso de otros ordenamientos que, como es el caso de México o de Brasil, no se han dotado de una normativa específica sobre la materia, acudiendo a consideraciones de carácter general que reproducen lo dispuesto en los acuerdos y convenios internacionales suscritos (así, p. ej., el caso de México en relación con la Convención de Palermo, cuyas disposiciones se incorporaron en su literalidad al Código Nacional de Procedimientos Penales), o bien remitiéndose por completo a dichos acuerdos internacionales sobre la cuestión (así Brasil).

Si se acude, por su parte, al modelo estadounidense, la amplia gama de normativas existentes impide un análisis pormenorizado de su sistema de cooperación internacional, si bien resulta patente que no existe un modelo centralizado de colaboración con terceros países, dependiendo de sus redes concretas de asistencia y de los acuerdos casuísticos adoptados con otros Estados.

Algo distinto acontece en los modelos estudiados a nivel geográfico europeo. En primer lugar, en la UE encontramos múltiples instrumentos de cooperación judicial internacional, como ya expuso, pero en el centro de ellos destaca esencialmente Eurojust y las diversas instituciones que lo conforman. Este organismo despliega una función real de apoyo a la coordinación judicial entre autoridades nacionales de los Estados miembros de la UE en la lucha contra la delincuencia organizada (multiplicidad de delitos, incluso conexos) mediante la coordinación de investigaciones judiciales entre Estados de la UE y la homogenización de criterios de investigación y empleo de instrumentos para tal fin. Cuenta también con el aspecto positivo de desplegar sus tareas en el ámbito policial a través de un mecanismo conjunto de cooperación como es Europol. Se trata, como su propia normativa reconoce, de una unidad orgánica centralizada de cooperación judicial entre los países miembros de la UE, con personalidad jurídica propia y poderes reales de actuación, vinculantes de forma ágil para todos esos Estados. Despliega, pues, una serie de competencias tangibles y cuenta con un importante respaldo de medios económicos, humanos e institucionales. Este organismo tiene plena competencia para solicitar a cualquier Estado el inicio de investigaciones judiciales sobre hechos con apariencia de ilicitud penal, dirimir problemas de jurisdicción, realizar cualquier actuación de coordinación en mate-

ría de investigación y persecución penal, auxiliar en cualquier modo a las autoridades y, lo que resulta esencial, crear de modo directo ECI. Amén de que, perfectamente coordinadas, junto con la Fiscalía Europea, de reciente creación, se configura un modelo completo e integrado que resulta a todas luces más eficaz en la compleja lucha contra ciertos tipos de criminalidad transnacional (como la criminalidad organizada, en sus distintas formas: terrorismo, ciberdelincuencia, delitos socioeconómicos, etc.).

Por su parte, a nivel Consejo de Europa, como ya se vio, existe el “Convenio de Asistencia Judicial Penal Internacional”, de carácter eminentemente procesal y probatorio, pero que también supuso un avance importante para que los distintos Estados firmantes, a nivel europeo, estableciesen unos mínimos de cooperación en materia judicial. En este caso, no obstante, nos encontramos con dos limitaciones esenciales: por un lado (a) se trata de disposiciones de carácter general, similares a las existentes en otros tratados o convenios sobre la materia, que no llega al punto de conformar un organismo común para la homogeneización de criterios como pudiera ser, p. ej., el caso de Eurojust; y por otro lado (b), tal y como acontece con otros instrumentos emanados del Consejo de Europa, existe una cláusula para que cualquiera de las partes firmantes pueda emitir reservas a tal Convenio, lo que en la práctica puede dificultar el cumplimiento de objetivos de esta norma de colaboración suponiendo, según el caso, una auténtica traba a dicha colaboración, en virtud de la soberanía de cada Estado.

Desde una perspectiva comparada, y teniendo en cuenta lo sistematizado en estas líneas, puede afirmarse que, de entre todos los modelos analizados en materia de cooperación judicial internacional (máxime en el ámbito de la COT), Eurojust aparece como el más elaborado y el que, a nuestro juicio, presenta mayores ventajas en orden a los objetivos necesarios para la prevención y lucha contra este tipo de criminalidad.

Eurojust ofrece importantes ventajas que pudieran ser implementadas en el ámbito de Latinoamérica, muchas de las cuales ya han sido sintetizadas en estas líneas atrás, amén de cooperar con un mecanismo de índole policial anexo, como es Europol, lo que materializa y cristaliza de mucho mejor modo esa lucha contra este complejo elenco

de la criminalidad. El establecimiento de un organismo autónomo, y en su caso con personalidad jurídica propia, a nivel latinoamericano podría conllevar muchas ventajas y aspectos positivos a tal fin: se trataría de implementar una institución con verdaderos poderes y competencias para coordinar, supervisar y auxiliar esta colaboración internacional entre países de un mismo ámbito geográfico. Ello no sería óbice para continuar respetándose la soberanía propia de cada Estado y ciertos márgenes de decisión, pues cada país seguiría manteniendo sus competencias en su propio territorio, pero sí permitiría avanzar hacia un modelo que, como acontece en el ámbito de la UE, se traduce en una mejor previsión del crimen, perfeccionamiento de instrumentos de información y colaboración permanente, auxilio, resolución de problemas competenciales y todo tipo de asistencia jurídica entre países. Tal y como acontece en el caso de Eurojust, el organismo en cuestión tendría además una importante capacidad, identificada en el impulso y consolidación de ECI por parte de los Estados que lo conforman, residiendo de nuevo en cada país la facultad de llevarlos a cabo, pero sometidos a un auxilio, asistencia y control de cumplimiento por parte de un ente superior.

La necesidad de coordinar, impulsar y controlar la configuración y funcionamiento de los ECI también en el ámbito de Latinoamérica arrojaría una serie de beneficios difícilmente rebatibles si el objetivo final es cooperar desde la óptica internacional en la prevención de este tipo de fenómenos delictivos, a saber:

1. Se procedería a compartir la información y toda la documentación del caso de forma directa y sin mayores trabas burocráticas / administrativas entre los integrantes del ECI sin necesidad de expresas solicitudes oficiales de asistencia, que existen, como se ha visto, en los actuales modelos del ámbito latinoamericano, y que además en la actualidad solo se apoyan en particulares convenios o acuerdos sobre la materia.
2. El documento de trabajo del ECI constituiría la base del trabajo conjunto y el intercambio raudo de información, y ese documento se aprobaría por todas las partes intervinientes.
3. Al constituirse un marco de cooperación continuo y estable, bajo la vigencia perenne de unas normas previamente acorda-

das, se evitaría la multiplicidad de pedidos concretos o particularizados de asistencia jurídica, que dilatan en demasía cualquier proceso, entorpeciénolo, como ocurre en la actualidad.

4. Permitiría a todos los integrantes de ese ECI estar presentes y tener un papel proactivo en la ejecución de cualquier medida de prueba o acto procesal en todas las jurisdicciones que intervengan, lo que facilitaría siempre el conjunto de la investigación.
5. Contribuiría a establecer y mantener un clima de confianza mutua entre las autoridades de los diferentes Estados intervinientes, aspecto siempre positivo para la consecución de los fines preventivos y ejecutivos que se pueden establecer.
6. Redundaría, en fin, en una mejora de la eficiencia en la cooperación internacional, que incluso trascendería de los niveles que en esta investigación están siendo tratados, convergiendo en una herramienta óptima para enfrentar los desafíos que presenta, en concreto, la actual delincuencia organizada transnacional.

Por ello, subrayamos, de entre todos los modelos ideales que aquí han sido sometidos a análisis, el que presenta mayores ventajas es el modelo de Eurojust; es evidente que: (a) ni las condiciones entre el ámbito UE y el ámbito Latinoamérica son iguales (muchas veces ni siquiera próximas), lo que no es óbice para realizar el esfuerzo concreto de establecer un organismo superior que en tal ámbito geográfico pueda coadyuvar a los fines que se persiguen; y (b) que tampoco el modelo Eurojust es absolutamente ideal, pues aunque exista un organismo superior y autónomo, con personalidad jurídica propia, que auxilia, decide en caso de conflicto, guía la actuación de las partes, etc., realmente solo puede propiciar y ayudar a consolidar estos ECI, que siguen siendo fruto de la voluntad concreta de las partes. Con todo, resulta muy positiva la existencia de este tipo de organismos, que por tal motivo pueden ser espejo para el caso de otros países (como ocurre con Latinoamérica). En definitiva, se trata de articular un mecanismo de mejora sobre la situación actual, tan limitada; un mecanismo ágil, sumario y coordinado, que implemente un modelo homogéneo automáticamente aplicable a los Estados que suscriban

el acuerdo. Esto es: estandarizar, siguiendo el ejemplo de Eurojust, e incluso más allá, los criterios de colaboración, automaticidad y fluidez de este tipo de procedimientos judiciales de colaboración y asistencia mutua, con la mirada puesta en el objetivo final que ha de ser compartido por todos: la prevención y persecución de este tipo de criminalidad transnacional.

3.6. El sistema colombiano

3.6.1. Desarrollo normativo

Por último, ciñéndonos al caso de Colombia, encontramos muy diversos mecanismos de cooperación judicial internacional de carácter bilateral o multilateral, en un sentido similar a lo que acontece en la mayor parte de países del entorno próximo (algunos de ellos acabados de analizar). Así, como afirma Sandoval (2010) para el caso colombiano:

[...] puede afirmarse que a partir de los años 90 se han adoptado los instrumentos internacionales más importantes en materia de cooperación judicial, tanto en su ámbito bilateral como multilateral. Entre los primeros podemos encontrar, el Convenio de Cooperación y Asistencia Judicial Mutua, suscrito entre el Reino de España y el Gobierno de Colombia, celebrado el 29 de mayo de 1997, el cual entró en vigencia el 1° de diciembre de 2000; El Acuerdo de cooperación de asistencia judicial entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de Venezuela, suscrito el 20 de Febrero de 1998, el cual entró en vigencia el 1° de febrero de 2001, entre otros que prácticamente han logrado una red de instrumentos entre los países latinoamericanos en particular. Por ejemplo, es viable citar, en tal virtud, al Convenio entre Chile y Argentina sobre Prevención del uso Indevido y Represión del tráfico ilícito de Estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1994. Se puede también mencionar, en este sentido a la Convención de la Haya de 1961 y la Convención interamericana de recepción de pruebas del extranjero de 1975.

De igual modo Colombia es parte del Protocolo de Palermo del año 2000. Y, como también afirma el último autor citado, toda esta normativa

[...] se encuentra sustentada en el derecho interno, en las diferentes figuras que en el campo procesal han sido previstas para permitir no

sólo el ejercicio de los instrumentos internacionales que regulan la cooperación judicial (arts. 484, et. seq. de la ley 906 de 2004), sino también en el flujo constante de pruebas y demás mecanismos entre diferentes jurisdicciones, más aún entre las autoridades colombianas y las autoridades de diferentes países del mundo.

En el caso colombiano, pues, la cooperación internacional entre los Estados en materia penal se rige a partir de los acuerdos bilaterales o multilaterales, suscritos en el tema por los diversos países y, a falta de los mismos, se enmarca dentro de los principios generales de voluntariedad y reciprocidad; la regulación se encuentra en la legislación procesal colombiana (esencialmente en la citada Ley 906/2004).

En la práctica dicha cooperación internacional se articula a través de diferentes mecanismos legales: (a) cartas rogatorias (solicitudes de asistencia judicial que se dirigen a las autoridades judiciales extranjeras para la obtención de información o pruebas o para la práctica de diligencias); (b) exhortos (comisiones que libran las autoridades judiciales a un agente diplomático o consular para que adelante determinadas diligencias, las cuales serán aportadas a un proceso o investigación); y (c) solicitudes (peticiones de asistencia judicial elevadas a las representaciones diplomáticas acreditadas ante el Gobierno colombiano). Es la Dirección de Gestión Internacional de la Fiscalía General de la Nación la que tiene a su cargo las principales funciones en materia de cooperación jurídica internacional.

Puede por tanto concluirse que también para el caso de Colombia la situación normativa en materia de cooperación judicial internacional es abstracta y genérica, construyéndose a través de continuas remisiones a los acuerdos internacionales suscritos por este país, al igual que acontece con la mayor parte de países del entorno latinoamericano.

3.6.2. Fortalezas y debilidades del sistema colombiano

De manera sintetizada, y como punto de cierre, se pueden identificar a continuación una serie de fortalezas y debilidades del sistema

colombiano en perspectiva comparada con los demás sistemas nacionales que acabamos de explicar:

1. Por un lado, en lo que respecta a las fortalezas en el sistema en Colombia, cabe destacar la existencia de numerosos acuerdos bilaterales o multilaterales suscritos en esta materia, que propician que en la práctica se pueda desplegar una cierta colaboración judicial con otros sistemas, si bien depende de cada caso particular el desplegar un modelo u otro.
2. Por otro lado, en el capítulo de debilidades para el caso de Colombia, como acaba de señalarse el principal obstáculo es que encontramos una regulación demasiado abstracta, dispersa y genérica, pues la cooperación internacional entre los Estados en materia penal se rige a partir de los acuerdos bilaterales o multilaterales suscritos y a falta de los mismos se enmarca dentro de los principios generales de voluntariedad y reciprocidad. Colombia no es parte de un sistema o red permanente de cooperación internacional con terceros países, al estilo del modelo europeo explicado.

3.7. Conclusiones y recomendaciones para América Latina y Colombia

3.7.1. Conclusiones

Por las razones aducidas de manera más pormenorizada en el apartado anterior, puede concluirse señalando la necesidad de implementar en Latinoamérica un modelo similar o paralelo al que ha constituido Eurojust en el ámbito de la UE, y principalmente la necesidad de implementar e impulsar la constitución de ECI esencialmente en materia de delincuencia transnacional.

En este sentido, se detecta que en la actualidad el Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado entre Europa – Latinoamérica (PacCTO), como programa de cooperación internacional financiado por la UE que busca contribuir a la seguridad y la justicia en América Latina a través del apoyo a la lucha contra el crimen transnacional organizado (desde una triple perspectiva:

policial, judicial y penitenciaria), elaboró en diciembre de 2020 un documento con importantes recomendaciones para implementar el mayor número de ECI en Latinoamérica (en los últimos años se detecta la escasa creación de diez de estos equipos). Como se recoge en la web del PAcCTO, ello es, además,

[...] una necesidad mostrada de manera especial por todos los ministerios públicos latinoamericanos. En agosto de 2017, los fiscales generales de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Chile y Perú suscribieron un documento manifestando su interés en la constitución de Equipos Conjuntos de Investigación. Este interés se ha seguido manifestando durante los últimos meses. Concretamente han declarado la necesidad de identificar las oportunidades para formar Equipos de Investigación Conjunta y la formalización de protocolos de actuación intersectoriales².

Este es, a nuestro juicio, el modelo correcto a seguir e implementar, con carácter general, en todo el ámbito latinoamericano.

Como se detalla, en la última reunión del año 2020 los países latinoamericanos participantes pudieron exponer las dificultades y desafíos que encontraron a la hora de conformar estos ECI. Un equipo de varios expertos españoles y brasileños elaboraron un documento de base para empezar a trabajar en este objetivo, documento que identificó los retos y propuso ciertas recomendaciones para facilitar el impulso de esta forma de cooperación:

[...] entre ellas se resalta, desde el punto de vista del marco normativo, la necesidad de abordar una regulación adecuada de los Equipos Conjuntos de Investigación en los ordenamientos nacionales y la elaboración de una ley de cooperación judicial internacional para facilitar su creación y funcionamiento. Desde el punto de vista para su puesta en marcha, es necesario promover programas de formación para difundir y profundizar el conocimiento de esta herramienta, facilitar intercambios entre operadores jurídicos de distintos países de la región; así como promover la elaboración de herramientas prácticas que incentiven su uso. Igualmente es recomendable la creación de una Red de Expertos ECI a nivel iberoamericano que permita implicar estructuras y programas de cooperación ya existentes. Además de impulsar estrategias que creen confianza entre los operadores jurídicos

² Vid.: <https://www.elpaccto.eu/noticias/impulso-de-los-equipos-conjuntos-de-investigacion-en-latinoamerica/>.

que participan en los ECI y buscar vías alternativas para la financiación de estos equipos³.

3.7.2. Recomendaciones para América Latina

Existiendo ya una línea de trabajo, hasta cierto punto avanzada como se ha visto, para el caso latinoamericano consideramos correcto continuar avanzando en dicha dirección, en el sentido de alentar la creación y consolidación de los ECI como medio principal de establecer una colaboración judicial transnacional adecuada, en el marco del PAcCTO acabado de analizar.

Y si, además, ello puede implementarse con el apoyo o bajo el paraguas y cobertura de un organismo autónomo al estilo Eurojust, consideramos que el modelo podría resultar mucho más completo y adecuado en pos de la consecución de los objetivos comunes de los Estados en lo que se refiere a la lucha contra este complejo tipo de criminalidad.

De modo sintético, la estrategia de acción para el conjunto de América Latina pasaría por los dos siguientes ejes de acción:

1. Por un lado, continuar la línea de trabajo coordinada iniciada por PAcCTO, ampliando el espectro de países que en el ámbito latinoamericano lo conforman.
2. Por otro lado, también en ese marco de actuación, implementar un modelo de cooperación real, automatizado, autónomo y sumario al estilo Eurojust analizado, que permitiría desarrollar una forma de colaboración continuada entre estos países en lo que respecta a la criminalidad organizada de ámbito transnacional.

³ Ídem

3.7.3. Recomendaciones para Colombia

Para el caso colombiano, siendo parte del ámbito geográfico latinoamericano, la estrategia de acción es similar a la que se acaba de patrocinar para el caso de América Latina, y pasa por los siguientes dos ejes de acción:

1. Por un lado, incorporar al país a todas las iniciativas que se están desarrollando en el marco del PACCTO, situándolo como Estado que lidere su desarrollo. Como ya se señala de forma expresa en los estudios del PACCTO desarrollados para el caso colombiano: las problemáticas criminales de Colombia son ampliamente conocidas, así como su impacto nacional e internacional: el narcotráfico, la existencia de movimientos de corte subversivo, la corrupción, los delitos medioambientales —en particular la minería ilegal, así como el lavado de activos derivado de lo anterior. Algunos actores añaden también la necesidad de prestar atención a los grandes fraudes. Justo ahora Colombia se encuentra, desde un par de años, en un momento histórico relevante derivado de la firma de los acuerdos de paz entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). En ese contexto, varias iniciativas se han visto eclipsadas por el denominado Proceso de Paz que ha provocado evoluciones sensibles, tanto positivas como negativas, de las realidades criminales a las que se enfrenta el país⁴. Conviene, pues, centrar nuevamente la atención para la cooperación institucional en el marco del PACCTO, con especial énfasis en este tipo de delincuencia.
2. Por otro lado, conviene desarrollar junto con el resto de los países del ámbito geográfico las actuaciones necesarias para una futura construcción de instituciones transnacionales de cooperación permanente a imagen y semejanza de Eurojust en el ámbito europeo, impulsando a su vez la participación de Colombia en los equipos conjuntos de investigación a nivel internacional.

⁴ Ídem.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Alonso, N. (2012). “Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea”. En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 41. Pp. 119-157.
- Arnáiz, A. (2013). “Evolución de la cooperación judicial penal internacional: en especial, la cooperación judicial penal en Europa”. En: Carmona Ruano, M. & Arnáiz Serrano, A. (eds.). *Cooperación judicial penal en Europa*. Madrid: CGPJ. Pp. 1-40.
- Carmona, J. (2013). “Instituciones de apoyo a la cooperación: Red Judicial Europea, Eurojust, Europol, Interpol, magistrados de enlace, Iberred”. En: Carmona Ruano, M. & Arnáiz Serrano, A. (eds.). *Cooperación judicial penal en Europa*. Madrid: CGPJ. Pp. 993-998.
- Mesas, L. (2014). *La cooperación judicial penal en la Unión Europea. Las claves del sistema de reconocimiento mutuo: soberanía compartida, interoperabilidad de los sistemas jurídicos y garantía procesal del reconocimiento*. Tesis Doctoral (inédita). Universidad de Málaga. Pp. 1-295.
- Escalada, M. (2014). “Los instrumentos de cooperación judicial europea: hacia una futura fiscalía europea”. En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 47. Pp. 89-127.
- Ferré, J. (2018). “Instrumentos internacionales en la lucha contra la financiación del terrorismo”. En: Bustos, M., Ferré, J. & Pérez Cepeda, A.I. (eds.), *Financiación del terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 57-77.
- Flores, A. & González, F. (2017). “La lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo tras la adhesión de España a la UE”. En: *Revista Universitaria Europea*. Núm. 26. Pp. 91-120.
- Fontestad, L. (2021). “Reflexiones sobre la aplicación del principio de reciprocidad en la orden europea de detención y entrega”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XLI. Pp. 137-187.
- García, J. (2013). “El Convenio de Asistencia Judicial de 1959”. En: Carmona Ruano, M. & Arnáiz Serrano, A. (eds.). *Cooperación judicial penal en Europa*. Madrid: CGPJ. Pp. 111-165.
- García, B. (2007). “Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión Europea”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LX. Pp. 315-378.
- Gatti, E. (2013). “El Convenio Europeo de Extradición”. En: Carmona, M. & Arnáiz, A. (eds.). *Cooperación judicial penal en Europa*. Madrid: CGPJ. Pp. 167-206.

- Penín, C. (2013). “La orden de detención europea”. En: Carmona, M. & Arnáiz, A. (eds.). *Cooperación judicial penal en Europa*. Madrid: CGPJ. Pp. 497-610.
- Peña, A. (2019). La relevancia de la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y su operatividad desde la fiscalía de la nación. En: *Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/cooperacion-internacional-lucha-delincuencia-organizada-transnacional-operatividad-fiscalia-nacion-autoridad-central/>
- Poza, M. (2013). “El Convenio de 2000”. En: Carmona, M. et. al. (eds.) y Arnáiz, A. (ed.). *Cooperación judicial penal en Europa*. Madrid: CGPJ. Pp. 321-416.
- Prado, V. (2006). Sobre la extradición. En: *Foro Jurídico*. Núm. 6. Pp. 95-105.
- Brotons, A. & Sáenz, P. (2018). La ‘cuestión catalana’. En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 70-núm. 1. Pp. 285-294.
- Sandoval, J. (2010). “Instrumentos internacionales de cooperación judicial en materia penal, en la lucha contra los principales agentes de criminalidad en el Derecho colombiano”. En: *Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicandi*. Núm. único. Pp. 1-32.
- Tinoco, A. (2009). “La cooperación y la asistencia judicial penal en la Unión Europea. La orden europea de detención y entrega”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas e Sociais da UNIPAR*. Vol. 12-1. Pp. 59-80.
- Vizcarra, S., Bonilla, D. & Prado, B. (2020). “Respuestas del Estado peruano frente al crimen organizado en el siglo XXI”. En: *Revista CS*. Núm. 31. Pp. 109-138.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Bonifaz, G. (2021). “La extradición en caso de corrupción: aspectos prácticos para fortalecer el sistema y evitar la impunidad”. En: *Justicia en las Américas*. <https://dplfblog.com/2021/01/28/la-extradicion-en-casos-de-corrupcion-aspectos-practicos-para-fortalecer-el-sistema-y-evitar-la-impunidad/>

Capítulo 6

Modelos de extradición y regla de especialidad

JON LÓPEZ GOROSTIDI*

1. INTRODUCCIÓN

La cooperación internacional y, en particular, la cooperación judicial son sin duda herramientas básicas a la hora de tratar de dar una respuesta conjunta y eficaz a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), desde el momento en el que este fenómeno criminal no entiende de fronteras y jurisdicciones. Siendo esto así, resulta obvio que los modelos de extradición de los diferentes Estados y regiones y, en concreto, los sistemas a nivel internacional son uno de los instrumentos clave en esta tarea. La regla de especialidad, por su parte, como elemento fundamental de los modelos de extradición es también un elemento básico para analizar y desarrollar.

La doctrina define la extradición como la forma de cooperación judicial, que tiene como objetivo evitar que un sujeto eluda la ac-

* Profesor ayudante doctor de Derecho penal en la Universidad de Deusto (España), doble graduado en ADE + Derecho por la misma Universidad, completó su formación con el Máster en Sistema de Justicia Penal (Universidad de Lleida) y el Máster de Acceso a la Abogacía (UNED). Asimismo, es Doctor en Derecho en el Programa de Doctorado en Derecho Económico y de la Empresa por la Universidad de Deusto. Compagina sus labores docentes en la Universidad con tareas de gestión. actualmente ejerce de Vicesecretario de Facultad en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. En lo que a su trayectoria investigadora se refiere, destacan su estancia en el Instituto de Derecho penal, procesal penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Albert Ludwig en Friburgo (Alemania) y sus publicaciones e intervenciones en congresos y seminarios en relación con la parte general y especial del estudio penal de la ciberdelincuencia y cuestiones relacionadas con el Bioderecho y la Bioética. ORCID: 0000-0001-5532-9354.

ción de la justicia refugiándose en otro país (Casabona, et. al., 2013: 59), y que consiste en la entrega de un sujeto por parte del Estado en cuyo territorio se ha refugiado a aquel que lo reclama para juzgarle o para ejecutar la pena impuesta (Gil, et. al., 2015: 85; Muñoz, et. al., 2010: 162). A su vez, se distingue entre la extradición activa para el punto de vista del Estado requirente, que lleva a cabo la solitud de entrega, y la extradición pasiva para el supuesto del Estado requerido, que entrega al delincuente. Se ha de advertir, en cualquier caso, que el conjunto de principios y normas que justifican la extradición pasiva debe ser más nutrido, ya que supone un doblegamiento de la voluntad personal de residir en un país determinado y, por tanto, esta medida debe ser rodeada de las garantías propias de un estado de derecho (Quintero, 2010: 172). Existe acuerdo en que los principios básicos de los procedimientos de extradición serán, en todo caso: el principio de legalidad, el principio de doble incriminación, el principio de exclusión de delitos leves, la no entrega de nacionales y la regla o principio de especialidad (García, 2005: 197-272)¹.

La regla de especialidad, objeto de estudio en este capítulo, establece que la extradición debe ser solicitada en relación a un delito determinado, con la promesa de que el extraditado no podrá ser juzgado por otros delitos que no hubieran sido objeto de demanda de extradición (Quintero, 2010: 183; Muñoz, et. al., 2010: 167).

Por tanto, una adecuada definición e inclusión de estas dos figuras en los distintos planos de los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional derivaría en la facilitación de la obtención de una respuesta judicial coordinada a la corrupción que deriva de la COT, en observancia de todas las garantías jurídicas pertinentes. Así,

¹ Además de estos, la autora también introduce otros complementarios como competencia, *ne bis in idem*, no entrega por extinción de responsabilidad penal, no entrega en caso de ser juzgado por tribunales de excepción, no entrega por falta de garantías, exclusión de pena de muerte y tratos inhumanos y degradantes, no entrega de asilados, no entrega por delitos políticos, no entrega por delitos militares, principio de protección del menor, no entrega por delitos perseguibles a instancia de parte, no entrega por delitos cometidos por medios de comunicación en ejercicio de la libertad de expresión y principio de irretroactividad (García, 2005: 197-272).

conllevaría la agilización de los plazos de detención y entrega, sin perjuicio del cumplimiento de los principios y derechos del detenido en estos supuestos.

En el presente capítulo se pretende dar respuesta a la pregunta de investigación centrada en la medida en la que la regulación de los modelos de extradición aplicables a los delitos de corrupción y la regla de especialidad pueden contribuir a responder a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en América Latina y Colombia.

Con este fin, se llevará a cabo, primero, un análisis de estos instrumentos en la legislación internacional, para luego discurrir por el ámbito regional, tanto a nivel latinoamericano, como europeo. En segundo lugar, se analizarán las legislaciones de España y de EE. UU. con el ánimo de establecer una comparativa con dos supuestos cercanos geográfica o culturalmente, fuera del ámbito latinoamericano. En tercer lugar, cambiaremos el foco de nuestro examen a los países latinoamericanos de referencia en esta obra para tratar de obtener una foto lo más fiel posible de la regulación de la extradición en Latinoamérica. En concreto, estudiaremos los casos de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú. Reservaremos el último apartado para el concreto caso del ordenamiento jurídico colombiano y la normativa en materia de extradición y regla de especialidad.

En todo este análisis, además, será protagonista el ejercicio de la comparativa entre los distintos supuestos analizados, con el fin de subrayar buenas prácticas y carencias de los mismos.

Por último, es preciso apuntar que en cada supuesto se llevará a cabo un análisis transversal centrado en algunos elementos nucleares en particular, dentro de la materia objeto de estudio en el capítulo. En concreto, se prestará especial interés a qué delitos en particular presenta un modelo de extradición el caso estudiado y qué figuras típicas se excluyen en cada supuesto. A su vez, centraremos también el análisis en el procedimiento a seguir y los requisitos y principios a observar para la solicitud de extradición en cada ámbito geográfico, con atención especial a la regla de especialidad. Y, para terminar, subrayaremos los ordenamientos jurídicos que prevean un modelo específico para la extradición en supuestos de COT.

2. REGULACIÓN DE LA EXTRADICIÓN EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y REGIONALES

2.1. *Instrumentos internacionales*

Comenzando por el ámbito geográfico más amplio, los instrumentos sobre extradición a nivel internacional, que han tratado de armonizar los distintos esfuerzos en esta materia a nivel regional y nacional, pueden resumirse en tres hitos distintos muy cercanos en la línea temporal. Además, los tres instrumentos tienen la peculiaridad de que no son normativa general sobre extradición, sino que centran su ámbito material en figuras delictivas concretas, como la corrupción, el cohecho y la delincuencia organizada transnacional; precisamente las figuras objeto de análisis en este estudio.

En primer lugar, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publicó en 1997 la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, que buscaba, en palabras de los propios Comentarios a la Convención, “garantizar una equivalencia funcional entre las medidas tomadas por las Partes para sancionar el cohecho de servidores públicos extranjeros, sin exigir uniformidad ni cambios en los principios fundamentales del régimen jurídico de una Parte”. Una de esas medidas, claro está, se trata de los procedimientos de requerimiento y entrega en los distintos Estados implicados en estos casos de corrupción transnacional.

En particular, el art. 10 de esta convención trata la cuestión de la extradición de forma específica para garantizar que el cohecho de un funcionario público extranjero se incluya entre el catálogo de delitos que puede activar el procedimiento de extradición conforme a las leyes de las partes y a los tratados de extradición entre estas. Para ello, dispone que, a pesar de que se dé el caso en el que los Estados implicados no tengan tratado de extradición vigente, la convención puede constituir el fundamento legal necesario para ello.

Además, insta a las partes a tomar las medidas necesarias para asegurar el éxito de este procedimiento en el caso de cohecho de un servidor público extranjero y, en el caso de que uno de los Esta-

dos condicione la extradición a la doble penalización del delito, de nuevo el ámbito material de la convención puede servir de base para observar este principio.

El segundo instrumento es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo) del año 2000 (ONU, 2000), que tiene como finalidad “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”, según reza su artículo primero. Entre otras medidas, este texto propone a los Estados castigar la participación en grupos delictivos organizados, el blanqueo de capitales, la corrupción y la obstrucción de la justicia, y prevé además un apartado de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando sean responsables de delitos graves.

El proceso de extradición está previsto de forma explícita en el art. 16 de la convención y abarca todas las figuras típicas previstas en la misma. Ahora bien, establece como requisito para la activación del procedimiento que el delincuente objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado parte requerido y que el delito por el que se pide la extradición sea punible en ambos Estados, como es habitual. Además, en paralelo a lo establecido por la convención de la OCDE, propone el texto como base jurídica para los procesos de entrega entre Estados que no cuenten con tratados de extradición, adquiriendo el compromiso de celebrarlos.

En relación con la regla de especialidad, podemos afirmar que este instrumento lleva a cabo una interpretación flexible de este principio, puesto que establece que en el caso de que la solicitud se base en varios delitos graves, por mucho que algunos no estén comprendidos en el ámbito material del convenio, es posible que el Estado requerido aplique la extradición también respecto de estos últimos.

Además, insta a los Estados participantes en estos procesos a agilizarlos y simplificar las condiciones probatorias de los mismos y a la cooperación judicial recíproca, siempre en observancia de un trato justo a toda persona contra la que se inicie un proceso de detención y entrega.

Tres años más tarde, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) (ONU, 2003) in-

introduce como fines fortalecer las medidas anticorrupción existentes, promover la cooperación internacional en esta materia y la integridad y la obligación de rendir cuentas en la gestión de los asuntos públicos. En particular, introduce novedades en materia de prevención de estos ilícitos en la función pública, incluyendo la previsión de órganos *ad hoc* y código de conducta para funcionarios públicos. Por su parte, las figuras típicas previstas en la norma son el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros y en el sector privado, malversación y apropiación indebida de bienes públicos y en el sector privado, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, blanqueo de capitales, encubrimiento, obstrucción de la justicia y, de nuevo, se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El art. 44 aborda el proceso de extradición en estos supuestos y establece una regulación idéntica a la prevista en la Convención de Palermo, basada en el principio de doble penalidad, el uso de la convención como base jurídica e impulso de nuevos tratados de extradición, una interpretación extensiva de la regla de especialidad y en la intención de agilizar plazos y procesos en materia de cooperación internacional. Así las cosas, observamos que los esfuerzos en el plano internacional, tanto por parte de la OCDE como de Naciones Unidas, se han centrado en dos ámbitos materiales distintos: el cohecho o la corrupción de servidores públicos y la delincuencia organizada a nivel transnacional, materia en la que nos centramos en este capítulo. En concreto, la comunidad internacional dedica sus esfuerzos a la facilitación de acuerdos de detención y entrega de delincuentes internacionales, buscando ser el fundamento normativo, en primer término, e instando a los Estados a celebrar tratados de extradición a medio plazo. Ahora bien, siempre en observancia del principio de doble penalidad y las garantías procesales oportunas.

2.2. Instrumentos regionales

2.2.1. Ámbito latinoamericano

Si dirigimos el análisis al ámbito latinoamericano, son dos los principales instrumentos normativos que debemos tener en conside-

ración, ambos dictados en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

El primero es la Convención Interamericana de Extradición de Caracas del año 1981 (OEA, 1981), que busca perfeccionar la cooperación entre los Estados americanos en materia jurídico-penal y establece la extradición obligatoria entre los Estados firmantes para delitos graves (con pena privativa de libertad superior a 2 años), con el requisito de su tipicidad en ambos territorios. El ámbito material de la convención es muy amplio y no impone limitación alguna en relación a qué delitos es posible llevar a cabo el proceso de extradición; de hecho, existe una disposición específica en su art. 5, que faculta a los Estados firmantes a celebrar tratados de extradición entre sí para figuras típicas específicas. No establece, por tanto, ninguna disposición específica sobre la COT. Ahora bien, el principio de especialidad sí está previsto de forma concreta en la normativa, en su art. 13. Así, establece que ninguna persona podrá ser extraditada, procesada o penada por un delito que haya sido cometido con anterioridad a la fecha de la solicitud de su extradición y que sea distinto del propio delito por el cual se ha activado dicho proceso. No obstante, indica que contarán como excepción a esta regla: (a) que el sujeto abandone el Estado requirente tras la extradición y luego regrese voluntariamente a él; (b) que el sujeto no abandone el Estado requirente 30 días después de haber quedado en libertad, o (c) que la autoridad del Estado requerido dé su consentimiento para la detención, procesamiento o sanción del sujeto por otro delito.

La segunda convención es la Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA, 1996), también dictada en Caracas, en 1996, y tiene como finalidad la erradicación de la corrupción en la función pública, por lo que el catálogo de delitos al que es aplicable se reduce a estos supuestos, como son el soborno transnacional y el enriquecimiento ilícito.

La extradición está prevista en particular en el art. 13 e insta a los Estados a incluir los delitos de corrupción en sus tratados de extradición, además de prever que la Convención sirva como base jurídica para la detención y entrega entre Estados entre los que no exista un tratado previo.

En definitiva, podemos observar que la OEA va en consonancia con el mandato de los instrumentos internacionales en materia de corrupción e igualmente trata de que fluya la cooperación internacional en esta materia.

2.2.2. Ámbito europeo

En el marco europeo la figura de la extradición y su regulación han sufrido también una evolución particularmente interesante, teniendo en cuenta los distintos Convenios aprobados, impulsados primero por el Consejo de Europa y por la Unión Europea (UE) más tarde, desde el Convenio Europeo de extradición de 1957 (Consejo de Europa, 1957).

Esta norma fue pionera por ser la primera en este ámbito que imponía la obligación a los Estados firmantes de comprometerse a procesar la extradición por delitos con pena o medida de seguridad privativa de libertad superior a 1 año y excluye de su aplicación a los delitos políticos, militares y fiscales (estos últimos si no se prevé lo contrario en acuerdo entre las partes). Además, el art. 14 impone la regla de especialidad en este proceso, basada en que ningún sujeto puede ser perseguido, sentenciado o detenido por un hecho anterior al proceso de entrega distinto al que motivaba la extradición, con la excepción de los supuestos de consentimiento del Estado requerido y no abandono del territorio del Estado requirente en 45 días.

Dos años más tarde, se firma el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo (Consejo de Europa, 1959), que complementaba lo establecido en el instrumento anterior, con una visión de cooperación y asistencia judicial más amplia y afirmando que “la asistencia judicial está relacionada con la cuestión de la extradición”. Así las cosas, introduce nuevas figuras para favorecer la interacción entre los firmantes como las comisiones rogatorias, la notificación de documentos y resoluciones judiciales, la comparecencia de testigos, peritos y procesados o el intercambio de información sobre antecedentes judiciales y condenas judiciales.

En 1983, también en la ciudad de Estrasburgo siendo el tercer instrumento impulsado por el Consejo de Europa, se firma el convenio

sobre traslado de personas condenadas (Consejo de Europa, 1983) que, a pesar de regular una materia relacionada con el Convenio de París de 1957, regula las situaciones en las que un delincuente ha sido condenado en un Estado (Estado de condena) y cumplirá su pena en otro distinto al que será trasladado (Estado de cumplimiento). Por tanto, no se trata de un convenio sobre extradición, propiamente dicha. Es también un esfuerzo en la tarea lograr “la más amplia colaboración posible en materia de traslado de personas condenadas”, tal y como expresa el artículo segundo.

Así pues, detalla las condiciones de que el Estado sea nacional del Estado de cumplimiento, que aún le resten al menos seis meses de condena, que el condenado deba consentir el traslado y que ambos Estados estén de acuerdo con la ejecución del traslado.

Versando ya sobre la normativa emanada de la UE, son dos los instrumentos normativos de referencia con relación con el COT. En primer lugar, el convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las comunidades europeas de 1995 (y sus protocolos) (UE, 1995), que trata de luchar contra el fraude en pro de los intereses financieros de la Unión sobre la base del art. K.3 del tratado de la UE. En el mismo, el art. 5 detalla las cuestiones de extradición y persecución en relación con esta tipología delictiva y busca asegurar el enjuiciamiento de los delincuentes en estos supuestos cuando, el hecho de que se trate de un nacional quien cometa un delito contra los intereses de la UE en otro territorio lleve a los Estados a no proceder a la extradición de estos sujetos. Para ello, les insta a adoptar las medidas necesarias para establecer su competencia sobre las infracciones tipificadas en el convenio y detalladas en los protocolos.

En segundo lugar, debemos mencionar el convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE (UE, 1996), hecho en Dublín un año más tarde, en 1996. En este convenio tiene como objetivo facilitar la aplicación de los procesos de extradición entre Estados de la Unión y completar las disposiciones del Convenio Europeo de extradición de 1957, entre otros.

Se establece que darán lugar a la extradición los hechos castigados en el Estado requirente con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos 12 meses de duración y en el Es-

tado requerido de al menos 6 meses de duración, excluyendo tan solo delitos políticos del ámbito de aplicación material. Además, en virtud de este convenio y en consonancia con el art. 6 del convenio europeo de extradición, no es posible denegar la extradición bajo el argumento de que el sujeto es nacional del Estado requerido, salvo declaración en contrario especificando las condiciones de esta excepción y con una validez de 5 años. Y sobre la regla de especialidad, el art. 10 detalla que el sujeto sí podrá ser perseguido o juzgado en relación con hechos cometidos antes de su entrega distintos a los que la motivaron, siempre y cuando no estén castigados con una pena o medida de seguridad privativa de libertad, una pena privativa de su libertad individual, una pena o una medida pecuniaria o una medida sustitutoria.

Para finalizar, debemos mencionar, como no podría ser de otra forma, la decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (UE, 2002) y el reglamento 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso (UE, 2018). El objetivo de estos instrumentos es facilitar la asistencia mutua mejorando los procesos existentes en la normativa existente hasta el momento. De forma específica, es especialmente relevante la inclusión del principio de confianza mutua que, con el objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE, se fundamenta en la presunción de cumplimiento por parte de todos los Estados miembro del derecho de la UE y, en particular, de los derechos fundamentales.

En cualquier caso, esta normativa europea ha sido ya traspuesta a los ordenamientos jurídicos a nivel nacional y, por tanto, será analizada en profundidad en este estudio en el concreto caso de la legislación española en la materia. En particular, en las leyes sobre la orden europea de detención y entrega y sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE.

2.2.3. Análisis comparado

A nivel supranacional, tras el análisis efectuado en este segundo apartado del estudio, es posible extraer varias conclusiones en relación con la previsión en la normativa de la figura de la extradición y la regla de especialidad como medio para la lucha contra el COT.

La primera es que la normativa a nivel internacional dictada por la OCDE y Naciones Unidas proporciona un marco común relevante tanto a nivel latinoamericano, como en el plano europeo, además de poder constituir una base jurídica para activar procesos y relaciones de extradición en una fase inicial. Los instrumentos regionales se centran en dar una respuesta amplia a nivel de tipologías delictivas en lo que a la detención y entrega se refiere y, además, emplean un esfuerzo adicional en tratar de atajar conductas especialmente problemáticas en el plano transnacional como la corrupción, el cohecho (desde la óptica de la función pública) o el crimen organizado, temas objeto de estudio en esta obra.

También podemos afirmar, siendo este uno de los puntos de análisis del capítulo, que la regla de especialidad constituye una de las bases fundamentales de los procedimientos de extradición en ambos planos territoriales, a la vez que asegura las garantías procesales para los detenidos. Ahora bien, de nuevo continuando con la línea dibujada por los instrumentos a nivel internacional, la interpretación que en ciertos casos es posible hacer de este principio es extensiva.

En tercer término, en comparación con la latinoamericana, la normativa europea resulta más completa en lo referente al detalle del procedimiento de extradición y los procesos y medidas paralelas al mismo. Tanto el Consejo de Europa, como la propia Unión han hecho un esfuerzo específico a lo largo de los años para no solo instar a los Estados a firmar y ejecutar tratados de extradición, sino para prever figuras de asistencia judicial y traslado de personas condenadas. En particular, la orden europea de detención y entrega supuso un avance considerable en su ámbito territorial y, como se propondrá más adelante, puede ser sin duda una de las recomendaciones a adoptar a nivel comparado en el ámbito latinoamericano.

3. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

3.1. *España*

Para obtener una foto de la regulación de la extradición y la regla de especialidad desde una perspectiva de derecho comparado fuera de Latinoamérica, parece oportuno escoger los casos de España y Estados Unidos. El primero, por analizar un caso culturalmente cercano al colombiano, pero en el ámbito europeo y, el segundo, por tratarse de un país americano con un sistema jurídico distinto a los analizados ya en este continente. Además, el caso español nos servirá también para evaluar la idoneidad de la normativa de la UE ya aplicable y aplicada en este país.

Comenzando por el caso español, debemos estudiar primero el mandato constitucional (España, 1978) que, en su art. 13.3, nos indica que solo es posible conceder la extradición si así lo dispone un tratado o una ley y que, en todo caso, deberá observarse el principio de reciprocidad. Además, excluye directamente en el propio texto constitucional la posibilidad de conceder la detención y entrega por delitos políticos.

Esta referencia a la ley que lleva a cabo el legislador constitucional español de 1978 es desarrollada la ley 4/1985, de extradición pasiva (España, 1985), que hace referencia en su preámbulo al mandato internacional dictado por los Convenios de Asistencia Judicial en Materia Penal, de Represión del Terrorismo y, en especial, el de extradición de 1982 (García, 2005: 97)². La norma comienza, del mismo modo que la normativa latinoamericana estudiada, haciendo una referencia a la preferencia de los tratados firmados inter-partes en perjuicio de la ley y a que el principio de reciprocidad deberá, tal y como rezaba la propia Constitución, presidir toda relación en relación con la extradición.

² Esta Ley vino a derogar la vigente hasta el momento de 1958.

Sobre el ámbito de aplicación material, de nuevo, excluye los procesos cuya consecuencia jurídica no exceda del año de privación de libertad, en penas de prisión, y de 4 meses, en los supuestos de medidas de seguridad. Tampoco se prevé la extradición para los delitos políticos (excluyendo los de terrorismo de forma explícita) y de carácter militar y en los casos en los que existan razones fundadas para pensar que el proceso penal se basa en perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas.

La autoridad competente será, en cualquier caso, el Ministerio de Justicia y deberá presentarse una solicitud en esta instancia que incluya la sentencia condenatoria o el auto de procesamiento pertinente, los datos sobre el sujeto que sean conocidos y copia de los textos legales aplicables. Y la regla de especialidad está prevista de forma explícita en el art. 21 de la norma donde, de nuevo de forma paralela a los casos latinoamericanos, para que una persona pueda ser juzgada, sentenciada o privada de libertad por hechos anteriores o distintos a los que motivan su extradición, o bien habrá debido prestar su consentimiento para ello, o bien se habrá mantenido en el territorio durante 45 días.

La normativa interna se complementa con las disposiciones de carácter procesal previstas en los arts. 824, et. seq. de la ley de enjuiciamiento criminal española (España, 1882) que, dada su redacción generalista, no se encuentran en contradicción con la legislación posterior y se centra en la extradición activa. En suma, este código procesal impone el requisito de que exista auto motivado de prisión o sentencia firme contra los sujetos y reitera la preferencia de los tratados de extradición para regular estos procesos; siendo la legislación vigente y, en tercer término, el principio de reciprocidad³ la base jurídica necesaria en su defecto.

³ Sobre el principio de reciprocidad en relación con la orden europea de detención y entrega en Fontestad Portalés (2021: 167-181), se reflexiona en torno a si verdaderamente la euroorden ha traído la supresión de este principio y la falta de necesidad de una contraprestación en estos supuestos. La autora afirma que el sistema europeo es necesariamente un sistema distinto

Siendo esto así, resulta también muy relevante conocer cómo España ha reflejado en su normativa sobre extradición los mandatos a nivel comunitario sobre detención y entrega y reconocimiento mutuo dictados en el marco de la UE. Con este fin, es preciso introducir primero la ya derogada ley, 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega (España, 2003), que cumplía con las indicaciones de la Unión dictadas por la decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE L 190/1, de 17 de julio de 2002). La misma tiene como objetivo introducir por primera vez el principio de reconocimiento mutuo basado entre la confianza entre Estados, que implica la ejecución prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de los demás, y “crear un espacio de libertad, seguridad y justicia que [...] tiene por objeto asegurar que el derecho a la libre circulación de los ciudadanos pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesible a todos”.

El principal exponente y consecuencia es la previsión de la orden europea de detención y entrega (o euroorden), que puede ser emitida por cualquier juez o tribunal de un Estado Miembro, solicitando la entrega de una persona a otro Estado, y que esta se ejecute de forma prácticamente automática, sin necesidad de duplicidad de procedimientos y comprobaciones. Además, se cede el protagonismo al poder judicial en estos procesos, en perjuicio del poder ejecutivo, que queda relegado a un segundo plano. Esta orden deberá presentar, eso sí, la identidad y nacionalidad de la persona reclamada, la dirección de la autoridad judicial de emisión, la indicación de la existencia del producto procesal pertinente, la naturaleza y tipificación legal del delito, una descripción de las circunstancias en las que se cometió el hecho, la pena o escala de penas y otras consecuencias del ilícito. Asimismo, la euroorden procederá en España en los supuestos de acciones penales castigadas con penas privativas de libertad (prisión o medida de seguridad) de al menos 12 meses, o cumplimiento de condenas privativas de libertad de al menos 4 meses.

al de la extradición y, por tanto, no tiene por qué operar con idénticos principios.

Otra importante novedad que introducía esta normativa es la posibilidad de acordar la entrega de la persona sin proceder al control de la doble tipificación de los hechos, para los supuestos de especial gravedad, que cuenten con una consecuencia jurídica en el Estado de emisión aparejada a una privación de libertad de al menos 3 años. Eso sí, esta opción está reservada para un concreto catálogo de delitos que la norma prevé en su art. 9, centrados, entre otros, en la pertenencia a organizaciones delictivas, terrorismo, trata de seres humanos, tráfico de drogas y armas, corrupción, fraude, blanqueo de capitales, falsificación de moneda, etc. Lo que, sin duda, es un paso más en la lucha contra la COT.

Además, el principio de especialidad está también previsto de forma explícita en el art. 24, que tiende flexibilizarse en este caso, puesto que apunta que se presume que existe autorización o consentimiento para la detención y entrega siempre que el Estado de la autoridad judicial de ejecución haya notificado a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea su disposición favorable al respecto, por infracciones cometidas antes de la entrega y que sean distintas a la que motivó dicha entrega en un primer momento, salvo que la autoridad judicial declare lo contrario o ya se hubiese formulado la declaración. En cualquier caso, el sujeto puede renunciar a la protección de la regla de especialidad y se entiende que así ocurre cuando transcurren 45 días sin que abandone el territorio (García, 2005: 431-441).

En segundo lugar, debemos introducir la ley, 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE (España, 2014), que deroga la disposición anterior e introduce alguna novedad para continuar con la tarea en el marco de la UE de armonizar legislaciones y fomentar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, por medio del fomento de la comunicación directa entre autoridades judiciales, la supresión del principio de doble incriminación y el establecimiento como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de resoluciones y peticiones de entrega⁴. Viene a dar respuesta al particularmente intenso esfuerzo nor-

⁴ Un estudio de los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega en referencia a la euroorden, tal y como fue prevista en la legislación previa a 2014, en Cedeño, 2010.

mativo en el marco de UE en la materia que, entre otras numerosas disposiciones, aprobaba en este periodo temporal la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal, o la directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.

Eso sí, en lo que se refiere a la euroorden y a los procesos de detención y entrega, no introduce novedades fundamentales que varían en exceso el procedimiento, sino que lo complementan en cuestiones adyacentes, siguiendo el modelo de previsión de los condicionantes extraordinarios que puedan llevar a que una orden de detención de entrega europea sea rechazada.

Por otro lado, en el caso español, también contamos con un informe sobre el examen de España sobre la aplicación de los artículos del capítulo IV “Cooperación Internacional” de la Convención de Mérida de 2015 (Naciones Unidas, 2015e: 7-8), que subraya la completa legislación española en cuestiones de extradición y cooperación judicial, indicando su extensa actividad en órganos de cooperación de la UE como Eurojust o la Red Judicial Europea, así como en la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional o IberRed.

3.2. Estados Unidos

Como decíamos, el caso de Estados Unidos parece también particularmente relevante en lo que a la extradición y regla de especialidad se refiere, al ser un país americano con un sistema jurídico distinto al habitual en Latinoamérica y España.

La norma de referencia en el caso de la extradición activa es el § 3184 del “U.S. Code” (“Title 18. Crimes and Criminal Procedure”), que introduce que el caso en el que exista un acuerdo o tratado de extradición entre EE. UU. y el otro Estado, cualquier juez o magistrado puede impulsar el procedimiento de extradición activa para que la supuesta responsabilidad penal sea aclarada o la declarada por sentencia firme sea depurada.

Para la extradición pasiva, el “Criminal Resource Manual” en su art. 602 (“Procedures For Requesting Extradition From Abroad”) de-

termina los cuatro pasos básicos de los procesos de detención y entrega que se concretan en: (a) el contacto con la Oficina de Relaciones Internacionales; (b) un primer examen de viabilidad de la extradición; (c) la decisión sobre la conveniencia de la prisión provisional; y (d) presentación de los documentos necesarios para la petición formal de extradición. Por su parte, el 603 (“Determination of Extraditability”) concreta los 8 factores que deberán tenerse en cuenta para valorar la viabilidad del proceso de detención y entrega: localización del sujeto, nacionalidad, delitos imputados, información de referencia del proceso, estado actual del caso, la prueba, la posibilidad de enjuiciamiento y los plazos de preparación de los documentos.

Así las cosas, el Informe sobre el examen de Estados Unidos sobre la aplicación de los artículos del Capítulo IV “Cooperación Internacional” de la Convención de Mérida de 2015 (Naciones Unidas, 2015f: 12-16) pone de manifiesto la importancia del Departamento de Justicia estadounidense y del FBI en la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción a nivel internacional y valora muy positivamente el especialmente intenso esfuerzo llevado a cabo por este país para firmar tratados internacionales de carácter bilateral que, junto con la normativa citada y el paraguas de las convenciones internacionales, permiten que estos procesos de desarrollen de manera exitosa.

3.3. Análisis comparado

Por todo lo expuesto, los casos de España y de Estados Unidos, a pesar de que distan mucho en cuanto a modelo adoptado por cada uno de los Estados, son dos supuestos en los que el esfuerzo por el fortalecimiento de la normativa sobre los procesos de detención y entrega ha dado sus frutos.

En el caso español, como en la mayoría de los países europeos, la normativa dictada en el seno de la UE ha constituido un gran impulso para ello, siendo especialmente relevantes las leyes sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, como la de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Ahora bien, la evolución llevada a cabo por el legislador español durante los años anteriores a la aprobación de

estos dos instrumentos permite a España tener una base constitucional y procesal sólida y unos acuerdos de extradición numerosos.

En el caso estadounidense, como acabamos de apuntar, son particularmente importantes los acuerdos que estado a estado, EE. UU. ha ido implementando, con el fin de apuntalar su normativa interna.

En comparación con los supuestos de América Latina, en consecuencia, parece lógico que la gran distinción es la respuesta coordinada e integrada que Europa ha logrado implementar en los últimos años, que conlleva la flexibilización del criterio de doble incriminación, una redacción en términos negativos de los requisitos para la aprobación de los procesos de extradición, un acortamiento de los plazos procesales y un mejor flujo de información entre los diferentes Estados.

4. SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

4.1. *Argentina*

En las próximas líneas, desde una perspectiva de derecho comparado, analizaremos las referencias y dinámicas existentes en torno a la extradición y a la regla de especialidad en varios países latinoamericanos de referencia, con el fin último de poder hacer una comparación lo más completa posible con el caso colombiano.

Así pues, comenzando por el caso argentino, debemos traer a colación la legislación aplicable con la ley de cooperación internacional en materia penal, de 13 de enero de 1997 (Argentina, 1997). En la misma, la figura de la extradición está prevista en la parte II de la norma (arts. 6, et. seq.), justo tras las disposiciones generales en las que el legislador deja clara la finalidad de la regulación cuando apunta que la República Argentina “prestará a cualquier Estado que lo requiera la más amplia ayuda relacionada con la investigación, el juzgamiento y la punición de delitos que correspondan a la jurisdicción de aquél” y que, en caso de existir, se da preferencia al tratado de extradición firmado entre Argentina y el otro Estado implicado en

el proceso. La autoridad competente es el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (Zaffaroni, 2000: 186).

En el plano de la extradición pasiva (título I de esta parte II), la normativa argentina reconoce como principios básicos la reciprocidad (art. 3) y la doble incriminación (art. 6). En el caso en el que un Estado requiriese una extradición por varios delitos, bastaría, eso sí, con que uno de ellos cumpla con esta condición para que la extradición pueda ser concedida. Además, excluye, en paralelo a la normativa internacional y regional analizada hasta el momento en este estudio, los delitos políticos, militares o los que presentaran en el país requirente como consecuencia jurídica la pena de muerte, tortura o tratos inhumanos o degradantes.

Asimismo, la regla de especialidad está prevista de forma explícita en el art. 18 de la norma, que prevé que la persona objeto de un proceso de extradición no podrá ser encausada, sin previa autorización, por hecho anteriores y distintos a los constitutivos del delito por los que el procedimiento fue aprobado. Ahora bien, se prevén dos excepciones en este mismo precepto, relativas al consentimiento del sujeto y al no abandono del territorio del Estado requirente en un plazo de 30 días.

Por otro lado, la extradición activa está concretada en el título II (arts. 62, et. seq.) y el proceso comienza cuando el Juez de la causa considera que la acción de detención y entrega procede en virtud de la normativa del territorio donde se encuentra el sujeto requerido y, por tanto, dicta una orden de detención que contiene la relación de hechos, la calificación legal de los mismos y sus motivos de procedencia.

En definitiva, y tal y como afirma el informe sobre el examen de Argentina sobre la aplicación de los artículos del capítulo IV “Cooperación Internacional” de la Convención de Mérida (ONU, 2015a: 10), el país latinoamericano cumple con las recomendaciones que emanan de la normativa internacional, a pesar de no contar con una mención expresa de los delitos de corrupción, y se recomienda continuar con los esfuerzos para garantizar el cumplimiento de los procedimientos en el menor tiempo posible, con especial hincapié en la

asistencia judicial recíproca y en seguir firmando acuerdos bilaterales y multilaterales de cooperación internacional.

4.2. *Brasil*

En el caso brasileño, la figura de la extradición está prevista en el art. 102.1 g) de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil (Brasil, 1988) y declara que es competencia del Supremo Tribunal Federal la garantía de la Constitución y que, dentro de distintas tareas asignadas a esta finalidad, se encuentra procesar y juzgar de forma originaria la extradición solicitada por un Estado extranjero. Esta competencia es desarrollada por la ley, 6815/1981, que define la situación jurídica del extranjero en Brasil (Brasil, 1980) y, en su título IX (arts. 76, et. seq.), concreta el mandato del legislador constitucional en relación con esta figura.

En particular, se reconoce la extradición en los casos de existencia de un tratado o por el cumplimiento del principio de reciprocidad, siempre en cumplimiento del principio de doble incriminación (con una interpretación flexible) y cuando la pena privativa de libertad aparejada sea superior a 1 año. Y, de nuevo, Brasil también excluye los crímenes políticos del ámbito de aplicación material de sus procesos de detención y entrega.

Sobre el procedimiento, la norma (art. 80) específica que la petición de extradición deberá presentar instrucciones precisas sobre el hecho criminal, la identidad del extraditado, los textos legales pertinentes, la competencia y la prescripción del ilícito; siendo el Ministerio de Justicia la autoridad competente, por vía diplomática. Asimismo, el art. 91 de la ley prevé la regla de especialidad.

Al igual que en el caso argentino, si analizamos el informe sobre el examen de Brasil sobre la aplicación de los artículos del capítulo IV “Cooperación Internacional” de la Convención de Mérida (ONU, 2015b: 13 et. seq.), podemos concluir que Brasil fundamenta procedimientos de extradición con la Convención de Mérida como base jurídica y que no deniega la extradición porque los delitos involucrados en el proceso sean de naturaleza fiscal. Ahora bien, en el caso brasileño, la Oficina de UN contra la Droga y el Delito, subraya el

hecho de que este país no extradita, en principio, a sus nacionales, salvo existencia de tratados de extradición y bajo ciertas condiciones. Brasil tampoco cuenta con legislación específica sobre cooperación judicial recíproca y no hace referencia concreta a los delitos de corrupción en materia de extradición.

En relación con la investigación y detección de COT y corrupción de funcionarios públicos, este informe insta al país americano a extender el ámbito de aplicación de su legislación al respecto, con especial énfasis en la lucha contra la corrupción pública.

4.3. Chile

También es interesante en su análisis el supuesto chileno, donde la normativa de referencia es su código procesal penal del año 2000 (Chile, 2000). La extradición está regulada en los arts. 431, et. seq., en el título VI de la norma dedicado a la extradición en particular. *A priori*, con la sola observación de que el procedimiento de detención y entrega en este país está regulado, en su mayoría, en su legislación procesal, es posible adivinar que su regulación estará impregnada de este enfoque a diferencia de la normativa de los otros Estados analizados hasta el momento.

En primer término, se especifica la extradición activa, que procederá por medio de la solicitud del Ministerio Público o del querellante al Juez de garantía (para que este lo eleve a la Corte de Apelaciones), en los casos de que un individuo encausado con pena privativa de libertad de duración mínima de un año se encuentre en territorio extranjero. A partir del art. 440, por su lado, se regula la extradición pasiva, que de nuevo presenta el requisito de estar basada en una pena privativa de libertad superior al año de duración y donde la autoridad competente en Chile se trata del Ministerio de Relaciones Exteriores, que traslada la petición a la Corte Suprema.

La solicitud por parte del Estado extranjero deberá contener los datos de identificación del imputado, la información sobre el proceso y la calificación del delito imputado. El Estado requirente estará representado en el proceso por el Ministerio Público, sin perjuicio de que pueda nombrar a su propio representante. Y, a la hora de

determinar la procedencia o no del proceso de extradición pasiva, el tribunal deberá tener en cuenta (en virtud del art. 449): (a) la identidad de la persona cuya extradición se solicita; (b) que el delito que se le imputa sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes; y (c) que de los antecedentes pueda deducirse que el ilícito sería punible también en Chile.

Así pues, de estos dos últimos criterios decisorios para el tribunal es posible inferir los principios de doble incriminación y especialidad. Pero, en cualquier caso, dada la perspectiva procesal de la normativa al efecto, la Convención Interamericana de Extradición presenta especial protagonismo en el caso chileno como complemento con sus líneas y principios orientadores (Rettig, 2019: 304). Como son la imposibilidad de extraditar por delitos políticos o un delito de carácter militar, el principio de doble incriminación y la posibilidad de extraditar a nacionales solo bajo la autorización de los tratados pertinentes (aunque no existe prohibición legal expresa en Chile al efecto).

También se redactó un informe sobre el examen de Chile sobre la aplicación de los artículos del capítulo IV “Cooperación Internacional” de la Convención de Mérida (ONU, 2015c: 7, et. seq.), que subraya el esfuerzo del país en la cooperación internacional por medio de los tratados firmados y el principio de reciprocidad, aunque insta al país a reforzar sus sistemas de cooperación, asistencia judicial recíproca y sus canales de información. Tampoco la legislación procesal chilena presenta especificidades para los delitos de corrupción.

4.4. México

Pasando al caso mexicano, la norma de referencia es la ley de extradición internacional de 1975 (México, 1975) que, tal y como reza su artículo primero, tiene como “objeto determinar los casos y las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten, cuando no exista tratado internacional, a los acusados ante sus tribunales, o condenados por ellos, por delitos del orden común”. Por lo que centra su ámbito de aplicación en la extradición pasiva, en los casos en los que no exista tratado entre las partes. Ahora bien, establece que la extradición activa será regulada según lo previsto en los arts.

5, 6, 15 y 16. La autoridad competente es la Secretaría de Relaciones Exteriores por medio de la Fiscalía General de la República (Gómez, 2000: 87-88).

Se establecen como requisitos básicos para impulsar el procedimiento el principio de doble incriminación (art. 6.1), siempre y cuando se castiguen con una pena privativa de libertad superior al año, en delitos dolosos, y con pena de prisión en los culposos o imprudentes (Urosa, 2017: 50). También el principio de reciprocidad está previsto en el art. 10.1. Los arts. 8 y 9, por su parte, excluyen del ámbito material los delitos políticos y militares y los delitos castigados con pena de muerte y tratos inhumanos y degradantes.

En cuanto a la regla de especialidad, el art. 10.2 detalla que no serán parte y fundamento del proceso los delitos cometidos con anterioridad a la extradición, omitidos en la demanda e inconexos con los especificados en ella. También se prevén las dos excepciones habituales a esta norma sobre el consentimiento del sujeto y la permanencia del mismo en el territorio de forma voluntaria durante 2 meses.

En la solicitud de extradición, eso sí, deben figurar la expresión del delito por el que se pide la detención y entrega, la prueba, la documentación acreditativa de los requisitos y los datos y antecedentes del encausado.

Por su parte, en los Informes sobre el examen de México sobre la aplicación de los artículos del capítulo IV “Cooperación Internacional” de la Convención de Mérida de 2015 y 2018 (ONU, 2015d: 13-15; ONU, 2018), se insta a México a fortalecer la comunicación directa entre las autoridades de extradición y a que considere todos los delitos de corrupción como delitos extraditables ya que, en principio, no hay expresa referencia a la corrupción en su legislación al efecto.

4.5. Perú

Por último, en Perú la normativa a consultar es el código procesal penal peruano de 2004 (Perú, 2004). En el mismo, se detalla la extradición, su proceso y condiciones en el libro VII (la cooperación judi-

cial internacional), sección II, en los arts. 513, et. seq., y se establece que la cooperación internacional en este país se regirá por los tratados firmados con otros Estados y, en su defecto, por el principio de reciprocidad que orienta los mandatos internacionales. La autoridad competente es la Fiscalía de la Nación, con el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Al igual que en el caso chileno, desde un enfoque procesal, el libro VII detalla numerosas medidas y procesos en pro de cooperación, más allá de la mera detención y entrega, como la notificación y resolución de sentencias, la recepción de declaraciones, la exhibición y remisión de documentos e informes, la realización de inspecciones, el examen de objetos y lugares, el bloqueo de cuentas e inmovilización de activos, la facilitación de información y prueba, el traslado temporal de detenidos y condenados, las diligencias en el exterior o la entrega vigilada de bienes delictivos. Así pues, se desprende una clara vocación de lucha contra la corrupción y la COT.

Sobre la extradición pasiva en concreto, se establece que la decisión corresponde al Gobierno mediante Resolución Suprema expedida con acuerdo del Consejo de Ministros, previo informe de una Comisión Oficial presidida por el Ministerio de Justicia e integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y la necesaria intervención de la Sala Penal de la Corte Suprema. Asimismo, solo procederá en observancia del principio de doble incriminación y cuando la consecuencia jurídica aparejada sea una pena de prisión superior a 2 años de duración. Del ámbito material de aplicación de la extradición pasiva se excluyen los delitos exclusivamente militares, contra la religión, políticos, de prensa, o de opinión, o castigados con pena de muerte (art. 517). Sobre el procedimiento y requisitos para la demanda, el art. 518 exige una descripción del hecho punible, una fundamentación de la competencia, copias de las resoluciones judiciales, texto de las normas penales aplicables y resto de datos relevantes conocidos.

Además, el art. 520 prevé la regla de especialidad al afirmar que el extraditado no podrá ser encausado por hechos anteriores y distintos a los que determinaron la concesión de la extradición sin la previa autorización de Perú. Son excepciones a esta regla la renuncia del

sujeto a su inmunidad y la permanencia durante 30 días en el territorio a su voluntad.

Del informe sobre el examen de Perú sobre la aplicación de los artículos del capítulo IV “Cooperación Internacional” de la Convención de Mérida de 2021 (ONU, 2021: 213), es posible extraer la principal línea de trabajo para el país de potenciar la participación de sus autoridades en investigaciones conjuntas que lleven a la cooperación judicial y a compartir información en la esfera internacional. Asimismo, a pesar de que los preceptos sobre extradición no hacen referencia alguna a los delitos de corrupción, este tipo de ilícitos y el cohecho sí son mencionados expresamente en la normativa interna sobre cooperación eficaz.

4.6. Análisis comparado

Si observamos la normativa analizada de los países latinoamericanos de referencia escogidos en su conjunto, podemos concluir que las convenciones de extradición y corrupción dictadas en el seno de la OEA han sido elementos fundamentales a la hora de impulsar y armonizar los instrumentos normativos sobre extradición a nivel regional. De hecho, es latente que los principios de reciprocidad, doble incriminación y la regla de especialidad son tres bases comunes a toda la legislación analizada y fundamentan toda relación entre Estados en procesos de detención y entrega cuando no existe un tratado bilateral o multilateral específico entre las partes.

En relación con los delitos en los cuales se prevé la extradición, existe consenso en excluir de estos procedimientos a los delitos de motivación política, en todo caso; y en la mayoría, también a los militares. Asimismo, también quedan al margen los delitos cuya consecuencia jurídica se componga de pena de muerte, tortura o tratos inhumanos y degradantes.

No obstante, y en estrecha relación con la temática tratada en este estudio sobre la corrupción y la COT, es extraño encontrar disposiciones específicas sobre esta tipología delictiva en lo que a la extradición y regla de especialidad se refiere, sino que estas referencias directas se reservan a normativa que trata otras cuestiones procesales

o la parte sustantiva del sistema penal. En consecuencia, las recomendaciones y las líneas de mejora para los países latinoamericanos escogidos se centran, en su mayoría, en aumentar los esfuerzos en intercambio de información e implantación de sistemas de información y en la cooperación judicial internacional, en paralelo a lo ya implementado en el ámbito europeo y siguiendo las directrices de la normativa internacional.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

5.1. *Desarrollo normativo*

El último caso que analizamos en este estudio es, por supuesto, el caso colombiano, con el fin de extraer conclusiones específicas sobre este supuesto en comparación con los distintos modelos ya estudiados en los distintos niveles a nivel territorial.

Para ello, es necesario comenzar por la Constitución Política de Colombia (Colombia, 2015), que en su art. 35 ya establece un marco relativamente extenso de la figura de la extradición apuntando que la extradición tanto activa como pasiva se concederá en virtud de tratados y, en su defecto, en virtud de la ley. Asimismo, determina el ámbito de aplicación material de esta figura excluyendo los delitos políticos, en paralelo a lo establecido por la normativa a nivel internacional.

Este primer inciso es desarrollado, desde la óptica procesal por el Código de Procedimiento Penal de Colombia (Colombia, 2004), que en su libro V sobre cooperación internacional reserva el capítulo II a la extradición, entre los arts. 490 y 514.

Tras la reproducción en el art. 490 de lo establecido en la Constitución, el art. 491 designa que la autoridad competente en estos procesos en el Ministerio del Interior y de Justicia, que deberá recabar el visto bueno de la Corte Suprema de Justicia, en cualquier caso.

Asimismo, el articulado establece como requisitos básicos para la extradición activa el principio de doble incriminación con una pena privativa de libertad de mínimo 4 años de duración y que exista al

menos un escrito de acusación en el país requerido. Y, por su parte, para los procedimientos de extradición pasiva el Gobierno se reserva a establecer condiciones ulteriores, pero la norma procesal ya prevé la regla de especialidad (art. 494) y la prohibición de extradición en los casos en los que la consecuencia jurídica se trate de la pena de muerte, torturas o tratos inhumanos o degradantes, ni a las penas de destierro, prisión perpetua o confiscación.

Del mismo modo, el siguiente artículo concreta la documentación requerida para la activación del proceso: la copia de la sentencia a ejecutar o de la acusación, la indicación exacta y los datos sobre los actos enjuiciados, los datos de identificación del sujeto y copia de las disposiciones penales aplicables.

Ahora bien, no existe un apartado concreto de la norma colombiana que haga referencia a los casos de COT y/o corrupción. Tampoco la reciente ley 2195 de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción de enero de 2022 introduce nada específico en relación con los procesos de detención y entrega en el país.

Esta normativa interna se ve complementada por los numerosos tratados de extradición firmados a lo largo de los años por el país, que se pueden resumir en la tabla recogida en el anexo 1.

Por último, es preciso apuntar que el informe sobre el examen de Colombia sobre la aplicación de los artículos del capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida) de 2015 (Naciones Unidas, 2015g: 12-13) valora positivamente el éxito de Colombia en procesos de asistencia judicial recíproca y su participación en redes como IberRed. Ahora bien, propone como aspecto de mejora la eliminación del requisito de doble incriminación para la concesión de la extradición y que el Estado requirente tenga oportunidad de poder presentar sus opiniones sobre el proceso en los casos de denegación.

5.2. Fortalezas y debilidades del sistema colombiano

Si abordamos una comparativa de la regulación de las figuras de la extradición y la regla de especialidad en Colombia con el resto de normativa analizada, es posible concluir diferentes cuestiones.

En primer término, sobre la estrategia legislativa adoptada, el caso colombiano se asemeja a la opción escogida por los ordenamientos jurídicos de España, Perú y Chile quienes, además de la cobertura jurídica aportada por las convenciones internacionales y los tratados bilaterales y multilaterales firmados con otros Estados, basan su regulación en su norma procesal penal, además de la cobertura constitucional, en su caso. La principal consecuencia de esta opción es el esfuerzo específico en la regulación de los procesos de detención y entrega, tanto en lo que se refiere a las autoridades implicadas en el procedimiento, como a la documentación a presentar y las garantías a observar.

Versando ya sobre el contenido de la regulación, es posible afirmar que la normativa colombiana cumple con lo establecido por los convenios internacionales en la materia. Entre otras cuestiones, reconoce estos instrumentos supranacionales como fundamento de base cuando no existe tratado de cooperación judicial entre los estados implicados, excluye los delitos políticos de los casos de extradición y prevé la regla de especialidad como garantía para los sujetos objeto de detención y entrega. No obstante, de la normativa supranacional invita a Colombia a flexibilizar en los supuestos de corrupción pública la aplicación del principio de doble incriminación en delitos graves. Asimismo, se puede desprender de la normativa la necesidad de agilización y simplificación de estos procedimientos y, en particular, en los casos de COT, para los cuales podría existir una normativa específica con ciertos principios flexibilizados.

También observa la normativa latinoamericana a nivel regional, representada por las convenciones interamericanas de Caracas de extradición y de corrupción. Como aspectos diferenciales, eso sí, podríamos destacar la exigencia de 4 años de duración de la pena privativa de libertad que determina Colombia para los supuestos de extradición pasiva (siendo 2 años lo establecido por la convención) y, como apuntábamos antes, la falta de una regulación específica sobre detención y entrega en materia de COT y corrupción pública.

A su vez, esta legislación regional dictada por la OEA se integra en los ordenamientos de los distintos países latinoamericanos de referencia estudiados, que presentan una línea común y distintiva en los procesos de extradición presidida en todo caso por los principios de

reciprocidad, doble incriminación y especialidad. Estos fundamentos están muy visibilizados e incluso protegidos constitucionalmente, en algunos casos. Del mismo modo, existe acuerdo en excluir del ámbito de aplicación material de los procedimientos de detención y entrega a los delitos políticos y los castigados con pena de muerte y tratos inhumanos y degradantes. Sin embargo, en la mayor parte de los supuestos y a pesar de los esfuerzos a nivel internacional y regional, sigue faltando una normativa específica que combine COT y extradición.

El caso español nos ha servido para obtener una foto fiel de la regulación en este país, así como para estudiar una referencia de aplicación de la normativa de la UE sobre extradición, siendo la orden europea de detención y entrega su principal exponente. Por un lado, como hemos introducido anteriormente, España es uno de los Estados que escoge la estructura de protección constitucional de la figura de extradición junto con su regulación procesal específica, además de contar con una ley de extradición concreta. La principal distinción, ahora bien, es la pertenencia de España al espacio europeo, basado en la cooperación entre estados, la confianza, el reconocimiento mutuo y el flujo de información y comunicación, que permite la flexibilización de ciertos criterios y el acortamiento de plazos. Así, en el marco de la UE es posible la ejecución automática de sentencias y que no se dupliquen procedimientos y comprobaciones en los diferentes estados participantes en el proceso. También, en los casos de ciertos delitos catalogados como graves y predeterminados, es posible flexibilizar la aplicación del principio de doble incriminación e, incluso, la regla de especialidad. En definitiva, parece lógico pensar que el camino que aún puede recorrer Colombia es la participación en un espacio integrado de extradición basado en la cooperación entre los estados latinoamericanos.

Por último, el caso estadounidense nos sirve como ejemplo alternativo muy fundamentado en la firma de tratados bilaterales y multilaterales y, en su defecto, la aplicación de la normativa internacional, regional e interna.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Conclusiones

En conclusión, y tratando de dar respuesta a la pregunta de investigación planteada en el inicio de este estudio centrada en si los modelos de extradición aplicables a los delitos de corrupción y la regla de especialidad pueden contribuir a responder a la corrupción asociada al COT en América Latina y Colombia, podemos afirmar que a pesar de que la distinta normativa latinoamericana, y en particular la colombiana, sí observan los mandatos a nivel internacional y regional, una aproximación de derecho comparado como la llevada a cabo en este trabajo invita a pensar que aún quedan pasos por dar.

A lo largo de este estudio, hemos comprobado que los sistemas de extradición a nivel internacional están basados en la reciprocidad, la doble incriminación y en el principio de especialidad, pero que existen distintos niveles de rigidez en la aplicación de estos requisitos, siendo la región latinoamericana la más reticente a su flexibilización. En concreto, el caso europeo propone esta alternativa para los supuestos de ilícitos graves de carácter transnacional, como puede ser, en efecto, la delincuencia organizada internacional.

Del mismo modo, también hemos apreciado como son aún escasas las referencias concretas a este tipo de acciones delictivas en la normativa de extradición en América Latina y Colombia. Esta estrategia podría ser muy útil para la previsión de excepciones como la que acabamos de introducir.

En tercer término, es latente que la orden europea de detención y entrega, con sus limitaciones, es un modelo a seguir en Latinoamérica. No sólo por la efectividad de ejecución, sino por el resto de las consecuencias y presunciones interestatales que implica la media; como la confianza mutua, el flujo de información, el reconocimiento de sentencias o la agilidad y simplificación de procesos.

6.2. Recomendaciones para América Latina

La estrategia de acción para América Latina en general podría centrarse en las dos cuestiones que se desarrollan a continuación.

La primera es la necesidad de concreción de los procesos de detención y de entrega en la normativa de lucha contra la corrupción y criminalidad organizada o, como alternativa, la inclusión de preceptos específicos sobre esta tipología delictiva en la normativa sobre extradición. Esto permitiría establecer ciertos criterios específicos en estos casos, donde la coordinación y cooperación entre Estados, la rapidez del flujo de información y la rapidez de respuesta resultan vitales. Además, podría incluso llevar a la flexibilización (que no supresión) de ciertos principios de los procesos de detención y entrega, como el de doble incriminación o especialidad, para los casos más graves.

En segundo lugar, parece lógico pensar también que una estrategia integrada de acción sobre la regulación de los aspectos centrales de los modelos de extradición y la regla de especialidad aplicables a los delitos de corrupción para América Latina podría ayudar en esta tarea. El ejemplo y referencia de la orden europea de detención y entrega, aunque no podría ser trasladada totalmente por las especificidades propias de cada región, puede ser un buen punto de partida en esta tarea. Como apuntábamos anteriormente, parece claro que los procedimientos de extradición en general y los relativos a criminalidad organizada en particular, deben tender a ser presididos por la cooperación judicial y entre poderes ejecutivos, la confianza y el respeto mutuo, ahora que la delincuencia se complejiza a marchas forzadas en un contexto cada vez más global e interconectado. A lo largo de este estudio, han ido destacando ciertos factores y medidas que no son sino consecuencia de este nueva forma de entender los procesos de detención y entrega y son, siempre en observancia de las garantías procesales de los sujetos, pasos importantes a adoptar para la mejora y eficacia de los mismos: el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, la ejecución automática de sentencias internacionales, la no duplicación de procesos ya completados en otro estado, la flexibilización de los principios de doble incriminación y

especialidad para delitos graves, el acortamiento de los plazos y el compromiso por compartir datos e información.

6.3. Recomendaciones para Colombia

La estrategia de acción para el caso colombiano no debería distar mucho del caso latinoamericano, siendo esta la manera de lograr unas líneas de trabajo integradas y armonizadas entre los diferentes Estados.

Por tanto, parece lógico pensar que una alternativa adecuada para Colombia sería la inclusión en su legislación de una referencia específica sobre los procesos de detención y entrega en relación con la delincuencia organizada transnacional, amparada en el art. 35 de la Constitución y en observancia del procedimiento detallado en el Código de Procedimiento Penal colombiano. Por su ámbito material de regulación y por lo reciente de la misma, resulta adecuada la inclusión de esta previsión legislativa en la ley 2195 de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción de enero de 2022 que, como hemos comentado con anterioridad, no introduce nada específico en relación con los procesos de detención y entrega. De ser así, esta estrategia legislativa permitiría modular ciertos criterios de aplicación a estos procesos, cuando se trate de corrupción asociada al COT, y facilitar y simplificar la implementación de las figuras de la extradición como estrategia para la lucha contra este tipo de criminalidad.

Para finalizar, a su vez, teniendo en cuenta la adecuación de la legislación colombiana a los instrumentos internacionales y regionales analizados en este estudio, es posible afirmar que Colombia se encuentra preparada para asumir la integración en una posible estrategia de acción a nivel latinoamericano sobre la regulación de los aspectos centrales de los modelos de extradición y la regla de especialidad aplicables a los delitos de corrupción, siendo el ejemplo y referencia, como decimos, la orden europea de detención y entrega.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Cedeño, M. (2010). *La orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Fontestad, L. (2021). “Reflexiones sobre la aplicación del principio de reciprocidad en la orden europea de detención y entrega”. *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 41. Universidad de Santiago de Compostela. Pp. 167-181.
- García, B. (2005). *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Granada: Comares. Pp. 197-272.
- Gil, A., Lacruz, J., Melendo, M., & Núñez, J. (2010). *Curso de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson. P. 85.
- Gómez, A. (2000). *Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes*. Universidad Nacional Autónoma de México. Pp. 87-88.
- Muñoz, F. & García, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 162.
- Quintero, G. (2010). *Parte General del Derecho Penal*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi. P. 172.
- Rettig, M. (2019). *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*. Chile: Ediciones Der. P. 304.
- Romeo, C., Sola, E. & Boldova, M. (ed.) (2013). *Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares. P. 59.
- Urosa, G. (2017). *El delito y la norma penal*. México D. F.: Porrúa. P. 50.
- Zaffaroni, E. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar. P. 186.
- Informes, resoluciones y otros documentos
- Argentina. (1997). Ley 24.767 de cooperación internacional en materia penal. 13 de enero de 1997.
- Brasil. (1980). Ley 6815/1981 que define la situación jurídica del extranjero. Brasil.
- Brasil. (1988). Constitución Política de la República Federativa. Brasil.
- Chile. (2000). Código Procesal Penal Chileno, Ley 19696. Santiago de Chile.
- Colombia. (2004). Código de Procedimiento Penal de Colombia, Ley 906. Diario Oficial número 45.657 de 31 de agosto de 2004.
- Colombia. (2015). Constitución Política. Corte Constitucional de Colombia, actualizada a 2015.
- Consejo de Europa. (1957). Convenio Europeo de extradición. París.

- Consejo de Europa. (1959). Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal. Estrasburgo.
- Consejo de Europa. (1983). Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas. Estrasburgo.
- España. (1882). Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 260. Madrid. 17 de septiembre.
- España. (1985). Ley 4/1985, de Extradición Pasiva. BOE núm. 73. Madrid. 26 de marzo.
- España. (1978). Constitución Española. BOE núm. 311. Madrid. 29 de diciembre.
- España. (2003). Ley, 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega. BOE núm. 65. Madrid. 17 de marzo.
- España. (2014). Ley, 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. BOE núm. 282. Madrid. 21 de noviembre.
- México. (1975). Ley de extradición internacional. Diario Oficial de la Federación de 29 de diciembre. México D. F.
- OCDE. (1997). Convención para combatir el cohecho en de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. París.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. (2015a). “Informe sobre el examen de Argentina, Examen por Panamá y Singapur sobre la aplicación por parte de Argentina de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015”.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2015b), “Informe sobre el examen de Brasil, Examen por Haití y México sobre la aplicación por parte de Brasil de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015.”
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2015c). “Informe sobre el examen de Chile, Examen por El Salvador y Ucrania sobre la aplicación por parte de Chile de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015.”
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2015d; 2018). “Informes sobre el examen de México, Examen por Azerbaiyán y Perú sobre la aplicación por parte de México de los artículos 15-42 del Capítulo III.

- “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.”
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2015e). “Informe sobre el examen de España, Examen por Bélgica y Lituania sobre la aplicación por parte de España de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.”
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2015f). “Informe sobre el examen de Estados Unidos, Examen por Suecia y Macedonia sobre la aplicación por parte de Estados Unidos de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.”
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2015g). “Informe sobre el examen de Colombia, Examen por Honduras y Eslovenia sobre la aplicación por parte de Colombia de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.”
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2021). “Informe sobre el examen de Perú, Examen por Cuba y Fiji sobre la aplicación por parte de Perú de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.”
- Organización de las Naciones Unidas (2000). Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General. 15 de noviembre. Palermo.
- Organización de las Naciones Unidas. (2003). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Resolución 58/4 de la Asamblea General. 31 de octubre. Mérida.
- Organización de los Estados Americanos. (1981). Convención Interamericana de extradición. Caracas.
- Organización de los Estados Americanos. (1996). Convención Interamericana contra la corrupción. Caracas.
- Perú (2004). Código procesal penal. Decreto legislativo 957. 29 de julio.
- Unión Europea. (1995). Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Luxemburgo. DOCE 316 de 27 de noviembre.

Unión Europea. (1996). Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea. Dublín. DOCE 191 de 23 de junio.

Unión Europea. (2002). Decisión Marco del Consejo relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Luxemburgo. DOCE 190 de 18 de junio.

Unión Europea. (2018). “Reglamento sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso”. Estrasburgo. DOCE 303 de 28 de noviembre.

ANEXO I

Tabla sobre Tratados de Extradición concluidos por Colombia

Estado	Norma(s) y fecha(s)	Carácter
Bélgica	“Convención de Extradición entre Colombia y Bélgica”. Bruselas, 21 de agosto de 1912. Ley 74 de 1913. Convención adicional al Tratado de Extradición entre la República de Colombia y el Reino de Bélgica. Bogotá, 21 de noviembre de 1931, Ley 47 de 1935. Convención adicional a la Convención de Extradición entre la República de Colombia y el Reino de Bélgica celebrada en Bruselas el 21 de agosto de 1912. Bogotá, 24 de febrero de 1959. Ley 14 de 1961.	Bilateral
Brasil	“Tratado de extradición entre la República de Colombia y la República de los Estados Unidos de Brasil”. Río de Janeiro, 28 de diciembre de 1938. Ley 85 de 1939.	Bilateral
Chile	“Tratado de Extradición entre la República de Colombia y la República de Chile”. Bogotá, 16 de noviembre de 1914. Ley 8 de 1928.	Bilateral
Costa Rica	“Tratado de extradición entre la República de Colombia y Costa Rica”. San José, 7 de mayo de 1928. Ley 19 de 1931.	Bilateral
Cuba	“Tratado de extradición entre la República de Colombia y Cuba”. La Habana, 2 de julio de 1932. Ley 16 de 1932.	Bilateral

Estado	Norma(s) y fecha(s)	Carácter
España	<p>“Convención de Extradición de Reos entre la República de Colombia y el Reino de España” Bogotá, 23 de julio de 1892. Ley 35 de 1892.</p> <p>Protocolo modificatorio de la Convención de Extradición sobre la República de Colombia y el Reino de España del 23 de julio de 1892, suscrito en Madrid el 16 de marzo de 1999, aprobado mediante la Ley 876 de 2004.</p>	Bilateral
Estados Unidos	<p>“Tratado de extradición entre Colombia y los Estados Unidos de América” suscrito el 14 de septiembre de 1979. No es aplicable a nivel interno. Las Leyes aprobatorias 27 de 1980 y 68 de 1986 fueron declaradas inexecutable. El Consejo de Estado en auto del 23 de marzo de 1988 estimó que el tratado de extradición de 1979 está vigente a nivel internacional pero no puede ser aplicado internamente por falta de aprobación parlamentaria.</p>	Bilateral
Francia	<p>“Convención para la recíproca extradición de reos entre las Repúblicas de la Nueva Granada y Francia”. Bogotá, 9 de abril de 1850. Decreto 2138 del 12 de mayo de 1852.</p>	Bilateral
Gran Bretaña	<p>“Tratado de Extradición entre la República de Colombia y la Gran Bretaña”. Bogotá, 27 de octubre de 1888. Ley 148 de 1888. Convención Suplementaria del tratado de Extradición recíproca entre Colombia y la Gran Bretaña. Bogotá, 2 de diciembre de 1929. Ley 15 de 1930.</p>	Bilateral
México	<p>Tratado de extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos, suscrito en México el 1 de agosto de 2011, aprobado en Colombia mediante la Ley 1663 del 16 de julio de 2013.</p>	Bilateral
Nicaragua	<p>“Tratado de extradición entre Colombia y Nicaragua” Managua, 25 de marzo de 1929. Ley 39 de 1930.</p>	Bilateral
Panamá	<p>“Tratado de Extradición celebrado entre los Gobiernos de Colombia y Panamá” Panamá, 24 de diciembre de 1927. Ley 57 de 1928.</p>	Bilateral
Ecuador, Perú, Bolivia, Colombia y Venezuela	<p>“Acuerdo Bolivariano de Extradición”. 18 de julio de 1911. Ley 26 de 1913.</p>	Multilateral

Estado	Norma(s) y fecha(s)	Carácter
Colombia y Perú	Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú, modificadorio del Convenio Bolivariano de Extradición, firmado el 18 de julio de 1911, suscrito el 22 de octubre de 2004, aprobado mediante la Ley 1278 de 2009.	Multilateral
Honduras, Estados Unidos, Salvador, República Dominicana, Haití, Argentina, Colombia, Uruguay (no suscribió), Paraguay, México, Panamá, Guatemala, Brasil, Ecuador, Nicaragua, Chile, Perú, Cuba	Tratado Multilateral de Extradición. Convención de Montevideo. Montevideo, 26 de diciembre de 1933. Ley 74 de 1935	Multilateral

Capítulo 7

Equipos conjuntos de investigación

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ*

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el respeto al principio de soberanía nacional propio del ámbito penal había tenido como consecuencia que la investigación de un delito cometido en el territorio de un Estado se llevara a cabo únicamente por *sus* autoridades policiales y judiciales. Mientras la delincuencia no traspasaba fronteras, esta situación no era problemática, pero una vez que gana terreno la criminalidad transfronteriza, como el tráfico de drogas, la trata de personas o el blanqueo de capitales, se hace necesario buscar fórmulas que permitan la cooperación de las autoridades policiales y judiciales de diver-

* Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) con premio extraordinario. Máster en intervención criminológica y victimológica por la Universidad Miguel Hernández (España). Actualmente es profesora contratada doctora en la Universidad de Deusto, y está acreditada en la figura de profesora titular por la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación - España). Sus investigaciones se centran en las siguientes temáticas: el delito de corrupción transnacional, el delito de trata de personas, el diseño de la política criminal basada en la evidencia y el Derecho Penal de la aporofobia, temas sobre los que posee diversas publicaciones. Tiene reconocidos dos sexenios de investigación por la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora - España). Ha sido investigadora principal de un proyecto financiado por el gobierno de España, y ha participado en proyectos competitivos de la Comisión Europea, del gobierno de España, de gobiernos autonómicos y de gobiernos extranjeros. También ha sido investigadora principal de un proyecto financiado por la fundación Aristos Campus Mundus. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Colonia (Alemania) y en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Parma (Italia). ORCID: 0000-0002-8836-5930.

sos países en la investigación de los delitos. Entre estos delitos que requieren en el momento actual la cooperación o, incluso, la acción conjunta de las autoridades de diversos Estados, se halla la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), delito en torno al que gira esta obra colectiva.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante, CNUCC o Convención de Mérida) comienza afirmando en su preámbulo los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, como el crimen organizado. Además, indica que la corrupción ya no es solo un problema local, sino que ha pasado a ser un fenómeno transnacional, por lo que “se hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”, siendo insuficientes las iniciativas puramente nacionales.

La comunidad internacional, reunida en diferentes foros, ha ido adoptando en las últimas décadas toda una serie de instrumentos normativos que imponen obligaciones en el ámbito de la cooperación judicial internacional en la materia penal. Algunos de ellos se han adoptado, específicamente, en el ámbito de la agenda anti corrupción. Los compromisos alcanzados hacen referencia, por un lado, a lo que podrían denominarse formas clásicas de la asistencia judicial recíproca, como la toma de declaración a personas, la presentación de documentos judiciales o la realización de embargos preventivos. Por otro lado, esos instrumentos normativos internacionales han ido incorporando medidas específicas de cooperación judicial internacional con el objetivo de superar los límites que poseen las clásicas comisiones rogatorias (p. ej., la intervención de autoridades políticas o la dilación en el tiempo) y de facilitar que los elementos de prueba obtenidos en un Estado puedan ser incorporados a un proceso penal en otro y, eventualmente, fundar una sentencia condenatoria, haciendo así más eficaz la lucha contra el crimen transfronterizo (Segovia, 2018: 73), superando la situación generalizada de impunidad que se ha apreciado tradicionalmente en los casos de corrupción (Castresana, 2021: 37)¹.

¹ La impunidad de los casos de corrupción es una crítica generalizada en los países que son objeto de este trabajo. Vid.: p. ej., para el caso brasileño, Ramazzini Bechara & Duarte Cunha Medeiros (2021: 175); para el caso co-

Entre esas nuevas formas de cooperación judicial internacional se pueden mencionar las investigaciones conjuntas, la vigilancia electrónica de los sospechosos y las operaciones encubiertas, entre otras. Este trabajo se centra en el estudio de las investigaciones conjuntas o, por utilizar una denominación más utilizada, los equipos conjuntos de investigación (en adelante, ECI).

Esta técnica aparece en los instrumentos normativos internacionales que se gestaron en Naciones Unidas hace ya dos décadas, en materia de crimen organizado y de corrupción. Las Convenciones de Palermo y de Mérida dedican parte de su articulado a la regulación de las investigaciones conjuntas como medida que puede contribuir a una lucha más eficaz contra esas modalidades delictivas. En los ámbitos regionales de América Latina y Europa también se han diseñado iniciativas diversas en materia de cooperación judicial internacional, algunas de las cuales hacen referencia a los ECI, con disposiciones mucho más precisas que los instrumentos de Naciones Unidas. Estas iniciativas regionales no están ligadas, sin embargo, a la persecución de la corrupción o del crimen organizado, sino que son iniciativas más generales en el ámbito de la asistencia judicial en la materia penal. La idea que subyace en todas ellas es que los equipos conjuntos de investigación son una herramienta útil para combatir la criminalidad transfronteriza. Dentro de este tipo de criminalidad puede ubicarse hoy en día la corrupción asociada al COT, aunque también se hallarían otras formas delictivas como el tráfico de drogas, la trata de personas o el blanqueo de capitales.

El objetivo de este capítulo es responder al interrogante de si los equipos conjuntos de investigación pueden dar una respuesta idónea al fenómeno de la corrupción asociada al COT en América Latina, en general, y en Colombia, en particular. Para lograr este objetivo definido se ha considerado que la estructura más apropiada para este capítulo debía ser la siguiente. Tras la introducción, la sección segunda ofrece una aproximación a esta herramienta de investigación

lombiano, Ramírez-Montes & Sebastián Peñafort (2021: 79), y 82-83; para el caso chileno, Hernández Basualto (2021: 208; 2019); para el caso español, Ballesteros Sánchez (2021: 309); y para el caso mexicano, Hernández Jiménez & Anzola Rodríguez (2021: 110-111), y López González (2021: 341).

penal, el equipo conjunto de investigación, poniendo el foco en el concepto, las características y la finalidad. La sección tercera realiza un análisis de política criminal sobre los equipos conjuntos de investigación. En concreto, en esta sección se analizan las fortalezas y debilidades de esta medida especial de investigación penal que, si bien en el ámbito latinoamericano no ha sido aún muy empleada, cuenta con más de dos décadas de experiencia en el ámbito europeo. En la sección cuarta se realiza el estudio comparado de las diferentes iniciativas internacionales y regionales. En concreto, se analizan, a nivel internacional, los instrumentos normativos de Naciones Unidas y de la OCDE. Y a nivel regional, los instrumentos normativos propios de América Latina y de Europa. En las secciones quinta y sexta se lleva a cabo el análisis comparado de los diversos países que se han tomado como referencia para esta obra colectiva. En concreto, en la sección quinta se analizan los países de referencia fuera del ámbito latinoamericano (España e Italia, del ámbito europeo, y Estados Unidos) y en la sección sexta se analizan los países de referencia en el ámbito latinoamericano (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú). La sección séptima estudia la regulación y la experiencia de Colombia en materia de equipos conjuntos de investigación, sección que finaliza con un análisis comparado entre este país y los estándares internacionales, y entre este país y el resto de ordenamientos jurídicos nacionales de referencia. La última sección ofrece una propuesta de estrategia integrada de acción para América Latina, en general, y para Colombia, en particular, en relación con los equipos conjuntos de investigación para una lucha más eficaz contra la corrupción asociada al COT.

2. EL EQUIPO CONJUNTO DE INVESTIGACIÓN: CONCEPTO, OBJETIVO Y CARACTERÍSTICAS

El ECI se puede definir, tomando como base la normativa internacional y supranacional de referencia, como una herramienta de cooperación internacional basada en un acuerdo entre las autoridades competentes de dos o más Estados que se constituye por un tiempo limitado y con un objetivo específico, para llevar a cabo investigaciones penales en uno o más de los Estados implicados (Consejo de la

Unión Europea, 2017: 5; Eurojust, 2021: 7; Naciones Unidas, 2020: 2). Se trata de una nueva forma de asistencia judicial, no rogatoria, de naturaleza mixta y caracterizada por cierta “autosuficiencia organizativa” (Geraci, 2019: 59). Sobre esta última cuestión, de hecho, debe indicarse que rige el principio de autonomía de la voluntad entre las partes, pues prima lo pactado en el acuerdo de constitución del equipo frente a lo que señalen las normas de índole general, siempre que no las contravengan (Pérez, 2021: 873).

Los objetivos del ECI son obtener y transmitir la información en relación con la investigación, y ejecutar diligencias en la fase de instrucción del delito. Esto quiere decir que el ECI no es un objetivo en sí mismo, sino que es el cauce a través del cual se pretenden alcanzar los objetivos referidos (Rodríguez-Medel, 2015: 105). La finalidad del ECI es agilizar los mecanismos tradicionales de cooperación judicial en la materia penal para lograr una lucha más eficaz contra determinadas formas de criminalidad. Haciendo más sencillos esos mecanismos clásicos se podrán alcanzar los objetivos descritos.

De la definición dada en el párrafo anterior se pueden extraer las siguientes características de un ECI. La primera es su temporalidad pues el equipo se crea por un tiempo determinado, como habrá de especificarse en el acuerdo de constitución. Ello no obsta para que pueda ampliarse o prorrogarse, siempre con el consentimiento de todas las partes implicadas, cuando la investigación así lo requiera. La segunda característica es la ubicuidad, lo que significa que el ECI puede actuar en uno, en varios o en todos los Estados que lo hayan creado. En tercer lugar, lo que caracteriza a un ECI es el objeto de la investigación. El ECI se crea con un fin determinado que ha de especificarse en el acuerdo de constitución, aunque luego pueda ampliarse la investigación a otros hechos modificando el acuerdo. Esos hechos deben revestir apariencia delictiva y, en todo caso, habrán de revestir carácter transnacional, pues si no, no tendría sentido la creación de uno de estos equipos. Aunque el ECI en la práctica se suele constituir para la investigación de delitos graves, nada obsta que su objeto incluya otros delitos siempre que su investigación requiera, por alguna razón, la cooperación entre Estados.

3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Esta sección ofrece un análisis de los aspectos más beneficiosos de los equipos conjuntos de investigación en la persecución de la corrupción asociada al COT, así como de los problemas o limitaciones que pueden enfrentar estos equipos.

En primer lugar, se debe afirmar que los ECI constituyen sin duda un avance respecto de las tradicionales medidas de asistencia mutua que han empleado, y continúan empleando, los Estados para procurar una lucha más eficaz contra la delincuencia trasfronteriza. Con el ECI se pasa de un sistema en el que el país interesado en una investigación penal sobre unos hechos debe solicitar a otro —en principio, sin interés en la misma— su colaboración, a un sistema en el que ambos Estados (o más de dos) tienen un interés común en que esa investigación llegue a buen término (Pérez, 2021: 869). Los mecanismos tradicionales de asistencia mutua parecían descansar en la idea del buen samaritano (Zaharieva, 2017: 398), pues el Estado requirente quedaba a expensas del Estado requerido, que no sacaba ningún provecho de la colaboración, por lo que podía negarse a la colaboración o retrasarla *sine die*. Los Estados implicados en el ECI, sin embargo, tienen todos una misma preocupación, que no es otra que poner a los responsables del delito a disposición de las autoridades competentes para el enjuiciamiento, y para ello desarrollan una única investigación común de los hechos que revisten un carácter transnacional (Naciones Unidas, 2012b: 80).

En segundo lugar, el salto cualitativo de los ECI respecto de las formas clásica de asistencia mutua se aprecia también en la reducción de los trámites burocráticos para el intercambio de la información y de los elementos probatorios pues constituido el ECI, la información y los elementos probatorios deben circular entre todos sus miembros sin formalidades ni demoras (Rebecchi, 2016: 101; Spapens, 2011: 249), especialmente, sin el recurso a las tradicionales comisiones rogatorias, pasando así automáticamente a formar parte del proceso penal (Segovia, 2018: 75; Sziártó, 2020: 78). Es más, el ECI permite

recoger *in situ* elementos de prueba (Consejo de la Unión Europea, 2011: 3) y todos los miembros del ECI pueden estar presentes, incluso los miembros extranjeros. Este aspecto es verdaderamente relevante pues posibilita el contacto directo con la fuente. Así, por ejemplo, el policía del país X no va a recibir la declaración de un testigo o de un detenido escrita en un papel que le remita el policía del país Y, sino que podrá estar presente en el interrogatorio e, incluso, dependiendo de las legislaciones y del acuerdo de constitución del ECI, podría interrogarlo él mismo (Segovia, 2018: 76). Además, el ECI ofrece la posibilidad de que un miembro del mismo destinado en un país extranjero pueda solicitar a su propia autoridad la realización de determinadas diligencias en su país para incorporarlas al acervo del ECI sin necesidad de recurrir a los clásicos mecanismos de la asistencia recíproca (Rebecchi, 2016: 99). Esta agilidad que proporciona el ECI favorece la toma de decisiones rápidas en el plano operativo, lo cual es de vital importancia en la lucha contra la criminalidad organizada (Pérez, 2021: 891), especialmente cuando esta acontece en diversas fases (como sucede, p. ej., en el delito de trata de personas) y cada fase se desarrolla en un territorio diferente. El ECI permite un abordaje integral de este tipo de criminalidad, interviniendo en todo el *iter* delictivo (Segovia, 2018: 77).

Una tercera ventaja que ofrece el ECI es que se evitan investigaciones paralelas sobre unos mismos hechos², lo que reduce duplicidades innecesarias y, más importante, el riesgo de vulneración del principio de *non bis in idem*, que puede aparecer cuando desde diversas jurisdicciones se investigan unos mismos hechos y todas esas jurisdicciones quieren enjuiciarlos (Eurojust, 2019: 132).

En cuarto lugar, otro aspecto positivo de la constitución de un equipo conjunto de investigación es que favorece la creación de un clima de confianza mutua entre los estados, lo que se considera esencial para el desarrollo exitoso de operaciones contra la criminalidad

² Las investigaciones paralelas difieren del ECI en el hecho de que aquellas se realizan separadamente en dos o más estados, aunque con el mismo objetivo. Las autoridades policiales o judiciales se intercambian después la información y los elementos de prueba a través de los clásicos procedimientos de asistencia mutua. (Naciones Unidas, 2020: 2).

transfronteriza (Consejo de la Unión Europea, 2011: 3; OCDE, 2012: 53; Rodríguez, 2021: 362; Segovia, 2018: 77). La creación de ECI favorece, además, el intercambio de experiencias con autoridades policiales y judiciales de otros países, lo que sin duda contribuye a la actualización de las técnicas y de las estrategias de investigación tomando como ejemplo las empleadas en otros lugares (Eurojust, 2019: 132; Naciones Unidas, 2020: 11).

Finalmente puede señalarse una ulterior ventaja, aunque esta se ciñe al ámbito europeo. Los ECI constituidos por Estados miembros de la Unión Europea (UE) se pueden beneficiar del asesoramiento y la experiencia de dos importantes agencias, Europol (Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial) y Eurojust (Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal). Es más, esta última puede contribuir incluso económicamente a cubrir parte de los gastos del equipo, que pueden ser verdaderamente costosos por los viajes, las traducciones, los dispositivos técnicos, etc.

En definitiva, como se ha podido leer hasta aquí, la formación de ECI para el abordaje de la criminalidad transfronteriza tiene innumerables ventajas, especialmente, porque se reduce la rigidez de las formas clásicas de cooperación permitiendo investigaciones y procedimientos penales más ágiles. Pero también es cierto, como se expone a continuación, que los ECI se enfrentan a problemas y cuentan con limitaciones que deben ser superadas para que sean una medida verdaderamente eficaz contra la delincuencia transnacional.

En primer lugar, y dado que antes se ha señalado una de las ventajas del ECI (en realidad, la esencia del mismo) es el uso de los elementos de prueba obtenidos en otro Estado, corresponde decir ahora que la obtención de los elementos de prueba constituye también uno de los obstáculos a los que se puede enfrentar un ECI, especialmente cuando ello pueda afectar a derechos fundamentales de la persona investigada. Cómo recabar los elementos de prueba en un país para que puedan ser válidos en otro es uno de los grandes retos del ECI pues pueden entrar en juego legislaciones muy dispares (Block, 2011: 102). Este tema suele ser muy espinoso a la hora de negociar el acuerdo de creación del ECI y debe abordarse con especial cuidado pues una mala gestión de este tema puede echar por tierra todo el trabajo realizado por el equipo ya que podría llevar a la in-

admisión de la prueba. Por eso, llegar al consenso en este punto no suele ser tarea fácil (Pérez, 2021: 873).

En segundo lugar, otro de los grandes problemas del ECI tiene que ver con la elección de la jurisdicción competente para el enjuiciamiento. Téngase en cuenta que estamos hablando de investigaciones por delitos transfronterizos, luego es lógico pensar que más de un Estado pueda tener interés en llevar a cabo el enjuiciamiento de los hechos (Naciones Unidas, 2012b: 86). La determinación de la jurisdicción competente debería establecerse en el acuerdo de constitución, pero también hay que ser consciente de que en ese momento inicial quizá no se dispongan de suficientes elementos como para decantarse por una jurisdicción u otro. En todo caso, como se verá, nada impedirá la modificación del acuerdo de constitución del ECI. En ocasiones lo que puede suceder es que se abran procesos en los diferentes estados implicados, y eso no tendría por qué suponer un problema si los términos del acuerdo de constitución del ECI están claros. Por ejemplo, cada Estado puede enjuiciar a las personas detenidas en su territorio o a sus nacionales, exclusivamente. En cualquier caso, se debe ser muy cauteloso con esta cuestión para evitar posibles vulneraciones del principio de *non bis in idem* (Pérez, 2021: 875), como de hecho ha sucedido en alguna ocasión en la práctica (Naciones Unidas, 2012b: 87).

Un tercer aspecto problemático de los ECI tiene que ver con el nombramiento de la autoridad competente para autorizar la creación del equipo. En este punto, se critica que la autoridad competente pueda ser política en lugar de judicial pues una autoridad política, como puede ser un ministerio, quizá esté sujeta a condicionantes ajenos a los de la cooperación estrictamente judicial (Pérez, 2021: 877), máxime si el delito objeto de investigación tiene que ver con la corrupción, que casi por definición implica a responsables públicos. Si tenemos en cuenta que la creación de un ECI no deja de ser una diligencia más dentro de la investigación de unos hechos presuntamente delictivos, la autoridad para decidir sobre su creación o no debería ser judicial. La intromisión del poder ejecutivo en la creación de un ECI parece ir en contra de la separación de poderes (Pérez, 2021: 894).

En cuarto lugar, también es un aspecto controvertido el objeto del ECI. La normativa internacional suele referirse a la creación de equipos de investigación con un fin determinado. La expresión “fin determinado” puede generar problemas pues no queda claro si el ECI debe constituirse para investigar unos hechos concretos o una tipología delictiva como, por ejemplo, el terrorismo. Parece que, en la práctica, como se verá, se ha optado por la investigación de hechos concretos, lo cual puede hacer que el ECI no sea tan eficaz en el caso de entramados delictivos donde son múltiples y diferentes los delitos que se pueden cometer. No obstante, lo cierto es que esta limitación suele realizarse pensando en que el equipo no caiga en la ambigüedad ni en la inacción si se establecen términos muy amplios en el acuerdo de constitución. De ahí que también se limite la duración, para que el ECI no quede en el olvido. Además, hay que tener presente que si se necesitara una prórroga o una extensión del objeto de la investigación se puede modificar el acuerdo de creación del ECI.

Respecto del funcionamiento del ECI puede aparecer un ulterior problema relacionado con el idioma, en el caso de configurarse el equipo entre países con idiomas diferentes. La OCDE ya ha advertido sobre este punto, razón por la cual recomienda una adecuada selección de los miembros del ECI para una mejor comunicación y coordinación entre ellos (OCDE, 2012: 54).

4. REGULACIÓN DE LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y REGIONALES

En esta sección se analizan los instrumentos normativos procedentes de diversas organizaciones internacionales y regionales que han recogido en sus articulados referencias a los ECI. Se comienza por el nivel internacional, donde se estudian los instrumentos de Naciones Unidas y de la OCDE, y a continuación se analizan los instrumentos regionales, primero, del ámbito latinoamericano y segundo, del ámbito europeo.

4.1. Instrumentos internacionales

A nivel internacional, los instrumentos de referencia en materia de COT y de corrupción son la Convención de Palermo y la Convención de Mérida, respectivamente, adoptadas ambas en el marco de Naciones Unidas. Estos dos textos internacionales promueven la cooperación judicial internacional mediante diversas fórmulas, entre las que se hallan los ECI o, como se denominan en estos instrumentos, órganos mixtos de investigación³. En concreto, el art. 19 de la Convención de Palermo y el art. 49 de la Convención de Mérida, dos artículos idénticos en su redacción, son los preceptos que contienen indicaciones sobre esta técnica investigativa. Ambas convenciones tratan, no solo de promover la cooperación judicial internacional, sino de fortalecerla, como señalan sus guías legislativas (Naciones Unidas, 2004: punto 177; Naciones Unidas, 2012a: punto 151). No obstante, pese a ese deseo de fortalecer la cooperación entre Estados, las disposiciones de ambas convenciones sobre la creación de ECI no tienen un carácter obligatorio, lo cual es sin duda llamativo. Los artículos en cuestión comienzan indicando que el Estado parte “considerará la posibilidad de” celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales sobre el establecimiento de estos equipos, respetando siempre la soberanía del Estado parte en el que se vaya a desarrollar la investigación. Es decir, los preceptos no tienen la misma fuerza vinculante que otras partes del articulado que comienzan señalando que cada Estado parte “adoptará las medidas [...]”. Además, los términos utilizados en los referidos preceptos son excesivamente vagos y genéricos (Platcha, 2005: 286, Segovia, 2018: 78), y las guías legislativas de ambas convenciones no profundizan en el tema. Realmente, lo que hacen los instrumentos de Naciones Unidas es dejar la concreción a los Estados en futuros acuerdos bilaterales o multilaterales. La excesiva vaguedad de las convenciones de Naciones Unidas en relación con

³ Realmente, para Naciones Unidas parece haber una diferencia entre el concepto de equipo conjunto de investigación y el concepto de órgano mixto de investigación. Así, mientras que el ECI se crea para la investigación de un caso penal concreto y por un plazo limitado, el órgano mixto de investigación sería más apropiado para investigar tipologías delictivas en general (ej. la trata de personas) y durante períodos de tiempo más largos (Naciones Unidas, 2020: 3).

los ECI puede tener como consecuencia que, en la práctica, que no se recurra a ellos, por lo que las investigaciones penales continuarían afrontando los problemas que genera la rigidez de los mecanismos clásicos de cooperación judicial internacional (comisiones rogatorias).

A nivel internacional existe otro instrumento de referencia en la lucha contra una modalidad específica de corrupción, el llamado soborno transnacional, que también merece ser traído aquí a colación dada la temática de este trabajo: la convención de lucha contra el soborno de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptada en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico el 21 de noviembre de 1997 (en adelante, Convención OCDE). El art. 9 de esta convención obliga a los Estados parte a prestarse “asistencia judicial pronta y eficaz” en las investigaciones y actuaciones penales incoadas por una Parte en relación con los delitos objeto de la convención. Los comentarios a esa convención⁴, en la exégesis al art. 9 se centran en una única medida de asistencia judicial recíproca, la entrega de personas para colaborar en la investigación penal. No mencionan la creación de ECI. No obstante, con posterioridad la OCDE sí ha recomendado a los Estados parte en su convención que exploren esta vía de cooperación judicial internacional dada la utilidad que puede tener en la investigación de casos de corrupción transnacional (Pieth & Leuier, 2007: 3). En todo caso, los Estados Parte en la convención OCDE han ratificado también las dos convenciones de Naciones Unidas mencionadas, por lo que éstas pueden servir de base para la cooperación judicial internacional a través de ECI. Además, muchos de ellos son miembros de la UE o son parte del Consejo de Europa. Estas dos organizaciones internacionales cuentan con instrumentos mucho más desarrollados en la materia, como se explica en el siguiente epígrafe, por lo que los Estados que los han ratificado tienen a su disposición

⁴ Los comentarios a la convención OCDE son considerados un documento interpretativo de la convención. Fueron aprobados por la misma conferencia negociadora pero no forman parte de la misma, ni son vinculantes, ni son objeto de firma o ratificación. Son una suerte de guía interpretativa, aunque ni auténtica ni concluyente (Sacerdoti, 2000: 41).

una sólida y detallada base legal en la que apoyarse para la creación de ECI.

4.2. Instrumentos regionales

Este apartado tiene por objeto el estudio de los instrumentos normativos en relación con los ECI procedentes de dos ámbitos regionales, América Latina y Europa. En el primer caso, las iniciativas emanan de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), el Mercosur y la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (en adelante, COMJIB). En el segundo caso, las iniciativas proceden de la UE y del Consejo de Europa. Se opta por analizar tanto los instrumentos normativos que existen, en general, en materia de asistencia jurídica mutua, como los que existen, en particular, en materia de corrupción, por ser el delito que pretende ser abordado por esta obra. Se quiere comprobar el grado de detalle de la regulación de los ECI en estos instrumentos.

4.2.1. Ámbito latinoamericano

En el ámbito de América Latina son diversas las iniciativas normativas en materia de cooperación judicial internacional, algunas de las cuales, como se expone a continuación, han puesto el foco en las investigaciones conjuntas entre los estados para facilitar la persecución y el enjuiciamiento de determinadas formas de criminalidad transfronteriza.

La convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, adoptada en Nassau el 23 de mayo de 1992, así como su protocolo facultativo, adoptado en Managua el 11 de junio de 1993, pese a tener como objeto, precisamente, la cooperación judicial internacional, no contienen disposiciones sobre la creación de ECI. Téngase en cuenta que en esa época ni siquiera en el ámbito de la UE se había abordado el tema de los ECI.

En el marco de la OEA, el instrumento de referencia en materia de lucha contra la corrupción es la convención interamericana contra la corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996.

El art. 14 de este instrumento obliga a los Estados parte a prestarse la más amplia asistencia recíproca, dando curso a las solicitudes de las autoridades competentes dirigidas a obtener pruebas o realizar otros actos relacionados con la investigación o enjuiciamiento de delitos de corrupción. No obstante, no se mencionan la creación de ECI para favorecer la investigación de delitos de corrupción, como tampoco se mencionan otras técnicas especiales de investigación. Es decir, no se concretan medidas para hacer realidad esa amplia asistencia recíproca que menciona el art. 14.

En el ámbito latinoamericano, hubo que esperar hasta la segunda década de este milenio para ver instrumentos normativos vinculantes en relación con los ECI. El primero fue el Acuerdo marco de cooperación entre los Estados parte del Mercosur y Estados asociados para la creación de ECI, de 2 de agosto de 2010 (en adelante, Acuerdo Mercosur). Este instrumento, que entró en vigor el 22 de mayo del año 2020, prevé la creación de estos equipos para investigar “conductas delictivas que por sus características requieran la actuación coordinada de más de una Parte” (art. 1). En el preámbulo se indican, a modo de ejemplo, cuáles deben ser esos delitos, a saber, los que encajan dentro de la COT⁵ y el terrorismo. De conformidad con el articulado del acuerdo, cada parte designará una autoridad central, encargada de recibir, analizar y transmitir una solicitud de creación de un ECI (art. 3.2) y la autoridad competente será la encargada de proponer la creación del ECI, así como su aprobación (art. 3.3.).

El “instrumento de cooperación técnica” es un documento esencial para la creación del ECI. Este documento debe ser suscrito por las autoridades centrales para establecer el ECI, y debe contener toda una serie de ítems, tales como (a) la identificación de las autoridades, del jefe del equipo, que deberá ser la autoridad competente del Estado en el que actúe el equipo, así como del resto de integrantes; (b) la finalidad específica; (c) la duración del ECI; (d) las medidas o procedimientos que sea necesario llevar a cabo, así como (e) cualquier otra información sobre funcionamiento, organización o logística (art. 7).

⁵ Tráfico ilícito de estupefacientes, corrupción, lavado de activos, trata de personas, tráfico de migrantes, tráfico de armas.

Un aspecto verdaderamente importante cuando se crea un ECI es la utilización de las pruebas e informaciones obtenidas por el equipo. A este respecto, queda claro, lógicamente, que se podrán usar por órganos jurisdiccionales del Estado en el cual se han obtenido, pero la duda se genera en torno a si pueden ser empleadas por órganos jurisdiccionales de otro Estado que tiene un miembro en el ECI. Precisamente, así debería ser para facilitar la cooperación internacional. Sin embargo, este es un tema no exento de polémica, especialmente, cuando las diligencias de la investigación pueden afectar a derechos fundamentales. El art. 8 del Acuerdo MERCOSUR únicamente señala que “sólo podrán ser utilizadas en las investigaciones que motivaron su creación, salvo acuerdo en contrario de las Autoridades centrales”. Es decir, el texto del acuerdo no resuelve esta duda.

El ámbito territorial de aplicación del acuerdo marco se limita a los países de Mercosur, lo que reduce la eficacia de una lucha global contra la criminalidad transfronteriza pues solo cinco países son parte, aunque algunos más son Estados asociados⁶. No obstante, existe otro instrumento vinculante elaborado bajo los auspicios de la COMJIB que puede servir de referencia a un amplio listado de países de América Latina⁷. En el año 2013 la COMJIB aprobó el convenio de cooperación entre los Estados miembros de la COMJIB en materia de ECI (en adelante, convenio COMJIB)⁸, tomando como referencia el Acuerdo Mercosur y la Decisión Marco de la UE 2002/465/JAI, que se explicará más adelante. El Convenio COMJIB es muy similar en su contenido al del Acuerdo Mercosur descrito anteriormente, aunque incorpora algunas novedades importantes. La primera es

⁶ En la actualidad son Estados parte de MERCOSUR Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela (suspendida en derechos y obligaciones). Son Estados asociados Bolivia (en proceso), Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú y Surinam. Se puede consultar la información actualizada en <https://www.mercosur.int/quienes-somos/paises-del-mercosur/>

⁷ De la COMJIB también son países miembros España y Portugal.

⁸ El Convenio fue firmado en Viña del Mar (Chile) el 5 de abril de 2013 por Argentina, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Portugal y República Dominicana. Posteriormente también lo firmó Bolivia. A la fecha de redacción de este trabajo solo Ecuador lo había ratificado, por lo que aún deben ratificarlo otros dos Estados para que entre en vigor.

que prevé la incorporación al ECI de personas de Estados ajenos a los que crearon el equipo, así como de personas procedentes de organismos internacionales como podría ser la Interpol (art. 4.6). No obstante, estas personas no gozarán de los derechos concedidos a los miembros del equipo, salvo acuerdo en contrario. La segunda es una disposición relativa a la utilización de la prueba y la información recabada, que como ya se ha indicado, puede resultar problemática. Así, conforme a este convenio, un parte podrá solicitar de aquella en la que actúa el ECI que las diligencias de investigación se lleven a cabo incorporando los requisitos previstos en su legislación, siempre que no contradiga el derecho del Estado en el que actúa el equipo (art. 14.3). De este modo, será más sencillo utilizar posteriormente esa evidencia como pruebas en un procedimiento penal llevado a cabo en el otro Estado.

Otro instrumento de referencia en la región en relación con los ECI es la declaración de Brasilia sobre la cooperación jurídica internacional contra la corrupción, si bien, nos hallamos aquí ante un documento de *soft law*, no ante un verdadero documento vinculante para los Estados firmantes, por lo que su eficacia obviamente no es la misma. Esta declaración se aprobó en la referida ciudad brasileña a raíz de los escándalos Lava Jato y Odebrecht (Doldán, 2020: 99), probablemente los mayores escándalos de corrupción de los últimos tiempos⁹. A través de ella, los Procuradores Generales, Fiscales Generales y Fiscales de diversos países¹⁰ decidieron prestarse la “más amplia, rápida y eficaz cooperación jurídica internacional” (punto 1 de la declaración) en la investigación de los casos Lava Jato y Odebrecht. Para ello, se comprometieron a promover “la constitución de equipos conjuntos de investigación, bilaterales o multilaterales, que permitan investigaciones coordinadas” en los casos referidos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49 de la Convención de Mérida y en otras normas internacionales (punto 2 de la Declaración). La declaración de Brasilia apenas detalla nada sobre la composición y el

⁹ Se puede ver al respecto, la reciente publicación de Fronza e Insolera (2021).

¹⁰ Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Panamá, Perú, Portugal, República Dominicana y Venezuela. Paraguay se adhirió en 2018.

funcionamiento de estos equipos, limitándose a señalar que “actuarán con plena autonomía técnica y en desarrollo de su independencia funcional” (punto 3 de la declaración).

En el ámbito latinoamericano existe también un programa de cooperación internacional financiado por la UE denominado PAcCTO (Europa Latinoamérica “Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado”), que tiene como objetivo contribuir a la seguridad y la justicia en América Latina mediante el apoyo a la lucha contra el COT¹¹. Entre las medidas para combatir las formas de criminalidad transfronteriza, el PAcCTO aboga por la creación de ECI. Y, de hecho, en los últimos años, según la información contenida en la web del programa, se han creado cinco ECI, aunque no se muestra la información sobre los países implicados y los delitos objeto de investigación. En el análisis por países que se puede consultar en el siguiente epígrafe se exponen datos sobre algunos ECI formados entre países de América Latina, y entre países de América Latina y Europa.

4.2.2. Ámbito europeo

En el ámbito europeo son varios los instrumentos existentes en materia de asistencia judicial recíproca, tanto en la UE como en el Consejo de Europa. En el ámbito de la UE, el impulso para la creación de ECI se proporcionó en el Consejo Europeo de Tampere de 15-16 de octubre de 1999, en cuya conclusión número 43 se hace un “llamamiento para que se creen sin demora equipos conjuntos de investigación” para luchar contra la delincuencia transfronteriza, entre la cual se menciona el tráfico de drogas, la trata de personas y el terrorismo. Menos de un año después, se adoptaba el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo del año 2000 (DOCE C 197, de 12 de julio de 2000) (en adelante, CUE). Su extenso art. 13 se dedica a los ECI. El convenio, como cualquier tratado internacional, requería para su entrada en vigor la ratificación por parte de los Estados miembros, y los tradicionales procesos nacionales hacían que

¹¹ Vid.: <https://www.elpaccto.eu/noticias/impulso-de-los-equipos-conjuntos-de-investigacion-en-latinoamerica/>

la ratificación y, por tanto, la entrada en vigor de las disposiciones del convenio se retrasara en el tiempo. Esta problemática en torno a la ratificación de convenios por parte de los Estados miembros de la UE, unida a la nueva situación mundial creada tras los atentados terroristas del 11 de septiembre motivó que el Consejo de la UE recurriera a otros instrumentos para vincular a los Estados miembros (Alves, 2011: 208; Block, 2011: 91; Pérez, 2007: 68; Platcha, 2005: 292; Spapens, 2011: 248). En el caso concreto que nos ocupa, el Consejo adoptó la decisión marco 2002/465/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre ECI (DOCE L 162, de 20 de junio de 2002) (en adelante DM), cuyo art. 1 reproduce literalmente el referido art. 13 del CUE, con sus doce apartados. La validez de la decisión marco es, en realidad, transitoria pues su art. 5 establece que dejará de estar vigente en el momento en que el convenio del año 2000 entre en vigor en todos los Estados Miembros de la UE.

De acuerdo el art. 1.1 DM y el art. 13.1 CUE, “las autoridades competentes de dos o más Estados miembros podrán crear de común acuerdo un equipo conjunto de investigación”, si bien no se precisa la forma en la que debe hacerse la solicitud. En este punto aparecen las primeras discrepancias entre los Estados miembros pues algunos requieren que se tramite una comisión rogatoria, mientras que otros se alejan de estas formalidades (Rodríguez-Medel, 2015: 116). En la práctica, los estados han diseñado formularios tipo para la solicitud (Rebecchi, 2016: 97). Otro problema sobre este paso inicial para el establecimiento de un ECI es que no se indica ni en la DM ni en el CUE quién es la autoridad competente: judicial, policial o política. Esto ha generado disparidades en la práctica, como se observará *infra* epígrafe 6 al analizar la legislación de España y de Italia.

El ECI debe crearse, de acuerdo con ambos documentos, “con un fin determinado y por un período de tiempo limitado que podrá ampliarse con el consentimiento de todas las partes” (art. 1.1 DM y 13.1 CUE). Sobre estas cuestiones *ratione materiae* y *ratione temporis* surgen diversas dudas. La expresión “fin determinado” es, paradójicamente, indeterminada. Sí hay una cuestión, no obstante, que parece estar clara al respecto, y es que no parece aceptarse una suerte de *inquisitio generalis* en los ECI (Pérez, 2007: 70), pero hay otras cuestiones que permanecen en la duda. Por ejemplo, con esa expresión no que-

da claro si la investigación debe ceñirse a unos hechos concretos o, por el contrario, a una tipología delictiva genérica, por ejemplo, el terrorismo. En todo caso, si se configura el ECI para unos hechos concretos y en el curso de la investigación aparecen otros, se puede ampliar el ECI si hay acuerdo entre los países, igual que también se puede prorrogar en el tiempo. Lo que sí queda claro en la normativa de la UE es que no hay un listado concreto de delitos ni un umbral de gravedad (p. ej., delitos castigados con más de “x” pena), aunque, por ejemplo, en los considerandos de la DM se mencionan expresamente los delitos de tráfico de drogas, trata de seres humanos y terrorismo. Esta indeterminación hace que todo el poder recaiga sobre la autoridad judicial que dirige la investigación en un Estado, que podrá estimar necesario en algunos casos el recurso a un ECI, y en otros no. Dentro del articulado, la única referencia que hacen la DM y el CUE para la justificación de la constitución de un ECI es la siguiente: (a) “[...] investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables y afecten también a otros Estados”; y (b) Investigaciones que “[...] requieran una actuación coordinada y concertada de los Estados miembros afectados” (art. 1.1 DM y art. 13.1 CUE).

La interpretación de esta disposición es compleja. Arroja luz al respecto la propuesta de Rodríguez-Medel Nieto (2015: 114), quien considera que se pueden incluir ahí los siguientes casos:

1. Supuestos en los que se prevé que la organización criminal trasladará su actividad delictiva o el resultado de la misma a otro Estado miembro (p. ej., tráfico de drogas).
2. Situaciones en las que los integrantes de la organización criminal son nacionales de otro Estado miembro.
3. Investigaciones en las que la prueba se encuentre en otro Estado y sea previsible que se deberá acudir a comisiones rogatorias para completar la fase de investigación.
4. Supuestos en los que varios estados desarrollan a la vez una investigación penal y es indispensable la coordinación entre sus actividades para una mayor eficacia de los procesos penales.

Otros problemas que surgen en relación con el art. 1.1 DM y 13.1 CUE tiene que ver con la expresión “investigaciones penales” pues parece que quedan fuera las investigaciones de otros ámbitos como el administrativo. Por lo tanto, para algunas investigaciones de temas que preocupan mucho en la UE como el fraude fiscal (como infracción administrativa, no como delito) no se podría recurrir al ECI, ni tampoco para la investigación de infracciones cometidas por personas jurídicas si estas no son susceptibles de responder penalmente de acuerdo con el ordenamiento jurídico en cuestión, como sucede en varios países de la UE.

La composición exacta del equipo se determinará en el acuerdo de constitución. El ECI podrá estar integrado por policías, fiscales o jueces de dos o más Estados miembros. No hay límite en cuanto al número de países intervinientes, aunque los expertos apuntan que los ECI más exitosos son los bilaterales (Pérez, 2021: 878; Rodríguez-Medel: 2015: 115). Dentro del equipo, se denominarán miembros “destinados” a los representantes de un Estado diferente de aquel en el que va a operar el ECI (art.1.4 DM y art. 13.4 CUE), quienes tendrán derecho a estar presentes cuando se tomen medidas de investigación en el Estado miembro de actuación, salvo que el jefe del equipo decida otra cosa por razones específicas (art. 1.5 DM y art. 13.5 CUE). También es posible que no haya miembros destinados pues se puede dar la situación de que cada miembro del ECI actúe exclusivamente en su territorio nacional (Consejo de la Unión Europea, 2011: 8).

Además, se permite la incorporación de otras personas como funcionarios de organismos de la Unión, como la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), e incluso representantes de autoridades de terceros Estados¹², aunque no gozarán de los mismos derechos que los miembros del ECI o los destinados al mismo, salvo que explícitamente se pacte otra cosa en el acuerdo (art. 1.12 DM y 13.12 CUE). La incorporación de autoridades de Estados que no pertenecen a la UE no está exenta de dificultades en la práctica pues deben pactarse cuestiones muy complejas como, por ejemplo, que el

¹² El considerando núm. 9 de la Decisión Marco menciona expresamente que podrán participar las autoridades policiales de Estados Unidos.

condenado no reciba una pena de muerte (p. ej., en casos de terrorismo) (Pérez, 2021: 881).

El art. 1.7 DM y el art. 13.7 CUE contienen una de las disposiciones más relevantes ya que precisamente persigue dar agilidad a la investigación. En tales preceptos se indica lo siguiente:

Quando el equipo conjunto de investigación necesite que se tomen medidas de investigación en uno de los Estados miembros que hayan creado el equipo, los miembros destinados al mismo por ese Estado miembro podrán pedir a sus propias autoridades competentes que tomen tales medidas. Estas medidas se examinarán en el Estado miembro de que se trate en las mismas condiciones que si fueran solicitadas en el marco de una investigación nacional.

Además, el art. 1.9 DM y el art. 10.9 CUE habilitan a cualquier miembro del ECI a proporcionar al equipo la información que posea el Estado miembro que le haya destinado al equipo, siempre respetando el derecho interno de su país y dentro de los límites de las competencias que tenga atribuidas. La información que obtenga un ECI en los territorios en los que opere podrá utilizarse para los fines que se marcan en el art. 1.10 DM y el art. 13.10 CUE. En primer lugar, lógicamente, para los fines para los que se haya creado el equipo. En segundo lugar, para descubrir, investigar y enjuiciar otras investigaciones penales, previa autorización del Estado miembro en el que se hayan obtenido las pesquisas. La autorización solo podrá denegarse si pone en peligro investigaciones penales en ese Estado. En tercer lugar, se puede emplear esa información para evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública. Finalmente, se podrá utilizar para otros fines convenidos por los Estados que crearon el equipo.

Para facilitar la creación de ECI, desde el Consejo de la UE se han elaborado algunos modelos. El último, más simplificado que los anteriores para acelerar el proceso de establecimiento, aparece en la resolución del Consejo relativa a un modelo de acuerdo por el que se crea un ECI (DOUE C 18, de 19 de enero de 2017).

Además de estos instrumentos normativos, en la UE existen dos agencias para apoyar a las autoridades policiales y judiciales de los

Estados miembros: Eurojust¹³ y Europol¹⁴. Eurojust ha ido adquiriendo en la práctica un rol cada vez más relevante en la promoción, creación y buen funcionamiento de los ECI. De hecho, tiene un papel muy importante en la creación de estos equipos, posibilidad que le otorga el art. 8 del Reglamento Eurojust. Además, puede ofrecer apoyo financiero a los ECI a través de los fondos que recibe de la Comisión, lo que sin duda reduce el impacto en los presupuestos nacionales (Alonso, 2012: 139; Rodríguez, 2018: 352). Para facilitar la constitución de ECI y asistir en el intercambio de experiencias y buenas prácticas, en 2005 se creó la Red de Expertos Nacionales en equipos de investigación¹⁵, compuesta por, al menos, un experto de cada Estado miembro. Europol, por su parte, tiene entre sus funciones “participar en equipos conjuntos de investigación, así como proponer su creación” (art. 4.1.d Reglamento Europol). La única limitación tiene que ver con el objeto de la investigación pues debe versar sobre los delitos referidos en su reglamento, esencialmente, delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros, terrorismo, delincuencia que afecte a un interés común protegido por una política de la UE, así como delitos conexos a los anteriores (art. 3 y anexo I del reglamento). La novedad desde el reglamento Europol es que esta agencia no solo puede participar en un ECI sino que puede proponer la creación de un ECI cuando tenga motivos para creer

¹³ Creada por la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (DOUE L 63, de 6 de marzo de 2002). Esta Decisión fue derogada por el Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo (DOUE L 295, de 21 de noviembre de 2018).

¹⁴ Creada por la Decisión 2009/371/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol) (DOUE L 121, de 15 de mayo de 2009). La Decisión fue derogada por el Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo (DOUE L 135, de 24 de mayo de 2016).

¹⁵ Vid.: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/PartnersDetail/ES/15>

que con ello se aportaría valor añadido a la investigación (art. 5.5 del reglamento Europol). Se le adjudica así a Europol una función adicional en el establecimiento de nuevos ECI, lo que se relaciona con lo establecido en el art. 6 del reglamento Europol, que permite a la agencia solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros que realicen o coordinen una investigación penal que Europol considera oportuno llevar a cabo sobre un delito comprendido en el ámbito de sus objetivos (Blasi, 2018: 345).

En el ámbito de la UE, el deseo de progresar en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales llevó a la adopción de la directiva 2014/41/UE, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE L 130, de 1 de mayo de 2014). Es importante recordar que la Orden Europea de Investigación (en adelante, OEI) no debe confundirse con el ECI. De hecho, la directiva 2014/41/UE excluye expresamente del ámbito de la OEI la creación de equipos conjuntos de investigación (art. 3 Directiva 2014/41/UE). La OEI es una resolución judicial que genera efectos en la jurisdicción de otro Estado Miembro, mientras que el ECI es un instrumento de cooperación judicial o policial. El ECI se asemeja a un contrato en el que las partes contratantes son los Estados miembros que lo constituyen (Hernández, 2019: 213), pero no es un instrumento puro de reconocimiento mutuo como sí lo es la OEI (Pérez, 2021: 872).

Finalmente, en el ámbito del Consejo de Europa, existen dos convenciones en materia de lucha contra la corrupción: la Convención penal y la Convención civil, ambas adoptadas en el año 1999. La Convención penal dedica el capítulo IV a las medidas de cooperación internacional, un capítulo especialmente relevante de la Convención pues, como se señala en su preámbulo, “la eficacia de la lucha contra la corrupción exige intensificar la cooperación internacional en materia penal, dotándola de mayor rapidez y agilidad”. El art. 26 insta a los Estados parte a prestarse la más amplia y pronta asistencia recíproca en la tramitación de las solicitudes de las autoridades competentes para investigar o perseguir los delitos tipificados de conformidad con la convención. Sin embargo, entre las medidas que se mencionan no está la creación de ECI. Tampoco el informe explicativo a la convención contiene indicaciones al respecto.

La creación de estos equipos se menciona en otro instrumento, que no está relacionado con la corrupción ni con el COT. Es un instrumento no vinculado a ninguna modalidad delictiva concreta, sino más general. Se trata del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, del 8 de noviembre de 2001, del que, por cierto, son parte algunos estados no europeos, como Chile o Israel¹⁶. En concreto, el art. 20 del Protocolo regula la creación y actuación de los ECI, con la misma literalidad que los instrumentos ya comentados de la UE, por lo que las consideraciones hechas anteriormente pueden extrapolarse aquí.

4.3. Análisis comparado

Los instrumentos internacionales de referencia procedentes de Naciones Unidas y de la OCDE abordan solo de manera muy limitada y vaga la técnica de los ECI, pese a que en todos ellos se mencione la necesidad de reforzar la cooperación judicial internacional para lograr un combate más eficaz de la corrupción y del COT. Los instrumentos regionales, por el contrario, son mucho más avanzados. Los que proceden del ámbito europeo (Unión Europea y del Consejo de Europa) han alcanzado un elevado grado de desarrollo. A diferencia de las Convenciones de Palermo y Mérida, los instrumentos europeos son mucho más precisos en temas como la formación del equipo, la composición y el funcionamiento. En el ámbito latinoamericano, los dos instrumentos de referencia se han asentado sobre los documentos europeos, por lo que los aspectos positivos de estos deben hacerse extensibles a aquellos. No obstante, los instrumentos de América Latina tienen aún limitaciones importantes. Así, el Acuerdo Mercosur tiene un ámbito territorial de aplicación excesivamente restringido. Y el Convenio COMJIB no ha entrado en vigor aún, más de una década después de su adopción. Por lo tanto, los países latinoamericanos no cuentan con una sólida base sobre la que asentar la creación de ECI, debiendo recurrir a las vagas disposiciones de las Convenciones de Palermo y Mérida para fundamentar acuerdos bilaterales o multilaterales.

¹⁶ Entró en vigor, con carácter general, el 1 de febrero de 2004.

En todo caso, también en los instrumentos europeos se observan déficits que merecen ser comentados a continuación para elaborar propuestas de mejora:

(a) Una de las finalidades esenciales de un ECI es obtener elementos de prueba que puedan ser empleados en el procedimiento penal y, eventualmente, fundar una sentencia condenatoria. Ese procedimiento penal puede que se celebre en el Estado donde opera el ECI o en otro. Es decir, puede que se celebre en un Estado diferente pero que también participa en el equipo. Esta finalidad del ECI se enfrenta a ciertas dificultades en la práctica pues, como señala la normativa supranacional de referencia, el ECI desarrollará sus funciones de acuerdo con la ley del Estado en el que opere (*lex loci*). Ello es así pues deben conciliarse las necesidades derivadas de la cooperación judicial internacional con el respeto a la soberanía del Estado en cuyo territorio opera el ECI (Geraci, 2019: 67). Los problemas pueden aparecer a la hora de hacer valer esa prueba en un proceso penal en otro Estado en el cual su legislación exija otros requisitos en relación con la práctica de determinadas diligencias de investigación. Esta cuestión debe ser arreglada en el acuerdo de constitución del ECI para evitar que sus actuaciones lleguen a ser inútiles para el procedimiento penal y tengan como consecuencia la impunidad de los responsables. Todo queda, entonces, a expensas del acuerdo, sin que en la normativa supranacional de referencia se establezcan precisiones a este respecto. El acuerdo debe expresar que los elementos de prueba podrán ser empleados en ambos estados implicados, y debe manifestar cómo deben obtenerse para no vulnerar la legislación de ningún país implicado.

El problema de la admisibilidad de las pruebas podría ser incluso mayor en el caso de diligencias de investigación que afecten a derechos fundamentales pues en este punto los requisitos de algunos Estados pueden ser bastante más restrictivos que los de otros (p. ej., diligencias sobre entrada y registro, sobre toma de muestras corporales, etc.). El acuerdo de constitución debe ser también muy preciso en este punto. La normativa supranacional no es muy prolija a este respecto. Por esta razón, Pérez Romero (2021: 885) propone la elaboración de unos estándares de protección de los derechos procesales comunes a todos los Estados miembros de la UE. En el ámbito de

la UE, esta pretensión quizá sea más fácil de conseguir por lo que se ha avanzado ya en la armonización penal y procesal penal, pero quizá sea más complejo en el ámbito latinoamericano donde no se parte de esta base. El CUE contiene, de hecho, algunas normas básicas en relación, por ejemplo, con la toma de declaración a un sospecho, testigo o perito a través de la videoconferencia o por conferencia telefónica (arts. 10 y 11 CUE), o con la interceptación de las comunicaciones (arts. 17 a 21 CUE). El reto sería poder elaborar unos estándares comunes no solo en el ámbito europeo sino también en el ámbito latinoamericano para una lucha más eficaz contra la criminalidad transfronteriza. Estos estándares son mínimos en cuanto a la protección de investigados, pero nada obsta para que los estados impongan niveles de protección mayores que se trasladen al acuerdo de constitución del ECI.

(b) Si en los puntos anteriores se ha planteado el problema en torno a la utilización de los elementos de prueba recabados por el ECI en procesos penales en estados diferentes de aquel en el que se obtuvieron, el otro problema que puede surgir es, en cierto modo, el contrario. Es decir, cómo un miembro del ECI puede trasladar información de la que disponga derivada de una investigación nacional al ECI. De nuevo, esta cuestión debe quedar bien regulada en el acuerdo de constitución para evitar que esa información deba trasladarse acudiendo a los rígidos mecanismos de la asistencia judicial recíproca, lo que podría hacer ineficaz el ECI.

(c) Otro de los problemas que puede aparecer, y que no ha resuelto la normativa supranacional de referencia, tiene que ver con el objeto de la investigación para la cual se establece el equipo conjunto. Tanto los instrumentos europeos como los latinoamericanos utilizan la expresión “fin determinado”. Parece que queda claro que se incluye ahí la investigación de un hecho concreto, así como —según la normativa— los hechos conexos. La duda está en si en lugar de configurarse un ECI para la investigación de unos hechos concretos, se podría configurar también para, en primer lugar, la investigación de tipologías delictivas, como el terrorismo (así ha sido en la experiencia entre España y Francia), o los delitos que más preocupan en la UE (fraude fiscal, blanqueo de capitales, corrupción y malversación). Y, en segundo lugar, para investigar estructuras, un concepto que po-

dría ser mucho más útil si hablamos de crimen organizado. Entre los expertos, Pérez Romero (2021: 985) ha propuesto, por ejemplo, que la definición del fin determinado sea lo más amplia posible, incluso que se permita la creación de equipos conjuntos de investigación por temática delictiva genérica. El problema en estos casos en los que el objeto se amplíe en exceso puede estar en la falta de eficacia práctica, precisamente, por la indeterminación del objeto de la investigación.

(d) En relación con la información obtenida por el ECI se puede plantear otro problema cuando en el desarrollo de la investigación por los hechos concretos para la cual se constituyó el ECI parezcan indicios de otros delitos (no conexos, porque estos sí quedarían incluidos en el concepto de “fin determinado”, como ya se ha explicado). La pregunta que surge es si esas evidencias pueden usarse o no en procesos penales en los diversos Estados que configuren el ECI. Los instrumentos europeos señalan que la información se podrá utilizar en los siguientes supuestos: (a) para los fines para los que se haya creado el equipo; (b) condicionada a la autorización previa del Estado miembro en que se haya obtenido la información, para descubrir, investigar y enjuiciar otras infracciones penales. Dicha autorización podrá denegarse únicamente en los casos en que esta utilización ponga en peligro las investigaciones penales en el Estado miembro de que se trate o en que dicho Estado miembro pueda denegar la asistencia judicial; (c) para evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública, y sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) si ulteriormente se iniciara una investigación penal; y (d) para otros fines, siempre y cuando hayan convenido en ello los Estados miembros que crearon el equipo¹⁷.

La exégesis de esta disposición nos lleva a concluir que sí se podrá utilizar esa información sobre nuevos delitos pero que (a) o bien se necesita autorización del Estado en el que se haya obtenido; (b) o bien su uso se condiciona al impedimento de una amenaza inmediata y grave (p. ej., un atentado terrorista); (c) o bien habrá que atener-

¹⁷ El Acuerdo Mercosur y el Convenio COMJIB son más limitados pues solo permiten el uso la información para las investigaciones y procedimientos penales relativas a los hechos que motivaron la creación del ECI, salvo acuerdo en contrario en cualquier momento.

se a lo pactado en el acuerdo de constitución del ECI, el cual puede ser modificado, como ya se ha señalado. De este modo, permitiendo el uso de esta información sobre nuevos delitos, el ECI será más eficaz en la lucha contra la criminalidad. De nuevo todo gira en torno a la importancia de lo pactado en el acuerdo de creación del ECI.

(e) Tampoco queda claro en la normativa supranacional de referencia cómo se elegirá la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de los hechos que son investigados por el ECI. Por definición, los hechos objeto de la investigación se habrán llevado a cabo en dos o más Estados, de ahí la necesidad de crear el ECI, por eso los diversos Estados implicados pueden tener interés en su enjuiciamiento. Sin embargo, puede ser que para una mayor celeridad del procedimiento o por otras procesales, lo deseable sea que solo un Estado enjuicie los hechos. En este caso, surge la duda de qué Estado elegir. La respuesta no es sencilla pues puede que los estándares probatorios sean diferentes. También puede pasar que, en general, las normas sobre la instrucción penal no sean las mismas (p. ej., duración de una instrucción penal). Si al momento de la elaboración del acuerdo de creación del ECI ya se conoce qué jurisdicción estará mejor posicionada para el enjuiciamiento, deberá dejarse claro en el acuerdo para evitar futuros inconvenientes. Así se podrán adecuar las diligencias de la investigación a la legislación del Estado en cuestión. Si no se puede decidir aún cuál será la jurisdicción competente, lo recomendable es establecer en el acuerdo unos estándares muy elevados en cuanto a las garantías procesales para tener margen a la hora de elegir, posteriormente, el Estado mejor posicionado para el enjuiciamiento (Pérez Romero, 2021: 888).

(f) Otro inconveniente que los instrumentos supranacionales no resuelven tiene que ver con la autoridad competente para autorizar la creación del ECI. Ya se ha puesto de manifiesto que pueden aparecer problemas cuando esta autoridad es de carácter político y no judicial, pues en el primer caso pueden aparecer otros intereses para, por ejemplo, denegar la creación de un ECI, especialmente cuando se trate de un caso de corrupción en el que estén implicadas autoridades públicas como parlamentarios o ministros. Lo deseable sería que decidieran sobre su creación o no las autoridades judiciales, como deciden siempre sobre cualquier otra diligencia en la fase de

instrucción de un delito. Lo contrario parece ser una injerencia del poder político en el poder judicial.

(g) Un ulterior problema tiene que ver con el papel de los llamados miembros destinados, es decir, esos miembros de un Estado que participan en el ECI que va a actuar en el territorio de otro Estado diferente. La legislación europea señala, en principio, que “tendrán derecho a estar presentes cuando se tomen medidas de investigación en el Estado miembro de actuación”. Sin embargo, acto seguido otorga amplios poderes al jefe del ECI para vetar su participación. Así, se indica que “por razones específicas y con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que actúe el equipo, el jefe del equipo podrá decidir lo contrario” (art. 1.5 DM y art. 13.5 CUE). Esta disposición tan abierta puede ser verdaderamente perjudicial para la admisibilidad de la prueba en otro Estado, razón por la cual debería restringirse esta facultad del jefe del ECI. En el Acuerdo Mercosur no se prevé una disposición a este respecto. En el Convenio COMJIB se señala, al igual que en los instrumentos europeos, que estas personas no tendrán los mismos derechos, “salvo acuerdo en contrario” (art. 11.2). Para evitar problemas en torno a la admisibilidad de las pruebas en otro Estado debe permitirse la presencia, incluso la presencia activa, de los miembros destinados al ECI.

5. REGULACIÓN DE LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN EN LOS SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA, ITALIA Y ESTADOS UNIDOS

En este apartado se analiza de manera comparada la regulación de los ECI en Estados fuera del ámbito latinoamericano. Dada la experiencia en el ámbito europeo, se toman como referencia dos países pertenecientes a la UE, España e Italia, ambos obligados por la normativa regional ya comentada. Asimismo, se incorpora también al análisis Estados Unidos, como ejemplo de país con una tradición jurídica diferentes a la europea continental y de la latinoamericana, para observar posibles diferencias o problemas operativos.

España e Italia son estados parte en la Convención de Palermo y de Mérida. Asimismo, ambos han ratificado el Segundo protocolo del Convenio europeo¹⁸. Ambos países están obligados la Decisión Marco 2002/465/JAI y por el CUE. Los dos países han implementado esta norma europea a través de una norma nacional que regula la creación y actuación de los ECI. España lo hizo a través de la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea (BOE 122, de 22 de mayo de 2003), que se complementa con la Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España (BOE 122, de 22 de mayo de 2003). Italia tardó varios años en dar cumplimiento a la Decisión Marco 2002/465/JAI. De hecho, fue el último país de la UE en implementarla (Rebecchi, 2016: 105). En concreto, lo hizo a través del Decreto Legislativo número 34 de 15 de febrero de 2016. Ambos países han optado por aprobar leyes específicas sobre los ECI, a diferencia de otros países que han incorporado disposiciones sobre la materia en los códigos de procedimiento penal (Bélgica, Francia, Polonia) o han recurrido a la aplicación directa del CUE (Alemania, Reino Unido) (Rebecchi, 2016: 97). A continuación, se comparan los aspectos más relevantes de la legislación española e italiana sobre los ECI.

Autoridad competente. Conforme a la ley española, existen tres autoridades competentes para solicitar la creación de un ECI o para decidir sobre la participación española en otros equipos (art. 3 de la Ley 11/2003). Una es de naturaleza judicial, la Audiencia Nacional, que será competente cuando la investigación verse sobre delitos cuyo enjuiciamiento corresponde a este órgano¹⁹ (esencialmente, terroris-

¹⁸ Para España, entró en vigor el 1 de julio de 2018. Para Italia, el 1 de diciembre de 2019.

¹⁹ Los delitos que son competencia de la Audiencia Nacional se recogen en el art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985) y en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 126, de 26 de mayo de 1988).

mo, narcotráfico a gran escala, delitos económicos que causan grave perjuicio a la economía nacional y delitos cometidos por españoles en el extranjero) y participen en el equipo miembros de las carreras judicial o fiscal. Dentro de la Audiencia Nacional no queda claro quién actuará de autoridad competente, por lo que caben diversas posibilidades. La doctrina ha apuntado que las autoridades competentes deberían ser y, de hecho, en la práctica así son, los Juzgados Centrales de Instrucción o la Fiscalía de la Audiencia Nacional las autoridades competentes, por su cercanía con la actividad investigadora (Pérez Gil, 2007: 73). No obstante, la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado señaló que la autoridad competente era el presidente de la Audiencia Nacional, y junto a él, los fiscales jefes de las Fiscalías de la Audiencia Nacional, de la Fiscalía especial antidroga y de la Fiscalía especial contra la corrupción (Fiscalía General del Estado, 2014). Las otras dos posibles autoridades competentes son de naturaleza política. Por un lado, el Ministerio de Justicia, cuando se trate de delitos que no son competencia de la Audiencia Nacional y participen en el equipo miembros de las carreras judicial o fiscal. Por otro lado, el Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad, cuando no participen miembros de las carreras judicial o fiscal, es decir, cuando el equipo esté integrado por policías exclusivamente. De acuerdo con la ley italiana, la iniciativa para la creación del equipo le corresponde en exclusiva al fiscal, en el caso de un procedimiento activo, es decir, cuando Italia promueve la creación (art. 2). En el caso de un procedimiento pasivo, esto es, cuando Italia recibe una solicitud, le corresponde al fiscal jefe de la fiscalía competente para las investigaciones que requieren una coordinación con las que se realizan en el extranjero, o bien, al fiscal del lugar donde debe llevarse a cabo el proceso de investigación del equipo (art. 3). Se aprecia aquí la primera gran diferencia entre ambas legislaciones, pues en Italia la competencia es en exclusiva de la fiscalía mientras que, en España, según el tipo de delito o la composición del equipo, la autoridad competente puede tener un carácter político, lo que puede merecer una crítica negativa en tanto que la creación o no del ECI se puede hacer depender de intereses políticos más que de intereses meramente de justicia.

Infracciones penales objeto de la investigación del ECI. La ley española no establece un listado de delitos sobre los cuales podrá ac-

tuar el ECI, aunque señala que se otorgará preferencia a los delitos de terrorismo (art. 4.1 Ley 11/2003). Además, la ley española deja la puerta abierta a la investigación de otras infracciones no penales (art. 2.c Ley 11/2003), por lo que se podría crear el equipo para investigar infracciones administrativas como, por ejemplo, defraudaciones tributarias que no llegan a la categoría de delito (Pérez Gil, 2007: 71). Téngase en cuenta que el fraude al presupuesto de la UE es una de las grandes preocupaciones del momento, y para tratar de combatirlo desde el ámbito penal se aprobó la llamada Directiva PIF (Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal, DOUE L 198, de 28 de julio de 2017).

La ley italiana se ciñe a investigaciones por delito, no por infracciones administrativas. Además, establece un listado concreto de delitos que pueden ser investigados por el equipo, a saber, los delitos mencionados en el art. 51, 3 bis, 3 quater, 3 quinquies, y art. 407 del Código de procedimiento penal (crimen organizado, terrorismo, tráfico de drogas, ciberdelitos, trata de personas [...]), así como los delitos castigados a cadena perpetua, a pena de prisión superior a cinco años y, fuera de estos casos, cuando se trate de investigaciones complejas desarrolladas en el territorio de varios Estados. Recuérdese que la Decisión Marco solo habla de infracciones penales difíciles transfronterizas, e investigaciones penales que requieran una actuación coordinada de los Estados afectados (art. 1.1 Decisión Marco).

Composición del equipo. En las legislaciones de ambos países se prevé que el ECI esté formado por miembros nacionales y por miembros destinados. En la legislación italiana no se permite la incorporación de representantes de organismos europeos como Europol, Eurojust o la OLAF, posibilidad que sí recoge el art. 1.12 de la Decisión Marco. Esto ha sido criticado por los expertos pues puede mermar la eficacia de esta técnica de cooperación, máxime teniendo en cuenta la amplia experiencia que poseen estos organismos en la investigación de delitos transfronterizos (Geraci, 2019: 73). Además, existe un problema adicional que tiene que ver con la financiación de la investigación, normalmente costosa dada la complejidad de los hechos. Eurojust puede asumir los costes de las investigaciones

siempre que sus miembros nacionales participen, lo cual no parece posible de acuerdo con la legislación italiana, por lo que tendrán que ser asumidos por las autoridades italianas (Geraci, 2019: 74). La legislación española, en consonancia con la Decisión Marco, sí permite la incorporación de funcionarios de organismos creados de conformidad con el Tratado de la UE una vez creado el equipo, en concreto, de miembros de Eurojust, Europol y OLAF (Disposición adicional segunda de la Ley 11/2003). En todo caso, no tendrán los derechos concedidos a los miembros del equipo, salvo que en el acuerdo de constitución se señale lo contrario (art. 10 Ley 11/2003). Respecto del jefe del ECI, la legislación española no precisa nada al respecto; la legislación italiana indica que, si hay fiscales en el equipo, uno será el jefe (art. 4.2.b y art. 6 Decreto legislativo). En todo caso, ambas normas prevén que pueda haber modificaciones en la composición del equipo a lo largo del tiempo.

Ninguna de las dos normas prevé la incorporación de representantes de terceros Estados no miembros de la UE, algo que sí está previsto en la Decisión Marco (art. 1.12). La creación de ECI con Estados no miembros de la UE podría tener como base legal otros instrumentos internacionales, como los ya mencionados de Naciones Unidas, pues han sido ratificados por los dos Estados. No obstante, es posible que en la práctica pudieran aparecer problemas dado que en la UE existe un elevado nivel de integración que permite confiar en el intercambio de información, pero no está claro que estos estándares sobre protección de datos y seguridad de datos se cumplan en otros territorios (Rebecchi, 2016: 105). En todo caso, y como se ha comentado, sí hay experiencias prácticas de ECI con países de América Latina.

Contenido del acuerdo de constitución. Ambas normas detallan de manera similar cuál debe ser el contenido del acuerdo de constitución de un ECI. Esencialmente, en el acuerdo de constitución deberá precisarse el objeto y los fines de la investigación, la duración (con posibilidad de prórroga) y la composición del equipo, entre otras cuestiones. En todo caso, ambas legislaciones reconocen la posibilidad de introducir cambios, no siendo el acuerdo algo inmutable.

Ejecución de medidas. La legislación italiana no ha incorporado una disposición muy relevante de la Decisión Marco, cosa que sí ha hecho España, en relación con el desarrollo de la investigación. Así, señala la norma de la UE que, si la investigación requiere que se tomen medidas de investigación en uno de los Estados miembros que ha creado el ECI, los miembros destinados al equipo por ese Estado podrán pedir a sus propias autoridades competentes que tomen tales medidas, y estas medidas habrán de examinarse en las mismas condiciones que si fueran solicitadas como parte de una investigación nacional (art. 1.7 Decisión Marco). Precisamente, este precepto trata de facilitar la cooperación entre Estados, que de otro modo deberían recurrir a las clásicas y complejas comisiones rogatorias o a la orden europea de investigación. La no inclusión de esta disposición en la ley italiana ha sido criticada pues puede tener como efecto un debilitamiento de la cooperación internacional (Geraci, 2019: 77).

Fines. En cuanto al destino de la información obtenida, ambas legislaciones reproducen fielmente el párrafo 10 del art. 1 de la Decisión Marco. Es decir, la información podrá utilizarse para: (a) los fines para los cuales se haya creado el ECI; (b) investigar y enjuiciar otras infracciones penales, previa autorización del Estado en el que se ha obtenido la información. La utilización de la información para este fin solo podrá denegarse cuando así se pusieran en peligro investigaciones penales; (c) evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública; y (d) otros fines, siempre que se haya convenido así.

Lo complicado será determinar el alcance probatorio de la información obtenida. Si se va a emplear ante órganos de enjuiciamiento del Estado donde se ha obtenido la pesquisa, no parece que haya problema (Pérez Gil, 2007: 77). Pero si se va a usar ante órganos del Estado de procedencia de los miembros destinados, podrían aparecer los problemas, aunque precisamente la *ratio essendi* de la creación de estos equipos es permitir el uso como prueba de la información recabada (Pérez Gil, 2007: 78). En este punto, el Estado donde se ha obtenido la información debería ser el encargado de decir si se puede usar como prueba o no, por el modo en que se haya obtenido, sin perjuicio de que el Estado donde la misma vaya a surtir efectos pro-

cesales verifique que no se han vulnerado los principios y garantías esenciales del debido proceso (Pérez Gil, 2007: 78).

Aplicación práctica. La praxis muestra que, en el caso de España, el recurso a los equipos conjuntos de investigación se ha empleado, especialmente, para llevar a cabo investigaciones en materia de terrorismo con Francia, en concreto, en relación con la ya extinta banda terrorista ETA. De hecho, España no esperó si quiera a la aprobación definitiva de la Decisión Marco y sacó adelante la referida Ley 11/2003 con el objetivo de tener una base legal para colaborar con Francia en la lucha contra el terrorismo de ETA. El primer ECI que se creó entre países de la UE fue entre España y Francia en 2004 para hacer frente a ETA. Estos dos países han continuado estableciendo equipos conjuntos para realizar investigaciones en materia de terrorismo islámico y de tráfico de drogas. Además, España también recurrió a la creación de ECI con Portugal, en 2007, para combatir el terrorismo de ETA (Block, 2011: 98-99). La valoración debe entenderse positiva pues ha posibilitado diversas detenciones e incautaciones de droga. En el caso de Italia, la experiencia es mucho más reciente, por la transposición tardía de la Decisión Marco. En 2018 se crearon los primeros ECI, con Polonia en materia de fraude y contrabando²⁰, y con Francia en materia de delitos transnacionales graves²¹. Recientemente se creó un ECI entre España e Italia para investigar delitos de blanqueo de capitales, fraude fiscal y corrupción. Los resultados deben valorarse positivamente pues a comienzos de 2021 trece personas fueron detenidas en una operación conjunta y se incautaron diversas propiedades²².

En definitiva, ambos países, España e Italia han dado cumplimiento a la normativa europea de referencia en relación con la formación de ECI, aunque no lo han hecho de igual modo. España transpuso con rapidez la Decisión Marco, por la necesidad de combatir el terro-

²⁰ Vid.: <https://www.eurojust.europa.eu/first-joint-investigation-team-between-italy-and-poland>

²¹ Vid.: <https://www.eurojust.europa.eu/first-joint-investigation-team-between-france-and-italy>

²² Vid.: <https://www.eurojust.europa.eu/nearly-50-properties-seized-action-against-money-laundering-italy-and-spain>

rismo de ETA. Italia se ha tomado mucho más tiempo en la transposición. Las diferencias entre una y otra legislación son notables. En primer lugar, difieren en lo que respecta a la autoridad competente, que en Italia será únicamente el fiscal, mientras que en España existir diversas posibilidades, que incluyen tanto autoridades judiciales como políticas. En segundo lugar, difieren en el tipo de infracciones que puede investigar el ECI pues Italia ha elaborado una lista cerrada, cosa que no ha hecho España. En tercer lugar, hay una diferencia esencial en cuanto a la composición del ECI pues la legislación italiana no permite la participación de miembros de organismos europeos como Eurojust. Y, en cuarto lugar, hay discrepancias en cuanto al desarrollo de las tareas del ECI pues Italia no ha transpuesto el art. 1.7 de la Decisión Marco que permite a un miembro destinado pedir a su propio Estado la adopción de determinadas medidas en relación con la investigación, lo que deberá llevarse a cabo como si se tratara de una investigación nacional.

Las diferencias entre las legislaciones de ambos estados pueden llevar en la práctica a una merma en la eficacia del ECI, de ahí que sea necesario abordar algunas reformas. En primer lugar, se debería proceder a una verdadera armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la UE, para asegurar un mayor éxito de esta diligencia de investigación. En segundo lugar, se precisan normas nacionales que concreten aspectos que quedan en el aire en la normativa europea. Por ejemplo, sería deseable concretar (a) si la solicitud de creación de un ECI requiere del empleo de una comisión rogatoria o no; (b) si es necesario o no que existan ya investigaciones previas en ambos estados; (c) si se va a exigir o no el requisito de la doble incriminación; (d) las funciones del jefe del equipo y los derechos de los miembros destinados; (e) los criterios para la selección de la jurisdicción competente, para evitar posibles vulneraciones del principio *non bis in idem*. Igualmente sería deseable (f) una regulación sobre los ECI con Estados que no son miembros de la UE.

Este apartado no quedaría completo si no se hiciera mención a Estados Unidos, por las relaciones tanto con los estados europeos como con los estados latinoamericanos. El país es parte en las Convenciones de Palermo y Mérida. Por razones evidentes no es parte de los instrumentos regionales de América Latina y de la UE. Tam-

co es parte, pese al carácter abierto del instrumento, en el Segundo protocolo al Convenio europeo. Lo que sí ha hecho Estados Unidos es firmar un Acuerdo de Asistencia Judicial con la Unión Europea²³ (en adelante, Acuerdo UE-EE. UU.). Sin embargo, el Acuerdo UE-EE. UU., a diferencia de los instrumentos de la UE ya comentados en materia de equipos conjuntos de investigación (DM y CUE) no es muy prolijo en la materia. Prácticamente todo se deja a expensas del acuerdo al que lleguen las autoridades competentes para acordarlo (Platcha, 2005: 295). Únicamente se mencionan dos cuestiones concretas. En primer lugar, que las autoridades competentes se comunicarán directamente entre sí a efectos de la creación y funcionamiento del ECI, salvo que por la complejidad del caso se acordarán otros cauces de comunicación (art. 5.3). En segundo lugar, que cuando el ECI necesite que se tomen medidas de investigación en uno de los estados que configuran el equipo, un miembro nacional de dicho Estado podrá solicitar a sus autoridades competentes que tome estas medidas sin necesidad de recurrir a los cauces clásicos de la asistencia mutua (art. 5.4). Esta disposición sí va en la línea de los instrumentos europeos, y es verdaderamente relevante para el buen funcionamiento del ECI.

Además de la relación de Estados Unidos con la UE, el país también ha firmado acuerdos en materia de asistencia jurídica mutua con varios países de América Latina, en concreto, dentro de los que son países de referencia en este trabajo, con Argentina²⁴, Brasil²⁵ y México²⁶. Sin embargo, en ellos no se prevén disposiciones en relación con la creación de ECI, por lo que la base legal para su constitución solo podría hallarse en las exiguas disposiciones de las

²³ Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América. DOUE L 181, de 19 de julio de 2003.

²⁴ Ley núm. 24.034. Apruébase el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales con el gobierno de Estados Unidos de América. Sancionada el 27 de noviembre de 1991. Promulgada el 20 de diciembre de 1991

²⁵ Tratado de cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre Asistencia Jurídica Mutua. Ciudad de México, 9 de diciembre de 1987.

²⁶ Treaty Between the United States of America and Brazil. Brasilia, 4 de octubre de 1997.

Convenciones de Palermo y Mérida. La autoridad central en Estados Unidos en materia de asistencia jurídica mutua y, por tanto, la que debe autorizar la constitución de un ECI es la Oficina de Asuntos Internacionales de la División Penal del Departamento de Justicia (Naciones Unidas, 2012c: 14).

En la práctica, parece que no es sencillo constituir ECI entre países con tradición romanista y países del *common law*, especialmente, por los problemas que se derivan del uso de los elementos de prueba (Naciones Unidas, 2020: 8). Esta es la razón por la cual cuando hay un interés común en una investigación por un delito que tiene relación con Estados Unidos, lo habitual es hacer uso de investigaciones paralelas e intercambiar posteriormente la información a través de los clásicos mecanismos de asistencia mutua (Naciones Unidas, 2017: 274).

Al ser evaluado por Naciones Unidas sobre la implementación de la Convención de Mérida, el país señaló que los acuerdos bilaterales y multilaterales que ha celebrado en materia de asistencia mutua le permiten la creación de equipos conjuntos (Naciones Unidas, 2012c: 214). Tal es el caso del Acuerdo UE-EE. UU. Sin embargo, el propio país reconoció en esa evaluación que los “esfuerzos conjuntos de investigación se llevan a cabo caso por caso, a nivel de cooperación policial informal, e implican compartir información y cooperar en el desarrollo de estrategias de investigación efectivas” (Naciones Unidas, 2012c: 214). Aunque la comisión evaluadora se mostró satisfecha con esta respuesta (Naciones Unidas, 2012c: 214), se debe criticar aquí que el modo de actuar de Estados Unidos no parece encajar en el concepto de ECI que se maneja en la normativa internacional de referencia. Parece que su modo de actuar se refiere, simplemente, a investigaciones separadas en cada país o, como mucho, a investigaciones paralelas, para después recurrir al intercambio clásico de información a través de comisiones rogatorias. Siendo esto así, se pierden las ventajas ya mencionadas que ofrecen los ECI como la agilidad en los procedimientos, volviendo al sistema del buen samaritano ya mencionado. Sería deseable, por tanto, la existencia de una norma interna sobre creación y funcionamiento de los ECI, poniendo especial énfasis en la admisibilidad de la prueba, que permitiera a Estados Unidos la constitución de ECI con otros Estados.

6. REGULACIÓN EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

El interés en el ámbito latinoamericano por el uso de ECI en la lucha contra determinadas formas de criminalidad quedó claro en la XXVII Asamblea General de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (en adelante, AIAMP), celebrada el 8 de noviembre de 2019, en la que se concluyó lo siguiente:

Los Equipos Conjuntos de Investigación son una de las herramientas de cooperación internacional eficaz para la investigación coordinada de la criminalidad organizada. 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 (AIAMP, 2019: conclusión 13^a).

Pese al interés en la materia, la AIAMP también es consciente de las dificultades para la formación de ECI en la región. En todo caso, hay base legal para hacerlo. En concreto, los países de la AIAMP, y más en concreto, los países que son referencia en este trabajo (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú) pueden tomar como referencia las disposiciones en la materia contenidas en las Convenciones de Palermo y Mérida, de las que los cinco estados forman parte. Si bien, como se ha dicho, el contenido de estas dos convenciones no es muy exhaustivo. Pero con también se ha manifestado en este trabajo, existen otros documentos regionales que abordan los ECI.

En este apartado se ofrece un análisis sobre la regulación y el uso en la práctica de los equipos conjuntos de investigación en los cinco países de referencia de América Latina, y se ofrecen unas recomendaciones finales.

6.1. Argentina

Argentina es Estado parte en los siguientes tratados internacionales comentados en el epígrafe anterior: Convención de Palermo,

Convención de Mérida y Acuerdo MERCOSUR. Asimismo, ha firmado el Convenio COMJIB, aunque todavía no ha procedido a su ratificación. También ha firmado la Declaración de Brasilia sobre cooperación judicial internacional contra la corrupción.

En Argentina, la norma de referencia para la creación de ECI debería ser la Ley 24.767 de cooperación jurídica internacional en materia penal pues encajaría ahí por la temática. Sin embargo, esta norma no prevé la creación de ECI, sino que se limita a regular formas clásicas de cooperación jurídica internacional como la extradición, la asistencia judicial mutua y la entrega de condenados.

La ausencia de mención a los ECI en la referida Ley no ha impedido a Argentina, sin embargo, unirse en la práctica a equipos ya formados entre otros países. De hecho, las autoridades argentinas señalaron ante la Conferencia de los Estados parte en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que evalúa la implementación de este instrumento, que Argentina sí aplica el art. 49 de la Convención de Mérida sobre investigaciones conjuntas (Naciones Unidas, 2013a: 103), pese a no tener una legislación específica en la materia. Un ejemplo reciente tuvo lugar en 2018, año en el que las autoridades judiciales argentinas solicitaron su participación en un ECI creado entre España e Italia para la investigación de delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales vinculados a la criminalidad transnacional. La colaboración entre los tres estados dio sus frutos, y la organización criminal investigada fue desmantelada a finales de ese año, resultando detenidas 35 personas²⁷ (Eurojust, 2019: 135; Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2020: 13).

Además de unirse a ese ECI, autoridades del Ministerio Público de Argentina han mostrado su deseo de crear otros equipos para afrontar la criminalidad transfronteriza. En concreto, en la VIII Reunión de la Comisión Mixta en materia de drogas de Argentina y Chile (en adelante, COMIXTA), celebrada en abril de 2021, representantes de ambos Estados destacaron que los ECI son esenciales para la lucha

²⁷ Vid.: <https://www.fiscales.gob.ar/criminalidad-economica/el-mpf-demandando-la-extincion-de-dominio-de-bienes-y-dinero-de-una-organizacion-narcocriminal-que-operaba-en-peru-espana-italia-y-argentina/>

contra ese tipo de delincuencia, permitiendo una mayor eficiencia y celeridad frente a otras formas clásicas de asistencia jurídica internacional. Desde la COMIXTA se animó a Chile a adherirse al Acuerdo MERCOSUR, acuerdo que ya está vigente para Argentina pero del que todavía Chile no es parte²⁸.

Según la normativa internacional de referencia en la materia, los Estados deben nombrar una autoridad central encargada de realizar los trámites necesarios para la creación de un ECI. En el caso de Argentina es el Ministerio de relaciones exteriores y culto —Dirección de asistencia jurídica internacional (Naciones Unidas, 2013a: 9). Este organismo ha sido designado como la autoridad central en todos los Tratados sobre asistencia jurídica en materia penal (a excepción del Tratado con Estados Unidos, donde la Autoridad Central es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) de los que Argentina es parte y a los efectos de la cooperación jurídica y extradición en las Convenciones de Palermo y Mérida, en la Convención interamericana contra la corrupción y en la Convención de la OCDE. En opinión de las autoridades argentinas, esto posibilita tener un registro completo de las solicitudes recibidas y emitidas por Argentina. Además, dado el volumen creciente de esas solicitudes, el Ministerio de Relaciones Exteriores ha creado la Coordinación de cooperación internacional en materia penal, con competencia para cursar solicitudes de asistencia en esta materia, lo que ha favorecido la especificidad en el tratamiento de la información (Naciones Unidas, 2013a: 92).

Recientemente, la Dirección general de cooperación regional e internacional de Argentina ha publicado un documento donde se ofrecen pautas sobre la creación y el funcionamiento de los ECI tomando como referencia la normativa supranacional. Por ejemplo, ahí se pone de manifiesto que el jefe del equipo será un fiscal o un juez (Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2020: 5). Sin embargo, el documento no da mucha más información al respecto.

²⁸ Vid.: <https://www.fiscales.gob.ar/narcocriminalidad/instan-a-la-conformacion-de-equipos-conjuntos-de-investigacion-entre-argentina-y-chile-para-la-investigacion-de-la-narcocriminalidad-y-la-delincuencia-organizada-transnacional/>

6.2. *Brasil*

Brasil es Estado parte en los siguientes tratados internacionales comentados en el apartado anterior: Convención de Palermo, Convención de Mérida y Acuerdo MERCOSUR. No ha firmado ni ratificado el Convenio COMJIB. Sí ha firmado, sin embargo, la Declaración de Brasilia sobre cooperación judicial internacional contra la corrupción.

En Brasil, la única norma que actualmente aborda la creación de ECI es la Ley núm. 13.344, de 6 de octubre de 2016, si bien, es una norma centrada en una modalidad delictiva muy concreta que habitualmente reviste la nota de la transnacionalidad: la trata de personas. No hay, por tanto, una legislación general sobre los equipos conjuntos de investigación ni, mucho menos, una legislación específica sobre equipos conjuntos de investigación que se refiera a la corrupción o al crimen organizado. Además, la referida ley no concreta nada acerca de la constitución, composición o funcionamiento de los equipos. Simplemente se limita a decir, en su art. 5.III, que “[I]a represión de la trata de personas se realizará mediante: [...] III. La formación de equipos conjuntos de investigación”²⁹.

El hecho de no tener una legislación general sobre equipos conjuntos de investigación no ha impedido a Brasil, como ya se comentó respecto de Argentina, participar en investigaciones conjuntas con otros Estados tomando como base los instrumentos normativos en materia de crimen organizado y de corrupción de Naciones Unidas. De hecho, así lo pusieron de manifiesto las autoridades brasileñas ante la evaluación que realiza la Conferencia de Estados parte en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Naciones Unidas, 2015a: 15 y 160). En el examen sobre la implementación de la Convención por Brasil se indicó que el país ha participado en algunas investigaciones conjuntas como, por ejemplo, en la operación “Farol da Colina”, una operación sobre delitos de lavado de activos, en la que la fiscalía y la policía federal de Brasil trabajaron conjun-

²⁹ En materia de trata de personas, se firmó un acuerdo para la creación de un ECI entre Brasil y Paraguay en octubre de 2020, especialmente para investigar este delito en la zona fronteriza entre ambos países.

tamente con la fiscalía del distrito de Nueva York (Naciones Unidas, 2015a: 160).

Las autoridades competentes en Brasil para la constitución de ECI son el Ministerio Público Federal y el Ministerio de Justicia (en concreto, su departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional), en su calidad de autoridades centrales. Las instituciones encargadas de la ejecución son tanto el Ministerio Público Federal como la Policía Federal (Naciones Unidas, 2015a: 14).

6.3. Chile

Chile es Estado parte en las Convenciones de Palermo y Mérida. A la fecha de redacción de este trabajo no ha firmado ni ratificado el Acuerdo marco de MERCOSUR, así como tampoco lo ha hecho respecto del Convenio COMJIB. Sí ha firmado la declaración de Brasilia. Además, Chile es el único país del ámbito latinoamericano que ha ratificado el Segundo Protocolo al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal³⁰.

Ciertamente, Chile no cuenta con mucha experiencia en relación con la creación de ECI (Segovia Arancibia, 2018: 87). No posee una legislación nacional al respecto y no es parte de los dos instrumentos normativos en la materia que se han desarrollado en América Latina. Con todo, si deseara constituir un ECI, bien a iniciativa propia bien como respuesta a alguna solicitud de otro Estado, podría tomar como base legal las Convenciones de Naciones Unidas (Palermo y Mérida).

Además, Chile también puede usar como base legal el Segundo protocolo al Convenio europeo, pero este instrumento solo le permitiría trabajar conjuntamente con los países que han ratificado el mismo, entre los que no se encuentran, por ejemplo, ningún país de América Latina.

En el examen realizado a Chile sobre la implementación del art. 49 de la Convención de Mérida, los evaluadores concluyeron que

³⁰ Entró en vigor para Chile el 1 de septiembre de 2011.

“Chile no ha implementado esta disposición no obligatoria en lo que respecta a casos de corrupción [...]”, si bien esta evaluación tuvo lugar hacer más de una década (Naciones Unidas, 2011: 137). Las autoridades chilenas habían indicado lo siguiente en la fase de examen:

La Constitución Política atribuye en forma monopólica al Ministerio Público la función de investigar delitos y de ejercer la acción penal, por lo que, en principio, no podrían ser ejercidas por organismos de otros países. Sin embargo, sí existe una serie de instrumentos interinstitucionales entre órganos de persecución penal, que permiten, caso a caso, facilitar la investigación de hechos en que pudieren intervenir las jurisdicciones de varios Estados, y las autoridades chilenas confirmaron que se han practicado las investigaciones conjuntas en varios casos.

Pese a lo dicho, las autoridades chilenas sí señalaron en la evaluación que la policía del país desarrolla investigaciones conjuntas con policías extranjeras “en el marco del acuerdo de cooperación internacional de lucha contra el tráfico ilícito de drogas y crimen organizado, compartiendo diversas tipologías para retroalimentarse y ampliar el conocimiento en el marco de futuras investigaciones de lavado de activos” (Naciones Unidas, 2011: 135). Algunos casos en los que así se procedió fueron, por ejemplo, el caso “Suspiro Europeo”, sobre blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico, con colaboración de la DEA (EE. UU.), la policía nacional de Colombia y la policía nacional de Perú; y el caso “Samex”, también sobre blanqueo de capitales, en colaboración con la BKA de Alemania y la policía de Holanda.

Algo más reciente, de 2015, es la guía elaborada por el GAFILAT, sobre la legislación chilena en materia de cooperación jurídica en relación con el blanqueo de capitales, una modalidad delictiva muy relacionada con la corrupción (Chaikin & Sharman, 2009). En la guía se pregunta a Chile si “el sistema legal de su país permite cooperar en investigaciones con otros países”, por ejemplo, en relación con el empleo de técnicas de investigación especiales. La respuesta a esta pregunta debería hallarse en la Ley 19.913, de 12 de diciembre de 2003, que crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. Sin embargo, esta ley nada dice sobre investigaciones conjuntas, por lo que una investigación de este tipo se podría llevar “de acuerdo con la

normativa interna, siempre que en definitiva quien actúe dentro del territorio chileno sea la Policía o los Fiscales chilenos” (GAFILAT, 2015: pregunta núm. 10). Esta respuesta dada por Chile restringe al máximo, si no impide, la creación de equipos conjuntos de investigación en el sentido definido en la normativa internacional de referencia pues autoridades policiales o judiciales extranjeras tienen vedada allí una posible actuación. Es decir, no habría posibilidad de incluir en el ECI que opere en Chile lo que se ha denominado en la normativa supranacional “miembros destinados”.

Avanzando en el tiempo, y tomando como base las convenciones de Naciones Unidas, Chile ha firmado un ECI con Colombia y Ecuador en materia de tráfico de drogas y blanqueo de capitales (junio de 2019). El acuerdo fue firmado por los Ministerios Públicos (Fiscalías) de los tres estados, que son a la vez autoridades competentes (para las investigaciones penales) y autoridades centrales (Doldán Breuer, 2020: 98). De hecho, en Chile, desde el 1 de febrero de 2018, la autoridad central y la autoridad competente para las Convenciones internacionales aquí mencionadas en las que Chile es parte es el Ministerio Público a través de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional.

Más recientemente (agosto de 2020) Chile y Perú firmaban en una reunión telemática un acuerdo sobre el primer ECI entre ambos países, tomando como referencia las convenciones de Naciones Unidas³¹. Los Ministerios Públicos de ambos funcionan como autoridad competente y autoridad central. El propósito del acuerdo es la investigación de delitos de tráfico de drogas, trata de persona, tráfico ilícito de migrantes, delitos económicos y delitos de corrupción, entre otros. Un punto importante del acuerdo es que permitirá que la evidencia recabada pueda ser usada válidamente en los procesos penales que se desarrollen en ambos estados, lo cual es sin duda uno de los principales puntos de los equipos conjuntos de investigación.

³¹ Vid.: <https://www.peruoea.org/fiscal-de-la-nacion-firma-acuerdo-con-chile-para-crear-equipo-conjunto-de-investigacion/> y http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/noticias_det.do?noticiaId=18475

6.4. *México*

México es Estado parte en la Convención de Palermo y en la Convención de Mérida. No ha firmado ni ratificado el Acuerdo MERCOSUR. Tampoco ha firmado ni ratificado el Convenio COMJIB. Sí ha firmado la Declaración de Brasilia sobre cooperación judicial internacional contra la corrupción.

En el examen sobre la aplicación de la Convención de Mérida, publicado en 2015, los evaluadores alentaban a México a la firma de acuerdos sobre la creación de equipos conjuntos de investigación, bien caso por caso, bien utilizando la Convención como base jurídica, pues hasta el momento no había recurrido a esta técnica de investigación. (Naciones Unidas, 2015b: 272).

México forma parte de diversas redes de cooperación jurídica internacional que pueden facilitar la firma de acuerdos sobre la constitución de ECI. Entre esas redes están la Iniciativa Mundial de Puntos de Contacto para la Recuperación de Activos, establecida por StAR/Interpol, la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición de la Organización de los Estados Americanos, de la que forman parte todos los países de referencia y Colombia, y la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed), de la que forman parte todos los países que son objeto de estudio en este trabajo salvo Italia y EE. UU. Además, la policía mexicana coopera con INTERPOL, y la Unidad de Inteligencia Financiera de México es miembro del Grupo Egmont, una organización internacional que permite la cooperación e intercambio de información entre UIF para investigar y prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

La autoridad central para decidir llevar a cabo una investigación conjunta es la Procuraduría General de la República, a través de la Dirección General de Procedimientos Internacionales, y las atribuciones para la investigación y persecución de delitos le corresponde exclusivamente al Ministerio Público y a la policía (Naciones Unidas, 2015b: 13, 245).

6.5. Perú

Perú es Estado parte en la Convención de Palermo y en la Convención de Mérida. No ha procedido a la firma ni a la ratificación del Acuerdo MERCOSUR, ni del Convenio COMJIB. Sí ha firmado la Declaración de Brasilia sobre cooperación judicial internacional contra la corrupción.

En el primer examen sobre la aplicación de la Convención de Mérida, publicado en 2013, los evaluadores alentaban a Perú a la firma de acuerdos en relación con el art. 49 de la Convención, pues hasta el momento Perú no había celebrado ningún tipo de acuerdo al respecto, ni bilateral ni multilateral, que permitiera la creación de equipos conjuntos de investigación (Naciones Unidas, 2013b: 216). También se ponía de manifiesto en esa evaluación que Perú podía tomar como base legal las disposiciones de la Convención de Palermo (art. 19) o de la Convención de Mérida (art. 49) y llevar acuerdos caso por caso. Además, el país forma parte de diferentes redes de cooperación jurídica internacional que pueden facilitar la conclusión de acuerdos sobre la constitución de ECI. Entre esas redes se pueden citar la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición de la Organización de los Estados Americanos y la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Además, Perú coopera con Interpol en la persecución de determinados delitos y su UIF es miembro del Grupo Egmont (Naciones Unidas, 2013b: 10).

Desde el momento de esa evaluación hasta el presente, Perú ha dado importantes pasos para avanzar en esta materia. El Reglamento de la Ley núm. 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú (UIF - Perú) (Decreto Supremo N° 020-2017-JUS, de 9 de noviembre de 2018), otorga la facultad a la UIF-Perú de “realizar investigaciones conjuntas, como acciones de apoyo, con las entidades públicas nacionales y extranjeras análogas u homólogas competentes, estableciendo sus condiciones y alcances” (art. 11.1). En el caso concreto de investigaciones conjuntas con entidades extranjeras, pueden ser solicitadas tanto por dichas entidades extranjeras como por la UIF-Perú, y se someterán a los Convenios, Acuerdos, Memorando de Entendimiento sobre lavado de activos y financiación del terro-

rismo, al principio de reciprocidad y a la dispuesto en la Ley núm. 27693 y su Reglamento (art. 11.2). El problema que puede apreciarse en relación con esta regulación, es que se limita a investigaciones que tengan relación con blanqueo de capitales y sus delitos previos, así como con terrorismo, pues ese es el ámbito de aplicación de la Ley núm. 27693. En todo caso, la corrupción, en general, y la corrupción asociada al crimen organización transnacional, en particular, pueden ser perfectamente delitos previos al blanqueo, por lo que se podría emplear esta norma como base para la configuración de un ECI.

Hasta el momento, la experiencia de Perú con los ECI ha sido escasa, aunque, como se ha mencionado anteriormente, en 2020 firmó su primer acuerdo, con Chile, para llevar a cabo investigaciones conjuntas en relación con determinados delitos.

6.6. Análisis comparado

De lo analizado en este apartado se observa que los países de referencia en América Latina sí han ratificado las Convenciones de Mérida y Palermo, pero no han hecho lo propio con los instrumentos regionales en materia de equipos conjuntos de investigación (Acuerdo MERCOSUR y Convenio COMJIB), por lo que debe instarse a los estados a que procedan a unirse a estos instrumentos que son más avanzados en la materia que las convenciones de Naciones Unidas. Los países de referencia en América Latina podrían, incluso, ratificar el Segundo protocolo al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, como ha hecho Chile, para tener así una base legal en la que apoyarse para la creación de equipos conjuntos de investigación con Estados europeos.

También se observa de lo analizado en este apartado que los países latinoamericanos de referencia carecen de una base legal nacional en la que apoyarse para la constitución de equipos conjuntos de investigación. Quizá sea esa la razón por la cual hasta la fecha las experiencias han sido más bien escasas, algo que sorprende si se considera que cuentan, al menos desde hace dos décadas, con una

normativa internacional en la que apoyarse³². Por eso, urge que los estados procedan a la adopción de normas nacionales que permitan y faciliten la creación de equipos conjuntos de investigación. En ellas se deben abordar de manera precisa cuestiones esenciales para el funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación, como su composición, las facultades del jefe las facultades de los miembros destinados, las cuestiones sobre admisibilidad de las pruebas, etc. La existencia de normas nacionales podría, sin duda, agilizar la creación de equipos conjuntos de investigación en el futuro, lo que redundará en unos mejores resultados, tanto en lo relativo a la detención de los responsables de hechos de corrupción (y de otros delitos), como en lo relativo a la incautación de las ganancias derivadas del delito.

7. EL SISTEMA COLOMBIANO

7.1. Desarrollo normativo

Colombia es Estado parte en las Convenciones de Palermo y Mérida, que le proporcionan una base legal para la adopción de acuerdos en materia de investigaciones conjuntas. No ha firmado ni ratificado el Acuerdo MERCOSUR y el Convenio COMJIB. El país ha firmado acuerdos en materia de asistencia jurídica mutua con todos los países que son objeto de estudio en este trabajo, excepto con Estados Unidos³³, como

³² El origen incluso sería anterior si tiene en cuenta que los países objeto de análisis también son parte en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, que no se ha estudiado aquí por los delitos que son objeto de este trabajo, cuyo art. 9 habla de la creación de equipos conjuntos de investigación.

³³ Con Estados Unidos ha firmado acuerdos en materias más concretas como, por ejemplo, la extradición (Tratado de extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, de 14 de septiembre de 1979) y la entrega de personas a la Corte Penal Internacional (Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la entrega de personas de los Estados Unidos de América a la Corte Penal Internacional, de 17 de septiembre de 2003).

se puede ver en detalle en el Anexo 1³⁴. De los acuerdos con los siete países, solo en los celebrados con España e Italia se prevé la constitución de equipos conjuntos de investigación.

Además, de los referidos acuerdos, Colombia cuenta con una base legal nacional en la que apoyarse para la creación de ECI, si bien, muy limitada. En primer lugar, el Código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004) establece en su art. 487 que, en el caso de delitos transnacionales, la Fiscalía General de la Nación:

[...] podrá hacer parte de una comisión internacional e interinstitucional destinada a colaborar en la indagación e investigación. El Fiscal General de la Nación podrá celebrar con sus homólogos de otras naciones actos dirigidos a fortalecer la cooperación judicial, así como intercambiar tecnología, experiencia, capacitación o cualquier actividad que tenga propósitos similares.

En el examen sobre la implementación de la Convención de Mérida, los evaluadores entendieron que Colombia cumplía con el art. 49 de la Convención gracias a este precepto mencionado (Naciones Unidas, 2014: 248). En segundo lugar, Colombia aprobó en 2018 una ley que habilita para la creación de equipos conjuntos de investigación. Se trata de la Ley 1908 de 9 de julio de 2018, por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. La norma tiene un ámbito de aplicación muy concreto, pues solo se refiere a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados. En el caso que nos ocupa en este trabajo, la corrupción asociada al COT, sí sería, por lo tanto, aplicable. El art. 29 de la ley, dedicado a la cooperación internacional entre agencias y organismos de investigación, señala que:

[...] cuando un caso particular así lo amerite, podrán llevarse a cabo investigaciones u operaciones conjuntas con un propósito específico y un plazo limitado; adoptarse medidas como la adscripción o intercambio de personal, y compartirse la información sobre actividades delictivas.

³⁴ También ha firmado este tipo de acuerdos con otros países que no son objeto de estudio en este trabajo: China, Cuba, Ecuador, El Salvador, Francia, Panamá, Paraguay, Reino Unido, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

tivas, naturaleza, y medios empleados por la organización delictiva, la identificación de los sospechosos y los bienes involucrados.

Aunque esta norma habilite para la creación de equipos conjuntos de investigación en el ámbito de la delincuencia organizada, no detalla nada sobre su funcionamiento, generando así una incertidumbre que solo podrá ser superada en el acuerdo de constitución del equipo. Se deja todo a expensas de la voluntad de los dos o más estados implicados que quieran constituir el ECI.

Las autoridades colombianas, en la evaluación sobre el grado de implementación de la Convención de Mérida, simplemente puntualizaron, en relación con los ECI, que sí se permite y, de hecho, se usa con frecuencia, que funcionarios extranjeros actúen bajo la dirección del fiscal asignado al caso durante la práctica de diligencias. Incluso puede autorizarse, por parte del Fiscal General de la Nación, que el funcionario adelante alguna diligencia, siempre que estén presentes las autoridades nacionales pertinentes (Naciones Unidas, 2014: 213).

Los tratados que Colombia ha firmado con España e Italia son muy relevantes en este punto. En el caso de España, realmente hay que acudir al Protocolo adicional el año 2005, pues el Acuerdo primigenio no menciona los ECI. Tanto el Protocolo con España como el Acuerdo con Italia se adecúan a la regulación sobre ECI existente en el ámbito europeo (Rodríguez-Medel Nieto, 2015: 106), que como ya se ha mencionado, es la más desarrollada. El Protocolo con España tiene, sin embargo, una limitación *ratione materiae*, y es que no se aplica a la investigación por cualquier hecho delictivo sino solo al terrorismo, tráfico de drogas, blanqueo de capitales, delitos cometidos por una organización delictiva y delitos conexos. Sí es aplicable, por lo tanto, a los delitos objeto de este estudio (corrupción asociada al COT). Por lo demás, ambos textos se asemejan mucho a los textos europeos ya comentados en relación con (a) los motivos que pueden justificar la creación de un ECI (investigaciones complejas que afecten a ambas partes o investigaciones que requieran una actuación coordinada y concertada); (b) la aplicación de la *lex loci*; (c) las funciones del jefe del equipo; (d) las funciones de los miembros destinados; y (e) el uso de la información recabada, etc.

7.2. Fortalezas y debilidades del sistema colombiano

De lo expuesto hasta aquí se puede colegir que Colombia se encuentra, sin duda, en un estadio superior al del resto de países latinoamericanos de referencia en materia de equipos conjuntos de investigación. Aunque no existe una norma nacional concreta que regule su creación y funcionamiento, más allá de las escasas menciones en el Código de procedimiento penal y en la Ley 1908 de 9 de julio de 2018, Colombia sí se ha preocupado por firmar algunos acuerdos internacionales en la materia que contienen disposiciones detalladas al respecto. Estos dos acuerdos, el firmado con España e Italia, se adecúan a la normativa europea, que es muy avanzada en esta materia, como ya se ha comentado a lo largo de este capítulo. No obstante, sería deseable que Colombia adoptara una ley interna en materia de equipos conjuntos de investigación que sirviera de base para la constitución de equipos con otros Estados, pues como se ha visto, con los estados latinoamericanos, aunque tiene acuerdos en materia de asistencia jurídica mutua, no hay disposiciones en ellos sobre los ECI, debiendo acudir, si se diera el caso, a las vagas disposiciones de las Convenciones de Palermo y Mérida³⁵. La ausencia de una norma detallada hace muy difícil solucionar los problemas ya comentados asociados a la creación de un ECI, como la admisibilidad de las pruebas o los derechos de los miembros destinados. Todo queda a expensas de lo que se pacte entre las autoridades centrales en el momento de autorizar la creación del equipo.

Finalmente debe señalarse que, tanto en Colombia como en el resto de países estudiados del ámbito latinoamericano y no latinoamericano no existen disposiciones legales en relación con los ECI que estén específicamente dirigidas a responder a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. En realidad, y como se ha visto, ni siquiera existe en la mayoría de Estados estudiados, salvo en

³⁵ En 2019, Colombia constituyó un ECI con Chile y Ecuador para desmantelar una red internacional de tráfico de drogas. Vid.: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/en/2020/11/04/the-office-of-the-attorney-general-participated-in-the-meeting-of-the-mixed-commission-against-drugs-between-chile-and-colombia/>

España y en Italia, una normativa que regule la creación y funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

8.1. Conclusiones

En este trabajo se han puesto de manifiesto las ventajas de la utilización de los ECI para el combate de la delincuencia transfronteriza. Sin ánimo de reiterar lo ya apuntado, conviene recordar que con los ECI se desarrolla un sistema más ágil para el intercambio de información y de evidencias que con los mecanismos clásicos de asistencia jurídica mutua, como las comisiones rogatorias, lo que redundará en investigaciones más exitosas. Además, con los ECI se evitan las investigaciones paralelas en Estados diferentes, eliminándose duplicidades que podrían derivar incluso en la vulneración del principio de *non bis in idem* cuando desde diferentes jurisdicciones se pretenden enjuiciar unos mismos hechos. El ECI permite, además, utilizar de manera prácticamente automática en el proceso penal de un Estado elementos probatorios recabados en otro Estado, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el acuerdo de constitución del ECI.

A la vista de lo expuesto, se puede afirmar, por lo tanto, que hay que dar una contestación afirmativa a la pregunta de investigación con la que se abre este capítulo: ¿los equipos conjuntos de investigación pueden dar una respuesta idónea al fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional? En efecto, los ECI suponen un avance en la persecución de los delitos transfronterizos, como lo es, en este caso, la corrupción. La pregunta de investigación no se cerraba, sin embargo, ahí, sino que hacía referencia a la idoneidad de esta herramienta para luchar contra la corrupción asociada al COT en Colombia, en particular, y en América Latina, en general. La experiencia hasta el momento es escasa en la región, aunque se conocen ECI que han funcionado exitosamente, confirmando la importancia de los mismos en la lucha contra estas formas de criminalidad en la región. En todo caso, lo que sí se aprecia en los

países de América Latina analizados es que no existe una legislación nacional específica relativa a los equipos conjuntos de investigación, lo que dificulta o ralentiza la creación de equipos conjuntos entre los Estados, pues las normas de referencia son todas supranacionales y de esto se deriva el siguiente problema. Los países analizados no han ratificado el Acuerdo MERCOSUR ni el Convenio COMJIB en la materia, los cuales contienen un articulado detallado al respecto, como los instrumentos europeos. Los países de referencia sí han ratificado las Convenciones de Palermo y Mérida, que contienen referencias a las investigaciones conjuntas, pero excesivamente vagas, por lo que todo queda a expensas de lo que negocien los estados y plasmen en el acuerdo de creación del ECI.

8.2. *Recomendaciones para América Latina*

Teniendo en cuenta lo afirmado en las líneas precedentes, la estrategia para América Latina que se propone en este trabajo se resume en la necesidad de implementar esta figura en los países de la zona para un combate más eficaz de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Para la implementación de esta figura se sugiere partir de la normativa desarrollada en el ámbito europeo, en donde se han cosechado notables éxitos en determinados ámbitos delictivos, como el terrorismo o el tráfico de drogas. No obstante, el traslado de la normativa europea al ámbito latinoamericano no es tarea fácil pues la UE cuenta desde hace décadas con una sólida base legal en el ámbito de la cooperación judicial penal y de la cooperación policial dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, y aun así se presentan problemas en la práctica en el funcionamiento de los ECI, como se ha explicado *supra*. En todo caso, entendemos que son más las ventajas que presentan los ECI que los inconvenientes, por eso se ofrecen las siguientes recomendaciones para América Latina y para Colombia.

El punto de partida en América Latina pasa por impulsar el consenso político que permita adoptar medidas concretas de cooperación judicial internacional como son los ECI. Es decir, el primer paso debe ser político pues corresponde a los gobiernos ratificar los tratados internacionales en la materia e impulsar la adopción de leyes

en esta materia. Con respecto al primer punto, los Estados deben ratificar el Convenio COMJIB y el Acuerdo Mercosur, incluso el Segundo Protocolo al Convenio del Consejo de Europa, para facilitar la colaboración con países más allá de la región latinoamericana. Con respecto al segundo punto, es indispensable la adopción de una normativa nacional que facilite la creación de ECI y que regule los aspectos más problemáticos de su funcionamiento. Recuérdesse que ninguno de los países de América Latina analizados cuenta con una base legal al respecto, aunque algunos de ellos han ido dando impulso a los ECI incorporando alguna mención dentro de otras normas nacionales (p. ej., Brasil o Colombia). Una norma nacional en la materia hará que el establecimiento de un ECI sea más rápido, lo que aumentará las posibilidades de éxito de la investigación, tanto en relación con las personas responsables como con los activos derivados del delito que deban ser objeto de un embargo para un eventual decomiso (OCDE 2017: 55)

En relación con la normativa nacional, es importante detenerse pues se corre el riesgo de adoptar una legislación meramente simbólica que en la práctica sea ineficaz en la persecución del COT. Como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo, en la práctica son varios los problemas que pueden aparecer en la práctica a la hora de constituir un ECI. Por esa razón, la normativa nacional debe ser muy precisa en los siguientes puntos:

1. La autoridad central encargada de autorizar la creación de ECI. En este trabajo se propone que la autoridad no sea de carácter político para que no entren en juego otros intereses que puedan ir más allá de los puramente judiciales;
2. El objeto de la investigación. Se aboga aquí por posibilitar la creación de equipos conjuntos no solo para hechos concretos sino, en general, para la investigación de tipologías delictivas y de estructuras criminales, lo que puede ser más eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada;
3. Los criterios para seleccionar la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de los hechos investigados por el ECI. Se pretende así evitar duplicidades innecesarias y posibles proble-

mas relacionados con la vulneración del principio de *non bis in idem*;

4. Los criterios para recabar elementos de prueba de manera que puedan ser usados en procedimientos penales en los otros estados que forman parte del ECI. Aquí se debe prestar especial atención a las diligencias de investigación que puedan afectar a derechos fundamentales de la persona investigada para evitar la inadmisibilidad de las pruebas al no haberse respetado los estándares de la legislación del estado en cuestión;
5. Las funciones del jefe el equipo. Se apuesta aquí por restringir su facultad para limitar la presencia en las diligencias de investigación de los miembros extranjeros destinados al equipo pues lo contrario podría suponer en la práctica que las diligencias probatorias no sean admitidas en el otro Estado;
6. Las funciones de los miembros destinados al equipo. Se debe permitir que los miembros del equipo puedan solicitar a las autoridades de su país la realización de diligencias para el ECI sin necesidad de recurrir a los clásicos mecanismos de asistencia judicial mutua. Asimismo, se debe posibilitar que un miembro destinado al equipo pueda traer al mismo elementos de prueba que se hallen en poder de las autoridades policiales o judiciales de su país sin necesidad de recurrir a los rígidos mecanismos de las asistencia judicial recíproca; y
7. La participación de representantas de organismos policiales o judiciales internacionales. En este sentido, en los ECI del ámbito latinoamericano debe permitirse la participación de policía procedente de Ameripol o Interpol, pues sin duda su experiencia puede contribuir a una investigación más eficaz en casos de criminalidad transfronteriza.

Finalmente, la estrategia no estaría completa si no se crea una red de expertos en equipos conjuntos de investigación, similar a la que existe en el ámbito europeo que pueda ofrecer asesoramiento y apoyo técnico a los estados para la constitución de los equipos. La red serviría también para el intercambio de experiencias entre los operadores jurídicos de los diferentes estados y así avanzar en la lucha contra la criminalidad transfronteriza. Igualmente, la red debe-

ría examinar vías de financiación de los equipos, o incluso, apoyarlos económicamente, tal como hace Eurojust en el ámbito europeo. Esta red de expertos podría constituirse dentro de o al amparo de IberRed.

8.3. Recomendaciones para Colombia

En relación con la estrategia para Colombia, debe destacarse que, de los países del área latinoamericana, es el más avanzado en esta materia, como lo ponen de manifiesto las referencias a los ECI que se realizan en algunas de sus normas internas, y la firma de los tratados con España e Italia en esta materia. En todo caso, desde aquí se recomienda al país lo siguiente:

1. La ratificación del Convenio COMJIB, mucho más detallado que las Convenciones de Palermo y Mérida en la materia, lo que serviría de base legal a la hora de constituir equipos conjuntos de investigación con otros estados de la región, así como con España y Portugal, que también son parte de esta organización;

2. La ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, para contar así con una base normativa en la que apoyarse para crear ECI con otros países europeos que puedan estar interesados en la realización de investigaciones conjuntas; y

3. La adopción de una ley nacional específica en la materia que facilite y agilice la creación de los equipos. La norma debe precisar las cuestiones a las que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Alonso, N. (2012). “Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 41. Pp. 119-157.

- Alves, J. (2011). “Cooperación judicial entre Portugal y España. Los equipos conjuntos de investigación”. En Arangüena, C. (ed.). *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*. Granada: Comares. Pp. 205-223.
- Ballesteros, J. (2021). España. En Olasolo, H., Buitrago, E., Mané, C. & Sánchez, A. (eds.). *Respuesta nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 299-239. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=793074>.
- Blasi, C. (2018). “El papel de Europol en la lucha contra el tráfico de migrantes y la trata de seres humanos”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 59. Pp. 333-357.
- Block, L. (2011). “EU joint investigation teams: Political ambitions and polite practices”. En Hufnagel, S., Harfield, C. & Bronitt, S. *Cross-Border Law Enforcement Regional Law Enforcement Cooperation – European, Australian and Asia-Pacific Perspectives*. Routledge. Pp. 87-108.
- Castresana, C. (2021). Prólogo. En Olasolo, H., Buitrago, E.; Mané, C. & Sánchez, A. (eds.). *Respuesta nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 35-39. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=793074>.
- Chaikin, D. & Sharman, J. (2009). *Corruption and Money Laundering. A Symbiotic Relationship*. New York: Palgrave Macmillan.
- Doldán B. & Manuel, N. (2020). “Equipos conjuntos de investigación - ECI en el MERCOSUR”. *Revista jurídica. Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*. 2 (10). Pp. 79-102.
<https://ojs.ministeriopublico.gov.py/index.php/rjmp/article/view/178>
- Fronza e Insolera (2021). “El caso Odebrecht”. En Olasolo, H., Buitrago, E.; Mané, C. & Sánchez, A. (eds.). *Respuesta nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 43-75.
- Hernández, N. (2021). “Chile”. En Olasolo, H., Buitrago, E.; Mané, C. & Sánchez, A. (eds.). *Respuesta nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 195-236. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=793074>
- Hernández Jiménez, N. & Anzola Rodríguez, S. (2021). “El caso Duarte”. En Olasolo, H., Buitrago, E.; Mané, C. & Sánchez, A. (eds.). *Respuesta nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 107-130. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=793074>
- Hernández, A. (2019). “Reflexiones en torno a la exclusión de los equipos conjuntos de investigación en la Directiva 2014/41/UE”. En González, I.

- (ed.). *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 209-223. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=793074>
- López, S. (2021). “México”. En Olasolo, H., Buitrago, E.; Mané, C. & Sánchez, A. (eds.). *Respuesta nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 341-382. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=793074>
- López, R. (2021). “El régimen jurídico aplicable a los equipos conjuntos de investigación”. En Moreno, V. y Romero, M. I. (eds.). *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.ª Mª Isabel González Cano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 677-686.
- Pérez, J. (2007). “Actuación policial concertada más allá de las fronteras: los equipos conjuntos de investigación en la UE”. *Revista de Estudios Europeos*. 45. Pp. 65-79.
- Pérez, J. (2021). “La obtención de la prueba transfronteriza a través de los equipos conjuntos de investigación en la UE”. *Revista de Derecho UNED*. 27. Pp-867-989. DOI <https://doi.org/10.5944/rduned.27.2021.31108>
- Pieth, M. & Leuier, J. (2007). *Strengthening International Coordination and Cooperation*. Expert Meeting of the OECD Anti-Bribery Convention: The Road Ahead.
- Ramazzini, F. & Duarte, T. (2021). “Brasil”. En Olasolo, H., Buitrago, E.; Mané, C. & Sánchez, A. (eds.). *Respuesta nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 175-193.
- Ramírez-Montes, S. & Peñafort, J. (2021). “El caso del cártel de la toga”. En Olasolo, H., Buitrago, E.; Mané, C. & Sánchez, A. (eds.). *Respuesta nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 77-105. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=793074>
- Rebecchi, M. (2016). “Joint investigation teams: a reachable solution to catch unreachable criminals”. *Queen Mary Law Journal*. 8. Pp. 95-108.
- Rodríguez-Medel, C. (2015). *Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid.
- Rodríguez, F. (2021). “La cooperación como forma de garantizar una respuesta integral a la trata de seres humanos”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. 279. Pp. 333-363.
- Sacerdoti, G. (2000). “¿Sobornar o no sobornar?”. En OCDE (ed.). *Las reglas del juego cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción*. México D.F.: OCDE. Pp. 35-61.

- Segovia, A. (2018). “Los equipos conjuntos de investigación como herramienta de cooperación internacional”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (Chile). 72. Pp. 69-93.
- Spapens, T. (2011). “Joint Investigation Teams in the European Union: Article 13 JITS and the Alternatives”. *European Journal of Crime. Criminal Law and Criminal Justice*. 19. Pp. 239-260.
- Szijártó, I. (2020). “Behind de Efficiency of Joint Investigation Teams”. *Pécs Journal of International and European Law*. I. Pp. 75-84.
- Zaharieva, R. (2017). “The European Investigation Order and the Joint Investigation Team - which road to take A practitioner’s perspective”. *ERA Forum*. 18. Pp. 397-408.

Informes, resoluciones y otros documentos

- AIAMP (Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos). (2019). *Conclusiones de la XXVII Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos*. Asunción.
- Consejo de la Unión Europea. (2017). *Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación*. Bruselas.
<https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/jit-guide-2017-es.pdf>
- Consejo de la Unión Europea. (2011). *Manual de los equipos conjuntos de investigación*. Bruselas.
<https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/st15790-re01.es11.pdf>
- Eurojust. (2021). *Joint Investigation Teams Practical Guide*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
<https://www.eurojust.europa.eu/publication/jits-practical-guide>
- Eurojust. (2019). *Memoria de actividades del miembro nacional de España en Eurojust*.
https://www.mjjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/ParticipacionMinisterioJusticia/Documents/1292430368249-Memoria_de_actividades_del_Miembro_Nacional_de_Espana_en_Eurojust_2019.PDF
- Fiscalía General del Estado, España. (2014). *Informe del Consejo Fiscal en relación con la problemática relativa a los equipos conjuntos de investigación*, Madrid. <https://www.fiscal.es/documents/20142/102607/Informe+del+Consejo+Fiscal+sobre+Equipos+Conjuntos+de+Investigaci%C3%B3n.pdf/99f801c7-f19f-a4cc-e41e-a2c6f2ecfea2?version=1.1&t=1531293127116>

- GAFILAT. (2015). *Guía de contactos y procedimiento para la cooperación jurídica en materia de lavado de activos en los países de GAFILAT. Chile.*
- Ministerio Público Fiscal de la Nación. (2020). *Equipos conjuntos de investigación. Herramientas de la cooperación internacional para investigar y perseguir el crimen organizado transnacional.* Dirección General de Cooperación Regional e Internacional. Argentina. <https://www.mpf.gob.ar/procuniar/files/2020/03/Equipos-conjuntos-de-investigaci%C3%B3n-ECI-Estrategias-de-trabajo-articulado-para-investigar-y-perseguir-al-crimen-organizado.pdf>
- Naciones Unidas. (2004). *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos.* Nueva York. https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_S.pdf
- Naciones Unidas. (2011). *Informe sobre el examen de Chile. Examen por El Salvador y Ucrania sobre la aplicación por parte de Chile del Capítulo III. "Penalización y aplicación de la ley" y del Capítulo IV. "Cooperación Internacional" de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Ciclo de examen 2010 - 2015.* Nueva York. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/country-profile/countryprofile.html#?CountryProfileDetails=%2Funodc%2Fcorruption%2Fcountry-profile%2Fprofiles%2Fchl.html>
- Naciones Unidas. (2012a). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.* Segunda edición revisada. Nueva York. https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_legislativa.pdf
- Naciones Unidas. (2012b). *Compendio de casos de delincuencia organizada. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas.* Nueva York. https://www.unodc.org/documents/organized-crime/SpanishDigest_Final291012.pdf
- Naciones Unidas. (2012c). *Review Report of the United States of America Review by Sweden and the Former Yugoslav Republic of Macedonia of the implementation by the United States of America of Articles 15-42 of Chapter III. "Criminalization and law enforcement" and Articles 44-50 of Chapter IV. "International cooperation" of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2010-2015.* Nueva York. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/country-profile/countryprofile.html#?CountryProfileDetails=%2Funodc%2Fcorruption%2Fcountry-profile%2Fprofiles%2Fusa.html>
- Naciones Unidas. (2013a). *Informe sobre el examen de Argentina. Examen por Panamá y Singapur sobre la aplicación por parte de Argentina de los artículos 15-42 del Capítulo III. "Penalización y aplicación de la ley" y artículos 44 -50*

- del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015. Nueva York. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/country-profile/countryprofile.html#?CountryProfileDetails=%2Funodc%2Fcorruption%2Fcountry-profile%2Fprofiles%2Farg.html>
- Naciones Unidas. (2013b). *Informe sobre el examen del Perú. Examen por el Estado Plurinacional de Bolivia y Ecuador sobre la aplicación por parte del Perú de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015.* Nueva York. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/country-profile/countryprofile.html#?CountryProfileDetails=%2Funodc%2Fcorruption%2Fcountry-profile%2Fprofiles%2Fper.html> (último acceso el 19.12.2022).
- Naciones Unidas (2014). *Informe sobre el examen de Colombia Examen por Honduras y Eslovenia sobre la aplicación por parte de Colombia de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015.* Nueva York. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/country-profile/countryprofile.html#?CountryProfileDetails=%2Funodc%2Fcorruption%2Fcountry-profile%2Fprofiles%2Fcol.html>
- Naciones Unidas. (2015a). *Country Review Report on Brazil. Review by Haiti and Mexico of the implementation by Brazil of articles 15-42 of Chapter III. “Criminalization and law enforcement” and articles 44-50 of Chapter IV. “International cooperation” of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2010-2015.* Nueva York. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/country-profile/countryprofile.html#?CountryProfileDetails=%2Funodc%2Fcorruption%2Fcountry-profile%2Fprofiles%2Fbra.html>
- Naciones Unidas. (2015b). *Informe sobre el examen de México Examen por Azerbaiyán y Perú sobre la aplicación por parte de México de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015.* Nueva York. <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/country-profile/countryprofile.html#?CountryProfileDetails=%2Funodc%2Fcorruption%2Fcountry-profile%2Fprofiles%2Fmex.html>
- Naciones Unidas. (2017). *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional.* Segunda edición. Viena. <https://www.unodc.org/>

- documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Estado_de_la_aplicacion.pdf
- Naciones Unidas. (2020). *La utilización y la función de los órganos mixtos de investigación en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional*. Conferencia de las Partes en las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. CTOC/COP/WG.3/2020/2. https://www.unodc.org/documents/treaties/International_Cooperation_2021/CTOC-COP-WG3-2020-2/CTOC_COP_WG.3_2020_2_S.pdf
- OCDE. (2012). *Typology on Mutual Legal Assistance in Foreign Bribery Cases*. <https://www.oecd.org/corruption/international-co-operation-in-combating-foreign-bribery.htm>.
- OCDE. (2017). *International co-operation in corruption cases*. <https://www.oecd.org/corruption/international-co-operation-in-combating-foreign-bribery.htm>

ANEXO 1

Acuerdos firmados por Colombia en materia de asistencia judicial mutua con los países de referencia

Nombre del acuerdo	Fecha de adopción	Autoridad central
Tratado entre la República de Colombia y la República de Italia sobre asistencia legal recíproca	16-12-2016	Ministerio de Justicia y del Derecho / Fiscalía General de la Nación
Acuerdo de cooperación en materia de asistencia jurídica entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicano.	07-12-1998	Ministerio de Justicia y del Derecho / Fiscalía General de la Nación
Acuerdo de cooperación judicial y asistencia mutua en materia penal entre la Republica de Colombia y la República Federativa del Brasil	07-11-1997	Ministerio de Justicia y del Derecho / Ministerio de Defensa Nacional / Fiscalía General de la Nación
Convenio de cooperación judicial en materia penal entre la Republica de Colombia y el Reino de España (Protocolo adicional de 12 de julio de 2005)	29-05-1997	Ministerio de Justicia y del Derecho / Fiscalía general de la nación

Nombre del acuerdo	Fecha de adopción	Autoridad central
Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre la Republica de Colombia y la Republica de Argentina	03-04-1997	Ministerio de Justicia y del Derecho / Ministerio de Defensa Nacional / Ministerio de Relaciones Exteriores / Fiscalía General de la Nación
Convenio entre la Republica de Colombia y la República del Perú sobre asistencia judicial en materia penal	12-07-1994	Ministerio de Justicia y del Derecho / Fiscalía General de la Nación
Memorándum de Entendimiento sobre cooperación judicial mutua entre el Gobierno de la Republica de Colombia y el Gobierno de la República de Chile	10-06-1994	Ministerio de Justicia y del Derecho / Fiscalía General de la Nación

Capítulo 8

Investigaciones encubiertas

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ*

1. INTRODUCCIÓN

La investigación de hechos de corrupción es una labor muy compleja, y cuando se vinculan al crimen organizado se torna aún más complicada su persecución pues a las dificultades tradicionales para investigar la corrupción se unen las dificultades propias de la investigación de la criminalidad organizada, como son la complejidad a nivel organizativo, el uso de las tecnologías más avanzadas para la comisión y la ocultación de los delitos, la sofisticación y profesionalización de los miembros de la organización, la influencia en las autoridades y en operadores económicos a través, p. ej., del soborno, y —especial-

* Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) con premio extraordinario. Máster en intervención criminológica y victimológica por la Universidad Miguel Hernández (España). Actualmente es profesora contratada doctora en la Universidad de Deusto, y está acreditada en la figura de profesora titular por la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación - España). Sus investigaciones se centran en las siguientes temáticas: el delito de corrupción transnacional, el delito de trata de personas, el diseño de la política criminal basada en la evidencia y el Derecho Penal de la aporofobia, temas sobre los que posee diversas publicaciones. Tiene reconocidos dos sexenios de investigación por la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora - España). Ha sido investigadora principal de un proyecto financiado por el gobierno de España, y ha participado en proyectos competitivos de la Comisión Europea, del gobierno de España, de gobiernos autonómicos y de gobiernos extranjeros. También ha sido investigadora principal de un proyecto financiado por la fundación Aristos Campus Mundus. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Colonia (Alemania) y en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Parma (Italia). ORCID: 0000-0002-8836-5930.

mente para el caso que nos ocupa— la internacionalización de las actividades de la organización (Expósito, 2015: 253; García, 2009: 2; Rico, 2018: 8; Rifá, 2011: 6).

En un intento por mejorar la investigación de los delitos vinculados a la criminalidad organizada transnacional que han alcanzado tanta complejidad en los últimos años, diversos instrumentos normativos internacionales y también los ordenamientos nacionales han regulado técnicas especiales de investigación que pueden ayudar a lograr ese objetivo. Las entregas vigiladas —especialmente en el ámbito del tráfico de drogas—, la vigilancia electrónica de los sospechosos y las investigaciones encubiertas son técnicas especiales desarrolladas precisamente con ese fin de facilitar la obtención de elementos probatorios en el marco de investigaciones sobre delitos complejos, especialmente, los vinculados a la delincuencia organizada; elementos probatorios que puedan incorporarse al proceso penal y llegar a enervar la presunción de inocencia de los acusados.

Este capítulo se centra en el análisis de una de esas técnicas, las investigaciones u operaciones encubiertas, técnica conocida también como agente encubierto o agente infiltrado. Aunque la terminología pueda variar en los instrumentos internacionales y en las legislaciones internas, se está haciendo referencia a una misma cosa, por lo que en este trabajo se utilizarán de manera indistinta esas expresiones.

El objetivo de este capítulo es contestar al siguiente interrogante: ¿las investigaciones encubiertas pueden dar una respuesta idónea al fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) en América Latina, en general, y Colombia, en particular? Para lograr este objetivo se ha considerado que la estructura más apropiada para este capítulo debe ser la siguiente. Tras este apartado introductorio, la sección segunda ofrece una aproximación a esta medida especial de investigación penal, poniendo el foco en el concepto, las características y la finalidad. La sección tercera analiza las fortalezas y debilidades de esta medida especial de investigación penal para valorar la idoneidad de su uso en la investigación de casos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional. En la sección cuarta se realiza el estudio comparado de las diferentes iniciativas internacionales y regionales. En concreto, se analizan, a nivel

internacional, los instrumentos normativos de Naciones Unidas y de la OCDE. Y a nivel regional, los instrumentos normativos propios de América Latina y de Europa. En las secciones quinta y sexta se lleva a cabo el análisis comparado de los diversos países que se han tomado como referencia para esta obra. En concreto, en la sección quinta se estudian los países de referencia en el ámbito latinoamericano (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), y en la sección sexta se analizan los países de referencia fuera de este ámbito (España y Estados Unidos). La sección séptima aborda la regulación y la experiencia de Colombia en materia de operaciones encubiertas, sección que finaliza con un análisis comparado entre este país y los estándares internacionales, y entre este país y los ordenamientos jurídicos nacionales de referencia. La última sección ofrece una propuesta de estrategia integrada de acción para América Latina, en general, y para Colombia, en particular, en relación con el recurso al agente infiltrado para una lucha más eficaz contra la corrupción asociada al COT.

2. LAS INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS: CONCEPTO, OBJETIVO Y CARACTERÍSTICAS

Las técnicas especiales de investigación son, según la definición de Naciones Unidas, técnicas que se emplean para “reunir información sin alertar a la persona a la que esa acción va dirigida, que aplican los funcionarios de los servicios encargados de hacer cumplir la ley con el objetivo de detectar e investigar delitos y sospechosos” (Naciones Unidas, 2004: 147)¹. Dentro de las técnicas especiales de

¹ Similar definición se contenía en el capítulo 1 de la Recomendación Rec(2005)10 del Comité de Ministros a los estados miembros sobre “técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluido el terrorismo, del Consejo de Europa de 20 abril 2005, ahora reemplazada por la Recomendación CM/Rec(2017)6 del Comité de Ministros a los estados miembros sobre “técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluido el terrorismo, del Consejo de Europa, de 5 de julio de 2017. El último documento ha ampliado la definición con los verbos prevenir, perseguir y reprimir: “técnicas aplicadas por las autoridades competentes en el contexto de investigaciones penales con la finalidad de prevenir, detectar, investigar, perseguir y reprimir los delitos graves, dirigi-

investigación se encuentran, siguiendo la normativa internacional, las entregas vigiladas, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas.

Dar una definición unitaria de los términos “operación encubierta” o “agente encubierto” no es una tarea sencilla, esencialmente, por las complejidades técnicas y prácticas que implican, y por las diferencias que pueden existir entre las legislaciones nacionales, como se estudiará más adelante en los epígrafes 5, 6 y 7. Por ejemplo, algunas legislaciones incluyen solo a agentes policiales mientras que otras incluyen a particulares, aunque en este último caso con limitaciones (Naciones Unidas, 2006: 44; Naciones Unidas, 2012b: 52)². Algunas incluyen solo operaciones tácticas (puntuales) mientras que otras incluyen también las operaciones estratégicas (prolongadas en el tiempo). La tarea de ofrecer una definición consensuada se complica, además, por la existencia de figuras afines con las que puede confundirse, como el agente provocador, el agente doble o el informante.

Teniendo en cuenta las definiciones aportadas por la doctrina y por los instrumentos internacionales, se puede afirmar que la técnica del agente encubierto es un mecanismo extraordinario de investigación en virtud del cual un funcionario de la policial judicial (en algunos estados se admiten otras personas), con la autorización pertinente, se infiltra temporalmente y bajo una identidad ficticia en una organización o grupo criminal con la finalidad de recabar información y conocer más sobre determinados hechos delictivos cometidos en su seno, así como sobre la organización o grupo (Rico, 2018: 13).

El objetivo del agente encubierto no difiere del objetivo que se persigue con cualquier otra técnica investigativa: recabar los elementos probatorios necesarios que en un procedimiento penal pueden servir para enervar la presunción de inocencia del acusado y fundar una sentencia condenatoria. En último término, con esta técnica se

das a recoger información de una manera tal que no se alerte a la persona a la que esa acción va dirigida.

² El Manual de Naciones Unidas sobre técnicas especiales de investigación estima pertinente la participación de particulares en una operación encubierta si aportan competencias específicas que no posean los agentes de policía disponibles (Naciones Unidas, 2006: 44).

pretende contribuir el desmantelamiento o debilitamiento de la organización o grupo criminal para evitar que siga perpetrando delitos (Rifá, 2011: 6).

Las principales características de esta técnica especial de investigación son las siguientes:

1. La ocultación de la verdadera identidad del agente. Es el rasgo distintivo de esta técnica de investigación. El agente adopta una nueva y ficticia identidad, que es lo que le permite entablar una relación de confianza con los miembros de la organización o grupo criminal investigados, quienes no han de ser conscientes de que están siendo investigados (Carrizo, 2017: 516; Consejo de Europa: 2013: 46; Escalante, 2011: 88, 89; Gascón, 2001: 10; Hernández, 2018: 106);
2. La voluntariedad. Dados los peligros que entraña la infiltración y dada la pérdida temporal de la identidad real, ni un juez ni un fiscal ni un mando policial superior pueden obligar al agente policial a convertirse en un agente encubierto (Expósito, 2015: 257; Hernández, 106; Rico, 2018: 14; Valiño, 2016: 3; Zafra, 2021: 1981). En la práctica, en ocasiones, se pueden presentar problemas para constatar el carácter voluntario de la infiltración. Para evitar esos problemas, lo deseable es hacer constar el consentimiento por escrito en un acta que deberá ir en una pieza reservada para proteger la identidad (Lafont, 2022);
3. La temporalidad. La infiltración tiene un carácter temporal, es decir, una duración determinada que tenga en cuenta la necesidad y la proporcionalidad de la medida en relación con el hecho a investigar. Las diferentes legislaciones prevén períodos diferentes, como se verá en el análisis comparado de los países de referencia. Además, se suele prever la posibilidad de prorrogar el plazo de la investigación encubierta si eso puede ayudar a lograr los fines buscados (Consejo de Europa, 2013: 48);
4. La autorización por el juez de instrucción o fiscal competente. Debido al carácter excepcional de esta técnica de investigación y el riesgo de que se vean vulnerados derechos fundamentales

de la persona investigada es necesario que la autoridad competente, que dependiendo del país será un juez de instrucción o un fiscal, autorice la actuación del agente infiltrado y establezca los límites de su actuación, especialmente cuando puedan resultar vulnerados derechos esenciales del proceso penal como el derecho a no declarar contra sí mismo o el derecho a no confesarse culpable; y

5. La formación agente. Su preparación es esencial para el desarrollo exitoso de la operación encubierta. De hecho, en las Disposiciones legislativas modelo sobre la delincuencia organizada (Naciones Unidas, 2014a: art. 15), se indica que la infiltración solo podrá ser llevada a cabo por funcionarios “con un entrenamiento especial”. Dados los riesgos que entraña una operación encubierta para el propio agente o para el buen desarrollo de la investigación, el agente debe contar con una preparación específica, p. ej., en el plano físico y psicológico. Además, se le debe proporcionar formación en materia de funcionamiento de organizaciones criminales, así como en los aspectos legales relativos al proceso penal, para evitar que la información recabada pierda valor probatorio por haberse vulnerado, p. ej., algún derecho fundamental. También se le tiene que advertir de la responsabilidad en la que podría incurrir si se excede en sus funciones o si realiza conductas que generalmente están prohibidas en los diversos ordenamientos, como la provocación de un delito (Rico, 2018: 15; Naciones Unidas, 2006: 42, et. seq.).

Las características apuntadas permiten distinguir la figura del agente encubierto o infiltrado de otras figuras similares. Por ejemplo, es diferente de lo que se denominada en algunos países, como España, agente de paisano, quien no actúa bajo identidad ficticia, aunque momentáneamente oculte su identidad. Es diferente también del agente secreto, que puede recurrir a la técnica de la infiltración, pero su finalidad no es buscar elementos probatorios para un proceso penal (Expósito, 2015: 262; Núñez & Guillén, 2008: 121). Difiere asimismo del agente doble, un policía al que una estructura criminal cree haber corrompido pero que informa a sus superiores de todo lo que sucede dentro de la misma. También es una figura distinta del

confidente, esa persona que se mueve en ambientes criminales y que proporciona información a la policía; y del arrepentido, esa persona implicada en un delito que colabora con la justicia para que su pena se reduzca o para quedar exonerado de responsabilidad. Ninguno de estos dos últimos, p. ej., actúa bajo identidad ficticia ni toman decisiones en el marco de la operación (Rifá, 2011: 12). El agente infiltrado se diferencia también del agente provocador, aunque sean figuras muy ligadas pues el segundo puede ser un agente encubierto pero que se excede en sus facultades, convenciendo a una persona para llevar a cabo un hecho delictivo. En otras ocasiones, como en el marco del tráfico de drogas, el llamado agente provocador no actúa con una identidad ficticia, aunque sí oculte temporalmente la suya, p. ej., para fingir que quiere adquirir droga, o en el marco de delitos de corrupción para realizar la entrega del soborno (Escalante, 2011: 93). La figura del agente provocador suele estar prohibida en las diferentes legislaciones, como se verá en los epígrafes 5, 6 y 7. De hecho, las Disposiciones legislativas modelo sobre la delincuencia organizada (Naciones Unidas, 2014a: art. 15) la prohíben expresamente. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Europa (2013: 46). Siendo ello así, la información conseguida por este medio no puede introducirse en el proceso penal al haber sido obtenida de manera ilícita (Lafont, 2022). Para evitar problemas de este tipo, la investigación del agente encubierto debe realizarse de una “forma especialmente pasiva” (Naciones Unidas, 2020: 16).

Una vez estudiado el concepto, el objetivo y las características de esta técnica investigativa, se procede en el epígrafe siguiente a identificar sus puntos fuertes, así como sus debilidades o los inconvenientes con los que se puede encontrar.

3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS EN EL ABORDAJE DE LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Los organismos internacionales que cuentan en su agenda con políticas anticorrupción o antidelinuencia organizada no dudan

en afirmar los beneficios de esta técnica de investigación para hacer frente a estas modalidades delictivas. Desde Naciones Unidas, p. ej., se señala que es una herramienta especialmente útil para luchar contra el crimen organizado pues dada la complejidad de las organizaciones que se dedican a la criminalidad no es posible recabar información útil para el proceso penal a través de técnicas menos invasivas que la infiltración (Naciones Unidas, 2004: 147; Naciones Unidas, 2012a: 189; Naciones Unidas, 2012b: 48; Naciones Unidas, 2020: 3). Desde la OCDE se apunta que es una herramienta eficaz para la investigación de delitos que, por definición, permanecen ocultos a las autoridades, como lo es la corrupción. En estos casos es complejo conseguir testigos que vayan a declarar, así como otras evidencias que puedan hacer caer la presunción de inocencia, por lo que la información obtenida por el agente encubierto puede ser determinante para lograr una sentencia condenatoria (OCDE, 2012: 23). En sentido similar se pronuncia también el Consejo de Europa (2013: 12).

Dentro de las técnicas especiales de investigación, las operaciones encubiertas suelen requerir la cooperación y colaboración de diversos organismos encargados de hacer cumplir la ley en los diferentes estados, por ello la cooperación internacional se torna fundamental para el buen desarrollo de estas operaciones (Naciones Unidas, 2004: 148).

Pese a los beneficios que aportan las técnicas especiales de investigación como las operaciones encubiertas en el abordaje de la delincuencia organizada, pueden aparecer diferentes problemas en lo relativo a su utilización, como se explica a continuación.

En primer lugar, debe señalarse que técnicas especiales de investigación como el agente encubierto pueden no ser siquiera legales en algunas jurisdicciones, lo que de entrada imposibilitará una eventual cooperación internacional entre Estados cuando uno de ellos no permita su uso. Esto quiere decir que, pese a que antes se ha identificado esta técnica investigativa como especialmente útil para abordar la delincuencia organizada transnacional, puede que nos encontremos con que ni si quiera pueda utilizarse entre dos Estados por sus diferentes legislaciones. Es por ello necesario apostar por la armonización en este ámbito. Si se quiere combatir un problema global, las iniciativas meramente nacionales son insuficientes, por lo que es

necesario apostar por técnicas que puedan ser empleadas de manera similar en todos los Estados. De hecho, la falta de armonización entre las legislaciones internas se destaca por los organismos internacionales como uno de los principales problemas en relación con esta técnica de investigación (Naciones Unidas, 2012: 49; OCDE, 2017a: 54).

En segundo lugar, pueden surgir importantes problemas —y, de hecho, nos encontramos aquí con una de las mayores críticas al uso de operaciones encubiertas— cuando el método a través del cual el agente infiltrado ha obtenido la información colisiona con derechos fundamentales y con las garantías esenciales del Estado de Derecho (Molina, 2008: 185; Zafra, 2021: 1977). Por ejemplo, como ha señalado la doctrina, la infiltración puede afectar al derecho a la intimidad de los miembros de la organización, derecho reconocido en las constituciones de los países de referencia y en diversos instrumentos normativos internacionales. En todo caso, como sucede con otros derechos fundamentales, podría ceder en pro de un interés mayor, de ahí que la técnica de la infiltración sí se acepte en los Estados analizados, aunque siempre sometida a los límites de cualquier medida que suponga una restricción de derechos fundamentales (Carrizo, 2017: 522).

Esta técnica no solo afecta a la intimidad de la persona investigada, sino que también puede contravenir los derechos y las garantías del debido proceso, como el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (García, 2009: 4-5; Rico, 2018: 11). Si en algún supuesto se quebrantaran estos derechos y garantías propios del estado de derecho, está claro que los elementos probatorios así obtenidos no podrían utilizarse en un proceso penal. Por ello, se debe ser escrupuloso en el respeto al principio de proporcionalidad a la hora de limitar estos derechos de la persona objeto de investigación (Naciones Unidas, 2020:14; Núñez & Guillén, 2008: 131-135).

Un tercer problema, totalmente ligado a los dos anteriores, puede aparecer en relación con la admisibilidad de los elementos probatorios recabados durante una operación encubierta en una determinada jurisdicción, pero que pretenden ser usados en otra. En estos casos, hay que tener presente que las exigencias de las dos legislaciones pueden diferir en cuanto a los requisitos para obtener determina-

dos elementos probatorios, p. ej., cuando se ven afectados derechos fundamentales. Es por ello esencial que el acuerdo por el cual se constituye la operación encubierta entre dos o más Estados preste especial atención a las cuestiones relacionadas con la obtención de la prueba y su admisibilidad en un proceso penal (Naciones Unidas, 2004: 150). En caso de no haber respetado la legislación del Estado en el cual pretenden hacer valer los elementos probatorios, aunque se haya respetado la legislación del Estado en el que se llevó a cabo la operación, toda la operación no habrá servido para nada. Estos problemas pueden aparecer en relación con cuestiones especialmente polémicas, como las que rodean a la figura del agente provocador, pues puede que su responsabilidad no sea la misma en unos territorios y en otros. Pero también podría aparecer en relaciones con otras cuestiones que podrían parecer, a primera vista, menos importantes como, p. ej., el plazo máximo de la duración de la fase de instrucción de un procedimiento penal, que puede diferir de unas legislaciones a otras.

En definitiva, nos hallamos ante una figura, la del agente encubierto o infiltrado, que puede resultar especialmente útil para la investigación del COT pues puede obtener información que de otro modo sería muy difícil de lograr, pero es una figura a la vez controvertida y cuyo uso en el ámbito de la cooperación internacional puede enfrentarse a serios inconvenientes dada la falta de armonización entre las legislaciones, que puede llevar a que lo obtenido por una operación encubierta no pueda ser empleado en el Estado en el cual se tiene que llevar a cabo el enjuiciamiento de los presuntos responsables.

4. REGULACIÓN DE LAS OPERACIONES EN ENCUBIERTAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y REGIONALES

4.1. Instrumentos internacionales

A nivel internacional, los instrumentos de referencia en materia de COT y de corrupción son, respectivamente, la Convención de Palermo y la Convención de Mérida, adoptadas ambas en el marco de

Naciones Unidas. Ambos textos dedican un artículo a las técnicas especiales de investigación, entre las cuales se mencionan expresamente la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas. Los preceptos en cuestión son el art. 20 en la Convención de Palermo y el art. 50 en la Convención de Mérida. Para facilitar la exégesis de los mismos se reproducen a continuación:

Convención de Palermo. Art. 20. Técnicas especiales de investigación.

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

Convención de Mérida. Art. 50. Técnicas especiales de investigación.

1. A fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales

Ambos preceptos, similares en su redacción, tienen fuerza vinculante indiscutible pues señalan que cada Estado parte “adoptará” las medidas necesarias para permitir el recurso a estas técnicas. Nótese que el verbo empleado difiere, p. ej., del utilizado en los artículos dedicados a las investigaciones conjuntas, analizadas en el capítulo anterior de esta obra, donde se utiliza la expresión “[l]os Estados Parte considerarán la posibilidad de [...]”, por lo que parecen tener menor fuerza vinculante. En todo caso, se prevé en los dos preceptos citados una cláusula de salvaguardia conforme a la cual el mandato contenido en ellos se somete a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno de cada Estado parte y a las condiciones prescritas por su Derecho interno (Naciones Unidas, 2020: 5). Es decir, los Estados parte tienen obligación de adoptar medidas para permitir el recurso a estas técnicas especiales de investigación siem-

pre que ello no sea contrario a su legislación vigente y se respete lo previsto en su ordenamiento, p. ej., en lo relativo a la autorización judicial previa para permitir el uso de estas técnicas cuando puedan resultar vulnerados derechos fundamentales (Naciones Unidas, 2004: 149). Los preceptos limitan aún más la obligación de adoptar estas medidas al emplear la expresión “dentro de [las] posibilidades [del Estado parte]”. Se tiene en cuenta, de este modo, que determinados países no cuentan con suficientes recursos que les permitan implementar alguna de las técnicas especiales que se mencionan como, p. ej., la vigilancia electrónica, por lo que no están obligados a hacer un esfuerzo extraordinario al respecto (Naciones Unidas, 2020: 8).

El principal problema que puede apreciarse en relación con ambos textos normativos es que ni en el art. 20.1 de la Convención de Palermo ni en el art. 50.1 de la Convención de Mérida establecen condiciones mínimas sobre el recurso a esta técnica especial de investigación. La ausencia de unos requisitos básicos sobre la utilización de las operaciones encubiertas puede dar lugar en la práctica a verdaderas discrepancias entre los Estados, lo que en último término puede complicar la cooperación judicial internacional en este ámbito (Cardoso, 2012: 240). Las únicas condiciones que se mencionan en relación con las operaciones encubiertas son (a) “el adecuado recurso” y (b) “por sus autoridades competentes”. Con la primera expresión se quiere hacer alusión a la necesaria proporcionalidad entre la gravedad del delito a investigar y los posibles derechos fundamentales vulnerados, al ser técnicas especialmente invasivas, como ya se ha señalado en este trabajo (Naciones Unidas, 2020: 8). Con la segunda condición se pretende salvaguardar, precisamente, la intromisión en los derechos fundamentales, de ahí que se requiera autorización por el juez o fiscal competente. Es decir, aunque puedan resultar restringidos derechos fundamentales como la intimidad u otros relacionados con el debido proceso, el recurso a esta técnica es posible si se satisface un juicio de proporcionalidad.

A pesar de que ambos preceptos son muy similares en su redacción, el art. 50.1 *in fine* de la Convención de Mérida adiciona, respecto del art. 20.1 de la Convención de Palermo, un mandato para los Estados parte que se puede entender como un avance. A saber, los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para permitir la

admisibilidad en sus tribunales de las pruebas derivadas de estas técnicas especiales de investigación. Esa admisibilidad deberá respetar en todo caso los derechos y garantías del debido proceso.

El párrafo primero de sendos preceptos se limita al ejercicio de esta medida en el territorio de un Estado Parte. A efectos de este trabajo, sin embargo, lo relevante está en el párrafo segundo, pues es en él donde se habla de la cooperación internacional en la materia. La disposición es exactamente la misma en ambas convenciones y se reproduce a continuación:

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

En ese párrafo se insta a los Estados parte a la celebración de acuerdos o arreglos³ bilaterales o multilaterales para emplear estas técnicas en un contexto de cooperación en el plano internacional, siempre respetando, lógicamente, la igualdad soberana de los Estados. Nótese el verbo empleado: alentar. Esto quiere decir que no es obligatorio para los Estados, ex art. 20.2 de la Convención de Palermo y art. 50.2 de la Convención de Mérida, el recurso a estos acuerdos (Naciones Unidas, 2004: 150). En todo caso, si no existieran tales acuerdos, el párrafo tercero de ambos textos insta a los Estados a cooperar sobre la base de cada caso particular, y tales acuerdos podrán contener previsiones sobre la financiación de la medida empleada y sobre el ejercicio de la jurisdicción en los casos en que se recaben pruebas que pongan de manifiesto que los delitos tienen puntos de conexión con otros países (Naciones Unidas, 2020: 11). El problema de la financiación es relevante pues, según lo que se establece en ambas convenciones, los gastos ordinarios en materia de cooperación

³ Según Naciones Unidas, el término “arreglos” hace referencia un tipo más officioso de acuerdos, sin necesidad, incluso de que exista un acuerdo por escrito (Naciones Unidas, 2020: 10).

judicial internacional deben ser abonados por el Estado requerido, salvo acuerdo en contrario. Lo que sucede en el caso que nos ocupa es que los gastos derivados de técnicas especiales de investigación no se consideran gastos ordinarios, de ahí que los estados deban pactar cómo se los repartirán (Naciones Unidas, 2020:11).

A nivel internacional existe otro instrumento de referencia en la lucha contra una modalidad específica de corrupción, el soborno transnacional, que también merece ser traído aquí a colación dada la temática de este trabajo: la Convención de lucha contra el soborno de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptada en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico el 21 de noviembre de 1997 (en adelante, Convención OCDE). El art. 9 de esta Convención obliga a los Estados parte a prestarse “asistencia judicial pronta y eficaz” en las investigaciones y actuaciones penales incoadas por una Parte en relación con los delitos objeto de la Convención. Los Comentarios a esa Convención⁴, en la exégesis al art. 9 se centran en una única medida de asistencia judicial recíproca, la entrega de personas para colaborar en la investigación penal. No mencionan el recurso a las operaciones encubiertas. No obstante, esta técnica interesa actualmente a la OCDE, como lo ha puesto de manifiesto en algunos documentos posteriores a la Convención de 1997, recalcando su eficacia para investigar y detectar la corrupción (OCDE 2012, OCDE, 2017a, OCDE 2017b). En concreto, en el informe anual elaborado por el grupo de trabajo sobre soborno del año 2006 (OCDE, 2006) la organización muestra su preocupación por el hecho de que, en algunas legislaciones, el recurso a estas técnicas no sea posible si las penas de prisión que tienen los delitos de corrupción son bajas, lo que dificultaría, en último término, la asistencia judicial mutua (OCDE 2006: 11).

⁴ Los Comentarios a la Convención OCDE son considerados un documento interpretativo de la Convención. Fueron aprobados por la misma conferencia negociadora pero no forman parte de la misma, ni son vinculantes, ni son objeto de firma o ratificación. Son una suerte de guía interpretativa, aunque ni auténtica ni concluyente (Sacerdoti, 2000: 41).

4.2. Instrumentos regionales

4.2.1. **Ámbito latinoamericano**

En el ámbito de América Latina son diversas las iniciativas normativas en materia de cooperación judicial internacional, pero muy pocas han abordado el tema de las investigaciones encubiertas.

El primer instrumento de referencia en el ámbito de América Latina en materia de asistencia judicial mutua es la llamada Convención de Nassau, esto es, la Convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, adoptada el 23 de mayo de 1992. Cuenta con un protocolo facultativo, adoptado en Managua el 11 de junio de 1993. En ninguno de estos documentos se hace referencia a la cooperación a través de técnicas especiales de investigación.

En el marco de la OEA, el instrumento de referencia en materia de lucha contra la corrupción, tema central de este libro, es la Convención interamericana contra la corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996. Su art. 14 obliga a los Estados parte a prestarse la más amplia asistencia recíproca, dando curso a las solicitudes de las autoridades competentes dirigidas a obtener pruebas o realizar otros actos relacionados con la investigación o enjuiciamiento de delitos de corrupción. No obstante, no hay referencia a técnicas especiales de investigación.

La OEA sí ha puesto el foco recientemente en la utilidad de las operaciones encubiertas para la investigación del crimen organizado transnacional. Recientemente ha publicado una guía práctica sobre técnicas especiales de investigación en casos vinculados a la criminalidad organizada transfronteriza (OEA, 2019). En concreto, este instrumento —que no es Derecho vinculante— aborda las tres herramientas que aparecen también en los instrumentos de Naciones Unidas: el agente encubierto, la entrega vigilada y la vigilancia electrónica. En relación con el agente encubierto, la guía contiene indicaciones precisas sobre, p. ej., la pertinencia de su utilización, el procedimiento legal a seguir, el perfil del agente infiltrado, las prohibiciones a las que está sometido (p. ej. provocación de delito) y el uso de la información obtenida. Esto puede servir de base a los Estados a la hora de elaborar una legislación interna en la materia de la que al-

gunos países latinoamericanos aún carecen. Además, la guía contiene un modelo de requerimiento de cooperación internacional para el empleo de estas técnicas especiales de investigación que puede facilitar y agilizar la comunicación y la cooperación entre los Estados.

En el ámbito latinoamericano existe, asimismo, un programa de asistencia técnica a los Estados en materia de técnicas especiales de investigación, cuyos objetivos son los siguientes⁵: (a) Mejorar la capacidad técnica de los profesionales en el desarrollo de procesos eficientes de investigación criminal en casos de delincuencia organizada transnacional. (b) Fortalecer la capacidad de las autoridades competentes para asegurar la transparencia, eficiencia, responsabilidad y asertividad en la fase de investigación de delitos vinculados a la delincuencia organizada transnacional. (c) Mejorar los procesos de recolección de evidencia, permitiendo, además, incrementar la coordinación entre las instituciones involucradas en la investigación de casos vinculados a la delincuencia organizada transnacional y, asimismo, alcanzar una justicia penal más eficiente. (d) Optimizar los procedimientos en el manejo y custodia de la evidencia que se recolecta en casos vinculados a la delincuencia organizada transnacional, con énfasis en las fases de recolección y presentación en el juicio oral⁶.

4.2.2. **Ámbito europeo**

En el ámbito europeo son varios los instrumentos existentes en materia de asistencia judicial recíproca, tanto en la Unión Europea (UE) como en el Consejo de Europa. Aquí sí se ha prestado mayor atención a la técnica investigativa objeto de estudio.

En la UE, el primer documento de referencia en el ámbito que nos ocupa es el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, de 29 de mayo del año 2000 (DOCE C 197, de 12 de julio de 2000) (en adelante, CUE). El Conve-

⁵ Se puede consultar aquí <http://www.oas.org/es/sms/ddot/prog-asistencia-tecnica-instrumentos-de-investigacion.asp>

⁶ Los países beneficiarios de este programa son Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú y Uruguay.

nio dedica varios preceptos de su articulado a la cooperación judicial internacional en relación con tres técnicas específicas de investigación: la entrega vigilada, los equipos conjuntos de investigación y las operaciones encubiertas. El art. 14 se refiere, en concreto, a estas últimas, y señala lo siguiente:

Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los miembros de la Unión Europea. Art. 14. Investigaciones encubiertas: 1. El Estado miembro requirente y el Estado miembro requerido podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas). 2. La decisión sobre la solicitud la tomarán en cada caso las autoridades competentes del Estado miembro requerido ateniéndose a su Derecho interno y a los procedimientos nacionales. Los Estados miembros acordarán la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes de que se trate, ateniéndose a sus respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales. 3. Las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el Derecho y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen. Los Estados miembros interesados colaborarán para garantizar la preparación y supervisión de la investigación encubierta y la adopción de medidas para la seguridad de los agentes que actúen de manera encubierta o con identidad falsa. 4. Todo Estado miembro podrá declarar, al efectuar la notificación prevista en el apartado 2 del artículo 27, que no está vinculado por el presente artículo. Dicha declaración podrá retirarse en cualquier momento

Este precepto se formula en términos bastante generales, dejando a la voluntad de los Estados el acuerdo sobre el desarrollo de la operación encubierta. No obstante, es algo más preciso que las Convenciones de Naciones Unidas. En el CUE se especifica, p. ej., que la investigación encubierta se deberá realizar conforme al Derecho interno y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se desarrolle la investigación. Esto supone, por cierto, una excepción a la regla general del CUE, contenida en el art. 4.1, que señala que:

En los casos en los que se conceda la asistencia judicial el Estado miembro requerido observará los trámites y procedimiento indicados expresamente por el Estado miembro requirente, salvo disposición contraria del presente Convenio y siempre que dichos trámites y procedimiento no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido.

También se señala en el art. 14 que la duración, las condiciones concretas y el régimen jurídicos de los agentes infiltrados se acordarán teniendo en cuenta los respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales. Aquí se deja un amplio margen de maniobra a los Estados. El CUE opta, además, por no limitar los casos en los que puede hacerse uso de operaciones encubiertas. Así, señala su Informe explicativo que la cooperación en este ámbito no se restringe a aquellas investigaciones por hechos delictivos que puedan dar lugar a la extradición (Consejo de la Unión Europea, 2000: 19). El CUE permite que un agente de un Estado miembro actúe como infiltrado en una operación en otro Estado Miembro, siempre que se cumpla la legislación y los procedimientos de este Estado (Consejo de Europa, 2013: 82). Esto se deduce de otros preceptos del CUE, p. ej., del art. 15, el cual señala que “los funcionarios procedentes de un Estado miembro que no sea el Estado miembro en el que se desarrolla la operación se asimilarán a los funcionarios de este último Estado en lo relativo a las infracciones que pudieran sufrir o cometer”.

En la UE se cuenta también con la 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 (DOUE L 130, de 1 de mayo de 2014). Precisamente, esta Directiva nace con el objetivo de crear “una especie de derecho probatorio” en la Unión que favorezca la obtención de pruebas en las investigaciones por delitos, esencialmente los que tienen un componente transfronterizo, como lo sería la corrupción asociada al COT (González-Castell, 2017: 514). El Considerando número 24 de la Directiva señala, precisamente, que se establece “un régimen único para la obtención de pruebas”, pero a la vez es consciente de que, en relación con estas técnicas especiales e investigación, “son necesarias normas adicionales”, por lo que los Estados implicados “deben poder acordar entre sí disposiciones prácticas, a fin de dar cabida a las diferencias existentes entre sus Derechos internos”. En concreto, es el art. 29 de la Directiva el que contiene las disposiciones sobre la orden europea de investigación (en adelante, OEI) en relación con operaciones encubiertas, el cual señala lo siguiente:

Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Artículo 29. Investigaciones encubiertas. 1. Podrá emitirse una OEI con el fin de solicitar al Estado de ejecución que colabore con el Estado de emisión

para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas). 2. En la OEI, la autoridad de emisión indicará las razones por las que considera que la realización de investigaciones encubiertas puede ser pertinente para un procedimiento penal. En cada caso particular, la decisión relativa al reconocimiento y ejecución de una OEI emitida en virtud del presente artículo será adoptada por las autoridades competentes del Estado de ejecución ateniéndose a su Derecho interno y a sus procedimientos nacionales. 3. Además de los motivos de denegación del reconocimiento y de la ejecución establecidos en el artículo 11, la ejecución de la OEI mencionado en el apartado 1 podrá denegarse por la autoridad de ejecución también si a) la realización de investigaciones encubiertas no estuviera autorizada en casos internos similares, o b) no se ha podido llegar a un acuerdo sobre las disposiciones relativas a las investigaciones encubiertas, en virtud del apartado 4. 4. Las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el Derecho y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen. La competencia de actuación, así como la dirección y el control de las operaciones relacionadas con las investigaciones encubiertas recaerán en las autoridades competentes del Estado de ejecución. Los Estados de ejecución y de emisión acordarán la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes de que se trate, ateniéndose a sus respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales.

La Directiva ofrece una regulación similar a la establecida en el CUE, aunque con alguna diferencia. A saber, en la Directiva se habla de Estado de emisión y de Estado de ejecución, no de Estado requirente y Estado requerido, terminología más tradicional. La nueva denominación parece referirse a un sistema más automático, dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE, asentado sobre el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones. Al igual que en el CUE, se señala en la Directiva que las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el Derecho y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen. Pero aquí se añade que “la dirección y el control de las operaciones relacionadas con las investigaciones encubiertas recaerán en las autoridades competentes del Estado de ejecución”. Sobre la duración y condiciones de la operación, y sobre el régimen jurídico de los agentes infiltrados decidirán los Estados de conformidad con su Derecho y procedimientos internos. Lo que sí puntualiza la OEI es que la autoridad de emisión debe indicar las razones por las que considera que la realización de una investigación encubierta puede ser pertinente para el

proceso penal, y a los motivos de denegación previstos en el art. 11⁷ añade dos más: (a) que la realización de investigaciones encubiertas no estuviera autorizada en casos internos similares; y (b) que no se haya podido llegar a un acuerdo sobre las disposiciones relativas a las investigaciones encubiertas.

A continuación, se abordan las iniciativas en materia de operaciones infiltradas en el ámbito del Consejo de Europa. Esta organización internacional adoptó dos convenciones en materia de lucha contra la corrupción en el año 1999: la Convención penal y la Convención civil. En la primera de ellas sí se realiza una breve mención a las técnicas especiales de investigación. El art. 23, que cierra el capítulo II (Medidas que deberán adoptarse a nivel nacional) del documento, insta a los Estados parte a hacer uso de técnicas especiales de investigación conforme a su derecho interno para facilitar la recogida de pruebas relativas a los delitos tipificados con arreglo a la Convención, y para proceder al embargo y decomiso del producto de estos delitos. El articulado de la Convención no menciona, sin embargo, cuáles pueden ser esas técnicas, aunque el Informe explicativo de la Convención (Consejo de Europa, 1999: párr. 114) señala que los redactores estaban pensando en agentes encubiertos, escuchas telefónicas, interceptación de las comunicaciones y acceso a sistemas informáticos, entre otros. El Informe explicativo advierte de que estas técnicas pueden ser muy intrusivas, motivo por el cual pueden chocar con derechos fundamentales y garantías constitucionales. Por eso, las Partes puede decidir no permitir algunas de estas técnicas en sus legislaciones nacionales, y quienes sí las admitan, deben tener en cuenta las salvaguardas y garantías necesarias para la protección de los derechos y libertades fundamentales (Consejo de Europa, 1999: párr. 115).

La Convención penal dedica el capítulo IV a las medidas de cooperación internacional, un capítulo especialmente relevante de la

⁷ Entre los motivos de denegación están, p. ej., la existencia de inmunidades o privilegios en el Estado de ejecución, la posible lesión a intereses de seguridad nacional, la vulneración del principio de *non bis in idem*, o el hecho de que la conducta sea delito en el Estado de emisión, pero no en el Estado de ejecución.

Convención pues, como se señala en su preámbulo, “la eficacia de la lucha contra la corrupción exige intensificar la cooperación internacional en materia penal, dotándola de mayor rapidez y agilidad”. El art. 26 insta a los Estados parte a prestarse la más amplia y pronta asistencia recíproca en la tramitación de las solicitudes de las autoridades competentes para investigar o perseguir los delitos tipificados de conformidad con la Convención. Sin embargo, no se hace mención expresa a la cooperación en relación con técnicas especiales de investigación, y el Informe explicativo tampoco dice nada al respecto.

El recurso a técnicas especiales de investigación también se menciona en otro instrumento del Consejo de Europa, el Segundo protocolo adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, de 8 de noviembre de 2001, del que, por cierto, son parte algunos estados no europeos, como Chile o Israel⁸. En concreto, el art. 19 de este Protocolo, que se reproduce a continuación, contiene las disposiciones sobre cooperación en materia de operaciones encubiertas, con la misma literalidad que los instrumentos ya comentados de la Unión Europea, salvo por la referencia al Estado requerido y requirente.

Segundo protocolo adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal. Art. 19. 1. La Parte requirente y la Parte requerida podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones penales llevadas a cabo por agentes que actúen de manera encubierta o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas). 2. La decisión sobre la solicitud la tomarán en cada caso las autoridades competentes de la Parte requerida, ateniéndose a su derecho y procedimientos nacionales. Las dos Partes acordarán, ateniéndose a su derecho y procedimientos nacionales, la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes de que se trate. 3. Las investigaciones en cubiertas se realizarán de conformidad con el derecho y los procedimientos nacionales de la Parte en cuyo territorio se realicen. Las Partes interesadas colaborarán para garantizar su preparación y supervisión, y la adopción de medidas necesarias para la seguridad de los agentes que actúen de manera encubierta o con identidad falsa. 4. Toda Parte, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión indicará, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, las

⁸ Entró en vigor, con carácter general, el 1 de febrero de 2004.

autoridades que designa como competentes a efectos del párrafo 2 del presente artículo. Posteriormente, toda Parte podrá, en todo momento y del mismo modo, cambiar el contenido de su declaración.

En documentos posteriores, el Consejo de Europa también ha puesto el foco en las técnicas especiales de investigación para afrontar delitos graves. Por ejemplo, la Recomendación CM/Rec(2017)6 del Comité de Ministros a los estados miembros sobre “técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluido el terrorismo, de 5 de julio de 2017⁹, dedica el capítulo tercero a la cooperación internacional en esta materia. Son recomendaciones generales, pero, al menos, ponen de manifiesto la preocupación que está organización tiene por la asistencia judicial mutua en la investigación de los delitos graves. Por esta razón, pide a los Estados que ratifiquen los tratados internacionales en la materia (ya comentados en este trabajo) y pide que se celebren acuerdos adicionales entre los Estados cuando sea necesario. Además, les insta a hacer uso de agencias internacionales, como INTERPOL, que pueden contribuir a mejorar la cooperación internacional en el uso de técnicas especiales de investigación.

4.3. Análisis comparado

En el plano internacional se aprecia cierto entusiasmo por el recurso a las operaciones encubiertas para investigar la corrupción y el crimen organizado, pero la crítica que se puede hacer a los instrumentos internacionales es que son excesivamente vagos. No contienen previsiones específicas sobre el desarrollo de una operación encubierta, quedando todo a expensas de la legislación interna correspondiente, lo que puede generar importantes discrepancias entre los Estados. Tampoco ofrecen detalles sobre la utilización de esta técnica en el ámbito de la cooperación internacional. Los Estados decidirán en los acuerdos pertinentes, pero no hay una base legal

⁹ Esta Recomendación es una actualización de la Recomendación Rec(2005)10 del Comité de Ministros a los estados miembros sobre “técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluido el terrorismo, del Consejo de Europa de 20 abril 2005.

minuciosa en la que apoyarse, lo que sin duda puede complicar el recurso a esta técnica en el plano internacional, situación que irá en detrimento de las investigaciones por delitos vinculados al crimen organizado transnacional, que por su naturaleza no pueden ser abordados eficazmente sin una estrecha cooperación entre los Estados.

En el plano regional se observan notables diferencias entre los instrumentos de América Latina y de Europa. Mientras que los primeros apenas han prestado atención a las operaciones encubiertas, en Europa es una técnica implementada desde hace más de dos décadas. En el ámbito latinoamericano únicamente se cuenta con instrumentos de *soft law*, que carecen de fuerza vinculante para los Estados, mientras que en Europa y especialmente en el ámbito de la UE se cuenta con verdaderos instrumentos de *hard law*. En todo caso, se pueden hacer algunas críticas a los instrumentos europeos, pues parecen dejar un amplio margen a los Estados a la hora de proceder en relación con la realización conjunta de operaciones encubiertas. La normativa existente es poco detallada, por lo que todo queda a expensas de lo que se pacte en el acuerdo entre los Estados implicados. Es significativo que los instrumentos no expresen ciertos requerimientos en relación con algunos de los aspectos más problemáticos de esta técnica investigativa. Nos referimos, como ya se ha tenido ocasión de mencionar, a los problemas relacionados con la obtención de elementos probatorios en un Estado diferente de aquél en el que se van a usar en un procedimiento penal. Sería necesario que los instrumentos supranacionales concretaran estas cuestiones para que los Estados tuvieran una base sólida sobre la que apoyarse a la hora de cooperar en operaciones infiltradas contra la corrupción asociada al COT y, en general, contra cualquier otro delito.

5. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA Y EEUU

5.1. España

De los convenios referidos en el epígrafe cuarto de este capítulo, España se encuentra vinculadas por todos ellos, salvo los del continente americano. En el Derecho español, la figura del agente

encubierto se regula expresamente en el art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto modificado recientemente para incorporar la figura del agente encubierto a través de internet. El precepto originario fue incorporado por la Ley Orgánica 5/1999 de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, en cuya exposición de motivo se señalaba que las reformas que en ese momento se incorporaban pretendían responder a la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales para hacer frente a la criminalidad organizada, generalmente de carácter transnacional y con muchos medios para perpetrar los delitos. A continuación se resumen los aspectos más relevantes de la figura del agente encubierto en la legislación española.

De conformidad con el art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede actuar como agente infiltrado un funcionario de la policía judicial. El círculo de personas que caben dentro del concepto de policía judicial es muy amplio, por lo que ha propuesto la doctrina limitarlo en atención a la definición del Real Decreto 769/1989 de 19 de junio sobre regulación de la Policía Judicial, a los miembros de la fuerzas y cuerpos de seguridad del estado (Carrizo, 2017: 518). El agente debe actuar de manera voluntaria, no puede ser obligado por un superior a actuar como tal. No pueden actuar como agentes infiltrado terceras personas no vinculadas con un cuerpo policial, mucho menos delincuentes o personas con alguna deuda con la justicia, que quizá colaboran en una investigación penal como, p. ej., informantes (Expósito, 2015: 261; Carrizo, 2017: 518). En la línea de lo visto para otros países, señala la doctrina española que el agente encubierto debe ser un profesional suficientemente preparado con excepcionales cualidades en el plano operativo y en el plano ético (Carrizo, 2017: 518-519; Zafra, 2021: 1980).

La identidad ficticia será otorgada por el Ministerio del Interior por un plazo de seis meses prorrogables por períodos iguales, en principio, sin limitación. La ley da la posibilidad de mantener esa identidad incluso cuando el agente testifique en el proceso. Esto podría atentar contra las garantías del debido proceso, pero se ha admitido así para proteger bienes jurídicos personalísimos, como la vida o

la integridad física, del agente y de su entorno (Carrizo, 2017: 527). Se tendrá que acordar por resolución motivada del juez competente, siéndole de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a testigos y peritos en causas criminales. Lo que no se pueden mantener oculto es que la investigación era encubierta. Es decir, el encausado tiene derecho a saber que ha sido objeto de una investigación encubierta (Carrizo, 2017: 528).

De acuerdo con el Derecho español, esta figura solo está prevista para investigar la delincuencia organizada, que se define en el propio art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer uno o varios de los delitos que aparecen en un listado. Ese listado es extenso pero, p. ej., no están los delitos de corrupción¹⁰. La limitación del art. 282 bis ha sido aplaudida por parte de la doctrina en tanto que, como técnica restrictiva de derechos fundamentales, solo debe recurrirse a ella en casos absolutamente necesarios, a saber, cuando se cumplan los requisitos de necesidad, idoneidad y adecuación, lo que implica que no haya otros medios menos invasivos e igualmente eficaces para investigar los hechos, y además autorización judicial previa (Carrizo, 2017: 520). En todo caso, llama la atención que no se haya incorporado al listado de delitos la corrupción o, en general, los delitos contra la Administración Pública, máxime teniendo en cuenta que España es Estado Parte en la Convención de Mérida desde el año 2006.

¹⁰ El listado exacto es el siguiente: tráfico ilícito de órganos humanos, secuestro, trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución, algunos delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (arts. 237, 243, 244, 248 y 301 CP), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, algunos delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 312 y 313 CP), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, algunos delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada (arts. 332 y 334 CP), tráfico de material nuclear y radiactivo, tráfico de drogas, falsificación de moneda y tarjetas de crédito o débito, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, terrorismo, delitos contra el patrimonio histórico previstos en el art. 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

La autoridad competente para autorizar el recurso a esta técnica es, según el párrafo primero del art. 282 bis, el juez de instrucción o el ministerio fiscal. Este punto ha planteado gran debate en la doctrina española, pues siendo una medida restrictiva de derechos fundamentales, llama la atención que se atribuya la facultad también al fiscal (Carrizo, 2017, 521). Sería más respetuoso con las garantías procesales que siempre hubiera de autorizar el juez, con independencia de que el ministerio fiscal pueda proponer el uso de esta técnica. En todo caso, lo que sí señala el art. 282 bis es que se necesita autorización judicial para esas actuaciones del agente que puedan afectar a derechos fundamentales. Además, si lo autorizara el fiscal debe dar cuenta inmediata al juez de instrucción, como señalaron las autoridades españolas en la evaluación ante la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (en adelante, AIAMP)¹¹. De hecho, ahí se señaló que la autorización vendrá mediante “auto judicial”, y en él se deberá justificar la proporcionalidad de la medida en relación con la gravedad de los hechos investigados, y la necesidad de la misma en atención a los fines de la investigación. Para ello, deberán detallarse los hechos a investigar así como la existencia de indicios racionales de su comisión y la justificación de que no existe otra vía menos invasiva. En el auto aparecerán los datos del agente, así como sus facultades durante la investigación pues si se excede o quebranta las garantías constitucionales, la información obtenida no podrá presentarse como prueba en el proceso. La información obtenida lícitamente debe ser puesta a disposición del juez que autorizó a la mayor brevedad posible. Para proteger al agente, no debe entrar en contacto directo con el juez, sino que debe designarse un intermediario.

De acuerdo con la legislación española, el agente infiltrado está exento de responsabilidad penal por actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación respetando la proporcionalidad y siempre que no sean provocación para delinquir. Para procesarle es necesario que el juez que conozca de la causa solicite un informe a quien autorizó la identidad ficticia.

¹¹ Las respuestas a la evaluación se pueden consultar de manera detallada en [https://www.aiamp.info/index.php/paises/espana/fichas-aiamp-espana/ agente-encubierto-esp-3](https://www.aiamp.info/index.php/paises/espana/fichas-aiamp-espana/agente-encubierto-esp-3).

La asistencia judicial recíproca en este ámbito es posible, como señalaron las autoridades españolas durante la evaluación hecha ante la AIAMP. Son varios los instrumentos internacionales en los que España es parte que instan a los Estados a hacer uso de ella, como las convenciones de Naciones Unidas y los instrumentos europeos comentados *supra* epígrafe cuarto. Además, los arts. 277 y 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial habilitan para la cooperación judicial internacional siempre que se respeten los tratados internacionales y las normas de la Unión Europea. De hecho, cuando España fue evaluada en relación con la implementación de la Convención de Mérida se indicó que el país cumplía con la exigencia del art. 50.2 de la Convención (Naciones Unidas, 2011: 85).

La solicitud para conseguir autorización para llevar a cabo una operación infiltrada debe realizarse a través de la autoridad central, con una petición fundada, concretando los detalles que justifican el recurso a esta técnica y garantizando que no se vulnerará ningún derecho fundamental. Es posible que participen en una operación encubierta en España agentes policiales extranjeros (art. 14 CUE). Lo que no es posible es que participaran terceros extranjeros que no tengan la condición de agentes policiales en sus países pues la legislación española no permite que pueda actuar como agente infiltrado un ciudadano particular, ni un informante o un delator.

5.2. Estados Unidos

De los instrumentos referidos en el epígrafe cuarto de este capítulo, Estados Unidos está vinculado por los precedentes de Naciones Unidas, OCDE y OEA. No le vinculan, lógicamente, los del ámbito europeo aunque ha firmado un acuerdo de asistencia judicial con la Unión Europea¹² (en adelante, Acuerdo UE-EE.UU.). Sin embargo, este acuerdo no realiza ninguna mención a la técnica especial de investigación objeto de estudio en este trabajo. Tampoco se refiere a la entrega vigilada. Únicamente, como ya se explicó en el capítulo anterior, se regulan los equipos conjuntos de investigación. Además

¹² Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América. DOUE L 181, de 19 de julio de 2003.

de la relación de Estados Unidos con la UE, el país también ha firmado acuerdos en materia de asistencia jurídica mutua con varios países de América Latina, en concreto, dentro de los que son países de referencia en este trabajo, con Argentina¹³, Brasil¹⁴ y México¹⁵. Sin embargo, en ninguno de ellos se realiza alguna mención expresa a la asistencia mutua en relación con técnicas especiales de investigación, por lo que la base legal para su constitución solo podría hallarse en las disposiciones de las Convenciones de Palermo y Mérida que, como ya se ha visto, son un tanto vagas, dejando que los Estados decidan prácticamente todos los aspectos de la operación encubierta en el acuerdo que firmen.

Tanto la Constitución de los Estados Unidos como la jurisprudencia permiten el recurso al agente encubierto o infiltrado para llevar a cabo una investigación sobre determinados delitos (Naciones Unidas, 2012c: 215) y, de hecho, se ha usado tanto a nivel interno como a nivel internacional. En estos últimos casos se valora casuísticamente la necesidad de su utilización. Al ser evaluado el país por Naciones Unidas sobre la implementación de la Convención de Mérida, se llegó a la conclusión de que Estados Unidos cumple satisfactoriamente con los requerimientos del art. 50, que es el que da algunas indicaciones sobre las operaciones encubiertas (Naciones Unidas, 2012c: 217). Sin embargo, en la práctica, la asistencia mutua con Estados Unidos en relación con el uso de técnicas especiales de investigación no es una labor sencilla. Como ya se ha señalado en este trabajo, los principales problemas aparecen en referencia a la obtención de pruebas para que puedan ser admisibles en un procedimiento penal en otro Estado. Y el problema que señalan algunos autores es que en el sistema estadounidense suele primarse la eficacia de la investigación frente al respeto a las garantías constitucionales. Eso puede

¹³ Ley núm. 24.034. Apruébase el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales con el gobierno de Estados Unidos de América. Sancionada el 27 de noviembre de 1991. Promulgada el 20 de diciembre de 1991

¹⁴ Tratado de cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre Asistencia Jurídica Mutua. Ciudad de México, 9 de diciembre de 1987.

¹⁵ Treaty Between the United States of America and Brazil. Brasilia, 4 de octubre de 1997.

llevar a que en una operación encubierta realizada bajo el amparo de la legislación de Estados Unidos, se obtenga elementos probatorios que no van a poder ser utilizados en un proceso penal en otro país. Téngase en cuenta que allí esta técnica parece ser meramente policial, casi ajena al control judicial¹⁶, lo que no deja de ser llamativo en ordenamientos en los que la restricción de derechos fundamentales está sujeta a un estricto control de proporcionalidad por parte del juez (Escalante, 2011: 84).

5.3. *Análisis comparado*

Tanto en España como en Estados Unidos se permite por su ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia el recurso a las operaciones encubiertas para investigar el crimen organizado, cumpliendo así ambos países con las exigencias derivadas de los instrumentos internacionales y regionales analizados en el epígrafe anterior. La principal diferencia entre uno y otro Estado tiene que ver con la autorización de esta técnica que, como se ha explicado, puede vulnerar abiertamente derechos fundamentales del sospechoso, como el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, en España esta técnica se somete a un estricto control judicial, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos. Este hecho puede, sin duda, ser un obstáculo para la asistencia jurídica mutua entre ambos Estados pues la admisibilidad de los elementos probatorios en España va a requerir la previa autorización por parte del juez. Si la evidencia obtenida por el agente encubierto en EE. UU. no respeta esta exigencia, no podrá ser admitida en un procedimiento penal en España.

Por lo que respecta al uso de esta técnica en el plano de la cooperación judicial internacional, las diferencias entre España y Estados Unidos son evidentes, aunque ambos países hayan acudido a la misma, en colaboración con otros países, como luchar contra el crimen organizado. La razón de ser para esta diferencia estriba, esencialmente, en el hecho de que España está vinculada por toda la normativa

¹⁶ Se puede consultar el procedimiento aquí <https://www.justice.gov/archives/ag/undercover-and-sensitive-operations-unit-attorney-generals-guidelines-fbi-undercover-operations>

de la UE que existe a este respecto, sin duda, muy avanzada respecto de la normativa que a nivel supranacional vincula a Estados Unidos. De hecho, no estaría de más que el Acuerdo UE-EE.UU. se revisara para incluir una regulación de esta técnica investigativa, como sí se hace respecto de la técnica de los equipos conjuntos de investigación

6. SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

6.1. Argentina

Argentina es Estado parte en los dos de los tratados internacionales comentados en el epígrafe cuarto que instan al uso de la asistencia judicial mutua en materia de técnicas especiales de investigación: la Convención de Palermo y la Convención de Mérida. La legislación argentina de referencia está compuesta por la Ley 27319 de investigación, prevención y lucha de los delitos complejos. Herramientas. Facultades, del año 2016, y la Ley 24767 de cooperación internacional en materia penal, del año 1997. La primera norma tiene por objeto, como señala su art. 1 “brindar a las fuerzas policiales y de seguridad, al Ministerio Público Fiscal y al Poder Judicial las herramientas y facultades necesarias para ser aplicadas a la investigación, prevención y lucha de los delitos complejos”, regulando diversas técnicas especiales de investigación, entre las que figura el agente encubierto.

De conformidad con el Derecho argentino, el agente encubierto debe ser un funcionario de las fuerzas de seguridad, altamente capacitado, que actúa voluntariamente (art. 3), no puede ser obligado (art. 11), con la autorización del juez, bien de oficio bien a petición del Ministerio Público (art. 4). El art. 2 de la Ley 27319 limita la utilización de las operaciones encubiertas, y del resto de técnicas de investigación, a los siguientes delitos: delitos de tráfico de drogas, delitos de corrupción de menores, pornografía con menores y delitos relacionados con la prostitución; algunos delitos contra la libertad, como el secuestro; el delito de extorsión, delitos de trata de personas; delitos de participación en asociación ilícita; delitos contra el orden económico y financiero, como el blanqueo de capitales y el

contrabando. Nótese que no aparecen en el listado los delitos contra la Administración Pública.

Toda la información que obtenga el agente infiltrado debe ser inmediatamente puesta a disposición del juez y del Ministerio Público, y de una manera tal que se evite revelar la verdadera identidad del agente (art. 7). Solo será citado a juicio cuando su testimonio sea imprescindible, y se deberá proteger su identidad, voz y rostro si se estima que hay riesgo para su persona o la de terceros (art. 8). El recurso a esta figura del agente encubierto es excepcional, estando permitido únicamente si el juez considera que no hay otra medida más idónea para esclarecer los hechos que motivan la investigación o para localizar a los responsables o encubridores (art. 12). El agente no responderá por posibles delitos que se hubiera visto obligado a cometer, salvo que se trate de delitos contra la vida, la salud o la integridad moral de otros (art. 9).

La jurisprudencia argentina ha aceptado la figura del agente encubierto, entendiendo que no es contraria a las garantías constitucionales siempre que “el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho” (Naciones Unidas, 2013a: 104). La figura del agente provocador está prohibida (Naciones Unidas, 2013a: 105).

La mencionada Ley 24767 no contiene mención específica a la cooperación internacional en relación con técnicas especiales de investigación, por lo que si quiere realizarse una solicitud al respecto habría de estarse al procedimiento general sobre asistencia en la investigación y enjuiciamiento de delitos contenido en los arts. 67 y siguientes de la norma. Las solicitudes se presentarán por vía diplomática y deberán contener la siguiente información: la autoridad que emite la solicitud, la descripción detallada del hecho delictivo que motiva el pedido, el tipo penal y la pena, el objeto de la solicitud y los datos de las personas autorizada por el Estado requirente para participar en los procedimientos solicitados. Argentina no exige el requisito de la doble incriminación para la cooperación judicial internacional, salvo que se trate de medidas que afecten a otros derechos fundamentales (art. 68).

La autoridad central encargada de recibir las solicitudes de cooperación judicial internacional es el Ministerio de relaciones exteriores y culto —Dirección de asistencia jurídica internacional— (Naciones Unidas, 2013a: 9). Este organismo ha sido designado como la autoridad central en todos los Tratados sobre asistencia jurídica en materia penal (a excepción del Tratado con Estados Unidos, donde la Autoridad Central es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) de los que Argentina es parte y a los efectos de la cooperación jurídica y extradición en las Convenciones de Palermo y Mérida, en la Convención interamericana contra la corrupción y en la Convención de la OCDE. En opinión de las autoridades argentinas, esto posibilita tener un registro completo de las solicitudes recibidas y emitidas por Argentina. Además, dado el volumen creciente de esas solicitudes, el Ministerio de Relaciones Exteriores ha creado la Coordinación de cooperación internacional en materia penal, con competencia para cursar solicitudes de asistencia en esta materia, lo que ha favorecido la especificidad en el tratamiento de la información (Naciones Unidas, 2013a: 92).

6.2. *Brasil*

Brasil es Estado parte en los siguientes tratados internacionales comentados en el epígrafe anterior: Convención de Palermo y Convención de Mérida. Brasil cuenta con una normativa interna donde se regulan técnicas especiales de investigación, entre ellas, el agente encubierto. En concreto, se debe hacer mención aquí a la Ley 11.343/2006 (Ley antidroga), de 23 de agosto de 2006, cuyo art. 53 permite el recurso a la infiltración para la investigación de los delitos previstos en la ley (tráfico de drogas), y a la Ley 12.850/2013 (Ley sobre organizaciones criminales), de 2 de agosto de 2013, cuya sección tercera (arts. 10-14) se dedican al agente infiltrado.

Teniendo en cuenta la legislación referencia, se puede resumir la regulación del agente infiltrado en Brasil del siguiente modo. El agente encubierto debe ser un servidor público, y en concreto, una persona que pertenezca a organismos de seguridad o inteligencia, como la policía civil, la policía federal, la policía militar y la policía vial federal. El Ministerio Público o el jefe policial puede solicitar al

juez la autorización de la infiltración, que en todo caso deberá ser previa, detallada y reservada. Esta técnica solo se autorizará si no fuera posible recabar información y medios de prueba a través de otros mecanismos menos invasivos. La duración de la infiltración será de seis meses, prorrogables por iguales períodos, parece que sin un límite previsto en la ley. El agente encubierto no responderá por posibles delitos que se haya visto obligado a cometer, salvo que sus actos no guarden proporcionalidad con el objeto de la investigación. También responderá en los casos de inducción de un delito.

Tal como respondieron las autoridades brasileñas a la evaluación realizada ante la AIAMP, sí se permite la asistencia judicial recíproca en materia de operaciones encubiertas. Para ello se seguirá el cauce que establezcan los tratados bilaterales en los que Brasil sea parte. Esencialmente será necesaria una solicitud de asistencia internacional, que deberá contener un relato detallado de los hechos que dan lugar a la investigación, la fundamentación de la necesidad de recurrir a la operación encubierta, así como su adecuación al ordenamiento brasileño. Será la autoridad judicial brasileña la que decidirá o no sobre la ejecución de la medida, que habrá de tener en cuenta siempre el principio de reciprocidad.

No hay impedimento legal para que un agente extranjero participe en la operación, pero debe actuar en todo momento respetando el Derecho brasileño. Esta participación debe solicitarse expresamente en la solicitud de asistencia judicial internacional, y decidirá sobre su admisión el juez brasileño competente atendidas las circunstancias específicas del caso. Si se admite la medida solicitada, en todo caso deberá ser coordinada por agentes brasileños, cuya presencia será siempre imprescindible. El Tribunal Supremo Federal de Brasil se pronunció a este respecto señalando que el agente extranjero se admite, pero únicamente como auxilio de las autoridades competentes brasileñas, cuya presencia y dirección de la investigación es siempre obligatoria¹⁷.

¹⁷ Las respuestas a la evaluación se pueden consultar de manera detallada en <https://www.aiamp.info/index.php/paises/brasil/fichas-aiamp-brasil/agente-encubierto-brasil-3>.

6.3. Chile

De los tratados internacionales analizados en el epígrafe cuarto de este capítulo Chile es Estado parte en las Convenciones de Palermo y de Mérida, y en el Segundo protocolo adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal. En el ordenamiento jurídico chileno existen diferentes normas que permiten el recurso a las operaciones encubiertas. La primera norma a destacar es el Código de Proceso Penal, cuyo art. 226 bis, modificado recientemente, permite hacer uso del agente infiltrado si se cumplen las siguientes condiciones. En primer lugar, su uso debe ser imprescindible, es decir, que no sea posible acudir a otras técnicas de investigación, y siempre que haya sospecha fundada de la participación de una asociación ilícita o de una agrupación y organización criminal. En segundo lugar, el uso del agente encubierto está permitido para la investigación de algunas modalidades delictivas, como algunos delitos de robo con fuerza y de hurto¹⁸, también para el robo con violencia o intimidación, la piratería y el robo con fuerza en las cosas en casa habitada. Además, el propio Código Penal prevé su uso para la investigación de delitos contra la libertad sexual cometidos en el marco de una agrupación y organización criminal (entre ellos, prostitución y pornografía con menores) en el art. 369 ter, y para el delito de trata de personas en el art. 411 octies. No se prevé esta técnica para investigar delitos de corrupción.

Para poder emplear un agente infiltrado en la investigación de los referidos delitos contra la libertad sexual y de los delitos de trata de personas, así como otras técnicas especiales de investigación, el Ministerio Fiscal debe contar con la autorización del juez de garantías y se debe proceder de acuerdo a lo estipulado en Ley 20.000, que sustituye la Ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefa-

¹⁸ En concreto, robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado (art. 442del Código Penal), robo en bienes nacionales de uso público o sitio no destinado a la habitación (art. 443del Código Penal), robo con fuerza de cajeros automáticos o contenedores de dinero (art. 443bis del Código Penal), hurto de suministro de servicios públicos o domiciliarios (art. 447bis del Código Penal), abigeato propio (art. 448bis del Código Penal), receptación (art. 456bis letra A del Código Penal).

cientes y sustancias sicotrópicas, del año 2005. En el art. 25 de esta norma se regula el recurso al agente encubierto, al agente revelador y al informante. Nos centraremos solo en la primera figura, por ser la única objeto de este trabajo. El Ministerio Fiscal es la autoridad competente para autorizar su utilización. Nótese que aquí no es necesaria la autorización del juez de garantías (GAFISUD, 2010: 72). Agentes infiltrados puede ser funcionarios policiales y, si ellos lo proponen así, determinados informantes¹⁹ podrán actuar como infiltrados. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación se encargará de otorgar los medios necesarios para materializar la historia ficticia del agente encubierto. Los agentes estarán exentos de responsabilidad por los delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir “siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma” (art. 25 *in fine*).

La Ley 19913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, del año 2003, también prevé el recurso al agente encubierto y otras técnicas especiales (art. 33) en la investigación de delitos de blanqueo de capitales y asociación u organización para la comisión de tales delitos. La operación encubierta habrá de desarrollarse teniendo en cuenta lo previsto en la ya mencionada Ley 20.000. En estos casos, autoriza el fiscal; no es necesaria la autorización del juez de garantías.

Por lo que respecta a la cooperación internacional en este ámbito, Chile no cuenta con una normativa específica, por lo que habrá de hacer uso de acuerdos bilaterales y multilaterales para cada caso, tal como indican los arts. 20 y 50 de las Convenciones de Palermo y Mérida, respectivamente. La evaluación realizada a Chile sobre el cumplimiento de esta última puso de manifiesto que el país no cumplía con el art. 50 (Naciones Unidas, 2011: 137-138). Con posterioridad, en la evaluación hecha ante la AIAMP en 2014, las autoridades chilenas

¹⁹ El informante se define en la ley como esa persona que “suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores”.

respondieron que sí cabe solicitar el uso de operaciones encubiertas a través de los cauces clásicos de la asistencia judicial mutua, pero los funcionarios extranjeros (ej. policías) no podrán operar en territorio chileno salvo “excepcionalísimamente” y en todo caso con autorización de jueces y/o fiscales chiles. Recuérdese que la Ley 19913 no permite operar en territorio chileno a policías, jueces o fiscales extranjeros, como se comentó en el capítulo anterior respecto de los equipos conjuntos de investigación. El recurso a una operación encubierta en el marco de la cooperación judicial internacional solo puede autorizarse en Chile para la investigación de delitos respecto de los cuales se permite esta técnica especial de investigación en el Derecho interno (pornografía y prostitución de menores, trata de personas, tráfico de drogas y lavado de activos) y tienen que cumplirse los mismos requisitos, p. ej., que sea imprescindible su uso y que lo autorice el fiscal o, en el caso de los delitos de pornografía y prostitución de menores, y de trata de personas, el juez de garantías²⁰.

6.4. México

México es Estado parte en la Convención de Palermo y en la Convención de Mérida. En su legislación nacional, la norma de referencia en la materia que nos ocupa es la Ley federal contra la delincuencia organizada, de 7 de noviembre de 1996, la cual dedica el capítulo II a las técnicas especiales de investigación. El art. 11 de esta Ley indica que la autoridad competente para autorizar es el titular del ministerio público de la federación o el servidor público en quien este delegue. Se señala expresamente que se puede investigar a personas física y jurídicas. Solo se puede usar la técnica del agente encubierto para la investigación de los delitos recogidos en la Ley, que son los siguientes: delincuencia organizada, tráfico de drogas, terrorismo y su financiación, acopio y tráfico de armas de uso exclusivo del ejército, armada y fuerza aérea; blanqueo de capitales, falsificación y alteración de moneda, tráfico de menores, indocumentados y órganos;

²⁰ Las respuestas a la evaluación se pueden consultar de manera detallada en [https://www.aiamp.info/index.php/paises/chile/fichas-aiamp-chile/ agente-encubierto-chile-3](https://www.aiamp.info/index.php/paises/chile/fichas-aiamp-chile/agente-encubierto-chile-3)

corrupción de menores, pornografía y turismo sexual de menores o de personas que no tienen la capacidad de resistir el hecho, trata de personas, secuestro, robo de vehículos y asalto. No se prevé su uso para la investigación de delitos contra la Administración Pública, salvo que fueran delitos cometidos por una organización criminal.

Pueden ser agentes encubiertos los agentes de las fuerzas del orden público, a quienes se les proporcionará una identidad ficticia y tendrán asignada una clave numérica para referirse a ellos en todas las etapas del proceso. No se puede obligar a un agente de la policía a actuar como agente infiltrado. Si el agente encubierto hubiera de intervenir personalmente en alguna diligencia, debe garantizarse la reserva de su identidad. Además, las autoridades mexicanas respondieron ante la evaluación de la AIAMP que agente encubierto puede serlo solo un agente de la policía federal de investigación con las evaluaciones de control aprobadas y con especialización, es decir, con conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbito de actuación de la delincuencia organizada²¹.

En esa misma evaluación, las autoridades mexicanas respondieron que sí es posible recurrir a la asistencia judicial mutua para realizar una operación encubierta, pero que no es posible que funcionarios extranjeros operen en territorio mexicano. Es decir, si un Estado solicita a México una operación encubierta, p. ej., para investigar un tráfico de drogas, y México acepta la solicitud, la infiltración deberá llevarse a cabo exclusivamente por funcionarios policiales mexicanos.

6.5. Perú

Perú es Estado parte en la Convención de Palermo y en la Convención de Mérida. Perú cuenta con diversa normativa en materia de operaciones encubiertas. En primer lugar, el Decreto Legislativo núm. 824 – Ley de lucha contra al tráfico ilícito de drogas, de 23 de

²¹ Las respuestas a la evaluación se pueden consultar de manera detallada en <https://www.aiamp.info/index.php/paises/mexico/fichas-aiamp-mexico/agente-encubierto-mex-3>.

abril de 1996, introdujo la técnica del agente encubierto junto con la entrega vigilada, para la investigación de estos delitos.

En segundo lugar, el Decreto Legislativo núm. 957 – Código Procesal Penal, de 29 de julio de 2004, recoge en su art. 341 las disposiciones relativas al agente encubierto y al agente especial. Según lo dispuesto en ese artículo, es el fiscal el que puede autorizar a miembros especializados de la policía nacional a actuar bajo una identidad supuesta. Los delitos para cuya investigación se puede recurrir a esta técnica son los propios de la criminalidad organizada, la trata de personas y los delitos contra la Administración Pública (entre estos últimos, p. ej., concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito). La infiltración tendrá una duración máxima de seis meses, prorrogable por periodos iguales. La información que obtenga el agente debe ser puesta a disposición del Fiscal a la mayor brevedad. Es posible ocultar su identidad también al terminar la investigación si corre peligro su vida, integridad física o libertad. Si la actuación del agente encubierto pudiera vulnerar derechos fundamentales, entonces se debe contar con la autorización del juez de investigaciones preparatorias (OEA, 2019: 54). El agente no tendrá responsabilidad por posibles delitos cometidos “siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una manifiesta provocación al delito”. El art. 341 también habilita al fiscal a utilizar la figura del “agente especial”, que según la norma es un “ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal”. En el caso de investigaciones por delitos contra la Administración Pública, pueden ser nombrados como agentes especiales funcionarios, servidores y particulares, que en ningún caso podrán provocar el delito. Ejecutada esta técnica, el juez penal competente tiene que confirmar la actuado.

En tercer lugar, la Ley núm. 30077 – Ley contra el crimen organizado, de 20 de agosto de 2013, permite el recurso a técnicas especiales de investigación siempre que resulten idóneas, necesarias e imprescindibles para el esclarecimiento de los hechos (art. 7). El art. 17 de la Ley se dedica a los agentes encubiertos, para cuya actuación se remite al art. 341, ya comentado, del Código Procesal Penal.

En cuarto lugar, la Ley núm. 30096 – Ley de delitos informáticos, de 22 de octubre de 2013, introduce en el ordenamiento peruano el agente encubierto informático, pero solo para ser utilizado en la investigación de los delitos previstos en esta ley, donde no está la corrupción ni el crimen organizado. Para el funcionamiento concreto del agente encubierto, la norma se remite al ya referido art. 342 del Código Procesal Penal.

Finalmente, el Decreto Legislativo núm. 1241 – Decreto legislativo que fortalece la lucha contra el Tráfico Ilícito de, de 25 de setiembre de 2015, describe las funciones de la policía nacional en su labor de prevenir, investigar y combatir el tráfico de drogas, entre las que está el agente encubierto (art. 15).

A la vista de lo expuesto hasta aquí, no se puede dudar de que Perú cumple con lo establecido en el párrafo primero de los art. 20 y 50 de las Convenciones de Palermo y Mérida. De hecho, desde la evaluación que se realizó al país sobre el cumplimiento de la Convención de Mérida en 2013, el país ha realizado diversas reformas legales en la materia, y las operaciones encubiertas se pueden llevar a cabo para investigar casos de corrupción, como pedía Naciones Unidas (2013b: 221). Sin embargo, no existe un desarrollo específico en la legislación peruana de la asistencia judicial mutua en relación con las operaciones encubiertas, lo cual es llamativo porque el Código Procesal Penal menciona en su art. 511, entre los actos de cooperación judicial internacional, algunas técnicas especiales de investigación, como la entrega vigilada de bienes delictivos (letra m), pero no dice nada de las operaciones encubiertas. Con todo, el art. 508 del mismo cuerpo legal deja la puerta abierta a la posibilidad de que vía tratados se amplíe el listado de actos de cooperación judicial internacional que se mencionan en el referido art. 511. Lo que sí prevé expresamente el Código Procesal Penal, en su art. 539, es el procedimiento para que la autoridad extranjera solicite la realización de diligencias en Perú, como podría ser una operación encubierta. Por vía diplomática o través de su autoridad central, se debe solicitar al Fiscal de la Nación, quien derivará la solicitud al juez de la investigación preparatorio del lugar donde deba realizarse la diligencia, dando previo traslado al Fiscal y a los interesados debidamente personados, para que decida. Su ejecución se condiciona al respecto a los derechos y

garantías del ordenamiento peruano. En la evaluación realizada ante la AIAMP, las autoridades peruanas no observaron problema para permitir la actuación de un agente policial extranjero en territorio peruano. Ello es así porque, aunque el policía extranjero sea un “civil” en territorio peruano, la legislación de Perú sí permite, como se ha visto, que puedan actuar como agentes encubiertos ciudadanos particulares, por lo que no hay escollo legal que impida actuar al policía extranjero en Perú, si bien, sus actuaciones deberán registrarse por el ordenamiento peruano, aunque podrán observarse formalidades del país requirente si no va contra la legislación interna. En estos casos, como respecto de los agentes encubiertos nacionales, lo autorizarán el fiscal provincial²².

6.6 *Análisis comparado*

De lo estudiando en este apartado se observa que los países latinoamericanos analizados tienen diferentes regulaciones en relación con la técnica investigativa de la operación encubierta, lo que puede ser un obstáculo para la cooperación internacional en la investigación de un caso de corrupción asociada al crimen organizado transnacional, tanto entre países de América Latina como, p. ej., entre cualquiera de estos países y los países europeos o Estados Unidos. La causa de estas discrepancias probablemente se asiente en el hecho de que en el ámbito de América Latina no existen más que meros instrumentos de *soft law*, que no tienen un verdadero efecto vinculante que haya llevado a modificar legislaciones internas y hacerlas más armonizadas. Un ejemplo de discrepancias es el listado de delitos para cuya investigación se puede recurrir a la técnica de las operaciones encubiertas. Los cinco países de referencia en este trabajo tienen limitado su uso a la investigación de determinados delitos. El problema que se plantea aquí es que en casi ninguno de esos listados se mencionan los delitos de corrupción. Solo Perú lo hace expresamente, aunque según la regulación de algunos otros, como México,

²² Las respuestas a la evaluación se pueden consultar de manera detallada en [https://www.aiamp.info/index.php/paises/peru/fichas-aiamp-peru/ agente-encubierto-per-3](https://www.aiamp.info/index.php/paises/peru/fichas-aiamp-peru/agente-encubierto-per-3)

sería posible el recurso a esta técnica si la investigación está vinculada al crimen organizado. Otra discrepancia tiene que ver con quién puede ser agente encubierto, pues mientras que en Argentina, Brasil y México tiene que ser un servidor público, en Chile y en Perú se acepta que sean particulares. Esto puede generar serios problemas de cooperación pues habrá Estados que no admitan una prueba obtenida en otro país por alguien que no tiene la condición de servidor público o más concretamente, de policía. Las diferencias también se aprecian en la duración que puede tener la operación encubierta en cada uno de los Estados.

Además de estas discrepancias, la cooperación internacional en una operación encubierta en dos o más de los Estados mencionados se complica por el hecho de que ninguno tiene una regulación específica en lo relativo a la cooperación internacional. Es decir, se debe llevar a cabo el clásico procedimiento de solicitud de asistencia jurídica mutua entre Estados, el cual, como es sabido, suele ser complejo y puede eternizarse. De ahí que deseable sería la adopción de una legislación al respecto que pudiera agilizar estos trámites, de manera similar a lo que ocurre en el ámbito de la Unión Europea, y que ya se ha comentado en el epígrafe anterior en la explicación sobre el caso español. También debería dejar claro esta legislación si un agente extranjero puede participar o no. En las regulaciones nacionales actuales no hay uniformidad. Por ejemplo, Chile y México no lo permiten. Esto puede dificultar la realización de la operación infiltrada pues puede que en ocasiones sea deseable la participación del agente extranjero que lleva tiempo siguiendo el caso y que tiene conocimientos detallados sobre el mismo. Por eso, se propondrá más adelante en las estrategias que se incluya esta posibilidad.

7. EL SISTEMA COLOMBIANO

7.1. *Desarrollo normativo*

Colombia es Estado parte en los siguientes instrumentos normativos analizados en el epígrafe cuarto de este capítulo: Convenciones de Naciones Unidas, Convenio de la OCDE y Convención interamericana contra la corrupción, referidas en el epígrafe 4 de este capí-

tulo. Además, el país ha firmado acuerdos en materia de asistencia jurídica mutua con todos los países que son objeto de estudio en este trabajo, excepto con Estados Unidos²³, como se puede ver en detalle en el Anexo 1²⁴.

La regulación de nuevas técnicas de investigación penal en el ordenamiento colombiano se halla en el la Ley 906 de 2004 por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, en concreto, en los arts. 241 a 242B. Ahí se distingue entre la infiltración como técnica y el agente encubierto como instrumento (Escalante Barreto, 2011: 85). El art. 241 otorga la facultad al fiscal para ordenar a la policía judicial realizar un análisis de la organización criminal a la que pertenezca el investigado, siempre que haya indicios razonables de su pertenencia, y para planificar la operación de infiltración. Es decir, antes de proceder a la infiltración del agente, es necesario: (a) un estudio previo de la organización; (b) una investigación en curso por unos hechos y elementos materiales probatorios de los que se pueda deducir la participación del investigado; (c) una orden fundamentada; y (d) finalidad investigativa, no preventiva (Escalante Barreto, 2011: 46). Una vez que se ha cumplido con el art. 241, hay que atender a lo dispuesto en el precepto siguiente, según el cual el fiscal podrá ordenar la utilización del agente infiltrado para la investigación, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, y siempre que la infiltración sea indispensable para el éxito de la investigación, es decir, siempre que no haya otra posibilidad de recabar información sobre la organización criminal a través de otros medios menos invasivo. Posteriormente, deberá plantearse la revisión de la

²³ Con Estados Unidos ha firmado acuerdos en materias más concretas como, p. ej., la extradición (Tratado de extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, de 14 de septiembre de 1979) y la entrega de personas a la Corte Penal Internacional (Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la entrega de personas de los Estados Unidos de América a la Corte Penal Internacional, de 17 de septiembre de 2003).

²⁴ También ha firmado este tipo de acuerdos con otros países que no son objeto de estudio en este trabajo: China, Cuba, Ecuador, El Salvador, Francia, Panamá, Paraguay, Reino Unido, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la operación encubierta.

La legislación de Colombia permite que sea agente encubierto un funcionario de la policía judicial o, incluso, un particular (art. 242 del Código de Procedimiento Penal). En el caso del policía judicial, se exige que para su selección el jefe de policía tenga en cuenta un estudio psicológico y su preparación, experiencia e idoneidad. Si no pudiera actuar como tal un policía judicial, se podrá designar a otro servidor público, que deberá mantener dependencia funcional con la unidad de policía judicial del caso a través de su agente de control (art. 9 de la Resolución de la Fiscalía General de la Nación 0-6351, por medio de la cual se fijan parámetros de actuación en las operaciones con agente encubierto de que tratan los arts. 241 y 242 de la Ley 906 de 2004, de 9 de octubre de 2008; en adelante Resolución 0-6351 de 2008). Además, en Colombia existe la figura del agente de control, un funcionario de policía que actúa de enlace entre el agente encubierto y el fiscal de conocimiento y el jefe del grupo de la policía judicial correspondiente, entre cuyas funciones están vigilar el cumplimiento de los deberes del agente infiltrado, transmitir la información que este reporte y procurarle protección (art. 3 Resolución 0-6351 de 2008). La actuación como agente encubierto es voluntaria y debe constar su aceptación expresa (art. 10 Resolución 0-6351 de 2008). En el caso de un particular, su uso será excepcional y no asumirá una nueva identidad, sino que actuará con la propia, aprovechando el hecho de que tenga vínculos de confianza establecidos o que los pueda establecer con la organización criminal (art. 9 Resolución 0-6351 de 2008). Sin duda, este es un punto polémico de la ley colombiana. De hecho, como se ha visto, pocos países aceptan que ciudadanos particulares puedan actuar como agentes infiltrados. Y es polémico no solo por lo riesgoso que puede ser, sino porque se habilita a un particular a restringir derechos fundamentales de otras personas, lo cual es verdaderamente llamativo en el estado de derecho (Escalante Barreto, 2011: 108-109). Además, tras la modificación operada por la Ley 1908 de 2018, por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones, se prevé expresamente un inciso final en el art 242 según el

cual también podrán actuar como agentes encubiertos los miembros de grupos delictivos organizados y de grupos armados organizados.

La duración de la operación encubierta no puede ser superior a un año, aunque es prorrogable por otro año más si se justifica debidamente (art. 242 del Código de Procedimiento Penal).

Los elementos probatorios y evidencias físicas recabadas por el agente infiltrado se podrán utilizar en el proceso penal establecida su autenticidad y sometidos a la cadena de custodia.

El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por actos que sean consecuencia directa de la operación, siempre que haya proporcionalidad y no constituya provocación o inducción a un delito (art. 12 Resolución 0-6351 de 2008)

La Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, adicionó el art. 242A al Código de Procedimiento Penal, según el cual también se permite la técnica de las operaciones encubiertas para la investigación de delitos de corrupción, aunque no tengan vinculación con la delincuencia organizada. En estos casos, se señala expresamente que el agente encubierto quedará exento de responsabilidad penal por posibles delitos contra la Administración Pública cometidos en coparticipación con la persona investigada, salvo que exista un verdadero acuerdo criminal ajeno a la operación encubierta.

En relación con la cooperación internacional en materia de técnicas especiales de investigación, la Resolución de la Fiscalía General de la Nación 0-6351 de 2008 fija los parámetros en este ámbito. La autoridad extranjera deberá remitir la solicitud a la Dirección de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de la Nación, que la enviará al Fiscal Jefe de la Unidad Nacional o al Director Seccional de Fiscalía respectivo, que la asignará al fiscal que asumirá su diligenciamiento (art. 19 Resolución 0-6351 de 2008). Si es Colombia quien pretender solicitar una operación encubierta en otro Estado, debe remitir la solicitud a través de dicha Dirección de Asuntos Internacionales (art. 20 Resolución 0-6351 de 2008).

Además, Colombia ha firmado convenios de cooperación judicial internacional en materia penal con todos los países que son objeto de este estudio, excepto con EE. UU., como se ha indicado anteriormente. En la mayoría de esos convenios no se hace referencia expresa a la cooperación en materia de operaciones encubiertas, lo cual debería revisarse en el momento actual para posibilitar una lucha más eficaz contra la corrupción asociada al COT. Solo se encuentra esta mención en el Protocolo adicional al Convenio de cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia, del año 2005, en virtud de cuyo art. 9 ambos Estados “podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen como infiltrados o con una identidad falsa”. El articulado del texto no ofrece mucho más detalle. Se limita a señalar que serán las autoridades competentes las que decidirán las condiciones, la duración y el régimen jurídico de los agentes infiltrados, según lo que disponga su Derecho interno, y que las investigaciones se llevarán a cabo de acuerdo con el ordenamiento y los procedimientos del Estado en cuyo territorio se actúe. Igualmente señala que las partes colaborarán en la preparación y supervisión de la operación encubierta, y adoptarán las medidas de seguridad que sean necesarias para la actuación de los agentes infiltrados.

Aparte del tratado con España, Colombia es Estado parte, como se ha indicado, en las convenciones de Naciones Unidas analizadas en el epígrafe cuarto de este capítulo, por lo tanto, puede tomarlas como base para la firma de acuerdos de cooperación judicial internacional para la investigación de corrupción y del crimen organizado transnacional, siguiendo lo dispuesto en el art. 20 de la Convención de Palermo y en el art. 50 de la Convención de Mérida.

Cuando se requiera cooperación internacional se deberá remitir la solicitud a la autoridad competente en la Fiscalía General de la Nación, en concreto, a la Dirección de Asuntos Internacionales, tal como establece la Resolución de 0-6351 de 2008. Y desde esta dirección se enviará al fiscal jefe de la unidad de policía judicial o al director seccional de fiscalías respectivo, que asignará al fiscal que asumirá su diligenciamiento. En relación con operaciones infiltradas en cooperación con otros Estados, las autoridades colombianas han

señalado que sí pueden participar agentes extranjeros en la operación llevada a cabo en territorio de Colombia²⁵.

7.2. Fortalezas y debilidades del sistema colombiano

Colombia se sitúa como uno de los países de América Latina que más avances ha realizado en relación al tema aquí objeto de estudio, junto con Perú, que también ha llevado a cabo una adaptación de su normativa interna a las exigencias internacionales. La situación de Colombia debe, sin duda, aplaudirse más aún si se tiene en cuenta que los instrumentos legales regionales no imponen obligaciones a este respecto, como se ha señalado. El país parece haber seguido, en relación con este tema, la estela de las Convenciones de Palermo y Mérida, que sí exigen a los Estados incorporar en sus legislaciones esta técnica para combatir los delitos a los que hacen referencia. De hecho, la evaluación realizada a Colombia sobre el cumplimiento de la Convención de Mérida reflejó que cumple con el art. 50 (Naciones Unidas, 2014b: 252). El país cuenta con una legislación específica en la materia y puede llevar a cabo acuerdo bilaterales o multilaterales al amparo de las Convenciones de Naciones Unidas. Con España, p. ej., ya ha firmado un convenio donde expresamente se incluye la cooperación en relación con operaciones infiltradas.

No obstante, lo anterior, se pueden realizar algunas críticas al sistema colombiano, como su permisividad sobre la actuación como agentes infiltrados de ciudadanos particulares, incluso quienes han sido miembros de organizaciones criminales. Dado que esta técnica es especialmente intrusiva en relación con los derechos fundamentales del investigado, sería deseable que el país limitara su uso a funcionarios públicos que cuenten con la suficiente formación y experiencia en la investigación de la corrupción y del crimen organizado.

²⁵ Las respuestas a la evaluación se pueden consultar de manera detallada en <https://www.aiamp.info/index.php/paises/colombia/fichas-aiamp-colombia/agente-encubierto-col-3>.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

8.1. Conclusiones

Los puntos fuertes de esta técnica especial de investigación para luchar contra la criminalidad organizada han sido evidenciados en este capítulo. Diversos organismos internacionales, así como quienes se dedican en la práctica a la investigación de este fenómeno coinciden en afirmar que el agente infiltrado es indispensable para recabar información sobre las organizaciones criminales y, eventualmente, para desmantelarlas. Dada la opacidad con la que se opera en el ámbito de la delincuencia organizada es altamente difícil obtener información y elementos probatorios a través de las técnicas investigativas tradicionales. En el delito concreto que nos ocupa, la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, esta técnica puede ser verdaderamente útil pues, de modo similar al crimen organizado, la corrupción —esté vinculada o no a aquél— reviste la característica de la opacidad, por lo que es difícil tener conocimiento de la comisión de un delito y, una vez conocido, es complejo obtener información al respecto. De ahí que la labor del agente infiltrado pueda ser muy relevante para la obtención de información que se pueda usar en el procedimiento penal.

Este capítulo pone el foco en un aspecto concreto de la corrupción asociada al crimen organizado: el carácter transnacional. Téngase en cuenta que —como señala el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción— la corrupción ha dejado de ser un fenómeno local para convertirse en un fenómeno transnacional. Por tanto, para combatirlo es indispensable la colaboración entre los Estados. De ahí que se haya planteado en este capítulo el recurso a las operaciones encubiertas en el plano de la cooperación interestatal. En este sentido, tanto la normativa internacional como nacional han realizado avances al respecto en las últimas dos décadas, si bien aún queda mucho por hacer. En el ámbito internacional, como se ha indicado, los instrumentos más avanzados son los del ámbito europeo, en donde se detalla algo más cómo debe llevarse a cabo la cooperación entre los Estados a la hora de recurrir a las operaciones encubiertas, aunque ciertamente no se precisa tanto como,

p. ej., respecto a los equipos conjuntos de investigación estudiados en el capítulo anterior. En el ámbito de América Latina no se cuenta con instrumentos vinculante en la materia, lo que sin duda puede ralentizar la cooperación entre los Estados a la hora de investigar el crimen organizado. En todo caso, los países de América Latina sí están vinculados por las Convenciones de Palermo y Mérida, que ofrecen una base legal en la que apoyarse para elaborar acuerdos en relación con operaciones encubiertas para investigar los delitos que son objeto de estas convenciones, aunque dejan todo el contenido de los acuerdos a la voluntad de los Estados, que tienen un amplio margen de maniobra.

A la vista de lo expuesto se ofrecen a continuación algunas propuestas para mejorar la cooperación entre los Estados en el ámbito latinoamericano.

8.2. Recomendaciones para América Latina

El punto de partida en el ámbito latinoamericano pasa por impulsar el consenso político que permita adoptar acuerdos bilaterales o multilaterales en la materia que nos ocupa. Como se ha comentado, existen entre casi todos los países analizados convenios en materia de asistencia jurídica mutua, pero en ninguno de ellos se habla de las operaciones encubiertas, salvo en el Protocolo adicional al Convenio de cooperación judicial entre España y Colombia. Por lo tanto, la primera estrategia que se propone pasa por modificar los acuerdos bilaterales existentes para incorporar referencias a esta técnica especial de investigación, con indicaciones precisas sobre qué debe contener el acuerdo de colaboración por el que se establezca una operación infiltrada (personas que van a intervenir, duración de la operación, control judicial de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, etc.).

La segunda estrategia consiste en la firma de acuerdos con otros países de la zona, con países europeos y con Estados Unidos, pues el crimen organizado no conoce fronteras, y los responsables de, p. ej., la corrupción asociada al crimen organizado transnacional, pueden encontrar en otros países un lugar para ocultarse o para ocultar los capitales de procedencia delictiva. La cooperación entre los Estados

es esencial para lucha contra este tipo de criminalidad. Estos acuerdos deben tener en cuenta lo propuesto en la primera estrategia respecto del contenido.

La tercera estrategia debe poner el foco en las legislaciones nacionales, pues, como se ha visto hay mucha disparidad entre ellas, p. ej., en cuanto a los delitos que pueden motivar el uso del agente encubierto, en cuanto a quién puede serlo (un funcionario público, un tercero, un agente extranjero), en cuanto a la duración de la operación, en cuanto a la autorización, en cuanto al control por el juez de garantías, etc. Todas estas divergencias pueden dificultar la cooperación jurídica internacional. Es por ello imprescindible uniformar cuestiones que se consideran esenciales como, p. ej., el listado de delitos a los que es aplicable esta técnica investigativa, en el cual debe incorporarse la corrupción. Igualmente es necesario que se permita la participación en la operación encubierta de un agente extranjero pues su presencia puede ser imprescindible para que los elementos probatorios puedan ser usados en un procedimiento penal en su país. Asimismo, consideramos que debe restringirse la figura del agente encubierto a servidores públicos, esencialmente, funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, con suficiente preparación y experiencia en el campo de la investigación de la criminalidad organizada y delitos conexos.

Por último, para una eficaz cooperación entre los Estados en la lucha contra la corrupción asociada al COT deben adoptarse una normativa minuciosa sobre la obtención de información y de elementos probatorios que pueden ser utilizados en un proceso penal en un país distinto de aquel en el que se recaban. Este punto puede ser uno de los principales escollos que se encuentren a la hora de firmar un acuerdo entre dos o más Estados para la realización de una operación encubierta, por lo que se deben detallar estas cuestiones para que no resulten menoscabados los derechos y las garantías de cualquier investigado en un estado de derecho, lo que en último término llevaría a la impunidad de los responsables pues los derechos y las garantías que le asisten deben ser las mismas que las de cualquier ciudadano, con independencia del delito cometido.

8.3. *Recomendaciones para Colombia*

Como se ha señalado, Colombia ha dado más pasos en materia de investigaciones encubiertas que el resto de los países del ámbito latinoamericano, razón por la cual, no todas las estrategias anteriores se entienden necesarias para Colombia. Sí sería deseable que Colombia llevara a cabo, sin embargo, las siguientes acciones:

1. Revisión de los acuerdos bilaterales en materia de asistencia jurídica mutua para regular el recurso a las operaciones encubiertas. Tendría que prestarse aquí especial atención al tema de la recopilación de elementos probatorios en un Estado diferente de aquel en el que se van a utilizar en el procedimiento penal, para que no se tornaran inútiles las investigaciones.
2. La legislación nacional debería revisarse para limitar la participación como agente encubierto a servidores públicos con suficiente formación y experiencia en el ámbito de la investigación del crimen organizado y delitos conexos, no permitiendo la participación de particulares en tanto que es una técnica especialmente invasiva en los derechos fundamentales de cualquier investigado.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Cardoso, F. (2012). *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca.
- Carrizo González-Castell, A. (2017). “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Vol. 3. Núm. 2. Pp. 511-536. <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/64>.
- Escalante, C. E. (2011). *Límites constitucionales a las actividades de indagación e investigación. El agente encubierto y la interceptación telefónica como instrumentos de política criminal eficientista y negación de los fundamentos del Estado Constitucional*. Bogotá: Ibáñez.

- Expósito, L. (2015). “El agente encubierto”. *Revista de Derecho UNED*. Núm. 17. Pp. 251-286. <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/16277>.
- García, B. (2009). “Técnicas de investigación de la delincuencia organizada: perspectiva penal”. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Núm. 20. Pp. 1-18. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5145753>.
- Gascón, F. (2001). *Infiltración policial y “agente encubierto”*. Granada: Comares.
- Hernández, J. R. (2018). “La anticorrupción en Colombia. El agente encubierto y la función de inteligencia”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*. Vol. 21. Núm. 41. Pp. 99-114. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2018000100099.
- Lafont, L. (2022). *El agente policial encubierto*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Molina, T. (2008). “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. Núm. XLI. Pp. 183-196. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2567878>.
- Núñez, M. A. & Guillén, G. (2008). “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas (1)”. *ADPCP*. Vol. LXI. Pp. 89-164. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3004311>.
- Rico, B. (2018). “El agente encubierto como herramienta procesal y probatoria contra el crimen organizado”. *Cuadernos de Política Criminal*. Núm. 125. Pp. 5-44.
- Rifá, J. M. (2011). “El testigo protegido y el agente infiltrado”. *La Ley Digital*. 17915/2011. Pp. 1-38.
- Valiño, A. (2016). “Una lectura crítica en relación al agente encubierto informático tras la Ley Orgánica 13/2015”. *La Ley Digital*. 1651/2016. Pp. 1-6.
- Zafra Espinosa de los Monteros, R. (2021). “El ciberagente en la lucha de la pornografía infantil”. En Martín, P. & Pérez, M. A. (eds.). *La administración de justicia en España y en América. José Martín Ostos (Liber amicorum)*. Sevilla: Astegi. Pp. 1973-1997.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Consejo de Europa. (1999). *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*. Estrasburgo. <https://rm.coe.int/16800cce441999>.

- Consejo de Europa. (2013). *Deployment of special investigative means*. Belgrado. <https://rm.coe.int/deployment-of-special-investigative-means-eng/16807828fa>.
- Consejo de la Unión Europea. (2000). *Informe explicativo del Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea. Texto aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000. 2000/C 379/02*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A42000Y1229%2802%29>.
- GAFISUD. *Grupo de Acción Financiera de Sudamérica. (2010). Informe de Evaluación Mutua. Anti Lavado de Activos y contra el Financiamiento del Terrorismo (3ra Roda). Chile*.
- Ministerio de Justicia y del Derecho & Fiscalía General de la Nación (1998). Acuerdo de cooperación en materia de asistencia jurídica entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Defensa Nacional & Fiscalía General de la Nación. (1997). Acuerdo de cooperación judicial y asistencia mutua en materia penal entre la Republica de Colombia y la República Federativa del Brasil.
- Ministerio de Justicia y del Derecho & Fiscalía General de la Nación (1997). Convenio de cooperación judicial en materia penal entre la Republica de Colombia y el Reino de España. Protocolo adicional de 12 de julio de 2005.
- Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Relaciones Exteriores & Fiscalía General de la Nación. (1997). Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre la Republica de Colombia y la Republica de Argentina.
- Ministerio de Justicia y del Derecho & Fiscalía General de la Nación (1994). Convenio entre la Republica de Colombia y la República del Perú sobre asistencia judicial en materia penal.
- Ministerio de Justicia y del Derecho & Fiscalía General de la Nación (1994). Memorándum de Entendimiento sobre cooperación judicial mutua entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Chile.
- Naciones Unidas. (2004). *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos*. Nueva York.
<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

- Naciones Unidas. (2006). *Manual de técnicas especiales de investigación. Agente encubierto y entrega vigilada*. UNODC. https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/Manual_Tecnicas_Especiales_de_Investigacion_Bolivia.pdf.
- Naciones Unidas. (2011). *Informe sobre el examen de Chile. Examen por El Salvador y Ucrania sobre la aplicación por parte de Chile del Capítulo III. "Penalización y aplicación de la ley" y del Capítulo IV. "Cooperación Internacional" de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York.
- https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_03_06_Chile_Final_Country_Report_Spanish.pdf.
- Naciones Unidas. (2011b). *Informe sobre el examen del país del Reino de España. Examen por Bélgica y Lituania sobre la aplicación de parte de España del Capítulo III. "Penalización y aplicación de la ley" y del Capítulo IV. "Cooperación internacional" de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York.
- https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_06_28_Spain_Final_Country_Report.pdf.
- Naciones Unidas. (2012a). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Segunda edición revisada. Nueva York.
- https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_legislativa.pdf.
- Naciones Unidas. (2012b). *Compendio de casos de delincuencia organizada. Recopilación comentada de casos y experiencias adquiridas*. Nueva York. https://www.unodc.org/documents/organized-crime/SpanishDigest_Final291012.pdf.
- Naciones Unidas. (2012c). *Review Report of the United States of America Review by Sweden and the Former Yugoslav Republic of Macedonia of the implementation by the United States of America of Articles 15-42 of Chapter III. "Criminalization and law enforcement" and Articles 44-50 of Chapter IV. "International cooperation" of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2010-2015*. Nueva York.
- https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_11_19_USA_Final_Country_Report.pdf.
- Naciones Unidas. (2013a). *Informe sobre el examen de Argentina. Examen por Panamá y Singapur sobre la aplicación por parte de Argentina de los artículos 15-42 del Capítulo III. "Penalización y aplicación de la ley" y artículos 44-50 del Capítulo IV. "Cooperación Internacional" de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York.

- https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2018_06_14_Argentina_Final_Country_Report.pdf.
- Naciones Unidas. (2013b). *Informe sobre el examen del Perú. Examen por el Estado Plurinacional de Bolivia y Ecuador sobre la aplicación por parte del Perú de los artículos 15-42 del Capítulo III. "Penalización y aplicación de la ley" y artículos 44-50 del Capítulo IV. "Cooperación Internacional" de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York. <https://uncaccoalition.org/files/official-documents/country-review-report-peru-spanish.pdf>.
- Naciones Unidas. (2014a). *Disposiciones legislativas modelo sobre la delincuencia organizada*. Viena. https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/12-54934_Ebook_S.pdf.
- Naciones Unidas. (2014b). *Informe sobre el examen de Colombia Examen por Honduras y Eslovenia sobre la aplicación por parte de Colombia de los artículos 15-42 del Capítulo III. "Penalización y aplicación de la ley" y artículos 44-50 del Capítulo IV. "Cooperación Internacional" de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York. <https://uncaccoalition.org/files/Cycle1-Country-Report-Colombia.pdf>.
- Naciones Unidas. (2015a). *Country Review Report on Brazil. Review by Haiti and Mexico of the implementation by Brazil of articles 15-42 of Chapter III. "Criminalization and law enforcement" and articles 44-50 of Chapter IV. "International cooperation" of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2010-2015*. Nueva York. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2017_01_19_Brazil_Final_Country_Report.pdf.
- Naciones Unidas. (2015b). *Informe sobre el examen de México Examen por Azerbaiyán y Perú sobre la aplicación por parte de México de los artículos 15-42 del Capítulo III. "Penalización y aplicación de la ley" y artículos 44-50 del Capítulo IV. "Cooperación Internacional" de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2016_06_17_Mexico_Final_Country_Report.pdf.
- Naciones Unidas. (2017). *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional*. Segunda edición. Viena. https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Estado_de_la_aplicacion.pdf.
- Naciones Unidas. (2020). *Cooperación internacional mediante técnicas especiales de investigación. Documento de antecedentes preparado por la Secretaría. CTOC/*

- COP/WG.3/2020/3*. Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. https://www.unodc.org/documents/treaties/International_Cooperation_2021/CTOC-COP-WG3-2020-3/CTOC_COP_WG.3_2020_3_S.pdf.
- OCDE. (2006). *Anual Report 2006*. Ediciones OCDE. París.
- OCDE. (2017a). *International co-operation in corruption cases*. Ediciones OCDE. París. <https://www.oecd.org/corruption/international-co-operation-in-combating-foreign-bribery.htm>.
- OCDE. (2017b). *La detección del cohecho internacional*. Ediciones OCDE. París. www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm
- OEA. (2019). *Guía práctica de técnicas especiales de investigación en casos de delincuencia organizada transnacional*. Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT). Secretaría de Seguridad Multidimensional (SMS). Washington. <https://www.oas.org/es/ssm/ddot/publicaciones/MANUAL%20GU%C3%8DA%20PR%C3%81CTICA%20WEB.PDF>.

Capítulo 9

Cooperación internacional para la recuperación y restitución de activos

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ*

1. INTRODUCCIÓN

La estrategia anticorrupción se focalizó tradicionalmente —en los primeros instrumentos normativos internacionales— en la represión penal de las conductas. Posteriormente la estrategia se amplió a la prevención, especialmente, tras la adopción de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida), que dedica todo su capítulo segundo a las medidas preventivas. La prevención y la sanción de las conductas de corrupción debe completarse en el momento actual con la neutralización de las

* Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) con premio extraordinario. Máster en intervención criminológica y victimológica por la Universidad Miguel Hernández (España). Actualmente es profesora contratada doctora en la Universidad de Deusto, y está acreditada en la figura de profesora titular por la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación - España). Sus investigaciones se centran en las siguientes temáticas: el delito de corrupción transnacional, el delito de trata de personas, el diseño de la política criminal basada en la evidencia y el Derecho Penal de la aporofobia, temas sobre los que posee diversas publicaciones. Tiene reconocidos dos sexenios de investigación por la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora - España). Ha sido investigadora principal de un proyecto financiado por el gobierno de España, y ha participado en proyectos competitivos de la Comisión Europea, del gobierno de España, de gobiernos autonómicos y de gobiernos extranjeros. También ha sido investigadora principal de un proyecto financiado por la fundación Aristos Campus Mundus. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Colonia (Alemania) y en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Parma (Italia). ORCID: 0000-0002-8836-5930.

ganancias que derivan de esos delitos, lo que se consigue a través del decomiso o de instituciones jurídicas similares, como la extinción de dominio. De este modo se trata de evitar o, al menos, dificultar, que los beneficios derivados de las actividades criminales se puedan invertir en nuevas actividades, sean estas ilícitas o lícitas. Es decir, se trata de prevenir que los rendimientos se utilicen, por ejemplo, para penetrar en la Administración Pública a través del soborno, o para invertirlos en la economía legal, lo que lleva a una distorsión del funcionamiento del mercado. Con el decomiso se persigue también desincentivar a potenciales delincuentes, mandando el mensaje de que no podrán disfrutar de los rendimientos económicos derivados del delito. La idea es que el delito no resulte provechoso o rentable, lo que se resume con la expresión inglesa *crime does not pay*.

Privado el delincuente de los rendimientos económicos de la corrupción, un paso más de la actual política criminal contra este tipo de delincuencia exige centrar la atención en la gestión de los activos de procedencia delictiva. Ciertamente, la función disuasoria y preventiva que cumple el decomiso se puede ver satisfecha tanto si se abandonan los bienes decomisados en un almacén como si se les da una utilidad. No obstante, si se hiciera lo primero se perdería la ocasión de ofrecer una solución más eficiente a los bienes decomisados (en términos puramente económicos), a la vez que se perdería la oportunidad de explicarle a la ciudadanía lo que se hace con tales bienes, lo cual puede contribuir a una mejor percepción de las autoridades encargadas de perseguir la criminalidad (Carrillo del Teso, 2018).

Para recuperar las ganancias procedentes de la delincuencia con fines de lucro o, más en concreto para el caso que nos ocupa, de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), se hace imprescindible la cooperación jurídica internacional (Rodríguez, 2017: 320), pues esos bienes se mueven —virtual o físicamente— de unos territorios a otros, lo que dificulta su identificación, su rastreo, su inmovilización, su confiscación y su devolución a los legítimos propietarios o a las víctimas. Es por ello indispensable que los Estados cooperen entre sí y asistan al Estado que asuma la jurisdicción en el asunto (Naciones Unidas, 2004: 180), y que además lo hagan de manera rápida y eficaz (Galain, 2021: 71). Lo que este

trabajo pretende es, precisamente, analizar las formas de cooperación jurídica internacional en materia de decomiso y restitución de activos procedentes de la corrupción vinculada al COT.

En concreto, el objetivo de este capítulo es responder al interrogante de si la cooperación jurídica internacional para la recuperación y la restitución de activos puede contribuir a combatir de forma idónea el fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional en América Latina, en general, y en Colombia, en particular. Para lograr este objetivo se ha considerado que la estructura más apropiada para este capítulo debe ser la siguiente. Tras la introducción, en la sección segunda se realiza un estudio comparado de las diferentes iniciativas internacionales y regionales que contienen medidas sobre la asistencia legal mutua en materia de recuperación y restitución de activos procedentes del delito. En concreto, se analizan, a nivel internacional, los instrumentos normativos de Naciones Unidas y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Y a nivel regional, los instrumentos normativos propios de América Latina y de Europa. En las secciones tercera y cuarta se lleva a cabo el análisis comparado de los diversos países que se han tomado como referencia para esta obra colectiva. Se estudia, respecto de cada país, su legislación en materia de asistencia jurídica mutua para la recuperación y restitución de los activos procedentes del delito. En concreto, en la sección tercera se analizan los países de referencia fuera del ámbito latinoamericano (España y Estados Unidos), y en la sección cuarta se analizan los países de referencia en el ámbito latinoamericano (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú). La sección quinta se dedica a Colombia, sección que finaliza con un análisis comparado entre este país y los estándares internacionales, y entre este país y los ordenamientos jurídicos nacionales estudiados en las secciones anteriores. La última sección ofrece unas conclusiones y una propuesta de estrategia integrada de acción para América Latina, en general, y para Colombia, en particular, en relación con la recuperación y la restitución de activos para una lucha más eficaz contra la corrupción asociada al COT.

2. REGULACIÓN EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y REGIONALES

2.1. *Instrumentos internacionales*

A nivel internacional, los instrumentos normativos de referencia en materia de crimen organizado transnacional y de corrupción son la Convención de Palermo y la Convención de Mérida, respectivamente, adoptadas en el seno de Naciones Unidas. Ambos textos dedican parte de su articulado a la regulación de las medidas de cooperación jurídica internacional que tienen como finalidad el decomiso y la devolución del producto del delito. Igualmente, contienen un minucioso elenco de disposiciones en materia de asistencia jurídica mutua en general, algunas de las cuales se vinculan a la temática de este capítulo. Más allá de Naciones Unidas, en el seno de la OCDE también existe un convenio vinculante en materia de corrupción con alguna referencia a la asistencia jurídica mutua. Estos tres instrumentos normativos se analizan en este epígrafe.

La Convención de Palermo, en su art. 13, dedicado a la cooperación judicial internacional con fines de decomiso, obliga a los Estados parte a dar curso a las solicitudes que reciban de otro Estado parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos, y a adoptar las medidas necesarias encaminadas a la identificación, localización y embargo preventivo del producto, bienes, equipo u otros instrumentos. Para ello, los Estados que reciban una solicitud de decomiso deben seguir una de las dos opciones que se mencionan en el precepto: (a) o bien el Estado parte requerido presenta directamente a sus autoridades competentes la orden expedida por el Estado parte requirente, para darle cumplimiento; (b) o bien el Estado parte requerido solicita a sus autoridades competentes una orden interna de decomiso a la que tendrán que dar cumplimiento en caso de concederse. La Convención ofrece estas dos alternativas para garantizar un cierto margen de flexibilidad a los Estados (Naciones Unidas, 2004: 121). A raíz de la solicitud, el Estado parte requerido debe adoptar las medidas necesarias para la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación de las ganancias del delito. Para proceder a la

cooperación entre Estados, se han de tener en cuenta las disposiciones del art. 18 del mismo cuerpo normativo, que alberga las normas sobre asistencia jurídica recíproca en general (no solo las referidas al decomiso).

El art. 13 continúa indicando cuál debe ser el contenido de la solicitud, en la que debe detallarse una descripción de los bienes susceptibles de decomiso y los hechos que motivan la solicitud de asistencia (párrafo 3). Además, el precepto detalla que la solicitud de cooperación podrá denegarse si no se trata de uno de los delitos comprendidos en la Convención. Finaliza el precepto (párrafo 9) solicitando a los Estados parte que consideren la posibilidad de celebrar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en la materia para aumentar la eficacia de la cooperación internacional. Nótese que tal como está redactado el párrafo 9, los Estados podrían considerar la posibilidad de celebrar tratados acuerdos o arreglos, y rechazarla, y aun así estarían dando cumplimiento a la Convención en este punto. La Convención podría haber sido más exigente en este punto para buscar una mayor eficacia de la cooperación entre los Estados.

El art. 18 de la Convención de Palermo, como se acaba de señalar, contiene las disposiciones relativas a la asistencia judicial recíproca, en nada menos que treinta numerales. El precepto comienza instando a los Estados parte a prestarse la más amplia asistencia judicial recíproca (párrafo 1) para lograr diversos fines, entre los que se encuentran los siguientes relacionados con el tema objeto de este capítulo (párrafo 3):

1. Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos.
2. Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles.
3. Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios.

Además, los Estados parte podrán transmitir información sobre cuestiones penales a la autoridad de otro Estado parte, aunque no se les haya solicitado, si con eso se puede ayudar en la investigación

penal (párrafo 4). Es decir, se insta a la transmisión espontánea de información entre las partes, lo que puede llevar después a la solicitud formal de asistencia legal mutua. El precepto también indica que no se podrá invocar el secreto bancario para denegar la asistencia (párrafo 8), en tanto que el intercambio de información financiera se considera esencial para perseguir eficazmente los delitos que tiene una finalidad de lucro y para decomisar las ganancias del delito (Naciones Unidas, 2004: 187). De hecho, los ordenamientos jurídicos que hasta ese momento permitieran invocar el secreto bancario para denegar información financiera, tendrían que ser modificados (Naciones Unidas, 2004: 187; Naciones Unidas, 2012: 181)¹. Sí permite la Convención que se deniegue la asistencia invocando la ausencia de doble incriminación, aunque los Estados podrían asistir a discreción propia cuando la conducta no sea delito en el Estado requerido (párrafo 9).

El precepto señala también que las solicitudes de asistencia judicial recíproca se deberán canalizar a través de la autoridad central nombrada a tal efecto, y se precisa detalladamente cuál ha de ser el contenido de la solicitud en los párrafos 13 a 15. Los motivos para la denegación de la asistencia se recogen en el párrafo 21: que no se respete lo dispuesto en el art. 18, que lo solicitado menoscabe la soberanía del Estado, su seguridad, orden público u otros intereses fundamentales; que el Estado parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, y que acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado parte requerido. No se podrá denegar por el hecho de que el delito “[...] también entraña asuntos fiscales” (párrafo 22). En todo caso, antes de denegar la solicitud, se consultará al Estado parte requirente para considerar si es posible atender la solicitud supeditándola a las condiciones que estime necesarias (párrafo 26).

La asistencia judicial recíproca debe ser pronta para que sea eficaz, por ello dice la Convención que deberá realizarse “lo antes po-

¹ De hecho, cuando ese motivo de denegación se reconociera en tratados de asistencia judicial recíproca ratificados por algún Estado parte, el acto de ese Estado al convertirse en parte de la Convención contra la Delincuencia Organizada lo invalida automáticamente (Naciones Unidas, 2004: 187).

sible” (párrafo 24). Sin embargo, queda a la total discreción de los Estados establecer los plazos. Como se verá *infra* sección 4, las legislaciones nacionales suelen ignorar el tema de los plazos, lo que puede demorar en exceso la asistencia y, en consecuencia, hacer que la investigación penal sea deficiente.

Un tema controvertido en la cooperación jurídica internacional es el de los gastos. El párrafo 28 establece contiene algunas indicaciones sobre los gastos que ocasione el cumplimiento de la solicitud de asistencia, indicando que correrán por cuenta del Estado parte requerido a menos que se pacte otra cosa. Además, se pide a los Estados que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales sobre este aspecto (párrafo 30).

La estrategia contra la criminalidad con fines de lucro no se agota en el decomiso de las ganancias del delito. Es necesario también dar un destino a los bienes decomisados. A esto se refiere el art. 14 de la Convención de Palermo. La Convención pide, en este punto, que, en la medida que lo permita el derecho interno, se dé consideración a una opción específica: “[...] la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos”. De hecho, el art. 25.2 del mismo cuerpo normativo obliga a los Estados parte a establecer un procedimiento para que las víctimas de los delitos objeto de la Convención puedan obtener una indemnización y la restitución de sus bienes. Nótese que este último artículo no pide a los Estados que se garantice la indemnización y restitución, sino que se prevea un procedimiento para poder reclamar la indemnización (Naciones Unidas, 2004: 137). Además, el art. 14 solicita a los Estados parte que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos en esta materia para establecer cómo proceder con el producto decomisado, lo que puede incluir, por ejemplo, dedicar los bienes o los fondos derivados de su venta a prestar asistencia técnica a países en desarrollo y a países con economías en transición para ayudarles a satisfacer sus necesidades relacionadas con la aplicación de la Convención; aportar esos fondos a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la criminalidad organizada, o repartirse con otros Estados parte los bienes o los fondos derivados de la venta.

La Convención de Mérida, a diferencia de la Convención de Palermo, incluye entre sus finalidades, una referencia explícita a la recuperación de activos procedentes los delitos recogidos en el texto. Su art. 1.b) señala que es una finalidad de la Convención “Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos”. Y en su capítulo V, dedicado por entero a la recuperación de activos, la mayor parte del articulado se dedica, precisamente, a la cooperación jurídica internacional en este ámbito.

Antes de llegar al capítulo V, la Convención de Mérida recoge en su art. 46 las disposiciones genéricas sobre asistencia legal mutua: treinta numerales coincidentes casi en su totalidad con el art. 18 de la Convención de Palermo. De hecho, solo difieren en dos puntos:

1. El art. 46.3 de la Convención de Mérida habla de los fines para los cuales habrá de prestarse la asistencia judicial recíproca. Junto a los fines mencionados en la Convención de Palermo, aparecen aquí otros dos relacionados con la recuperación de activos: identificar, embargar con carácter preventivo y localizar el producto del delito, de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la Convención; y recuperar los activos de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la Convención.
2. A diferencia de la Convención de Palermo, que aboga por el requisito de la doble incriminación para atender solicitudes de asistencia jurídica mutua, la Convención de Mérida es más laxa en este punto. El párrafo noveno del art. 46 comienzo señalando que, aunque no se cumpla el requisito de la doble incriminación, las Partes tendrán en cuenta las finalidades de la Convención para prestarse asistencia. Además, les insta a prestarse auxilio con respecto a medidas no coercitivas, aunque no exista la doble incriminación, siempre que ello esté en consonancia con su derecho interno. La asistencia se podrá negar en asuntos *de minimis* (Naciones Unidas, 2012: 176).

En materia de recuperación de activos, la Convención de Mérida es mucho más avanzada que la Convención de Palermo. Téngase en cuenta que el primer precepto del capítulo V, el art. 51, considera

que la restitución de los activos procedentes de los delitos de corrupción es un “principio fundamental” de la Convención y obliga a los Estados parte a prestarse “[...] la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto”. Para poder restituir los bienes a sus legítimos propietarios, incluido el Estado, o a las víctimas, es necesario que previamente se hayan recuperado esos bienes. A estos dos aspectos se dedica el capítulo V: a la recuperación y a la restitución. Si se pone el foco en las medidas de cooperación internacional para los fines de decomiso y para la restitución de los activos, se pueden destacar las siguientes. El art. 53 se centra en las medidas de recuperación directa de bienes, imponiendo a los Estados parte la obligación de adoptar medidas para que otros Estados parte puedan iniciar un litigio civil para la recuperación de activos. Los arts. 54 y 55, por su parte, prevén los procedimientos de cooperación internacional en materia de decomiso.

El art. 54 se centra en un grupo concreto de casos, aquellos en los que se han adquirido bienes mediante la comisión de un delito objeto de la Convención. Es decir, se refiere el art. 54 al decomiso basado en condenas por blanqueo de capitales, y no a las condenas por los delitos precedentes (Naciones Unidas, 2012: 224). La primera obligación que impone el art. 54, párrafo primero, es la de reconocer y dar curso a toda orden de decomiso dictada por un tribunal extranjero, siempre que tenga competencia penal (Naciones Unidas, 2012: 228). La segunda obligación es la de adoptar medidas para ordenar el decomiso de los bienes de origen extranjero en una sentencia relativa a un delito de blanqueo o cualquier otro sobre el que pueda tener jurisdicción, o mediante otros procedimientos de su derecho interno. También impone el art. 54, en el párrafo segundo, la obligación de adoptar medidas para que las autoridades competentes pueden efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes dictada por la autoridad competente del Estado requirente o en cumplimiento de una solicitud, siempre que, en ambos casos, haya razones suficientes para adoptar esas medidas.

El art. 55 impone obligaciones a los Estados parte en materia de asistencia mutua “[...] en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno”. En concreto, el Estado parte que reciba una solicitud de asistencia deberá, o bien reconocer y ejecutar

la orden de decomiso extranjera, o bien remitir a sus autoridades competentes la orden de decomiso interna basada en la información proporcionada por el otro Estado parte a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento (Naciones Unidas, 2012: 224). A continuación, el precepto indica cómo proceder en cualquiera de los dos casos. Esto es, una vez presentada la solicitud, el Estado parte requerido “[...] adoptará medidas encaminadas a la identificación, localización y el embargo preventivo o la incautación” de las ganancias y los instrumentos. Se señala también en el precepto cuál ha de ser el contenido de la solicitud, a la vez que se dan indicaciones sobre la denegación y sobre el levantamiento de las medidas cautelares (que únicamente procederán cuando el Estado parte requerido no reciba pruebas suficientes u oportunas, o cuando los bienes sean de escaso valor), y sobre el respeto a los derechos de terceros de buena fe.

Finalmente, dentro del capítulo V, el art. 57 contiene las disposiciones sobre la restitución y la disposición de los activos recuperados. La cuestión a debate en este punto es si los Estados adquieren derechos básicos de propiedad mediante el decomiso, o si los activos son propiedad de los Estados víctimas que solicitan su repatriación. La respuesta dependerá del delito del que proceden los bienes, pues en el caso de la malversación de fondos públicos, la Convención deja claro que la propiedad es del Estado al que le fueron sustraídos, pero en otros casos, tal vez se solicite una indemnización en lugar de una restitución de la propiedad (Naciones Unidas, 2012: 237). En concreto, señala el precepto que se procederá del siguiente modo:

1. En caso de delito de malversación, se restituirán los bienes decomisados al Estado parte requirente, cuando exista una sentencia firme del requirente, aunque el Estado parte requerido puede renunciar a este requisito.
2. En otros delitos objeto de la Convención, se restituirá al Estado parte requirente si hay sentencia firme (se puede renunciar a este requisito) y cuando el requirente acredite razonablemente su propiedad anterior de los bienes decomisados, o el requerido reconozca los daños causados al requirente como base para la restitución.

3. En los demás casos se dará restitución prioritaria a la restitución al Estado parte requirente, a la restitución a los legítimos propietarios o a la indemnización a las víctimas. Y, en todo caso, el requerido se puede deducir los gastos razonables derivados de la investigación o las actuaciones judiciales.

A nivel internacional, existe otro instrumento normativo relevante en materia de corrupción fuera del ámbito de las Naciones Unidas. Se trata de la Convención de lucha contra el soborno de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptada en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico el 21 de noviembre de 1997 (en adelante, Convención OCDE). Este instrumento normativo también insta a los Estados parte a prestarse asistencia jurídica pronta y eficaz en relación con las investigaciones por delitos comprendidos en la Convención. Sin embargo, no establece una regulación detallada acerca de la asistencia en materia de embargo, decomiso y restitución de los activos procedentes del delito. La única instrucción que se señala al respecto es que la asistencia judicial no podrá negarse con base en el secreto bancario, disposición que, como se ha visto, y se verá, se reitera en todos los instrumentos internacionales y regionales en materia de corrupción y de crimen organizado.

2.2. Instrumentos regionales

2.2.1. Ámbito latinoamericano

En el ámbito latinoamericano, el instrumento normativo de referencia en materia de corrupción es la Convención Interamericana contra la Corrupción del año 1996 (en adelante, Convención de Caracas). Este instrumento obliga a los Estados parte a prestarse “[...] la más amplia asistencia recíproca”, dando curso a las solicitudes de las autoridades que, en cada país, tengan facultades para investigar y enjuiciar los hechos de corrupción que se recogen en la Convención, para obtener elementos de prueba y para realizar otros actos que faciliten la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción (art. XIV).

El art. XV de la Convención es el que recoge las medidas sobre bienes, aunque su contenido no es muy prolijo. El precepto insta a los Estados parte a prestarse la más amplia asistencia “[...] en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes” siempre “[...] [d] e acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia” entre las partes. La disposición sobre tales bienes, con independencia de si la sentencia es nacional o extranjera, se llevará a cabo según el derecho interno. La Convención no es muy detallada en relación con el destino de los bienes. Simplemente indica que se podrán transferir total o parcialmente a otro Estado parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales, en la medida en que lo permita su legislación. Como se verá en la sección 4, los Estados de la región latinoamericana no tienen una regulación unánime al respecto. Solo algunos permiten expresamente la transferencia del dinero o los bienes decomisados. Finalmente, el art. XVI prohíbe alegar el secreto bancario para negar la asistencia judicial mutua, de conformidad con su derecho interno y con tratados bilaterales o multilaterales que pudieran existir.

Más allá de este documento específico en materia de corrupción, en la región existen otros instrumentos normativos más genéricos sobre asistencia jurídica mutua, que pueden servir de base cuando lo que se solicita es el decomiso de bienes procedentes del delito, incluidos los delitos de corrupción. La Convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, del 23 de mayo de 1992 (en adelante, Convención de Nassau), se aplica, entre otros actos, a la práctica del embargo y secuestro de bienes, la inmovilización de activos y la asistencia en procedimientos relativos a la incautación (art. 7.d). El art. 5 obliga a los Estados a prestarse asistencia, aunque el hecho no sea punible en el Estado requerido. Es decir, la Convención aboga por no exigir la doble incriminación, salvo que la medida de asistencia solicitada sea el embargo y secuestro de bienes como medida coercitiva que es. El art. 9 recoge los motivos por los cuales la solicitud de asistencia se puede denegar: principio *non bis in idem*, principio de no discriminación, delito político, afectación al orden

público, la soberanía, la seguridad o los intereses públicos fundamentales, etc. La asistencia será facultativa en el caso de los delitos tributarios salvo “si el delito se comete por una declaración intencionalmente falsa efectuada en forma oral o por escrito, o por una omisión intencional de declaración, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito comprendido en la presente Convención” (art. 9).

Las solicitudes de asistencia se realizarán por escrito y se ejecutarán conforme al derecho interno del Estado requerido, aunque “[...] [e]n la medida en que no se contravenga la legislación del Estado requerido, se cumplirán los trámites mencionados en la solicitud de asistencia en la forma expresada por el Estado requirente” (art. 10). Los gastos de la asistencia correrán a cargo del Estado requerido salvo los honorarios de los peritos y los gastos de viaje y conexos provenientes del traslado de personas, que serán abonados por el Estado requirente. Si hubiera gastos extraordinarios, los Estados se consultarán para tomar una decisión (art. 29).

El art. 13 obliga a los Estados a cumplir la solicitud relativa al registro, embargo, secuestro y entrega de cualquier objeto de otro Estado, si la autoridad competente determina que la solicitud contiene la información que justifique la medida propuesta. Dicha medida se regirá por la ley procesal y sustantiva del Estado requerido, que deberá proteger los intereses de terceros sobre los objetos que hayan de ser trasladados.

En el MERCOSUR, desde su creación estuvo clara la idea de que la integración económica debía ir acompañada de la integración jurídica (Cano Linares, 2008: 49). En el tratado para su constitución² ya se hablaba de armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración (art. 1). Para alcanzar ese objetivo se han ido adoptando diversos tratados internacionales. El 26 de junio de 1996 se adoptó el Protocolo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales (en adelante, Protocolo

² Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, de 26 marzo 1991.

de San Luis). Su ámbito de aplicación incluye, entre otras cuestiones, las medidas cautelares sobre bienes, la incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar, y el aseguramiento de bienes a los efectos del cumplimiento de sentencias judiciales que impongan indemnizaciones o multas (art. 2). Las disposiciones son muy similares a las de la Convención de Nassau. Los Estados están obligados a prestarse asistencia aun cuando la conducta que motiva la medida no sea delito en el Estado requerido. El art. 5 recoge motivos de denegación, como el hecho de que la medida tenga su causa en un delito político o en un delito tributario, o cuando la persona respecto de la cual se solicita la medida ya haya cumplido condena o haya sido absuelta, o cuando el cumplimiento de la solicitud sea contrario a la seguridad, al orden público o a otros intereses esenciales del Estado requerido. El art. 6 contiene las indicaciones sobre la forma y el contenido de la solicitud de asistencia.

Una vez recuperados los bienes procedentes del delito, los Estados se han de plantear qué hacer con esos bienes. Al respecto, señala el art. 24 del Protocolo de San Luis que los Estados dispondrán de los mismos según su legislación interna. Si sus leyes lo permiten, el Estado parte requerido podrá transferir al requirente los bienes decomisados o el producto de su venta.

En el marco de Mercosur, el 28 de febrero de 2002 se adoptó el Acuerdo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile, con idénticas disposiciones a las del Protocolo de San Luis explicadas en las líneas precedentes.

En el ámbito iberoamericano —más que latinoamericano— existen otras iniciativas para fomentar la asistencia legal mutua entre Estados. Probablemente la más conocida y exitosa es la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, conocida como IberRed³. Se trata de un espacio de cooperación en materia penal y civil en el que participan 22 países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones y el Tribunal Supremo de Puerto Rico. En concreto, IberRed reúne a los Ministerios de Justicia, a los Ministerios Públicos y Fiscalías Generales, y a los Poderes Judiciales de los países que la

³ Vid.: <https://iberred.notariado.org/>

conforman⁴, a través de sus puntos de contacto, así como a las autoridades centrales, a través de sus enlaces.

IberRed nació en el año 2004 gracias al impulso de la Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos (COMJIB)⁵, la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI)⁶ y la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP)⁷. IberRed persigue dos objetivos: (a) optimizar la cooperación jurídica en materia penal y civil entre los países iberoamericanos para contribuir al buen desarrollo de los procedimientos que tengan una incidencia transfronteriza y a la agilización de solicitudes de cooperación jurídica, y para mejorar la aplicación efectiva y práctica de los convenios de cooperación en vigor entre Estados Iberoamericanos; y (b) establecer y mantener actualizado un sistema de información sobre los diferentes sistemas legales de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

En 2019 se abrió a la firma el Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales (en adelante, Tratado de Medellín). La adopción de ese tratado supuso un importante hito en la historia de IberRed pues, a partir de ese momento, las solicitudes de asistencia entre las autoridades centrales de los Estados parte son jurídicamente válidas sin necesidad del envío físico posterior si se realiza a través de la plataforma “Iber@”, siempre que el tratado en vigor entre las partes permita la comunicación directa entre autoridades centrales. El Tratado de Medellín constituye un paso muy importante en la configuración del Espacio Judicial Iberoamericano. Además, al tratado se pueden unir países más allá de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, pues lo que se pretende es ampliar la cooperación jurídica internacional al mayor número posible de Estados, haciendo más ágiles los trámites de la cooperación, disminuyendo los tiempos y abaratando los costes.

⁴ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

⁵ Vid.: <https://comjib.org/>

⁶ Vid.: <https://www.aiamp.info/>

⁷ Vid.: <http://www.cumbrejudicial.org/>

2.2.2. **Ámbito europeo**

En el ámbito europeo, el análisis de los instrumentos normativos se divide entre los que proceden del Consejo de Europa y de la Unión Europea (UE). En el primer bloque, son dos los instrumentos de referencia: la Convención penal sobre la corrupción, del año 1999, por dedicarse a la modalidad delictiva que nos ocupa, y el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo, del año 2005 (en adelante, Convenio de Varsovia), por dedicarse a la recuperación de los activos procedentes del delito. En la UE, el instrumento de referencia es el Reglamento (UE) 2018/1805 sobre reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso. Los tres documentos se analizan en los siguientes epígrafes.

A) Consejo de Europa

La Convención penal sobre la corrupción insta a los Estados parte, en su art. 23, a adoptar toda una serie de medidas para facilitar el decomiso del producto del delito, a la vez que les pide que cooperen entre sí para este fin. Para ello, si no existe tratado entre ellos, habrán de seguir lo previsto en los arts. 26 a 31 de la Convención. El art. 26 obliga a los Estados parte a prestarse “[...] la asistencia mutua más amplia posible para tramitar sin dilación las solicitudes dimanantes de las autoridades competentes” para investigar y perseguir los delitos objeto de la Convención. Nótese que el precepto recalca que la asistencia sea sin dilación. Este mandato es significativo pues una cooperación rápida es lo que permitirá tener éxito en materia de decomiso, en tanto que son muchas las ocasiones en las que el procedimiento de localización, embargo y decomiso se puede demorar cuando hay más de un Estado implicado, con las indeseables consecuencias que ello puede tener, como la pérdida de los bienes; de ahí que la Convención ponga el foco en esta idea de la pronta asistencia (Consejo de Europa, 1999: 124).

La Convención penal sobre la corrupción del Consejo de Europa no concreta mucho más en la materia que nos ocupa, simplemente recoge como motivo de denegación el hecho de que la asistencia

podiera afectar a los intereses fundamentales del Estado, a su soberanía nacional, a su seguridad nacional o al orden público. Asimismo, señala que no podrá alegarse el secreto bancario para negarse a cooperar con otro Estado.

Finalmente, esta Convención no contiene disposiciones sobre la gestión o el destino de los bienes decomisados.

En el marco del Consejo de Europa, existe un instrumento normativo que se centra, precisamente, en el embargo y el decomiso de los bienes derivados del delito. No se refiere a la corrupción o al crimen organizado, sino a cualquier delito. Se trata del Convenio de Varsovia, como se ha mencionado. Este documento es la actualización del Convenio de Estrasburgo o Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, de 8 de noviembre de 1990. En materia de cooperación judicial internacional ambos instrumentos son muy similares, por lo que únicamente será analizado el más reciente. El art. 15 del Convenio de Varsovia recoge los principios generales y medidas de la cooperación internacional, en virtud de los cuales, los Estados parte cooperarán entre sí todo lo posible en relación con las investigaciones y procedimientos que tengan como objeto el decomiso de los instrumentos y el producto del delito, y adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para dar respuesta a las solicitudes de decomiso de bienes específicos que constituyan instrumento o productos del delito, o de bienes por valor equivalente; y a las solicitudes de asistencia en la investigación y medidas provisionales para llevar a cabo cualquier de esas formas de decomiso. El art. 16 obliga a las partes a prestarse la máxima asistencia posible para la identificación y localización de instrumentos, productos y otros bienes susceptibles de decomiso, lo que incluirá la adopción de medidas para proporcionar y asegurar las pruebas sobre estos bienes.

Los arts. 17 y 18 se refieren a las solicitudes de información sobre cuentas bancarias y sobre transacciones bancarias, respectivamente, que pueden ser muy relevantes para identificar y rastrear el producto del delito. Al respecto, los Estados parte se obligan a transmitir esos datos, para lo cual, además de los requisitos generales de cualquier solicitud de cooperación, se debe precisar por qué se considera que la información solicitada es importante a los fines de la investigación

penal respecto del delito en cuestión. Incluso se podrá extender la cooperación a cuentas mantenidas en entidades financieras no bancarias. Las solicitudes de asistencia también podrán referirse al seguimiento de transacciones bancarias o de transacciones financieras de entidades no bancarias (art. 19). Además, las partes podrán suministrar espontáneamente información si entiende que eso podría ayudar al Estado que la recibe en alguna investigación o procedimiento, o que podría dar lugar a una solicitud de asistencia por dicho Estado parte.

El Convenio también obliga a los Estados parte a adoptar y ejecutar medias provisionales sobre los bienes con miras a un futuro decomiso si así se lo solicita otra parte, y no podrá levantar la medida sin dar oportunidad a la parte requirente de hacer alegaciones al respecto (arts. 21 y 22). Asimismo, obliga a los Estados responder a las solicitudes de decomiso de otra parte, bien dando ejecución a la orden de decomiso dictada por el tribunal de la parte requirente, bien presentando la solicitud a sus autoridades competentes con el fin de obtener la orden de decomiso y darle ejecución una vez obtenida (art. 23), de igual manera que se prevé en las Convenciones de Palermo y Mérida. El decomiso, que puede ser directo o por valor equivalente, se registrará por el Derecho interno del Estado parte requerido (art. 24).

De los bienes decomisados se dispondrá según la legislación interna del Estado que haya llevado a cabo el decomiso, teniendo en cuenta que será prioritaria, en la medida en que su derecho interno lo permita y así se le solicite, la devolución a la parte requirente para que esta pueda compensar a las víctimas o restituir esos bienes a sus legítimos propietarios. Además, se podrán celebrar acuerdos o arreglos que determinen el reparto de los bienes (art. 25).

Otros instrumentos del Consejo de Europa dedicados a la asistencia judicial mutua, mencionados en los dos capítulos anteriores de esta obra, no contienen, apenas, disposiciones específicas en materia de embargo y decomiso. El Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, de 20 de abril de 1959, simplemente indica que los Estados podrán establecer límites a la hora de cooperar en materia de embargo de bienes, al señalar que los Estados podrán someter a

condiciones la ejecución de comisiones rogatorias que tengan ese fin (art. 5)⁸.

B) Unión Europea

En el Consejo de Tampere de 15-16 de octubre de 1999, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones y sentencias judiciales se entendió como la “piedra angular” de la cooperación judicial europea, no solo en el ámbito penal sino también en el civil (conclusión núm. 33 del Consejo de Tampere). El reconocimiento mutuo se sustenta en dos conceptos: equivalencia y confianza. La equivalencia implica que el Estado requerido puede entender que la resolución del Estado requirente es equivalente a la resolución de sus órganos jurisdiccionales. Además, cada Estado miembro puede confiar en que los sistemas judiciales del resto de Estados miembros sigan los mismos principios y respetan los mismos derechos, pues todos son parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos y están vinculados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Carrillo del Teso, 2018: 263).

En materia de embargo y decomiso de bienes procedentes del delito, hay dos instrumentos normativos clave en la UE. El primero es la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE⁹. La Directiva parte del hecho de que el producto derivado del delito

⁸ Esas condiciones son las siguientes: (a) doble incriminación; (b) que la infracción pueda dar lugar a la extradición en el país requerido; y (c) que la comisión rogatoria sea compatible con la ley del Estado requerido. P. ej., Chile, uno de los países de referencia en esta obra, lo somete a la condición (c). Vid.: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=030&codeNature=2&codePays=CHI>. España, que también es país de referencia en esta obra, hizo la reserva a las tres letras. Vid.: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=030&codeNature=2&codePays=SPA>

⁹ Unión Europea. Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instru-

que se está recuperando a nivel UE es escaso en comparación con las estimaciones existentes sobre dicho producto (considerando 4 de la Directiva). Europol estima que solo se decomisa el 1% del producto del delito (Comisión Europea, 2020: 2). De ahí se deduce la necesidad de reforzar los procedimientos ya existentes. Para ello, la Directiva trata de armonizar los ordenamientos internos a través de normas mínimas que sirvan para aumentar la confianza mutua y la cooperación entre los Estados (considerando 5 de la Directiva)¹⁰. Las medidas relativas a la cooperación judicial internacional en esta materia no se encuentran, sin embargo, en la Directiva 2014/42/UE, sino en el Reglamento (UE) 2018/1805 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso, de 14 de noviembre de 2018¹¹. El Reglamento se aplica a las resoluciones de embargo y decomiso dictadas en el marco de un “procedimiento en materia penal” (art. 1)¹² y sin verificación de la doble incriminación si trae su causa en uno de los delitos castigados en el Estado de emisión (nótese que no se habla de Estado requirente, sino de Estado de emisión, lo que supone una evolución respecto de instrumentos normativos previos) con una pena máxima de, al menos 3 años, y se incluyen dentro del listado mencionado en el art. 3¹³. En ese listado se incluyen expre-

mentos y del producto del delito en la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea L 127, de 29.4.2014.

¹⁰ Lo mismo se pretendió, aunque no tuvo todo el éxito esperado, con la Decisión Marco 2005/212 del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Diario Oficial de la Unión Europea L 68, de 15.3.2005. Vid.: Casanueva Sanz et. al. (2018).

¹¹ Unión Europea. Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso. Diario Oficial de la Unión Europea L 303, de 18.11.2018.

¹² Se podría aplicar al decomiso sin condena siempre que se sustancie en un procedimiento penal.

¹³ El listado es el siguiente: pertenencia a una organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción, fraude, incluido el fraude y otros delitos que afectan a los intereses financieros de la Unión, tal y como se definen en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del

samente los delitos de corrupción y la pertenencia a organización criminal. En los capítulos II y III se detalla todo el procedimiento sobre transmisión, reconocimiento y ejecución de resoluciones de embargo y de decomiso, respectivamente.

La transmisión se realiza a través de un certificado que se envía directamente a la autoridad de ejecución o, en su caso, a la autoridad central. El certificado podrá enviarse, incluso, a varios Estados a la vez si la autoridad de emisión cree fundadamente que los bienes objeto de la resolución de embargo o de decomiso pueden estar localizados en diferentes Estados, o si se requiere la intervención de más de un Estado para proceder al embargo o decomiso.

La autoridad de ejecución debe reconocer toda resolución de embargo y de decomiso que se haya realizado siguiendo el procedimiento previsto en el Reglamento y ejecutarla, salvo que concurra algún motivo de denegación, entre los que se mencionan, por ejemplo, la vulneración del principio de *non bis in idem*, la existencia de in-

Consejo; blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro; delitos informáticos, delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, asesinato o lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal o toma de rehenes; racismo y xenofobia, robo organizado o a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas antigüedades y obras de arte; estafa, chantaje y extorsión, violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de productos, falsificación de documentos administrativos y tráfico de estos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros estimuladores del crecimiento, tráfico ilícito de materiales nucleares o sustancias radiactivas, tráfico de vehículos robados, violación, incendio voluntario, delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, secuestro de aeronaves y buques, sabotaje. Además, para otros no enumerados en ese listado, “el Estado de ejecución podrá supeditar el reconocimiento y la ejecución de una resolución de embargo o de una resolución de decomiso a la condición de que los hechos que hayan motivado la resolución sean constitutivos de un delito con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la forma en que se describa el delito en el Derecho del Estado de emisión” (art. 3.2 del Reglamento (UE) 2018/1805).

munidades o privilegios, o el carácter incompleto del certificado de embargo o de decomiso.

Se exige a los Estados que cumplan prontamente con la resolución de embargo, tal como procederían en un caso nacional. Recuérdese que asegurar unos bienes o activos en momentos iniciales de la investigación o del proceso puede ser determinante para su conservación y, eventualmente, poder hacer frente a un futuro decomiso. En el caso de la resolución de decomiso, se indica que deberán proceder lo antes posible, a más tardar, 45 días después de haber recibido el certificado. Nótese que es el primer instrumento legal supranacional que menciona un plazo concreto para ejecutar una solicitud de asistencia. Los anteriores contenían expresiones vagas como una asistencia “pronta” o “sin dilación”.

Se prevén también motivos para aplazar la ejecución de una resolución de embargo y de decomiso, por ejemplo, cuando la ejecución pudiera perjudicar una investigación penal en curso o cuando ya sean objeto de una resolución de embargo anterior o de un procedimiento de decomiso en curso en el Estado de ejecución.

Si se estima imposible la ejecución de una resolución de embargo o de decomiso, se informará sin demora a la autoridad de emisión. La no ejecución solo puede justificarse en causas tasadas en el Reglamento: los bienes ya han sido decomisados, han desaparecido, han sido destruidos, no se encuentran en el lugar indicado en el certificado o no se localizan porque no se ha indicado de manera precisa, a pesar de haber realizado consultas.

En las disposiciones generales se establece que la ejecución se regirá por el derecho del Estado de ejecución, y que las resoluciones sobre embargo y decomiso contra personas jurídicas se habrán de ejecutar, aunque el Estado de ejecución no reconozca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en general, o respecto del delito del que deriva la orden de embargo o decomiso, en particular. Asimismo, si un Estado recibe diferentes resoluciones y la persona no posee suficientes bienes allí, o si un Estado recibe diferentes resoluciones sobre un mismo bien, la autoridad de ejecución decidirá cuál ejecutar conforme a su derecho.

El Reglamento también establece qué hacer con los bienes embargados o decomisados, que deberán restituirse a la víctima, cuando en el Estado de emisión se haya dictado una resolución en este sentido. La restitución se podrá hacer, en caso necesario, a través del Estado de emisión (art. 30). De hecho, señala el considerando 45 del Reglamento que, en “las normas para la enajenación de los bienes embargados o decomisados deben dar prioridad a la indemnización y a la restitución de los bienes a las víctimas”. Si no es posible la restitución, pero se ha obtenido dinero como resultado de la ejecución, se transferirá a la víctima el dinero correspondiente, a modo de restitución a través del Estado de emisión. De igual manera se procederá si la decisión es indemnizar a la víctima. Sin perjuicio de lo anterior, los bienes que no sean dinero que se hayan obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso, se emplearán del siguiente modo: podrán venderse (y si la cantidad es inferior o igual a diez mil euros, revertirá al Estado de ejecución; si la cantidad es mayor, el Estado de ejecución transferirá el 50% al Estado de emisión), podrán transferirse al Estado de emisión, podrán emplearse de otra manera conforme a la legislación del Estado de ejecución, o podrán utilizarse para fines de interés público o fines sociales en el Estado de ejecución de conformidad con su Derecho, previo consentimiento del Estado de emisión.

2.3. Análisis comparado

A la hora de realizar el análisis comparado de los instrumentos analizados hasta el momento, la primera conclusión que puede extraerse es la gran dispersión normativa que existe. A nivel internacional, son los dos instrumentos de Naciones Unidas los más relevantes, pues la Convención OCDE apenas contiene disposiciones en materia de asistencia jurídica mutua en general; mucho menos en el ámbito concreto del decomiso y la recuperación de activos. A nivel regional, son diversos los instrumentos en vigor, tanto en el ámbito latinoamericano como en el europeo, con notables diferencias entre ellos. A todo ello hay que sumar multitud de tratados multilaterales y bilaterales firmados por los Estados.

Comenzando con los instrumentos procedentes de Naciones Unidas, aunque solo medien entre ellos tres años diferencia, se aprecia un notable avance en la Convención de Mérida en materia de asistencia jurídica mutua para los fines de recuperación y restitución de activos. Tanto es así que incluye en su art. 1, entre los fines de la Convención, una referencia a la cooperación internacional para recuperar activos procedentes de la corrupción, lo que refleja la importancia de esta cuestión para la Convención. Además, dedica todo un capítulo a esta materia, en el entendimiento de que la recuperación de activos es un principio fundamental de la Convención. También se aprecia una diferencia entre ambas convenciones cuando observamos las disposiciones genéricas sobre asistencia jurídica mutua pues, pese a que ambos textos recogen un artículo con treinta numerales, en la Convención de Mérida se mencionan expresamente, entre las medidas para las cuales los Estados han de prestarse asistencia, dos relacionadas con la materia que nos ocupa. En concreto, nos referimos a (a) identificar, embargar con carácter preventivo y localizar el producto del delito; y a (b) recuperar activos, ambas de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención. Además, dentro de las medidas sobre asistencia jurídica recíproca se aprecian algunas otras diferencias, por ejemplo, en relación con la doble incriminación. En la Convención de Mérida parece querer limitarse más la negativa a la cooperación internacional con base en la doble incriminación. En la UE no es necesario este requisito, siempre que el delito para el que se solicita la asistencia esté en el listado del Reglamento (UE) 2018/1805. Por ello, se insta a los Estados a que cooperen incluso con respecto a medidas coercitivas, aunque no se cumpla el requisito de la doble incriminación, siempre que el derecho interno lo permita. Sin embargo, siendo el decomiso una medida coercitiva, los Estados parte pueden denegar la asistencia si no se cumple este requisito y aun así estarían respetando las disposiciones de la Convención.

En lo relativo a la restitución de los activos procedentes del delito, la Convención de Mérida es mucho más detallada. En la Convención de Palermo se deja todo a los acuerdos que se celebren entre las partes, aunque, ciertamente, se señala que, en la medida en que lo permita el derecho interno, se dará consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al

Estado parte requirente para que pueda indemnizar a las víctimas o devolver el producto del delito o los bienes a sus legítimos propietarios. La Convención de Mérida deja menos margen de acción, obligando a los Estados, por ejemplo, en el caso de que el delito del que deriven los bienes sea la malversación o el blanqueo de fondos públicos malversados, a la devolución.

En el ámbito regional, las diferencias entre los instrumentos latinoamericanos y europeos son significativas, especialmente si, dentro de Europa, se pone el foco en la normativa de la UE. Los instrumentos analizados aplicables a los Estados latinoamericanos no son muy avanzados, lo que probablemente tenga su causa, entre otras razones, en que son los más antiguos, pues se adoptaron a primeros y mediados de los noventa. La Convención de Nassau obliga a los Estados a reconocer órdenes de embargo preventivo y de secuestro de bienes emitidas por otros Estados, siempre que se cumpla el requisito de la doble incriminación, pero no contiene indicaciones en su articulado sobre la disposición de los bienes. El Protocolo de San Luis es muy similar a la Convención de Nassau, con la excepción de que, al referirse a la disposición de los bienes decomisados, abre la puerta a la posibilidad de transferir a otros Estados los bienes decomisados o el producto de su venta, como también lo hace la Convención de Caracas. El avance en la región lo proporciona, sin duda, el desarrollo de IberRed, que sirve a la configuración de un Espacio Judicial Iberoamericano en el que la asistencia mutua sea mucho más ágil y eficaz.

Los documentos procedentes del Consejo de Europa se asemejan a las Convenciones de Palermo y Mérida en cuanto a la disposición que señala que los Estados que reciban una solicitud de decomiso habrá de darle curso bien ejecutándola directamente, bien solicitando a sus autoridades una orden interna que, en caso de concederse, se deberá dar cumplimiento. El Convenio penal sobre la corrupción no señala nada respecto a qué hacer con los bienes decomisados, mientras que el Convenio de Varsovia indica que deberá seguirse lo dispuesto en el derecho interno, aunque señala que se dará prioridad —siempre que lo permite ese derecho interno— a la devolución al Estado requirente para que compense a las víctimas o restituya los bienes a las víctimas o a los legítimos propietarios.

En Europa, el instrumento más avanzado es el Reglamento (UE) 2018/1805, pues, asentado sobre el principio de confianza mutua, contiene un sistema mucho más ágil que los instrumentos anteriores. En la UE, si la orden de embargo o decomiso deriva de un delito listado en el propio Reglamento (entre los que se incluye la corrupción), los Estados están obligados a ejecutarla sin comprobar la doble incriminación. Los motivos de denegación están muy tasados y relacionados con el estado de derecho como el respeto al principio de *non bis in idem*. También se puede denegar si se incumplen requisitos de forma como no usar el modelo diseñado al efecto o cumplimentarlo de manera incorrecta. En lo relativo a la disposición de los bienes decomisados, el Reglamento da prioridad claramente a la indemnización y restitución a las víctimas. Además, concreta algunas cuestiones que en los instrumentos anteriores solo se anuncian vagamente (p. ej., que la asistencia sea “pronta” o “sin dilaciones”). El Reglamento señala que una orden de decomiso deberá ejecutarse en el plazo de 45 días tras recibir el certificado.

En definitiva, existe gran dispersión normativa a nivel internacional y regional que puede llegar a ser un obstáculo para una asistencia jurídica mutua fluida, salvo en la UE. En la UE se ha diseñado un sistema mucho más ágil dentro del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. En el ámbito latinoamericano se ha avanzado a este respecto, especialmente con la creación y desarrollo de IberRed, un paso trascendental para el progreso hacia un verdadero Espacio Judicial Iberoamericano que permita una lucha más eficaz contra formas de delincuencia transfronteriza como la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

3. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

En este epígrafe se analiza la regulación en materia de asistencia jurídica mutua en los dos países de referencia en el ámbito no latinoamericano: España y Estados Unidos. En concreto, el foco se pone en la asistencia internacional en relación con el decomiso y la recuperación de los activos procedentes del delito. Se pretende poner de

manifiesto las similitudes y diferencias entre ambos ordenamientos a la luz de los compromisos internacionales y regionales asumidos por estos dos Estados.

3.1. España

España ha ratificado las Convenciones de Palermo y Mérida, y la Convención de la OCDE. También ha ratificado las Convenciones del Consejo de Europa analizadas en este trabajo (Convenio penal sobre la corrupción y Convenio de Varsovia). Asimismo, España se encuentra vinculada por la normativa de la UE. El país forma parte de diferentes organismos y redes internacionales que, o bien trabajan estrictamente en el ámbito de la recuperación de activos procedentes del delito, como la Iniciativa StAR (*Stolen Asset Recovery Initiative*)¹⁴, o bien se pueden utilizar para lograr esa finalidad en tanto que trabajan por la mejora de la asistencia jurídica mutua en general, como la ya mencionada Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed), la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust)¹⁵ y la Red Judicial Europea¹⁶. Además, la unidad de inteligencia financiera española (denominada, Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias – SEPBLAC¹⁷), forma parte del Grupo Egmont¹⁸, organismo entre cuyos fines está la cooperación internacional contra el blanqueo de capitales, el terrorismo y sus delitos conexos, como puede ser la corrupción.

En España, la cooperación judicial internacional en materia de embargo y decomiso de bienes procedentes del delito difiere si el Estado con el que se va a cooperar pertenece o no a la UE. Entre los Estados miembros de la UE, la norma nacional de referencia para

¹⁴ Vid.: <https://star.worldbank.org/>

¹⁵ Vid.: <https://www.eurojust.europa.eu/>

¹⁶ Vid.: https://e-justice.europa.eu/21/ES/european_judicial_network_in_civil_and_commercial_matters?init=true

¹⁷ Vid.: <https://www.sepblac.es/es/sobre-el-sepblac/unidad-de-inteligencia-financiera/>

¹⁸ Vid.: <https://egmontgroup.org/>

la cooperación judicial internacional es la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE (en adelante, Ley 23/2014)¹⁹. Cuando la cooperación implica a Estados que no pertenecen a la UE, se debe acudir a los clásicos mecanismos de cooperación judicial internacional, es decir, las comisiones rogatorias basadas en convenios internacionales, conocidas por su excesivo formalismo. No obstante, para los países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones se puede hacer uso de IberRed, lo que sin duda agiliza el proceso. Además, hay que tener en cuenta que España ha suscrito una multitud de tratados multilaterales y bilaterales en materia de asistencia jurídica mutua que permiten una comunicación directa entre autoridades centrales. Téngase en cuenta que conforme al art. 96 de la Constitución española, los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico nacional y son directamente aplicables.

Las autoridades centrales difieren, también, dependiendo de si el Estado implicado pertenece o no a la UE. En el primer caso, la comunicación se canaliza directamente a través de las autoridades judiciales. En el segundo caso, la autoridad central es el Ministerio de Justicia a través de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional.

La Ley 23/2014 pretendía una mejor transposición de la normativa de la Unión Europea, a la vez que intentaba disminuir la dispersión normativa y la complejidad existente en el ordenamiento español (Carrillo del Teso, 2018: 262). El art. 1 de la norma señala que, en aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales que rige en la UE “[...] las autoridades judiciales españolas que dicten una orden o resolución incluida dentro de la regulación de esta Ley, podrán transmitirla a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución”. Igualmente:

[...] las autoridades judiciales españolas competentes reconocerán y ejecutarán en España dentro del plazo previsto, las órdenes euro-

¹⁹ España. Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Boletín Oficial del Estado, núm. 282, de 21.11.2014. Vid.: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12029>

peas y resoluciones penales previstas en esta Ley cuando hayan sido transmitidas correctamente por la autoridad competente de otro Estado miembro y no concurra ningún motivo tasado de denegación del reconocimiento o la ejecución.

De todos los instrumentos de reconocimiento mutuo regulados en la ley, mencionados en su art. 2, aquí nos centraremos solo en las resoluciones de embargo y de decomiso, por el objeto de estudio de este capítulo²⁰. El título VII de la Ley contiene las disposiciones sobre las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. Estas resoluciones se podrán adoptar sobre cualquier tipo de bienes (materiales o inmateriales, muebles o inmuebles), así como sobre los documentos acreditativos de un título o derecho sobre ese bien (art. 143²¹). La autoridad competente para la emisión de esta resolución es el juez o tribunal que conozca del proceso en el que se debe adoptar la medida, así como el fiscal que dirija las diligencias de investigación respecto de medidas de aseguramiento de pruebas no limitativas de derechos fundamentales (art. 144.1). La autoridad competente para la ejecución de esta resolución es el juez de instrucción del lugar donde se encuentren los bienes o documentos objeto de aseguramiento o las pruebas que deben ser aseguradas, así como el fiscal para la ejecución de aquellas medidas relativas al aseguramiento de pruebas que puedan realizar dentro de sus competencias, esto es, sin limitar derechos fundamentales (art. 144.2). El art. 145 establece dos requisitos para la emisión de la resolución:

1. Que se haya dictado en un proceso penal por el Juez o Tribunal con el fin de proceder al posterior decomiso de bienes o para que surtan efectos como elemento probatorio, o que el Ministerio Fiscal haya adoptado la medida de aseguramiento

²⁰ El resto de instrumentos de reconocimiento mutuo son la orden europea de detención y entrega, la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, la resolución de libertad vigilada, la resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional, la orden europea de protección, la resolución por la que se imponen sanciones pecuniarias y la orden europea de investigación.

²¹ Todos los artículos que se mencionan en esta sección 3.1. se refieren a la Ley 23/2014, salvo que indique otra cosa.

de pruebas no limitativa de derechos fundamentales en unas diligencias de investigación.

2. Que conste indiciariamente en el proceso penal o en las diligencias de investigación que los efectos cuyo embargo preventivo o aseguramiento se persigue se encuentran en otro Estado miembro.

La resolución podrá acordarse de oficio o a instancia de parte, si bien, en este último caso, se deberá aportar justificación documental u otro indicio fehaciente que demuestre que el bien existe y que se encuentra en el territorio del Estado de ejecución (art. 146). La Ley incorpora un anexo con un modelo de certificado que debe usarse a este respecto (art. 147). La resolución se podrá enviar a diferentes Estados de ejecución a la vez cuando la autoridad judicial española competente tenga motivos fundados para crear que los bienes objeto de la resolución pueden estar en todos estos Estados (art. 148). Transmitida la resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas, si la autoridad de ejecución hubiera limitado la duración del aseguramiento y recabase alegaciones sobre el levantamiento de la medida, el Juez o Tribunal oír al Ministerio Fiscal y demás partes dentro de cinco días, y después dirigirá comunicación a la autoridad de ejecución explicando los motivos para su mantenimiento o no (art. 149).

Para la ejecución de una resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas para reciba España, no debe hacerse el control de doble incriminación, siempre que el delito en cuestión esté dentro del listado que se menciona en el art. 20, que coinciden con el listado del art. 3 del Reglamento (UE) 2018/1805²², y el delito

²² El listado es el siguiente: pertenencia a una organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción, fraude, incluido el fraude y otros delitos que afectan a los intereses financieros de la Unión, tal y como se definen en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo; blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro; delitos informáticos, delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de

esté castigado en España con una pena privativa de libertad de una duración máxima de, al menos, tres años (art. 150). Los delitos de corrupción en los negocios, previstos en los arts. 286 bis y 286 ter del Código Penal²³, superan ese límite. Los delitos de cohecho, ubicados en los arts. 419 a 427 bis del Código Penal, también lo superan.

La decisión de ejecución de la resolución debe ser adoptada inmediatamente y comunicada sin dilación a la autoridad judicial de emisión o al Ministerio Fiscal por cualquier medio que deje constancia escrita (art. 151). Téngase en cuenta que, precisamente, uno de los avances de la normativa UE en este punto es la agilidad en la tramitación de las órdenes de ejecución. La resolución que acuerde el reconocimiento y ejecución del embargo preventivo de bienes o del aseguramiento de pruebas deberá contener qué medida cautelar concreta se debe llevar a cabo (p. ej., depósito del bien, bloqueo de cuentas, prohibición de disponer del bien, etc.) (art. 152). No existen motivos específicos de denegación más allá de los previstos en el art. 32 de la Ley: (a) que exista resolución firme al respecto en

especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, asesinato o lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal o toma de rehenes; racismo y xenofobia, robo organizado o a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas antigüedades y obras de arte; estafa, chantaje y extorsión, violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de productos, falsificación de documentos administrativos y tráfico de estos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros estimuladores del crecimiento, tráfico ilícito de materiales nucleares o sustancias radiactivas, tráfico de vehículos robados, violación, incendio voluntario, delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, secuestro de aeronaves y buques, sabotaje. Además, para otros no enumerados en ese listado, “el Estado de ejecución podrá supeditar el reconocimiento y la ejecución de una resolución de embargo o de una resolución de decomiso a la condición de que los hechos que hayan motivado la resolución sean constitutivos de un delito con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la forma en que se describa el delito en el Derecho del Estado de emisión” (art. 3.2 del Reglamento (UE) 2018/1805).

²³ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24.11.1995. Vid.: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

España u otro Estado y su ejecución vulnerase el principio de *non bis in idem*; (b) que la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, el delito o la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el derecho español; (c) que el formulario o certificado usado sea incompleto, manifiestamente incorrecto o no responda a la medida, o cuando falte; y (d) que exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución.

El Título VIII de la Ley 23/2014 regula el reconocimiento y ejecución de las resoluciones de decomiso. En este caso, comienza el art. 157 indicando que solo se procederá respecto de órdenes que provengan de un órgano jurisdiccional y que sean firmes. Al igual que respecto del embargo preventivo, puede ser objeto de decomiso cualquier tipo de bienes. El art. 158 señala quién es la autoridad competente. Para la emisión, el Juez o Tribunal penal que conozca de la ejecución de la sentencia donde se imponga el decomiso de un bien. Para el reconocimiento y ejecución, el Juez de lo Penal del lugar donde se encuentre cualquier de los bienes objeto de decomiso, incluso aunque se produzca un cambio sobrevenido en la ubicación del bien. Si los bienes se ubican en circunscripciones distintas, será competente el Juez de lo Penal que primero reciba el certificado si, al menos, uno de los bienes se encuentra allí.

Sobre la emisión y transmisión de la resolución, el Juez o Tribunal competente debe utilizar el modelo anexo a la ley, en donde ha de especificarse que no se pueden imponer penas privativas de libertad o de otros derechos como alternativa al decomiso (art. 160). La resolución puede emitirse de oficio o a instancia de parte, si bien en este último caso, se deberá aportar justificación documental u otro indicio fehaciente que evidencie la existencia del bien concreto y que éste se encuentra en el territorio del Estado de ejecución, de la existencia de ingresos en dicho Estado o de que la persona frente a la que se dirige la resolución tiene en el mismo su residencia habitual o sede social (art. 161). Se podrá transmitir una resolución de decomiso a más de un Estado si se cumplen los requisitos del art. 162. Si la resolución afecta a un bien concreto y no fuera posible el decomiso, la autoridad judicial española solicitará a la autoridad competente

del Estado de ejecución que el decomiso adopte la forma de obligación de pago de una cantidad de dinero equivalente (art. 164). En relación con la disposición de los bienes decomisados, se celebrará un acuerdo entre el Juez o Tribunal competente y la autoridad de ejecución (art. 165).

Para la ejecución de la resolución de decomiso en España no se procederá a comprobar la doble incriminación si el delito del que se deriva del decomiso está en el referido listado del art. 20 y es castigado en España con una pena privativa de libertad cuya duración máxima sea de, al menos, 3 años. En el caso de que el decomiso derive de un delito cometido por persona jurídica, se ejecutará la resolución, aunque en España no se prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas por ese delito concreto (art. 166), siguiendo lo dispuesto en la normativa UE. Para los delitos de corrupción en los negocios y para los delitos de cohecho sí se prevé la responsabilidad penal de las empresas (vid. respectivamente, arts. 288 y 427 bis del Código Penal).

La resolución de decomiso puede afectar a un bien concreto o a dinero. Si afecta a un bien y no fuera posible su decomiso por cualquier causa, el Juez de lo Penal acordará su transformación en una obligación de pago de una cantidad de dinero. Si el decomiso se refiriera a una cantidad de dinero y no puede obtenerse el pago, se ejecutará la resolución de decomiso sobre cualquier bien disponible a tal efecto (art. 168). La ejecución de la orden de decomiso se podrá denegar por los motivos específicos recogidos en el art. 170, además de los motivos generales del ya mencionado art. 32 y del art. 33 (resoluciones dictadas en ausencia del imputado). Estos motivos específicos son (a) el respeto a derechos de terceros de buena fe; (b) la incompatibilidad del decomiso ampliado con los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución; y (c) cuando la resolución se refiere a hechos cometidos fuera el Estado emisor y el derecho español no permita la persecución de tales infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio. Para la disposición de los bienes se seguirá lo dispuesto en el art. 172, que contiene diferentes indicaciones en función de si lo decomisado es dinero, otros bienes o bienes del patrimonio histórico artístico español, como se reproduce a continuación:

1. El Juez de lo Penal competente, en defecto de acuerdo con la autoridad de emisión, dispondrá del dinero obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso de acuerdo con las siguientes reglas:
 - a) Si el importe obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso es inferior a 10.000 euros o al equivalente a dicho importe, el mismo se ingresará en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales.
 - b) En todos los demás casos, se transferirá al Estado de emisión el 50 por 100 del importe que se haya obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso. El 50 por 100 restante se ingresará en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales.

Las cantidades que, en aplicación de lo dispuesto anteriormente, correspondan a España serán transferidas al Tesoro Público con aplicación, en su caso, de lo que se establezca en normas especiales y, particularmente, en lo previsto por el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y en su normativa de desarrollo.

2. El Juez de lo Penal competente decidirá que los bienes que no sean dinero u otros instrumentos de pago al portador obtenidos de la ejecución de la resolución de decomiso sean enajenados y aplicados de la forma prevista en el apartado anterior.

También podrán ser transferidos al Estado de emisión, siendo necesario su consentimiento en el supuesto de que la resolución de decomiso se refiera a una suma de dinero en efectivo.

La enajenación de los bienes se realizará de acuerdo con la legislación española, observándose, cuando proceda, lo previsto por la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando y su normativa de desarrollo.

3. Cuando de la ejecución de la resolución de decomiso resulten afectados bienes integrantes del patrimonio histórico español, el Juez de lo Penal en ningún caso procederá a su enajenación

o restitución al Estado de emisión. En tal supuesto, lo comunicará a las autoridades españolas competentes y serán de aplicación las disposiciones de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y su normativa de desarrollo.

Los gastos que se ocasionen en territorio español por la ejecución de una orden de embargo y decomiso de otros Estados miembro correrán a cargo del Estado español. Si hubiera gastos extraordinarios, se podrá realizar una propuesta para repartirlos (art. 25). Si es España la que solicita la ejecución de una orden en otro Estado miembro, el Estado español financiará los gastos, salvo los ocasionados en el territorio del Estado de ejecución. Si se recibe una propuesta de reparto de gastos, se dirigirá oficio en el plazo de cinco días al Ministerio de Justicia español para que acepte o rechace total o parcialmente la propuesta y llegue a un acuerdo (art. 14).

3.2. *Estados Unidos*

Estados Unidos ha ratificado las Convenciones de Palermo y Mérida, de Naciones Unidas, y la Convención de la OCDE. En el ámbito regional americano, también es Estado parte en la Convención de Caracas y en la Convención de Nassau. Además, el país participa en la Iniciativa StAR, y su unidad de inteligencia financiera (*United States Financial Crimes Enforcement Network – FinCEN*)²⁴ forma parte del Grupo Egmont.

Estados Unidos cuenta con una base legal nacional, en el *U.S. Code*, en la que apoyarse para prestar asistencia jurídica internacional. Además, el país ha firmado más de 80 tratados multilaterales y bilaterales en materia de asistencia jurídica mutua. Asimismo, el país ha declarado *self-executing* el ya mencionado art. 46 de la Convención de Mérida, que contiene las disposiciones sobre asistencia jurídica mutua (Naciones Unidas, 2012: 169).

La autoridad central para recibir las solicitudes de cooperación judicial internacional es el Departamento de Justicia (en adelante,

²⁴ Vid.: <https://www.fincen.gov/>

DOJ), a través de su Oficina de Asuntos Internacionales de la División de lo Penal (Naciones Unidas, 2012: 190).

No hay en la legislación del país un listado de delitos para los cuales sí se pueda autorizar la asistencia, por lo que, en principio, cabrían todos, incluidos los delitos relacionados con la corrupción. No hay problema para cooperar cuando los hechos que fundamentan la medida solicitada son atribuidos a personas jurídicas (Naciones Unidas, 2012: 169). No es causa de denegación de la asistencia jurídica el hecho de que el caso entrañe asuntos fiscales. Téngase en cuenta que en la normativa internacional suele permitirse esta excepción (Naciones Unidas, 2012: 199). Tampoco se puede utilizar el secreto bancario para negar la cooperación (Naciones Unidas, 2012: 183). El país sí puede negarse a asistir en casos *de minimis*, tal como lo permite el articulado de la Convención de Mérida (Naciones Unidas, 2012: 184). Estados Unidos no suele supeditar la asistencia judicial mutua al requisito de la doble incriminación pues no está presente en la mayoría de los tratados que ha suscrito. Sin embargo, sí se exige cuando lo que se solicita por parte de otro Estado son medidas coercitivas, como el embargo y decomiso, extremo que se permite en los instrumentos internacionales (Naciones Unidas, 2012: 184).

En cuanto al procedimiento para la solicitud de asistencia judicial internacional, Estados Unidos no exige la vía diplomática. Se puede pedir directamente a través de las autoridades centrales. En casos urgentes se podría realizar a través de Interpol pero no es el método preferido por el país. Se prefiere la comunicación a través de autoridades centrales o el uso de agencias como el FBI o la DEA, o las embajadas del país en el extranjero (Naciones Unidas, 2012: 191).

La legislación estadounidense no prevé un plazo para ejecutar las solicitudes sobre asistencia jurídica mutua. Dicho plazo depende en la práctica de múltiples factores como el tipo de asistencia requerida, del lugar donde ha de practicarse, de la calidad de la solicitud (incluyendo la traducción), etc. (Naciones Unidas, 2012: 200).

En la materia concreta que nos ocupa, es el § 3512 del 18 *U. S. Code* establece el procedimiento para la solicitud por parte de otro Estado de asistencia en la investigación y procesamiento de un delito. En general, un juez federal deberá emitir la orden necesaria para

ejecutar la medida. El § 2467 del 28 U. S. Code regula la ejecución de sentencias extranjeras de decomiso. En estos casos, el país extranjero debe remitir la solicitud al Fiscal General o al fiscal designado incluyendo un resumen de los hechos y una descripción de las actuaciones realizadas, una copia certificada de la sentencia, una declaración jurada del otro país indicando que todas las partes interesadas fueron avisadas del proceso y tuvieron posibilidad de defender sus intereses, y cualquier otra información que solicite el fiscal. Si se cumplen estos requisitos, el fiscal realizará una solicitud en nombre del Estado extranjero en la corte de distrito de los Estados Unidos que corresponda pidiendo la ejecución del decomiso como si la sentencia hubiera sido dictada por un tribunal del país.

El U.S. Code permite que el dinero se puede devolver al Estado al que se ha asistido aplicando el tipo de cambio vigente en el momento en que se interpuso la demanda de ejecución.

3.3. Análisis comparado

Tanto España como Estados Unidos han ratificado las convenciones internacionales y regionales más relevantes en materia de corrupción y crimen organizado, lo que les sirve de base para la cooperación jurídica internacional con otros Estados. Recuérdese que Estados Unidos ha declarado *self-executing* el art. 46 de la Convención de Mérida. España también puede acudir a dicho precepto para asistir a un Estado con el que no tenga tratado bilateral. En todo caso, ambos países son parte en multitud de tratados bilaterales de asistencia jurídica mutua, por lo que se puede acudir a ellos para solicitar la ejecución de una orden de embargo o de una sentencia de decomiso. De hecho, el caso de Estados Unidos, la cooperación se asienta esencialmente en estos tratados (Nagle, 2019: 614-615). Como se ha visto, a la luz de los tratados ratificados por el país, para la cooperación jurídica internacional normalmente no se exige la vía diplomática. Tampoco se suele exigir la doble incriminación, salvo que se trate de medidas coercitivas, como el embargo y el decomiso.

En el caso de España, la cooperación es asimétrica dependiendo de si el otro Estado pertenece o no a la UE. En el último caso, la cooperación también depende, como en Estados Unidos, de la existen-

cia de tratados en los que apoyarse. En estos casos, se deben seguir los cauces clásicos, que son lentos y, en ocasiones, poco productivos, aunque si el país es parte en IberRed, los mecanismos para la asistencia jurídica mutua son más ágiles, lo que puede llevar a mejores resultados. Si el país pertenece a la UE, la cooperación es mucho más fluida pues se asienta sobre el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, lo que permite, por ejemplo, que una autoridad judicial española solicite directamente a una autoridad judicial extranjera la ejecución de una sentencia, y viceversa. Y no es necesario comprobar la doble tipificación.

La legislación de ambos Estados permite la devolución de bienes decomisados a otros Estados, si estos así lo solicitan, dando cumplimiento a la normativa internacional de referencia en materia de restitución de activos procedentes del delito. A este respecto, España tiene una regulación muy detallada cuando el país implicado es otro Estado miembro de la UE. En caso de que no lo sea, habrá que estar a lo que acuerden las partes sobre la devolución de los activos.

A la vista de las legislaciones internas de ambos países, se puede concluir que los dos cumplen con las exigencias que demandan los instrumentos normativos internacionales y regionales, aunque podrían realizar esfuerzos para mejorar la cooperación jurídica internacional, especialmente con países que suelen ser destinatarios de las ganancias ilícitas y que son reacios a cooperar. Es indispensable superar los cauces clásicos que ralentizan la cooperación y que, por ende, pueden favorecer a los delincuentes, que ven ampliadas sus posibilidades de disfrutar del dinero procedente del delito. Para ello, es imprescindible fomentar la confianza mutua que lleve a cooperar a través de mecanismos informales, pero más eficaces.

4. SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

En este epígrafe se analiza la regulación en materia de asistencia jurídica mutua en los cinco países de referencia en el ámbito latinoamericano: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú. En concreto, el foco se pone en la asistencia en relación con el decomiso y la recu-

peración de los activos procedentes del delito. Se pretende poner de manifiesto las similitudes y diferencias entre ambos ordenamientos a la luz de los compromisos internacionales y regionales asumidos por estos dos Estados.

4.1. Argentina

Argentina ha ratificado las Convenciones de Palermo y Mérida, y la Convención OCDE. El país también ha ratificado, en el ámbito regional, la Convención de Caracas, la Convención de Nassau y el Protocolo de San Luis. Además, Argentina es parte en diversas redes de cooperación judicial internacional, como la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición de la OEA, IberRed y la Red de recuperación de activos del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (GAFILAT). Asimismo, su unidad de inteligencia financiera (denominada Unidad de Información Financiera²⁵) forma parte del Grupo Egmont.

La norma de referencia en Argentina en la materia objeto de estudio en este capítulo es la Ley 24.767 de cooperación internacional en materia penal, promulgada el 12 de enero de 1997, cuyo primer artículo recoge el principio esencial que rige el sistema argentino:

La República Argentina prestará a cualquier Estado que lo requiera la más amplia ayuda relacionada con la investigación, el juzgamiento y la punición de delitos que correspondan a la jurisdicción de aquél. Las autoridades que intervengan actuarán con la mayor diligencia para que la tramitación se cumpla con una prontitud que no desnaturalice la ayuda.

La mencionada Ley establece que la cooperación jurídica internacional se regirá por el tratado que exista entre las partes (art. 2²⁶) y, si no existiera tratado, se atenderá al principio de reciprocidad (art. 3).

²⁵ Vid.: <https://www.argentina.gob.ar/uif>

²⁶ Todos los artículos citados en esta sección 4.1 se refieren a la Ley 24.767 de 12 de enero de 1997 de Argentina.

La Parte III de la Ley 24.767 contiene las disposiciones sobre asistencia en la investigación y enjuiciamiento de delitos. Aquí se incluiría, por ejemplo, una solicitud de embargo preventivo. La ley argentina no exige la doble incriminación salvo en algunos supuestos, como el “secuestro de bienes”, luego para el caso que nos ocupa sí sería necesario comprobar la doble incriminación para dar curso a una solicitud de asistencia (art. 68). Argentina coopera también, aunque el delito del que deriva la medida solicitada sea atribuido a persona jurídica y no exista la responsabilidad penal de personas jurídicas en Argentina para ese delito (Naciones Unidas, 2013a: 84).

La solicitud de asistencia contendrá el nombre de la autoridad que solicita el pedido, una descripción clara del hecho que motiva el pedido, los datos personales del autor y de la víctima, la tipificación legal y la pena, el objeto de la solicitud y los datos de los funcionarios y representantes de las partes que hayan sido autorizados por el Estado requirente para participar en los procedimientos solicitados (art. 69). La autoridad central para la mayoría de los tratados de asistencia es el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Recibida la solicitud, este Ministerio, al dictaminar que tiene que darle curso, dará intervención al Ministerio de Justicia (art. 71). Si el cumplimiento de la solicitud pudiera entorpecer una investigación penal en curso en Argentina, se podrá aplazar o condicionar la ejecución, informando al Estado requirente (art. 72). La medida se ejecutará siguiendo la legislación argentina (art. 73).

La Parte IV de la Ley se refiere al cumplimiento de las condenas, y ahí se impone la obligación de reconocer resoluciones de decomiso dictadas en el extranjero, siempre que lo solicite el tribunal de aquel país y se cumplan los siguientes requisitos establecidos en su art. 95:

- a) La infracción fuese de competencia del Estado requirente, según su propia legislación.
- b) La condena sea definitiva y esté firme.
- c) El hecho que la motiva constituya infracción punible para la ley argentina, aun cuando no tuviera previstas las mismas penas.
- d) No se dieran las circunstancias del artículo 8° párrafos a) y d)²⁷.
- e) La pena no se

²⁷ Argentina. Art. 8 de la Ley 24.767 de 12 de enero de 1997. La extradición no procederá cuando: (a) El delito que la motiva fuese un delito político; (b) El delito que motiva la extradición fuese un delito previsto exclusivamente por la ley penal militar; (c) El proceso que la motiva fuese tramitado

haya extinguido según la ley del Estado requirente. f) El condenado no hubiese sido juzgado en la Argentina o en cualquier otro país por el hecho que motiva el pedido. g) El condenado hubiese sido personalmente citado y se haya garantizado su defensa. h) No existieren las razones especificadas en el artículo 10²⁸. La ayuda no podrá consistir en la aplicación de una pena de prisión por conversión de la multa.

La cooperación en materia de decomiso deberá respetar los derechos adquiridos por terceros de buena fe, siguiendo lo establecido en los convenios internacionales y regionales en los que Argentina es parte (GAFILAT, 2015a: 11).

La solicitud de ejecución se presentará por vía diplomática (art. 97). El ministerio público fiscal representará en el trámite judicial el interés por la ejecución (art. 97). Si el juez dispone la ejecución, habrá de estar a lo establecido en la legislación argentina al respecto. Durante su tramitación se podrán decretar medidas cautelares (art. 98). Según la legislación del país, el Estado requirente asumirá los gastos extraordinarios (art. 100); el Estado argentino se encargará del resto, tal como demanda, por ejemplo, la Convención de Mérida. El dinero o los bienes obtenidos serán depositados a la orden del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

En el caso de que Argentina desee solicitar a otro país la ejecución de una resolución de decomiso, se seguirá análogamente lo comentado en el párrafo anterior (art. 109).

La Ley permite que se puedan compartir los bienes decomisados con el Estado con el cual se coopera. En concreto, señala el art. 101 que “El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional

por una comisión especial de las prohibidas por el artículo 18 de la Constitución Nacional; y (d) El proceso que motiva la extradición evidencie propósitos persecutorios por razón de las opiniones políticas, la nacionalidad, la raza, el o la religión de las personas involucradas o hubiese motivos fundados para suponer que esas razones pueden perjudicar el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

²⁸ Argentina. Art. 10 de la Ley 24.767 de 12 de enero de 1997. “Tampoco procederá la extradición cuando existan especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden públicos otros intereses esenciales para la Argentina, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido”.

y Culto podrá convenir con el país extranjero, sobre la base de la reciprocidad, que parte del dinero o de los bienes obtenidos como consecuencia del trámite de ejecución de la pena de multa o de decomiso de bienes, queden en poder de aquel país”. Para el reparto de los bienes habrá que estar a lo que pacten ambos Estados, aunque para el caso de que los bienes procedan de delitos de corrupción, Argentina debería tener en cuenta lo dispuesto en el art. 57 de la Convención de Mérida sobre la restitución de los activos.

4.2. *Brasil*

Brasil ha ratificado las Convenciones de Palermo y Mérida de Naciones Unidas, y la Convención OCDE. También ha ratificado, en el ámbito regional, la Convención interamericana contra la corrupción, la Convención de Nassau y el Protocolo de San Luis. Además, el país es parte de diversas redes de cooperación judicial internacional, como la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición de la OEA, IberRed, la Red de cooperación jurídica y judicial internacional de los países de lengua portuguesa, y la Red de recuperación de activos del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (GAFILAT). Asimismo, la unidad de inteligencia financiera del país (denominada *Conselho de Controle de Atividades Financeiras*)²⁹ es miembro del Grupo Egmont.

Brasil no cuenta con una legislación en materia de cooperación judicial internacional, en general, ni en materia de recuperación y devolución de activos procedentes del delito, en particular. Ello no le impide atender las solicitudes de asistencia judicial que le llegan de otros Estados, incluidas las que tienen que ver con el embargo preventivo, el decomiso y la devolución de activos procedentes del delito, tomando como base diferentes tratados internacionales, como la Convención de Mérida, cuando la solicitud tiene que ver con delitos de corrupción, o cualquiera de los múltiples tratados bilaterales que

²⁹ Vid.: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro/inteligencia-financeira>

el país ha firmado³⁰ (Naciones Unidas, 2015a: 132). Además, también ofrece asistencia judicial internacional tomando como base el principio de reciprocidad (Naciones Unidas, 2015a: 138).

El principio de doble incriminación suele ser un requisito opcional en la mayoría de los tratados bilaterales suscritos por el país, por lo que Brasil sí puede proporcionar asistencia, aunque el hecho del que deriva la medida que se solicita no sea delito en Brasil (Naciones Unidas, 2015a: 138). En todo caso, sí se exige cumplir con el requisito de la doble incriminación cuando la medida que se solicita tiene carácter coercitivo, como el embargo preventivo o el decomiso de bienes (Naciones Unidas, 2015a: 139).

Brasil coopera con otros Estados aunque la medida que se solicite, por ejemplo, el decomiso de bienes, tenga su causa en un delito atribuido a una persona jurídica, con independencia de si la persona jurídica puede ser responsable penalmente o no por ese delito en el país (Naciones Unidas, 2015a: 133). El país no deniega asistencia alegando el secreto bancario (Naciones Unidas, 2015a: 137), dando así cumplimiento a los requerimientos internacionales. Tampoco se deniega la asistencia por el hecho de que el caso sea *de minimis* (Naciones Unidas, 2015a: 138), o si el caso entraña asuntos tributarios (Naciones Unidas, 2015a: 147), aunque la normativa internacional permite que se pueda negar la cooperación en estos dos últimos casos.

La autoridad central para la mayoría de los tratados en materia de asistencia judicial internacional es el Ministerio de Justicia, y dentro de él, el *Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional* (en adelante, DRCI) (Naciones Unidas, 2015a: 140), aunque para algunos tratados puede variar (Saadi & Bezerra (2012: 25).

El procedimiento en relación con la asistencia judicial internacional es el siguiente. Brasil no exige que la solicitud de asistencia se tramite por vía diplomática, pero sí exige que se dirija a la autori-

³⁰ P. ej., el país ha suscrito tratados con Canadá, China, Colombia, Corea del Sur, Cuba, España, Estados Unidos, Francia, Honduras, Italia, México, Nigeria, Panamá, Perú, Portugal, Reino Unido, Surinam, Suiza, Turquía, Ucrania (Naciones Unidas, 2015a: 132).

dad central. En casos urgentes, se puede solicitar asistencia a través de Interpol u otros canales como el fax, el correo electrónico o el teléfono. En todo caso, para ejecutar la medida concreta de asistencia solicitada será necesario que se reciba la documentación formal por escrito. Las solicitudes se pueden recibir en portugués, español e inglés (Naciones Unidas, 2015a: 142) La solicitud dirigida a la autoridad central es recibida por el DRCI, donde se analiza si cumple los requisitos. En tal caso, se remite a la autoridad nacional competente (p. ej., Ministerio Fiscal, Policía) para que ejecute la medida. Si la ejecución requiere la intervención judicial entonces la fiscalía debe solicitar la intervención del juez o tribunal competente. Si la medida no requiere, de acuerdo con la legislación brasileña, la intervención judicial (p. ej., una medida administrativa), entonces el DRCI puede ejecutarla directamente o trasmitirla a la autoridad nacional competente (Naciones Unidas, 2015a: 141).

Si es Brasil quien reclama asistencia a otro país, el procedimiento implica que la autoridad nacional competente solicite la asistencia al DRCI, quien analiza si cumple los requisitos establecidos en los tratados bilaterales o multilaterales y, en su caso, la trasladará a la autoridad central que corresponda (Naciones Unidas, 2015a: 141).

Aunque en Brasil no se exige la vía diplomática para dar curso a una solicitud de asistencia de otro Estado, hay solicitudes que, en ocasiones, llegan por vía de la carta rogatoria. En estos casos, la autoridad central es la *Divisão de Cooperação Jurídica Internacional* (en adelante, DCJI), dentro del Ministerio de Asuntos Exteriores. La DCJI transmite la solicitud al DRCI, el cual, tras analizar si cumple los requisitos legales, trasmite la solicitud, si fuera el caso, al *Superior Tribunal de Justiça*. El Tribunal analiza si la medida solicitada no va contra el orden público, la soberanía nacional o los principios fundamentales, en cuyo caso se concede el *exequatur*, y transmite la solicitud al tribunal correspondiente para que ejecute la medida. Si no fuera necesaria la intervención del *Superior Tribunal de Justiça*, el DRCI puede ejecutar directamente la medida, como sucede si no estamos ante medidas coercitivas (Naciones Unidas, 2015a: 144).

Brasil también puede enviar cartas rogatorias a otros Estados para solicitar asistencia jurídica. Para ello, la autoridad judicial nacional le debe enviar la solicitud al DRCI, quien analizará si se cumplen

los requisitos establecidos en los tratados correspondientes y, si es el caso, se la pasará a la DCJI para que le de curso por los canales diplomáticos (Naciones Unidas, 2015a: 144).

Los procedimientos relatados en las líneas anteriores son los aplicables en Brasil en el caso de que se reciba en el país una solicitud relativa al embargo preventivo de unos bienes o al decomiso de bienes procedentes del delito. Estas solicitudes se podrían ejecutar en el país, a pesar de no tener una legislación específica en la materia, tomando como base los tratados multilaterales y bilaterales suscritos por Brasil, así como el principio de reciprocidad, cuando no hubiera tratado. Igualmente, siguiendo lo establecido en los tratados internacionales, por ejemplo, en la Convención de Mérida, el país puede devolver activos procedentes del delito a otros Estados.

El país dio un impulso a la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada en el año 2013 a través de dos normas:

Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, y Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

Entre las novedades de estas leyes está la posibilidad de llegar a acuerdos de colaboración con el imputado en delitos de naturaleza económica, como la corrupción. Dentro de estos acuerdos un punto clave suele la devolución del dinero sustraído u obtenido a través del delito. De hecho, se pretendía con esta novedad mejorar los índices de recuperación de activos (Fridriczweski, 2019: 289). Como ejemplo, se pueden citar los acuerdos con múltiples empresas involucradas en la operación Lava-Jato, a través de los cuales se consiguió recuperar más de 2,8 mil millones de dólares (Fridriczweski, 2019: 289). Su ley antiblanqueo³¹ sí permite compartir activos con otros

³¹ Brasil. Lei Núm. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utili-

Estados, al 50%, salvaguardando siempre los derechos de terceros de buena fe. En todo caso, si en un tratado internacional se dispone otra cosa, como sucede en el caso del art. 47 de la Convención de Mérida, prevalecerá lo que señale el tratado (GAFILAT, 2015d: 66).

4.3. Chile

Chile ha ratificado las Convenciones de Palermo y Mérida de Naciones Unidas, y la Convención OCDE. También ha ratificado, en el ámbito regional, la Convención interamericana contra la corrupción, la Convención de Nassau y el Acuerdo Mercosur. Además, el país es parte de la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición de la OEA, de IberRed y de la Red de recuperación de activos del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (GAFILAT). La unidad de inteligencia financiera del país (denominada Unidad de Análisis Financiero³²) integra el grupo Egmont.

Chile posee una regulación muy limitada en materia de cooperación judicial internacional. Solo dos preceptos del Código Procesal Penal se refieren a ella:

Artículo 20 bis. "Tramitación de solicitudes de asistencia internacional. Las solicitudes de autoridades competentes de país extranjero para que se practiquen diligencias en Chile serán remitidas directamente al Ministerio Público, el que solicitará la intervención del juez de garantía del lugar en que deban practicarse, cuando la naturaleza de las diligencias lo hagan necesario de acuerdo con las disposiciones de la ley chilena".

Artículo 21. "Forma de realizar las comunicaciones. Las comunicaciones señaladas en los artículos precedentes podrán realizarse por cualquier medio idóneo, sin perjuicio del posterior envío de la documentación que fuere pertinente".

El país presenta asistencia a otros Estados sobre la base, esencialmente, de los tratados bilaterales y multilaterales que tiene suscritos,

zação do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

³² Vid.: <https://www.uaf.cl/>

así como sobre el principio de reciprocidad. La asistencia se puede prestar en relación con medidas tendentes a la investigación o enjuiciamiento de cualquier delito, lo que incluye la corrupción y el crimen organizado, máxime teniendo en cuenta que el país es parte en las Convenciones de Palermo y Mérida. La legislación chilena no exige la doble incriminación para presentar asistencia mutua internacional. Puede cooperar incluso si la medida que se solicita trae su causa en un delito atribuido a una persona jurídica aunque en Chile la persona jurídica no pueda responder penalmente por tal delito (Naciones Unidas, 2011: 118).

Para cooperar con otros Estados, Chile exige la vía diplomática. En todo caso, si un tratado lo prevé, la solicitud de asistencia se podrá dirigir directamente a la autoridad central, y posteriormente formalizar la solicitud por vía diplomática. La autoridad central enviará la solicitud a la autoridad nacional competente para su ejecución, como el Ministerio Fiscal o la Policía. Si la medida solicitada implica restricción de derechos fundamentales, como, por ejemplo, la incautación de bienes, entonces se debe solicitar la autorización al juez de garantías (Naciones Unidas, 2011: 118). En casos urgentes se han aceptado solicitudes presentadas a través de Interpol (Naciones Unidas, 2011: 124). La solicitud se debe presentar en español y por cualquier medio idóneo que permita determinar su autenticidad, sin perjuicio del posterior envío de la documentación pertinente (Naciones Unidas, 2011: 125). La escasa legislación chilena no prevé plazos para dar curso a las solicitudes de asistencia judicial internacional (Naciones Unidas, 2011: 129), lo que puede dilatar en el tiempo la cooperación. Si Chile desea solicitar asistencia judicial mutua, se seguirá el cauce establecido en el tratado correspondiente y, si no existieran, se usará la vía diplomática (Naciones Unidas, 2011: 119).

En la mayoría de los tratados ratificados por Chile, incluyendo lo que resultan relevantes para la materia que nos ocupa, la autoridad central es el Ministerio de Relaciones Exteriores, que trabaja a través del Departamento de Cooperación Jurídica Internacional de la Dirección de Asuntos Jurídicos. Este Departamento canaliza las solicitudes, trasladándolas, esencialmente, al Ministerio Público o a los jueces de garantías que correspondan (Naciones Unidas, 2011: 124).

A la vista de lo expuesto, la cooperación judicial internacional con fines de decomiso se presenta complicada en Chile, pues su legislación nacional no prevé nada específico, por lo que habrá de estar a lo que digan los tratados internacionales, por ejemplo, la Convención de Mérida. En todo caso, el art. 20 bis de su Código Procesal Penal sí permite practicar diligencias solicitadas por una autoridad extranjera, por lo que sería posible la colaboración para la identificación, congelación e incautación de bienes con miras, por ejemplo, a un futuro decomiso. Para ejecutar una orden en este sentido se necesita la autorización del juez de garantías pues se trata de una medida coercitiva. La legislación chilena tampoco contiene disposiciones sobre la entrega de los bienes decomisados a otro Estado, por lo que habrá de estar a lo que determine el juez en el caso correspondiente (GAFILAT, 2015b: 13). En las normas del país solo se encuentran algunas disposiciones sobre el destino de los bienes decomisados en la ley sobre blanqueo de capitales³³ y en la ley contra el tráfico de drogas³⁴. El art. 46 de esta norma, que se aplica también a los casos de blanqueo (p. ej., de bienes procedentes de la corrupción), dispone lo siguiente:

Los bienes decomisados en conformidad a esta ley serán enajenados en subasta pública por la Dirección General del Crédito Prendario, la que podrá, además, ordenar su destrucción, si carecieren de valor. El producto de la enajenación de los bienes y valores decomisados y los dineros en tal situación ingresarán a un fondo especial del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, con el objetivo de ser utilizados en programas de prevención del consumo de drogas, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción. Un reglamento establecerá la forma de distribución de los fondos, así como los mecanismos que garanticen la transparencia de los actos tendientes a su traspaso. Igual aplicación se dará al monto de las multas impuestas en esta ley y al precio de la subasta de las especies de que hace mención el artículo 470 del Código Procesal Penal. Se exceptúan de esta disposición las

³³ Chile. Ley 19913 crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, de 12 de diciembre de 2003. Su art. 36 hace aplicable a estos delitos lo dispuesto en la legislación anti-drogas.

³⁴ Chile. Ley 20000 sustituye la Ley núm. 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 2 de febrero de 2005.

armas de fuego y demás elementos a que se refiere la ley N° 17.798, sobre Control de Armas.

El tribunal deberá informar al Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol sobre los bienes que hubieran sido declarados en comiso, así como de las multas impuestas en conformidad con esta ley, dentro de los quince días hábiles a la fecha en que la sentencia que así lo decreta haya quedado ejecutoriada. En lo no contemplado en esta ley, regirán las reglas generales contenidas en el Párrafo 2° del Título VIII del Libro Cuarto del Código Procesal Penal.

El Fondo a que se refiere este artículo será el continuador del Fondo establecido en el artículo 28 de la ley N° 19.366.

4.4. México

México ha ratificado las Convenciones de Palermo y Mérida, de Naciones Unidas, y la Convención OCDE. También ha ratificado, en el ámbito regional, la Convención interamericana contra la corrupción y la Convención de Nassau. Además, el país participa en diversas redes de cooperación judicial internacional, como la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición de la OEA, IberRed, y la Red de recuperación de activos del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (GAFILAT). Su unidad de inteligencia financiera forma parte del Grupo Egmont³⁵.

México dispone de una legislación sobre asistencia judicial recíproca en su Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante, CNPP), en concreto, en los arts. 433-444. Esta legislación prevé que las solicitudes se presenten bien por vía de la autoridad central, bien por vía diplomática (art. 437³⁶). En general, desde hace tiempo en el país se viene usando la primera vía, que simplifica el procedimiento y hace que sea más rápido (Naciones Unidas, 2015b: 229). De hecho, uno de los principios fundamentales de la legislación actual en México es el de celeridad en la tramitación de las solicitudes,

³⁵ Vid.: <https://www.gob.mx/uif>

³⁶ Todos los artículos citados en esta sección 4.4 se refieren el Código Nacional de Procedimientos Penales de México.

aunque no se establecen plazos concretos para dar respuesta a una solicitud de asistencia legal (art. 433).

La autoridad central en materia de asistencia judicial internacional es la Procuraduría General de la República (art. 437), a través de la Dirección General de Procedimientos Internacionales. Para el trámite de las solicitudes, la Procuraduría General de la República trabaja de manera coordinada con la Secretaría de Relaciones Exteriores a través de la Dirección General de Asuntos Jurídicos. La autoridad central puede enviar y recibir solicitudes directamente a y de otras autoridades centrales, sin necesidad de usar, como se ha señalado, el cauce diplomático (Naciones Unidas, 2015b: 245). En casos urgentes, se podría recibir la solicitud a través de Interpol, pero en la práctica no es común (Naciones Unidas, 2015b: 6). Las solicitudes deben formularse por escrito, en español, autenticadas y certificadas. En casos urgentes, basta el cauce verbal o cualquier medio electrónico, pero tan pronto como sea posible deberá remitirse el documento original (art. 441). El país ha indicado al Secretario General de Naciones Unidas que, para las solicitudes relativas a la Convención de Mérida, se puede usar el idioma inglés (Naciones Unidas, 2015b: 247).

México no niega la asistencia por el hecho de que no exista un tratado internacional. En su ausencia se tendrá en cuenta la reciprocidad y la buena fe (Naciones Unidas, 2015b: 230).

El requisito de la doble incriminación solo se exige respecto de medidas coercitivas, como el embargo preventivo y el congelamiento, salvo que los tratados digan otra cosa (art. 436.III). Se entenderá que hay doble incriminación cuando los elementos de la conducta sean los mismos en el ordenamiento del otro Estado, con independencia de que la terminología no coincida (GAFILAT, 2018b: 208).

La legislación mexicana no contempla la asistencia respecto de una medida que trae su causa en un delito atribuido a una persona jurídica. Sin embargo, se podría cooperar tomando como base, por ejemplo, la Convención de Mérida (Naciones Unidas, 2015b: 231). El secreto bancario no es motivo de denegación de asistencia (Naciones Unidas, 2015b: 241). Tampoco el hecho de que el delito sea *de minimis* (Naciones Unidas, 2015b: 242). Se puede denegar la solicitud

si la medida afecta a la soberanía o a la seguridad nacional, al orden público o a otros intereses públicos fundamentales, a la seguridad de cualquier persona o si la solicitud no es razonable (Naciones Unidas, 2015b: 256).

En relación con la materia que nos ocupa, en la evaluación realizada al país sobre el cumplimiento de la Convención de Mérida, se indicó que el país sí puede prestar asistencia relativa a la identificación, embargo preventivo, localización y recuperación de activos, (Naciones Unidas, 2015b: 232). El país cuenta con una legislación que le permite atender solicitudes extranjeras en materia de congelamiento de bienes (art. 449 CNPP). Cuando la solicitud se refiere al decomiso de bienes, se “deberá presentar conjuntamente con la solicitud una copia de la orden de decomiso debidamente certificada por el funcionario que la expidió, así como información sobre las pruebas que sustenten la base sobre la cual se dictó la orden de decomiso e indicación de que la sentencia es firme” (art. 452 CNPP). En la solicitud se deberá especificar la ubicación de los bienes que pretenden ser congelados, incautados o decomisados, pero si no fuera posible, eso no implicará que la asistencia se deniegue. En tales casos, el Estado requirente deberá realizar dos solicitudes, una en la que se solicite a las autoridades mexicanas que ubiquen los bienes, y otra en las que se pida la congelación, incautación o el decomiso. El hecho de que se tengan que presentar dos solicitudes diferentes puede demorar en exceso el trámite de asistencia (GAFILAT, 2018b: 209).

El país también coopera cuando se solicite asistencia respecto del decomiso sin condena. Ello es posible a través de la nueva Ley nacional de extinción de dominio³⁷. En estos casos, se debe comenzar un nuevo proceso en México a favor del Estado requirente, tal como establece la cita ley.

³⁷ México. Decreto por el que se expide la Ley Nacional de Extinción de Dominio, y se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, de la Ley de Concursos Mercantiles y de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de 25.7.2019 (Diario Oficial de la Federación de 9.8.2019).

La nueva Ley nacional de extinción de dominio también permite la entrega de bienes procedentes del delito a otro Estado, a diferencia de lo que sucedía con la legislación anterior, en la que no era posible (GAFILAT, 2016: 10). El art. 250 de la nueva ley indica lo siguiente:

En caso de que se dicte sentencia que declare la extinción de dominio de los Bienes de que se trate, una vez que cause ejecutoria, se ordenará la entrega de estos o el producto de su venta, por conducto de la Fiscalía y de la Secretaría de Relaciones Exteriores, a la autoridad extranjera competente, salvo que exista acuerdo de asistencia jurídica respecto de un mecanismo sobre compartición de activos, caso en el cual se entregará la parte o partes que correspondan.

La entrega de los Bienes se hará previa deducción de los gastos propios de su administración y el pago de contribuciones y gravámenes a que estuvieren sujetos.

México asume los gastos de la asistencia jurídica mutua, salvo los honorarios legales de los peritos y los relacionados con el traslado de testigos, siguiendo lo dispuesto en la Convención de Nassau. En todo caso, esta última disposición no parece estar en línea con lo exigido por la Convención de Mérida que indica que “los gastos ordinarios que ocasionen el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado Parte requerido, a menos que los Estados Parte interesados hayan acordado otra cosa”. Si no fuera posible cubrir los gastos, se comunicará al Estado o autoridad requirente para que los sufrague o, en su defecto, decida si continúa o no con la solicitud de asistencia (art. 454 CNPP).

4.5. *Perú*

Perú ha ratificado las Convenciones de Palermo y Mérida de Naciones Unidas, y la Convención OCDE También ha ratificado, en el ámbito regional, la Convención interamericana contra la corrupción y la Convención de Nassau. Además, el país ha suscrito tratados bilaterales en materia de asistencia mutua recíproca con un amplio listado de países: Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Corea, China, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Italia, México, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Suiza, Tailandia y Uruguay (Naciones Unidas, 2013b: 183). Asimismo, el país participa en diver-

sas redes de cooperación judicial internacional, como la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición de la OEA e IberRed, y es miembro del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD). La Unidad de Inteligencia Financiera del país³⁸ es miembro del Grupo Egmont.

La cooperación judicial internacional se encuentra regulada en el Libro Séptimo del Código de Procedimiento Penal (en adelante, CPP). El primer precepto, el art. 508³⁹, establece que la cooperación judicial internacional se regirá por los tratados internacionales suscritos por el país y, en su defecto, por el principio de reciprocidad. Para todo lo que no se disponga de manera específica en un tratado se aplicará el Código de Procedimiento Penal. La autoridad central es la Fiscalía de la Nación, quien ha asumido un papel proactivo en la cooperación judicial internacional para agilizar o preparar solicitudes de asistencia judicial mutua (Naciones Unidas, 2013b: 183). Dentro de la Fiscalía de la Nación, es la Unidad de Cooperación Judicial la que recibe los pedidos de asistencia, y ésta los remite al juez competente para que decida al respecto y, en su caso, ejecute el pedido (Naciones Unidas, 2020: 305).

Entre los actos de cooperación judicial internacional se incluyen la “práctica de bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito, y de las demás medidas limitativas de derechos” (art. 511.1.h CPP). La doble incriminación sí es necesaria para dar curso a una de estas medidas coercitivas, pero no para medidas que no sean coercitivas (Naciones Unidas, 2013b: 192). Además, Perú solo brinda asistencia respecto de delitos castigados con pena privativa de libertad no menor de un año (art. 528.2 CPP). Los delitos vinculados a la corrupción y el crimen organizado cumplen este requisito relativo a la pena. La asistencia no podrá negarse por el

³⁸ Vid.: <https://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/resena-de-la-unidad-de-inteligencia-financiera-del-peru>

³⁹ Todos los artículos citados en esta sección 4.5 se refieren al Código de Procedimiento Penal de Perú.

hecho de que el delito se atribuya a una persona jurídica (Naciones Unidas, 2013b: 186).

La legislación peruana permite reconocer y ejecutar las resoluciones de decomiso dictadas por una autoridad judicial extranjera, a solicitud de la autoridad central. Para ello se deben cumplir los siguientes requisitos mencionados en el párrafo primero del art. 547 CPP:

- a) El delito fuere de competencia del Estado requirente, según su propia legislación; b) La condena esté firme; c) El hecho que la motiva constituya delito para la Ley peruana, aun cuando no tuviera prescritas las mismas penas; d) No se trate de un delito político o el proceso se instó por propósitos políticos o motivos discriminatorios rechazados por el Derecho Internacional; e) El condenado no hubiese sido juzgado en el Perú o en otro país por el hecho que motiva el pedido; y, f) No se trata de una condena dictada en ausencia.

Además, el mismo precepto permite compartir el dinero o los bienes decomisado con el Estado extranjero. Para ello, la autoridad central, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, podrá convenir con el Estado requirente que parte del dinero o los bienes queden en poder del Estado peruano. La solicitud y el procedimiento necesario para resolver el pedido del Estado requirente se regirá por lo dispuesto en el CPP para la asistencia jurídica mutua (arts. 530 y 532). El art. 547 indica, en relación con los gastos, que correrán a cargo del requirente, lo que no parece estar en línea con la Convención de Mérida. El artículo finaliza indicando el destino del dinero y los bienes decomisados, los cuales serán depositados a la orden de la Fiscalía de la Nación, quien los transferirá o entregará a la autoridad central del país requirente o a quien esta designe.

La legislación peruana también prevé que sea un órgano jurisdiccional del país que impuso el decomiso quien requiera su ejecución en un país extranjero. Téngase en cuenta aquí que el ordenamiento peruano reconoce el decomiso sin condena (GAFILAT, 2015c: 9). Este procedimiento se regirá, análogicamente, por las normas generales sobre asistencia judicial mutua que se recogen en el CPP.

4.6. Análisis comparado

Los países del ámbito latinoamericano analizados en este epígrafe presentan similitudes y diferencias en el abordaje de la cooperación jurídica mutua con fines de decomiso. Los países que cuentan con una legislación más detallada son Argentina, México y Perú, que poseen normas específicas en materia de asistencia judicial recíproca. Chile tiene una regulación modesta, y Brasil no posee una norma al respecto. Esto hace que los países se enfrenten a las solicitudes extranjeras de reconocimiento y ejecución de resoluciones de embargo y decomiso de manera muy diversa. Argentina, México y Perú pueden apoyarse en las normas ya citadas, aunque para lo no contemplado en ellas, pueden acudir a los tratados internacionales o, en último término, al principio de reciprocidad. Chile cuenta con algunas disposiciones en su Código de Procedimiento Penal, pero son tan escasas que normalmente hay que recurrir a los tratados bilaterales o multilaterales, o al principio de reciprocidad. Brasil, por su parte, como no cuenta con una legislación específica, solo puede hacer uso de los tratados internacionales que haya suscrito. Todos los Estados analizados pueden cooperar, en todo caso, sobre la base del principio de reciprocidad en caso de que no haya tratado.

Las legislaciones de algunos países, como Argentina y Chile, exigen la vía diplomática para cooperar, lo que puede ralentizar mucho el proceso y hacer ineficaz la asistencia. En todo caso, estos dos países, junto con los otros tres analizados, forman parte de redes internacionales a través de las cuales se puede solicitar asistencia de manera informal y proceder más ágilmente para que las ganancias ilícitas no se evaporen.

Las legislaciones de Argentina, México y Perú permiten expresamente reconocer y ejecutar resoluciones extranjeras de decomiso, aunque debe cumplirse ciertos requisitos, como la doble incriminación o la firmeza de la sentencia. Brasil y Chile no tienen disposiciones específicas al respecto. No obstante, podrían hacer uso del articulado de la Convención de Mérida para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras. Las diferencias entre las legislaciones se aprecian también en lo relativo a la disposición de los activos decomisados. En este sentido, Argentina, México y Perú

permiten expresamente compartir los bienes decomisados con otro Estado, respetando siempre los derechos de terceros de buena fe. El resto de Estados no regula esta cuestión, aunque podrían acceder a compartir los bienes tomando como referencia la Convención de Mérida.

Entre las fortalezas de los cinco sistemas analizados se puede destacar el hecho de que todos los países forman parte de redes especializadas en materia de recuperación de activos. Así, los cinco Estados forman parte la Red de recuperación de activos del Grupo de Acción Financiera de América Latina y del Caribe (GAFILAT), red creada en 2011 para promover el intercambio de información puntos de contacto. Uno de los aspectos más positivos de esta red es que trata de promover el intercambio espontáneo de información, lo que puede y debe ser utilizado para identificar y localizar activos procedentes del delito. Además, los cinco Estados o, más concretamente, sus unidades de inteligencia financiera, integran el Grupo Egmont. Su sistema de intercambio seguro de información también puede otorgar más eficacia a las investigaciones por delitos.

En ninguno de los cinco países se prevén disposiciones específicas en materia de recuperación de activos procedentes de delitos de corrupción.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

5.1. Desarrollo normativo

Colombia ha ratificado las Convenciones de Palermo y Mérida, de Naciones Unidas, y la Convención OCDE. También ha ratificado, en el ámbito regional, la Convención interamericana contra la corrupción y la Convención de Nassau. Además, el país forma parte de diversas redes de cooperación judicial internacional, como la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición de la OEA, e IberRed; y es miembro del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD). La

unidad de inteligencia financiera del país (denominada Unidad de información y análisis financiero⁴⁰) es miembro del Grupo Egmont.

Colombia posee un sólido marco normativo que le permite prestar asistencia jurídica internacional (GAFILAT, 2018: 14 y 120). En concreto, se trata de los arts. 484-489 del Código de Procedimiento Penal (en adelante, CPP). También la Ley 1708 de 2014 por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio (en adelante, Ley de extinción de dominio)⁴¹ contiene disposiciones sobre cooperación jurídica internacional en esta materia concreta. Además, el país ha suscrito diversos tratados bilaterales en materia de asistencia legal mutua, que se suman a los tratados internacionales analizados en este capítulo, que le sirven de base para para prestar asistencia jurídica internacional. En ausencia de tratado, Colombia puede cooperar con otros Estados con base en el principio de reciprocidad (Naciones Unidas, 2014: 206).

El país ha comunicado cuatro autoridades centrales para la aplicación de la Convención de Mérida, dependiendo del objeto exacto de la cooperación judicial internacional:

1. La Fiscalía General de la Nación es la autoridad central para recibir las solicitudes de asistencia en materia penal que lleguen desde otros Estados, y es la autoridad central para enviar solicitudes a otros Estados cuando se refieran a la fase de investigación de un delito;
2. El Ministerio de Justicia y del Derecho es la autoridad central para enviar solicitudes a otros Estados en temas penales que se hallen en fase de juicio;
3. La Procuraduría General de la Nación es la autoridad central para emitir y recibir solicitudes en temas disciplinarios; y
4. La Contraloría General de la República es la autoridad central para enviar y recibir solicitudes en materia administrativa y lograr el resarcimiento del daño causado al patrimonio público

⁴⁰ Vid.: <https://hub.uiaf.gov.co/participacion-ciudadana/>

⁴¹ Colombia. Ley 1708 de 2014 (enero 20) por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio. Diario Oficial núm. 49.039, de 20.1.2014.

(Naciones Unidas, 2014: 221). Téngase en cuenta que, a diferencia de otros Estados, Colombia presta asistencia internacional también en temas administrativos. La Contraloría General de la República tiene una Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes, encargada de la búsqueda, embargo y recuperación de activos procedentes de la corrupción a nivel internacional (Naciones Unidas, 2014: 209).

Para la recepción y emisión de solicitudes de asistencia judicial internacional, Colombia no exige la vía diplomática. Las autoridades centrales se pueden comunicar directamente con sus homólogas extranjeras. En casos urgentes, Colombia puede convenir con el otro Estado que le envíe la solicitud a través de Interpol (Naciones Unidas, 2014: 221). La solicitud de asistencia contendrá los datos necesarios para su desarrollo, como los hechos que motivan la actuación, el objeto, los elementos materiales probatorios, las normas presuntamente infringidas, la identidad y ubicación de las personas o de los bienes, así como el término concedido para el diligenciamiento de la petición (art. 485 CPP). Además, en la evaluación realizada a Colombia sobre la implementación de la Convención de Mérida, el país indicó que las solicitudes han de presentarse por escrito y en idioma español (Naciones Unidas, 2014: 222). Llama la atención, respecto del contenido de la solicitud, que se exija la identificación y la ubicación de los bienes objeto de embargo o decomiso pues, precisamente, la solicitud de asistencia puede tener como finalidad, en no pocas ocasiones, identificar o localizar los bienes de una persona en el país.

La legislación colombiana no exige el requisito de la doble incriminación para prestar asistencia judicial mutua (art. 489 CPP). Además, se coopera aunque los hechos en el otro Estado se atribuyan a una persona jurídica, con independencia de que estos entes puedan o no responder penalmente en Colombia (Naciones Unidas, 2011). No se deniega la cooperación porque los hechos entrañen asuntos fiscales (Naciones Unidas, 2014: 233) y no se puede invocar el secreto bancario para negarse a asistir al otro Estado (Naciones Unidas, 2014: 216).

La normativa de Colombia no establece plazos para dar respuesta a las solicitudes de asistencia, aunque los datos que ha aportado el

país para algunas evaluaciones internacionales indican que dependen de diversos factores como la complejidad del caso o la naturaleza de la medida. Las autoridades colombianas han señalado que el promedio es de seis meses, en general, y de cinco meses para casos de blanqueo. Incluso, en algunos casos se ha llevado a cabo la medida solicitada antes de que transcurrieran treinta días (GAFILAT, 2018: 116). La participación del país en redes internacionales como IberRed permite, además, agilizar los tiempos (Naciones Unidas, 2014: 235). Además, el art. 488 CPP dispone que las autoridades “tendrán amplias facultades para evitar dilaciones durante el trámite de las solicitudes de asistencia judicial, tomando las decisiones que sean necesarias”. Si bien, no concreta cuáles son esas facultades.

En lo relativo a los gastos, el Código de Procedimiento Penal solo se refiere a ellos al hablar del traslado de testigos y peritos, indicándose que habrán de correr a cargo de la parte requirente, pero no contiene nada sobre los gastos en relación con la asistencia en materia de embargo y decomiso. Recuérdese que la Convención de Mérida indica que los gastos de la cooperación judicial internacional serán asumidos por la parte requerida, salvo que se pacte otra cosa (art. 46, párrafo 28 de la Convención de Mérida), luego aquí parece que la disposición colombiana no parece estar en línea con el instrumento de Naciones Unidas.

En relación con la medida concreta de asistencia a la que se dedica este capítulo, la legislación colombiana permite, en el marco de la cooperación judicial internacional, imponer medidas restrictivas de la propiedad a solicitud de una autoridad extranjera, como por ejemplo el embargo preventivo, la extinción de dominio o el decomiso, de acuerdo con el art. 489 CPP. Se cooperará aunque el hecho del que deriva la medida solicitada no se encuentre tipificado como delito en el derecho interno, salvo que la medida que se solicita fuera contraria a los valores y principios de la Constitución (art. 489 CPP). Para dar curso a las solicitudes de autoridades extranjeras, indica el art. 489 CPP que “[1]a decisión que ordena la extinción del derecho de dominio, comiso o cualquier medida definitiva, será puesta en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación. Esta determinará si procede la medida solicitada, caso en el cual la enviará al juez competente para que decida mediante sentencia”.

Sobre el destino de los bienes decomisados, el art. 82 del CPP establece que serán transferidos definitivamente a la Fiscalía General de la Nación. También será este el organismo encargado de administrar los bienes embargados (art. 86 CPP). Y el art. 489 CPP *in fine* faculta al Fiscal General de la Nación a crear con los bienes decomisados en virtud de una sentencia que responda a una solicitud extranjera un fondo de asistencia judicial internacional, sin perjuicio de lo que corresponda al FRISCO – Fondo para la rehabilitación, inversión social y lucha contra el crimen organizado.

Más allá del Código de Procedimiento Penal, en la materia que nos ocupa es imprescindible hacer mención a la Ley de extinción de dominio que existe en el país. El art. 208 de esta norma permite la implementación de medidas de investigación o medidas cautelares para cumplir con las solicitudes internacionales de asistencia, mientras que se establece que estos requerimientos serán ejecutados en el menor tiempo posible. El art. 209 de la misma norma indica que tendrán valor en Colombia las sentencias de decomiso, extinción de dominio e instituciones jurídicas similares que dicten tribunales extranjeros sobre bienes que se encuentren en territorio colombiano y que sean pretendidos a través de la cooperación judicial internacional. Para proceder a su ejecución se estará a lo dispuesto en los tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que Colombia sea parte o, en su ausencia, al principio de reciprocidad.

El referido precepto establece cómo habrá de disponerse de los bienes objeto de esas sentencias. Si son bienes muebles distintos al dinero en efectivo, el Estado requirente podrá optar por recibir el bien o el valor en efectivo que se obtenga como producto del remate que realice la autoridad encargada de su administración. Si son bienes inmuebles, será objeto de remate y su producto se entregará al Estado requirente en dinero en efectivo.

El art. 214 de la Ley de extinción de dominio faculta al Estado colombiano a compartir los activos procedentes del delito con otros países, siempre que sean objeto de una sentencia definitiva nacional o extranjera, y sean producto de la asistencia jurídica mutua en virtud de los diferentes tratados o acuerdos de los que Colombia sea parte. Por ejemplo, se permite compartir los activos decomisados en los acuerdos suscritos con Argentina, Cuba, Ecuador, España, Esta-

dos Unidos, México, Perú y Suiza (GAFILAT, 2018a: 186). Los gastos se repartirán teniendo en cuenta lo que indiquen los diferentes instrumentos normativos internacionales o, en su defecto, los memorandos de entendimiento suscritos con el Estado con el que se coopera (art. 214).

5.2. Fortalezas y debilidades

La legislación colombiana en materia de asistencia jurídica mutua con fines de decomiso es una de las más avanzadas entre los países que son objeto de estudio en este trabajo. Su Código de Procedimiento Penal contiene la base legal para proceder ante una solicitud extranjera de reconocimiento y ejecución de una orden de embargo o de una sentencia de decomiso (art. 489). Además, su Ley de extinción de dominio también prevé disposiciones sobre la asistencia jurídica recíproca en esta materia concreta. Para lo que no esté regulado expresamente en estas normas, el país puede hacer uso de los múltiples tratados que ha suscrito, o puede recurrir, en ausencia de tratado, al principio de reciprocidad. El país no solo presta asistencia legal mutua por los mecanismos formales sino que, además, puede hacer uso de mecanismos informales que favorecen la comunicación directa entre fiscales, jueces y policías nacionales con sus homólogos extranjeros. Por ejemplo, se puede hacer uso de IberRed o del Grupo Egmont. Todo lo mencionado en este párrafo debe entenderse como fortalezas de la legislación colombiana en la materia que nos ocupa.

Como en el resto de los países analizados en este capítulo, la legislación colombiana no contiene un listado de delitos respecto de los cuales se puede cooperar, por lo que la cooperación es posible en todos los delitos, incluida la corrupción asociada al crimen organizado. Además, el país puede asistir incluso cuando el delito del que deriva la solicitud sea atribuido a persona jurídica, con independencia de que los entes colectivos no respondan penalmente según el ordenamiento jurídico colombiano. También coopera en relación con delitos fiscales, pese a que la Convención de Mérida permita esta excepción. Y no puede alegar el secreto bancario para denegar la

asistencia. Todo lo expuesto contribuye, sin duda, a una asistencia jurídica mutua más eficaz.

Colombia coopera sin necesidad de que exista doble incriminación. El único límite que se establece en su normativa es que la medida solicitada no sea contraria a los valores y principios consagrados en la Constitución Política del país. Se han denegado algunas solicitudes, por ejemplo, cuando la asistencia perjudica la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales, o cuando se refiere a delitos militares no contemplados en la legislación ordinaria, o cuando existen motivos fundados para creer que la solicitud se ha formulado con miras a enjuiciar a una persona por motivos discriminatorios (GAFILAT, 2015d: 76).

Al igual que casi todas las legislaciones analizadas, Colombia no exige que la solicitud de asistencia legal mutua se gestione por vía diplomática, lo cual debe considerarse una fortaleza porque de este modo se agiliza el proceso para la asistencia. Basta con que las autoridades centrales se comuniquen entre ellas por los mecanismos habilitados al efecto. El país ha nombrado cuatro autoridades centrales, lo que podría generar confusión (Naciones Unidas, 2014: 222) y llegar a entorpecer la asistencia jurídica mutua. En todo caso, las competencias parecen estar bien delimitadas. La Fiscalía General de la Nación actúa coordinada con el Ministerio de Justicia en los asuntos relacionados con la cooperación jurídica internacional. La Contraloría solo interviene en asuntos muy puntuales, es decir en casos de daño fiscal causado por servidores públicos al patrimonio público colombiano, y actúa coordinada también con el Ministerio de Justicia en los asuntos de cooperación judicial internacional. La Procuraduría tiene, asimismo, muy limitadas sus competencias, pues solo interviene en materia de investigaciones disciplinarias sobre servidores públicos. Para una asistencia más ágil y eficaz, el país puede hacer uso de la plataforma “Iber@” dentro de IberRed.

Como punto negativo del sistema colombiano, crítica que se puede extender a la totalidad de los países analizados, es que no se prevén en su legislación plazos para dar respuesta a una solicitud de cooperación jurídica internacional. El país ha aportado algunos datos a las evaluaciones a las que se ha sometido a nivel internacional, y señala los plazos breves pero, en todo caso, dependientes de circunstancias

muy diversas pues no hay un plazo legal que garantice la asistencia pronta y sin dilaciones.

Si se compara la legislación colombiana con los instrumentos de Naciones Unidas y con los instrumentos del ámbito americano, se puede concluir que, en general, el país posee un alto grado de cumplimiento, aunque no debe ignorarse que en ocasiones el articulado de estos instrumentos es excesivamente vago, como la exigencia de que la asistencia legal mutua sea “pronta” (sin concretar plazos), por lo que concluir que un país cumple con el instrumento no significa que en la práctica la asistencia legal mutua sea eficaz. Si se compara la legislación del país con los instrumentos europeos, especialmente, con los procedentes de la UE, y con la regulación en España, se aprecian notables diferencias pues en el ámbito de la UE el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras de embargo y decomiso se basa en el principio de confianza mutua, y existe la obligatoriedad de reconocer y ejecutar esas órdenes judiciales que traigan su causa en unos delitos determinados. No hay posibilidad de negarse salvo motivos muy tasados. Además, la comunicación es directa entre las autoridades judiciales, lo que agiliza el proceso y hace que la colaboración sea más productiva.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

6.1. Conclusiones

En este capítulo se pretendía responder al interrogante de si la cooperación jurídica internacional para la recuperación y la restitución de activos puede contribuir a una lucha más eficaz contra la corrupción asociada al COT en la región latinoamericana, en general, y en Colombia, en particular. En investigaciones previas ya se había puesto de manifiesto que la estrategia contra la corrupción no debe limitarse al viejo recurso a los delitos y las penas. Son esenciales otras medidas, como las preventivas. En todo caso, cometido el delito, los Estados han de realizar esfuerzos por enjuiciar a los responsables, pues el Derecho penal cumple también una función disuasoria o de prevención. Llegados a este punto, la sanción no debe limitarse a

la imposición de una pena de prisión o de multa. La sanción debe incluir también la privación de las ganancias que han resultado de los hechos de corrupción. Esa privación se puede lograr, fundamentalmente, a través de la institución del decomiso (en sus múltiples versiones, en las cuales no se ha entrado en este capítulo por exceder el objeto de estudio). Privado el delincuente de las ganancias, se debe proceder a la restitución del dinero o de los bienes al Estado requirente, a sus legítimos propietarios o las víctimas de este tipo de delitos.

La privación al delincuente de las ganancias derivadas del delito es una tarea complicada, máxime cuando estas (como los propios delincuentes) se mueven de unos territorios a otros, entrando en el juego ordenamientos diferentes de los que se pueden aprovechar los responsables del delito para disfrutar de los rendimientos ilícitamente obtenidos. Para evitar que esto suceda es imprescindible la cooperación internacional. La asistencia entre Estados puede hacer que la identificación de las ganancias del delito, así como su rastreo e inmovilización sean más rápidas y, por tanto, más eficaces. La cooperación servirá para que esos bienes o ese dinero no se desvanezcan. Y lo que es más importante, la cooperación entre los Estados servirá también para lograr el retorno de esa riqueza ilícitamente obtenida y dedicarla, por ejemplo, a la lucha contra la corrupción o a indemnizar a las víctimas que hayan podido ser identificadas.

Por lo expuesto, se puede afirmar que la asistencia legal mutua en materia de recuperación y restitución de activos es una medida idónea para un combate más eficaz de la corrupción asociada al COT. Para lograr esa asistencia, diferentes instrumentos normativos internacionales y supranacionales han instado a los Estados a la adopción de medidas legales que faciliten la cooperación jurídica internacional. Entre estos instrumentos, debe destacarse a nivel internacional, la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, pues considera que la recuperación de activos procedentes de la corrupción es un principio fundamental de la Convención y dedica buena parte de su capítulo V a las medidas de cooperación internacional para estos fines. En los instrumentos regionales, sin duda, los más avanzados son los procedentes de la Unión Europea. En concreto, el Reglamento (UE) 2018/1805, asentado sobre el principio de confianza

mutua, contiene un sistema mucho más ágil que cualquiera de los demás instrumentos supranacionales e internacionales, para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones de embargo y de decomiso dictadas por cualquier Estado miembro de la Unión Europea. En el marco de esta organización, los Estados están obligados a ejecutar una orden que provenga de otro Estado miembro y que cumpla los requisitos previstos en el Reglamento. Esto supone, sin duda, un avance en la materia pues permite una lucha más eficaz contra determinadas formas de delincuencia, como puede ser la corrupción. En el ámbito latinoamericano se carece de un instrumento similar a este, aunque se han dado pasos hacia adelante, esencialmente, con la creación de IberRed, que permite una cooperación más ágil contra la delincuencia transfronteriza en la Comunidad Iberoamericana de Naciones, haciendo cada vez más real el deseo de un Espacio Judicial Iberoamericano. En todo caso, queda aún mucho trabajo por hacer, razón por la cual se proponen a continuación una serie de estrategias de acción.

6.2. Recomendaciones para América Latina

Una vez estudiadas las legislaciones de los países de referencia en esta obra, así como los instrumentos regionales a internacionales que vinculan a estos países, la estrategia global para América Latina debe centrarse en aumentar la eficacia de la cooperación internacional con fines de embargo, de decomiso y restitución de activos. Para aumentar la eficacia se propone:

1. Eliminar, en aquellos países que aún lo exijan, la vía diplomática para tramitar solicitudes de asistencia jurídica mutua. Las clásicas comisiones rogatorias ralentizan el proceso, lo que puede llevar a la irrecuperabilidad de los activos procedentes del delito pues los delincuentes aprovecharán esos tiempos para trasladarlos a otros lugares, especialmente, si para ello basta un *click* en el ratón del ordenador.
2. Implementar sistemas ágiles para la cooperación internacional en este ámbito, para lo cual se pueden aprovechar las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías, que permiten el acceso rápido a cantidades ingentes de información y una rá-

- vida comunicación entre autoridades policiales y judiciales, a la vez que pueden garantizar la veracidad de la información contenida en la solicitud.
3. Mejorar la coordinación entre las autoridades centrales de los diferentes países, especialmente, cuando en un mismo país hay varias autoridades centrales para la asistencia legal mutua, como es el caso de Colombia. Esta situación puede generar confusión tanto dentro como fuera del propio Estado, lo que repercutirá negativamente en las investigaciones por delitos.
 4. Diseñar legislaciones nacionales específicas en materia de cooperación internacional. Como se ha visto, algunos Estados no cuentan con disposiciones legales concretas a este respecto, lo que hace que tengan que recurrir a los instrumentos normativos internacionales o a los tratados existentes entre las partes, si es que los hay. Es necesaria una legislación nacional que concrete quién es la autoridad central y cuáles son las vías para presentar las solicitudes (evitando la diplomática). Asimismo, la legislación nacional debe permitir el reconocimiento y la ejecución de manera directa de resoluciones de embargo y decomiso dictadas por otro Estado, sin necesidad de que se exija una nueva sentencia u otro tipo de resoluciones en el Estado requerido, pues eso retrasará la asistencia. Para evitar dilaciones, la legislación nacional debe también concretar los plazos (breves) para dar una respuesta a una solicitud de asistencia mutua. En las legislaciones analizadas (salvo en España en relación con países de la Unión Europea) no hay disposiciones a este respecto, por lo que no se puede siquiera estimar cuánto durará todo el proceso.
 5. Prescindir del requisito de la doble incriminación para la presentación de asistencia en materia de decomiso y restitución de activos. Algunos Estados, como Colombia, ya lo han eliminado, aunque en todo caso la medida solicitada debe estar en consonancia con los valores y principios constitucionales. Para esos casos en los que no sea posible eliminar el requisito, es preciso superar una interpretación puramente exegética de los términos pues en el ámbito de la corrupción, la terminología puede variar de unas jurisdicciones a otras en tanto que

el propio concepto de “corrupción” no es manejado normalmente en los códigos penales, sino que se utilizan otros como cohecho o soborno. La diferente terminología existente en torno al decomiso también puede generar inconvenientes. Los Estados deben, por ello, ser más flexibles a la hora de interpretar conceptos como decomiso civil, decomiso autónomo o extinción de dominio, para que la cooperación pueda ser más eficaz.

6. Adoptar legislaciones nacionales que garanticen la devolución de los activos procedentes de la corrupción a otros Estados. Se ha visto en el epígrafe 4 que no todos los Estados lo permiten expresamente y que, los que han devuelto activos, lo hacen normalmente sobre la base de los tratados internacionales, pero no hay una normativa interna que detalle esta posibilidad, por lo que todo queda a lo que los Estados pacten para cada caso. Para cumplir con los mandatos internacionales, especialmente, con la Convención de Mérida, las legislaciones deben garantizar la devolución de los activos al Estado requirente en los casos de malversación de fondos públicos, y prever mecanismos para la devolución a quien corresponda en el caso de que los activos procedan de otros delitos relacionados con la corrupción.
7. Reforzar el papel de las unidades de inteligencia financiera. Estos organismos cumplen un papel esencial en la identificación y rastreo de los bienes procedentes del delito. Se hace necesario, por ello, dotarles de recursos personales y materiales que les permitan desarrollar su actividad de manera eficiente. Se podría revisar incluso su capacidad para llevar a cabo embargos urgentes, con el objetivo de evitar que los activos procedentes del delito desaparezcan.
8. Fomentar el uso IberRed. La creación de IberRed en el año 2004 supuso un avance hacia el Espacio Judicial Iberoamericano. La nueva plataforma *Iber@*, implementada en 2021 marca una nueva era en el funcionamiento de la red pues permite una comunicación electrónica segura entre las autoridades centrales. Existiendo esta red, no tiene sentido que los Estados de la Comunidad Iberoamericana de Naciones utilicen

otros sistemas más lentos para la asistencia jurídica mutua, o exijan la presentación de las solicitudes por vía diplomática. Todas las autoridades competentes en cada Estado en materia de cooperación jurídica internacional deben recibir la capacitación correspondiente para el uso de esta plataforma.

9. Promover el uso de otras redes de cooperación jurídica internacional. IberRed abarca, como se ha comentado a los países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, pero la asistencia legal mutua no se puede limitar a estos países pues los delinquentes se mueven y mueven los rendimientos de la corrupción a lo largo y ancho de todo el planeta. Por eso se hace necesario reforzar los mecanismos de cooperación internacional para poder asistir y solicitar asistencia a otros Estados que no forman parte de IberRed. Una oportunidad en este sentido la proporciona la *Global Operational Network of Anti-Corruption Law Enforcement Authorities* (GlobE Network)⁴², a la que pertenecen todos los países de referencia estudiados en este capítulo. La GlobE Network, ofrece canales seguros de intercambio de información entre las agencias y el personal encargados en cada país de investigar casos de corrupción con implicaciones transfronterizas. La comunicación directa entre policías, jueces o fiscales de diferentes Estados que se puede lograr a través de esta red sería un paso previo a la solicitud formal de asistencia legal mutua. La aspiración de esta red es que la asistencia mutua entre los Estados sea más eficaz puesto que la identificación y el rastreo de los activos se prevé que sean más rápidos.
10. Fomentar la confianza mutua entre los Estados. El sistema implantado en la Unión Europea sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de embargo y decomiso debe ser el sistema a seguir por la agilidad del procedimiento. Construir un sistema así no es tarea sencilla. A la Unión Europea le ha costado décadas de esfuerzo. Es necesario que en la región latinoamericana se lleven a cabo actuaciones para generar esa confianza mutua. Eso se puede lograr, por ejem-

⁴² Vid.: <https://globenetwork.unodc.org/>

plo, a través de la participación en reuniones internacionales, regionales o bilaterales de fiscales, jueces y policías, y a través de la designación de puntos de contacto y figuras similares. Es preciso generar la confianza para que el intercambio de información se pueda permitir de manera espontánea y a través de mecanismos informales, siempre que las legislaciones lo permitan. Donde no sea posible, se deberá revisar la legislación.

6.3. Recomendaciones para Colombia

Como se ha explicado supra sección 5, Colombia cuenta con una base legal en la que apoyarse para asistir a otros Estados, y solicitar asistencia, en materia de recuperación y restitución de activos. No obstante, en este trabajo se han apuntado algunas debilidades de su sistema, por lo que se hacen extensibles a Colombia las estrategias mencionadas en el epígrafe anterior. Especialmente, para el caso de Colombia, se recomiendan las siguientes estrategias, sin ignorar el resto:

1. Colombia debe revisar su legislación para permitir un reconocimiento y ejecución más rápido de las resoluciones extranjeras de embargo y de decomiso, es decir, un sistema de reconocimiento directo. Es cierto que su legislación está en línea con lo exigido en la Convención de Mérida, pero también es cierto que este sistema puede ralentizar la cooperación en materia de decomiso y devolución de activos, y que ésta devenga ineficaz;
2. La legislación del país se debe revisar en lo relativo a los plazos para proceder a ejecutar una medida de asistencia jurídica mutua. El país ha informado acerca de los plazos en determinados delitos, y ciertamente son rápidos, pero todo depende del caso concreto, pues la legislación no impone obligaciones en este punto, más allá de disposiciones genéricas que apelan a la prontitud de la asistencia;
3. El país también debe revisar su legislación en lo relativo a los gastos de la asistencia. Para dar cumplimiento a las disposiciones de la Convención de Mérida, debe quedar claro que el Estado requerido asume los gastos;

4. Colombia también debe implementar una regulación que garantice el retorno de la riqueza ilícita al Estado requirente, en línea con lo que exige la Convención de Mérida. Por ejemplo, en los casos en los que la asistencia traiga su causa en un delito de peculado de fondos públicos o de blanqueo de tales fondos, debe devolverse al Estado requirente;
5. El país debe fomentar la asistencia legal recíproca asentada sobre la base del principio de confianza mutua, al estilo de la Unión Europea. Este sistema permite un reconocimiento directo de las órdenes de embargo y decomiso, lo que asegura un combate más productivo de la corrupción; y
6. Colombia debe promover el uso de las redes internacionales de intercambio de información que se ha mencionado a lo largo de este trabajo, pues como se ha explicado, permiten una comunicación más ágil, a la vez que segura, de las solicitudes de asistencia. Para poder hacer uso de IberRed, las autoridades vinculadas a la asistencia jurídica mutua, debe recibir la formación y capacitación adecuadas, lo que implicará una inversión en recursos materiales y humanos.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Cano, M. A. (2008). “Una aproximación a la cooperación judicial penal en el espacio iberoamericano: aspectos normativos, e institucionales”. *Revista Electrónica Iberoamericana*. Vol. 2. Núm. 2. Pp. 43-56. https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_2_2008_2/REIB_02_02_M_A_Cano_Linares.pdf
- Carrillo del Teso, A. E. (2018). *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Casanueva, I., Gil, S. & Armaza, E. (2018). “La decisión marco 2005/212: antecedente y origen de las últimas reformas del comiso como consecuencia accesoria del delito”. *Estudios de Deusto*. 66. N. 2. Pp. 397-434. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp397-434](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp397-434).
- Fridriczweski, V. (2019). “Actuación interinstitucional, combate a la corrupción y la recuperación de activos en Brasil: Algunas luces”. En Rodrí-

- guez-García, N., Carrizo Gonzáles-Castell, A. & Rodríguez, F. (eds.). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 275-293.
- Galain, P. (2021). Uruguay. En Olasolo, H., Buitrago, S. Mané, C. S. & Sánchez, A. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Colección Perspectivas iberoamericanas de la Justicia. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 383-444.
- Nagle, L. E. (2019). “Corrupción internacional y decomiso penal en los EE. UU.: casos salpicados de política”. En Rodríguez-García, N., Carrizo Gonzáles-Castell, A. & Rodríguez, F. (eds.). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 602-639.
- Rodríguez, N. (2017). “Redescubrimiento de las bonanzas del decomiso en las tácticas supranacionales e internacionales para poner freno a la “sociedad incivil””. En Berdugo Gómez de la Torre, I., Caparrós, E. & Rodríguez, N. *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 318-384.
- Saadi, R. A. & Bezerra, C. C. (2012). “Autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional. En Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional”. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos*. 2ª Ed. Brasília. Pp. 21-27.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Comisión Europea. (2020). “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Recuperación y decomiso de activos: Garantizar que el delito no resulte provechoso”. Bruselas 2.6.2020. COM(2020) 217 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0217>
- Consejo de Europa. (1999). *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*. Estrasburgo. <https://rm.coe.int/16800cce441999>
- GAFILAT. (2015a). *Guía de contactos y procedimientos para la cooperación jurídica en materia de lavado de activos en los países de GAFILAT. Argentina*.
- GAFILAT. (2015b). *Guía de contactos y procedimientos para la cooperación jurídica en materia de lavado de activos en los países de GAFILAT. Chile*.
- GAFILAT. (2015c). *Guía de contactos y procedimientos para la cooperación jurídica en materia de lavado de activos en los países de GAFILAT. Perú*.
- GAFILAT. (2015d). *Guía de cooperación judicial internacional en recuperación de activos ilícitos*. Red de Recuperación de Activos de GAFILAT – RRAG;

- Iniciativa StAR Banco Mundial – BM / Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito – UNODC.
- GAFILAT. (2016). *Guía de contactos y procedimientos para la cooperación jurídica en materia de lavado de activos en los países de GAFILAT. México.*
- GAFILAT. (2018a). *Informe de evaluación mutua de cuarta ronda de la República de Colombia.* <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/miembros/colombia>
- GAFILAT. (2018b). *Medidas anti lavado y contra la financiación del terrorismo. México. Informe de evaluación mutua.* <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/miembros/mexico>
- Naciones Unidas. (2004). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.* UNODC. Nueva York. https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_S.pdf
- Naciones Unidas. (2011). *Informe sobre el examen de Chile. Examen por El Salvador y Ucrania sobre la aplicación por parte de Chile del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Ciclo de examen 2010-2015.* Nueva York. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_03_06_Chile_Final_Country_Report_Spanish.pdf
- Naciones Unidas. (2012). *Review Report of the United States of America Review by Sweden and the Former Yugoslav Republic of Macedonia of the implementation by the United States of America of Articles 15-42 of Chapter III. “Criminalization and law enforcement” and Articles 44-50 of Chapter IV. “International cooperation” of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2010 - 2015.* Nueva York. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_11_19_USA_Final_Country_Report.pdf
- Naciones Unidas. (2013a). *Informe sobre el examen de Argentina. Examen por Panamá y Singapur sobre la aplicación por parte de Argentina de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015.* Nueva York. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2018_06_14_Argentina_Final_Country_Report.pdf
- Naciones Unidas. (2013b). *Informe sobre el examen del Perú. Examen por el Estado Plurinacional de Bolivia y Ecuador sobre la aplicación por parte del Perú de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Na-*

- ciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York. <https://uncaccoalition.org/files/official-documents/country-review-report-peru-spanish.pdf>
- Naciones Unidas. (2014). *Informe sobre el examen de Colombia Examen por Honduras y Eslovenia sobre la aplicación por parte de Colombia de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-0 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York. <https://uncaccoalition.org/files/Cycle1-Country-Report-Colombia.pdf>
- Naciones Unidas. (2015a). *Country Review Report on Brazil. Review by Haiti and Mexico of the implementation by Brazil of articles 15-42 of Chapter III. “Criminalization and law enforcement” and articles 44-50 of Chapter IV. “International cooperation” of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2010-2015*. Nueva York. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2017_01_19_Brazil_Final_Country_Report.pdf
- Naciones Unidas. (2015b). *Informe sobre el examen de México Examen por Azerbaiyán y Perú sobre la aplicación por parte de México de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44 - 50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2016_06_17_Mexico_Final_Country_Report.pdf
- Naciones Unidas. (2012). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Segunda edición revisada. UNODC. Nueva York. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf
- Naciones Unidas (2020). *Informe sobre el examen del Perú. Examen por Cuba y Fiyi sobre la aplicación por parte del Perú de los artículos 5-14 del capítulo II “Medidas preventivas” y artículos 51-59 del capítulo V “Recuperación de activos” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2016-2021*. UNODC. Nueva York.

Capítulo 10

Reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia penal

ANA E. CARRILLO DEL TESO*

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento y la ejecución de resoluciones firmes en materia penal se refiere, esencialmente, al cumplimiento de la pena impuesta en un Estado en otro distinto, que se suele tratar del país de nacionalidad o residencia del condenado. Por tanto, va más allá del reconocimiento de una sentencia penal — a los efectos de cosa juzgada, reconocimiento de antecedentes penales o incluso responsabilidades civiles— traspasando la función de ejecución de la pena, una de las esenciales funciones de la potestad jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) a un Estado —y, por tanto, una jurisdicción— diferente, lo que supone una cesión de competencia tanto en el plano jurisdiccional como administrativo (Mapelli Caffarena & González Cano, 2001: 46). Hasta las últimas décadas del s. XX no se abrió la puerta, en la forma de instrumentos internacionales, a esta forma de cooperación internacional, ya que se entendía que el cumplimiento de las penas pertenecía al núcleo de la soberanía de los Estados: quién imponía la pena debía poder hacer que se cumpliera

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca. Licenciada en Derecho, Máster Universitario en Corrupción y Estado de Derecho, Doctora por la Universidad de Salamanca con mención internacional. Miembro del Centro de Investigación para la Gobernanza Global y del Grupo de Investigación Reconocido “Justicia, sistema penal y criminología” de la Universidad de Salamanca. Coordinadora Adjunta del Programa de Doctorado “Estado de Derecho y Gobernanza Global”. Código Orcid:0000-0002-1245-2499, Researcher ID: A-8757-2017.

la sentencia (UNODC, 2012b: 17). Además, es una forma de cooperación que suscita dudas porque la forma de constitución de los órganos, las garantías procesales y el Derecho penal aplicado pueden diferir enormemente, lo que dificulta, todo ello, el reconocimiento y ejecución de una sentencia penal en otro Estado (Bujosa Vadell, 2001: 1-2).

Con todo, no es una de las formas de cooperación que llame más la atención cuando hablamos de corrupción, quizá porque no está encaminada a facilitar la investigación, el enjuiciamiento o conseguir una condena por uno de estos delitos, como sí sucede con la extradición, con medidas especiales de investigación penal, con otras formas de cooperación policial; incluso con todas las medidas en torno a la recuperación de activos que se disponen en el Capítulo V de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Rodríguez-García, 2013: 152-156). Todas esas formas de cooperación juegan un papel decisivo en la agenda anticorrupción e incluso han marcado la evolución de la cooperación judicial internacional con el paso de la competición entre Estados al establecimiento de estándares internacionales de uso común (Jorge, 2008: 157-158), especialmente si está asociada al crimen organizado transnacional; relevancia no tan evidente en este caso.

En este trabajo intentaremos dar respuesta a la pregunta de hasta qué punto y de qué manera la regulación en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia penal puede contribuir a responder a este fenómeno en América Latina y, más en concreto, en Colombia. En otros términos, ¿va a marcar una diferencia que una sentencia firme se pueda ejecutar en uno u otro Estado? Nuestro estudio se centrará en un tipo de resoluciones penales firmes: las sentencias que imponen una pena de prisión o privativa de libertad (por tanto, no nos referiremos a las que imponen sanciones pecuniarias o algún tipo de decomiso, a las que se dedican otros capítulos de esta obra; tampoco a la libertad vigilada y otro tipo de penas). La mayor dificultad en lo que se conoce generalmente como “traslado de personas condenadas” que se nos plantea es el entramado de instrumentos normativos a los que tendremos que atender según los países que vayan a cooperar para la ejecución de esa resolución firme.

En el caso de las condenas a penas privativas de libertad nos vamos a plantear, principalmente, cuatro escenarios¹:

1. Que ambos Estados formen parte del Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983 (en adelante, Convenio de Estrasburgo de 1983). A pesar de que se celebró en el marco del Consejo de Europa, su ámbito de aplicación no se ciñe únicamente a los miembros de esta organización, ya que un buen número de terceros Estados ratificaron este Convenio y se considera el instrumento más relevante a nivel internacional.
2. Que ambos Estados sean miembros de la Unión Europea. En este caso, la norma de referencia es la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas y otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (en adelante, Decisión Marco 2008/909/JAI). Todos los países de la Unión Europea a excepción de Irlanda y Bulgaria han transpuesto esta Decisión Marco.
3. Que ambos Estados sean miembros de la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, adoptado en Managua, Nicaragua, el 6 de septiembre de 1993, en vigor desde el 4 de diciembre de 1996 (en adelante, Convención Interamericana de 1993).
4. Que ambos Estados hayan celebrado un convenio bilateral en la materia. A pesar de la proliferación de instrumentos internacionales y regionales, la relevancia de los acuerdos bilaterales en esta materia no ha decaído debido a que son expresión

¹ No obstante, hay otros acuerdos multilaterales: el Programa de traslado de delincuentes convictos entre los países del Commonwealth, el Convenio sobre el traslado de condenados a prisión para el cumplimiento de su pena entre los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes, el Convenio sobre el traslado de personas condenadas entre los Estados miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa o el Acuerdo Árabe de Riad sobre Cooperación Judicial.

de las especiales relaciones entre los Estados (Arnáiz Serrano, 2013: 18).

En este capítulo analizaremos la cuestión del traslado de personas condenadas partiendo de una reflexión sobre las finalidades de esta forma de cooperación y su posible impacto en la lucha contra la corrupción. A continuación, estableceremos dos niveles de análisis: el primero, centrado en los instrumentos internacionales y regionales en la materia en los ámbitos latinoamericano y europeo. Al respecto, nos centraremos en los principales elementos comunes: ámbito de aplicación, presupuestos, procedimiento y consecuencias de la ejecución de condena en otro Estado. En el segundo nivel de análisis, abordaremos el estado de la cuestión en una serie de países tanto ajenos al ámbito latinoamericano (Estados Unidos y España) como de este ámbito (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú). En este caso, los elementos de análisis serán los tratados multilaterales y bilaterales de los que forman parte y la existencia de programas de traslado o de normativa interna en la materia. Por último, trasladaremos este examen a Colombia, remarcando sus debilidades y fortalezas; para finalizar con la propuesta de estrategias tanto para el ámbito latinoamericano como para el concreto caso de Colombia.

2. RAZONES PARA EL TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS

En todos los documentos internacionales sobre la materia, el traslado de personas condenadas se asocia a una serie de finalidades que refuerzan determinados fines de la pena y van más allá de ellos: facilitar la rehabilitación y reintegración social del penado, razones humanitarias, reforzar la aplicación y vigencia de la ley y la cooperación internacional, incluso las relaciones diplomáticas entre países (UNODC, 2012b: 9-15).

Tanto el Convenio de Estrasburgo de 1983 como la Decisión Marco 2008/909/JAI pivotan alrededor de la reinserción social de los reclusos, como se declara en ambos casos. El Convenio tiene como objetivo principal facilitar la reinserción social de los reclusos, ofreciendo a los extranjeros condenados por un delito la posibilidad de

cumplir sus penas en su propio país. También se basa en consideraciones humanitarias, ya que las dificultades de comunicación por las barreras lingüísticas y la ausencia de contacto con los familiares pueden tener efectos perjudiciales para una persona encarcelada en un país extranjero.

En el caso de la Decisión Marco, que pretende profundizar la cooperación que establecen los instrumentos del Consejo de Europa, la base es que:

[...] el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución debe incrementar las posibilidades de reinserción social del condenado. Para asegurarse de que el Estado de ejecución hará ejecutar la condena cumpliendo la finalidad de facilitar la reinserción social del condenado, la autoridad competente del Estado de emisión debe tener en cuenta aspectos como la relación del condenado con el Estado de ejecución, por ejemplo, si el condenado considera que allí se encuentran sus vínculos familiares, lingüísticos, culturales, sociales o económicos, y otros lazos con el Estado de ejecución (considerando 9).

La Convención Interamericana, igualmente, alude a este fin, ya que los Estados miembros declaran actuar “animados por el deseo de cooperar para asegurar una mejor administración de justicia mediante la rehabilitación social de la persona sentenciada” y persuadidos de que “es conveniente que a la persona sentenciada se le pueda dar la oportunidad de cumplir su condena en el país del cual es nacional”.

No hay que perder de vista, al fin y al cabo, que esta finalidad aparece sancionada en el primer inciso del art. 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP): “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

En la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, más bien en el Informe del estado de aplicación de la convención en materia de penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional, solo se alude a que los principios humanitarios deben estar en la base del traslado de personas condenadas, sin referirse al resto de posibles finalidades (UNODC, 2015: 201). No obstante, el Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros, aprobado en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención

del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1985, al que se remite la Guía Técnica de la Convención (UNODC, 2010: 168) sí menciona expresamente la finalidad de reinserción social como primer principio general: “Debe promoverse la reinserción social de los delincuentes facilitando, en el plazo más breve posible, el regreso de las personas condenadas por delitos en el extranjero a su país de nacionalidad o residencia para el cumplimiento de su condena”.

Así pues, la clave para discernir la importancia del reconocimiento y ejecución de sentencias penales firmes en respuesta a la corrupción relacionada con el crimen organizado transnacional está en el rol de la reinserción social para prevenir o mitigar este tipo de delincuencia. Tradicionalmente, se había considerado que esta labor de reeducación y reinserción social no era necesaria en los condenados por delitos de corrupción o, más ampliamente, en los llamados “delincuentes de cuello blanco” —archiconocida categoría criminológica acuñada por Sutherland en 1939— precisamente por tratarse de personas de alto estatus social y con un buen nivel de educación que, además, tienen mayores posibilidades de escapar de la acción de la justicia (Sutherland, 1969: 12-13). En definitiva, no cumplían con la idea social de delincuente como persona asociada a alguna forma de exclusión social (Baratta, 2004: 290), a cuya respuesta parece dirigida, en origen, la prisión, con la idea de reformar a un sector concreto de la población (Fernández Abad, 2017: 51-53).

La pena de prisión en estos delitos ha ganado importancia, muestra de ello es el aumento de las penas que llevan aparejadas. En el caso de Colombia, si tomamos como ejemplo el delito de cohecho, vemos que, en el anterior Código Penal, tras la reforma operada por la Ley 190 de 1995, la pena de prisión para el delito de cohecho propio del art. 141 era de cuatro a ocho años. El actual Código Penal, aprobado por la Ley 599 de 2000, en su redacción original mantiene una pena similar en el art. 405, de cinco a ocho años. Sin embargo, con la reforma de la Ley 890 de 2004, las penas aumentan ostensiblemente, ya que el mismo delito se castiga con pena de prisión de ochenta a ciento cuarenta y cuatro meses, es decir, desde más de seis años y medio a doce años de prisión.

Esa mayor importancia también ha tenido reflejo, aunque más tardío, en la ejecución de las penas (Plasencia Domínguez, 2018).

Por ejemplo, en el caso de España, con un cambio de tendencia en las penas de corta duración, denegando su suspensión. En palabras de Cardenal Montraveta, la ejecución de penas cortas —de hasta dos años— está justificada “por su mayor capacidad intimidatoria y de prevención general positiva, por la frecuencia y la importancia de la amenaza de la comisión de estos delitos por parte de un sector importante de sus potenciales autores, por el reducido riesgo de que produzca un efecto criminógeno y por la propia gravedad de estos comportamientos” (2017: 240).

Junto con ello, también se ha reflejado en uno de los fines de la pena: la reinserción social. Como comentábamos, la también llamada resocialización no parecía aplicable a los casos de corrupción: ni estos delincuentes la necesitaban ni la prisión estaba pensada para ellos. También esa tendencia ha cambiado; de hecho, la propia Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003 en su art. 30.10 establece que “Los Estados Parte procurarán promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

Desde mediados de la década pasada comenzaron a surgir voces tanto en la academia como en el mundo de las instituciones penitenciarias (Arribas López, 2015) apostando por la intervención *tratamental* en los delincuentes de cuello blanco; aunque otras siguen sin ver posible esta reinserción (Al-Fawal Portal, 2020). Para Nistal Burón (2015: 5) también la delincuencia de cuello blanco tiene un comportamiento antisocial, derivado de “la voracidad económica, el gusto por un dinero fácil, por mantener unos privilegios que les hagan aparecer como seres poderosos e influyentes en una sociedad que mide el éxito personal por el valor de lo que se tiene”. Incluso se ha planteado la posibilidad de realizar encuentros restaurativos en el caso de delitos económicos con víctimas colectivas a través de representantes, asociaciones u organizaciones (Baucells, 2020; Rodríguez, 2020).

En todo caso, lo que trasluce es que la reinserción no deriva de la mera ejecución de la pena, sino que es necesaria una intervención penitenciaria *ad hoc* adaptada al perfil del condenado y al delito cometido. Precisamente con este fin, volviendo al ejemplo español, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias puso en marcha en 2021 el “Programa de Intervención en Delitos Económicos” (en

adelante, PIDECO). Este programa surge por el incremento de la delincuencia económica en los últimos años, por lo que ven necesario abordarla con una intervención ajustada a los factores criminógenos que conducen a esta actividad, con el objetivo de evitar la reincidencia y que la persona sea capaz de vivir respetando la ley cuando recobre la libertad. Se trata de un programa sin precedentes a nivel internacional o nacional cuya última etapa es precisamente el desarrollo de procesos de justicia restaurativa (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2020: 11-13).

3. REGULACIÓN EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y REGIONALES

3.1. *Instrumentos internacionales*

El primer impulso importante en el marco de Naciones Unidas al traslado de personas condenadas se dio en el Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de 1975 en el que se recomendó facilitar que las personas cumpliendo una pena en otro Estado pudieran volver a su país se origen mediante la cooperación regional y los acuerdos bilaterales (UNODC, 2012b: 17). La preocupación por la materia no decayó, sino que se siguió trabajando en medios para facilitar el traslado, lo que llevó a adoptar ese Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros, al que nos referimos *supra*, en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1985.

Las Convenciones de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 y contra la corrupción de 2003 incluyen sendos preceptos —respectivamente, los artículos 6.12, 17 y 45 de cada convención— dedicados al traslado de personas condenadas, con redacciones prácticamente idénticas que pivotan sobre dos elementos: en primer lugar, el traslado de personas condenadas a penas de prisión u otras penas privativas de libertad se remite a la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales en la mate-

ría; en segundo lugar, se trata en todo caso de una potestad facultativa para los Estados Parte (“podrán considerar la posibilidad [...]”).

Aunque en la Convención contra la corrupción se hizo un especial esfuerzo por reforzar las medias de cooperación internacional, estas iban destinadas especialmente a la extradición, las medidas de investigación, la asistencia judicial recíproca respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales y, muy especialmente, la recuperación de activos. Conforme a la Guía Técnica, esta modalidad de cooperación se basa en el concepto de ejecución de sentencias extranjeras que es útil también en los procedimientos de extradición en que la entrega de un fugitivo se deniegue por motivos de nacionalidad. En esos casos, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos que establezca, el Estado parte requerido podrá ejecutar la condena que haya sido impuesta con arreglo al derecho interno del Estado parte requirente (art. 44, párr. 13).

Sugieren, además, acudir al Acuerdo Modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros; aunque la propia Guía Técnica se remite al Convenio de Estrasburgo de 1983 como marco general (UNODC, 2012: 167-168). Además, se incluye una lista de control sobre el cumplimiento del art. 45 de la Convención por los Estados Parte que incluye tres aspectos: (i) si han celebrado algún acuerdo bilateral o se han adherido a algún acuerdo multilateral sobre el traslado de personas condenadas; (ii) si existen procedimientos adecuados para garantizar la protección de los derechos de las personas implicadas; y (iii) si ha celebrado algún acuerdo o arreglo con otros Estados parte para la transferencia de información acerca de las condenas entre sus autoridades competentes.

En el caso de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, la Guía Legislativa para su aplicación es mucho más esclarecedora. No solo se refiere a las finalidades del traslado (facilitar la reinserción, razones prácticas y diplomáticas, razones humanitarias y, por último, aligerar la carga que supone la encarcelación de extranjeros), incluso a los compromisos internacionales sobre reinserción social, sino que se recogen una serie de elementos para tener en cuenta para el traslado. Estos son las posibles restricciones al traslado en las leyes nacionales, la tramitación de las solicitudes

y las dificultades que en la práctica se han encontrado al negociar tratados (UNODC, 2005: 199-200).

Asimismo, se recogen los requisitos mínimos que se tienen que regular para el traslado: definiciones de todos los términos esenciales; la identificación y designación de una autoridad central encargada de recibir las solicitudes y darles respuesta; un listado de los requisitos para el traslado; una explicación clara de la aplicación y otros procedimientos; y una enumeración de los procedimientos y medidas que el país ha de seguir para administrar el programa, tramitar las solicitudes y adoptar decisiones relativas al traslado; y no incluir requisitos específicos exclusivos del contexto nacional (UNODC, 2005: 200). Asimismo, se publicaron unas Disposiciones legislativas modelo sobre la delincuencia organizada, que dedica su capítulo IX al traslado de personas condenadas (UNODC, 2014: 129-142).

3.2. Instrumentos regionales

3.2.1. Ámbito latinoamericano

A) Organización de Estados Americanos

En este ámbito el instrumento de referencia es la Convención Interamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero de 1993. Se trata de un texto de poca extensión que establece unas normas mínimas que los Estados parte deben cumplir para facilitar el traslado. La Convención se abrió a la adhesión de cualquier Estado; actualmente la han ratificado veintitrés Estados: Arabia Saudita, Argentina, Belice, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, India, Kazajistán, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Checa, República Eslovaca, Surinam, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

En un principio, atendiendo a las definiciones del art. I, se aplica a las sentencias de condena a penas de privación o restricción de libertad, sea en régimen de libertad vigilada, condena de ejecución condicional u otras formas de supervisión sin detención. Además, conforme al art. IX se permite la aplicación de la convención a infractores menores de edad e inimputables.

El art. III de la Convención establece las siguientes condiciones para su aplicación: (a) que exista sentencia firme y definitiva (conforme al art. I.3, que no tenga pendiente recurso legal ordinario en el Estado sentenciador y que el plazo para el recurso haya vencido); (b) que la persona sentenciada otorgue expresamente su consentimiento al traslado, habiendo sido informada previamente de las consecuencias legales del mismo; (c) Que el hecho por el que la persona haya sido condenada configure también delito en el Estado receptor, sin tener en cuenta las diferencias de denominación o las que no afecten la naturaleza del delito; (d) que la persona sentenciada sea nacional del Estado receptor; (e) que la condena a cumplirse no sea pena de muerte; (f) que el tiempo de la condena por cumplirse al momento de hacerse la solicitud sea de por lo menos seis meses; y (g) que la aplicación de la sentencia no sea contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado receptor

En cuanto al procedimiento para el traslado (art. V), lo puede promover tanto el Estado sentenciador como el Estado receptor, siempre que medie el consentimiento o la petición de la persona sentenciada (contando, además, con el derecho de cualquier persona sentenciada a la que se pudiera aplicar la Convención a que se le informe de la misma, según el art. IV.1). La solicitud de traslado se puede gestionar por medio de las Autoridades Centrales o por la vía consular o diplomática; aunque, en el caso de Estados federales en los que la sentencia la haya dictado un estado o provincia con jurisdicción penal, también se requiere la aprobación de las autoridades del mismo. En la solicitud de traslado se debe dar información suficiente para acreditar el cumplimiento de las condiciones del art. III y, en este orden de cosas, el Estado receptor podrá verificar mediante un funcionario que la persona sentenciada ha dado su consentimiento informado. También se le suministrará una copia autenticada de la sentencia con información sobre el tiempo de condena cumplido y el que se pueda computar por trabajo, buena conducta o prisión preventiva.

No se recoge un listado de motivos de denegación, la Convención únicamente prevé la comunicación al Estado solicitante de la negativa al traslado de la persona sentenciada de forma motivada, sin detallar los motivos que puedan fundamentarla.

Por último, aparte de previsiones técnicas y de vigencia de la propia Convención, queremos recoger las disposiciones sobre los derechos del condenado y el cumplimiento y revisión de la sentencia. En primer lugar, se alude al principio *ne bis in idem*, ya que el Estado receptor no podrá detener, enjuiciar o condenar nuevamente al penado por los mismos hechos por los que cumple condena (art. VII.1). Por otro lado, la pena se cumplirá conforme a las leyes y procedimientos del Estado receptor, incluyendo las disposiciones sobre reducción o cumplimiento alternativo de condenas, pero en ningún caso podrá prolongarlas (art. VII.2). Sin embargo, el Estado sentenciador mantiene la jurisdicción para la revisión de las sentencias (art. VIII).

B) *Mercosur*

El segundo texto de referencia en Latinoamérica es el Acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados Parte del Mercosur, suscrito en diciembre de 2004 entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. En la misma fecha se adoptó un acuerdo similar entre los Estados Parte del Mercosur y Bolivia y Chile, aunque Chile no ha llegado a ratificarlo. El texto se inspira, precisamente, en la Convención Interamericana de 1993 (Álvarez Cozzi, 2015: 2), aunque difiere de su antecedente en algunos aspectos. Por ejemplo, en materia de definiciones, las referencias del art. 1 van a ser Estado sentenciador, Estado receptor, condena (que no sentencia), condenado o persona condenada, nacional y residentes legales y permanentes. Nos interesa especialmente la definición de condena, que marca el ámbito de aplicación del acuerdo, y que en este caso es cualquier pena privativa de libertad impuesta por sentencia judicial definitiva y ejecutoriada. Parece que eso restringe tal ámbito, pero en el art. 2.a, 2º párr., sobre los principios generales, se establece la aplicación del acuerdo al nacional o residente legal y permanente de un Estado parte que esté cumpliendo condena impuesta por otro Estado parte en régimen de condena o libertad condicionales, anticipada o vigilada.

Las condiciones para la aplicación del acuerdo, reguladas en el art. 3, reproducen en gran medida las de la Convención Interamericana de 1993: condena por sentencia judicial definitiva y eje-

cutoriada; consentimiento expreso e informado del condenado, preferentemente por escrito; cumplimiento del requisito de doble incriminación, sin tener en cuenta las diferentes denominaciones del delito; que el condenado sea nacional o residente legal y permanente del Estado receptor; que la pena impuesta no sea de muerte o de prisión perpetua (en tal caso solo se podrá efectuar el traslado si se permite conmutar la pena por la de duración máxima en el Estado receptor que no sea prisión perpetua); que el tiempo restante de pena sea al menos un año, aunque se podría convenir por un tiempo menor; que la sentencia de condena no sea contraria a los principios de orden público del Estado receptor y que ambos Estados den su aprobación al traslado.

Igualmente, existe un derecho de información a las personas condenadas en el art. 4, en primer lugar, al contenido del acuerdo para todo condenado que pudiera beneficiarse, en segundo lugar, al condenado de su trámite de traslado.

El procedimiento para el traslado regulado en el art. 5 es más sencillo, solo se refiere a la promoción por parte del Estado sentenciador o por el Estado receptor a petición de la persona condenada o un tercero en su nombre; a la tramitación por medio de las Autoridades Centrales que se designen conforme al acuerdo y a la verificación por parte del Estado receptor del correcto consentimiento del condenado.

A cambio, se regula con más detalle la información que deben proporcionar tanto el Estado sentenciador como el Estado receptor en los artículos 6 y 7. En el primer caso, además de la información que vimos en la Convención Interamericana (delito de condena, duración de la pena y tiempo cumplido, copia autenticada de la sentencia, comportamiento del condenado a efectos de posibles beneficios penitenciarios) se suma un informe médico que incluya información sobre su eventual tratamiento, y un informe social y cualquier otra información necesaria para su rehabilitación social. En el caso del Estado receptor, debe aportar documentación que acredite la nacionalidad o residencia permanente y copia de sus disposiciones legales a efectos de la doble incriminación.

Aparte de determinadas reglas de traslado, en las que no nos detendremos (art. 9), son interesantes las previsiones sobre los derechos de la persona condenada trasladada y el cumplimiento de la sentencia. Conforme al art. 10.1, se sanciona el principio *ne bis in idem* para el trasladado condenado, que no podrá volver a ser detenido, enjuiciado o condenado en el Estado receptor por los mismos hechos. En el art. 10.2, se establece que la condena se cumplirá conforme a las leyes y procedimientos del Estado receptor, pero el sentenciador podrá conceder indultos, amnistías o gracias o conmutar la pena, decisiones que deberá llevar a fin el Estado receptor, y mantiene la potestad de revisión de la pena (art. 11). El Estado receptor no podrá aumentar o prolongar la pena, ni convertirla (arts. 10.3 y 4).

Este Acuerdo fue complementado en 2005 con el Protocolo sobre traslado de personas sujetas a regímenes especiales (complementario al acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile) de aplicación a menores de edad, mayores inimputables y personas sujetas a la suspensión del juicio a prueba o suspensión condicional del procedimiento, sujetos a regímenes especiales que o bien deben cumplir medidas de seguridad o bien determinadas reglas de conducta.

3.2.2. **Ámbito europeo**

A) *Consejo de Europa*

En este ámbito nos encontramos con el que, a todas luces, es el instrumento de referencia en la materia: Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983. A pesar de que fue elaborado en el marco del Consejo de Europa y, por tanto, podríamos pensar en una eficacia regional limitada, se abrió a la adhesión de terceros Estados y es el instrumento multilateral con más Estados Parte²: 69. Por este motivo, las guías técnicas

² Han ratificado este Convenio Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas (Las), Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Corea (República de), Costa Rica,

y legislativas de las Convenciones de Naciones Unidas de Palermo y Mérida se remiten a este texto como marco normativo para el traslado de personas condenadas.

En este caso, los términos de referencia son “condena” (a una pena o medida privativa de libertad), “sentencia”, “estado de condena” y “estado de cumplimiento” (art. 1). En cuanto a los principios generales, se establece que la persona condenada puede expresar tanto al Estado de condena como al de cumplimiento su deseo de que ser trasladado, y que tal traslado puede ser solicitado igualmente por ambos Estados.

Las condiciones para la transferencia se regulan en el art. 3, de forma similar a lo que ya hemos visto: el condenado debe ser nacional del Estado de cumplimiento; la sentencia debe ser firme; la duración de la condena restante debe ser de al menos seis meses o indeterminada; el condenado o su representante, en su caso, debe prestar su consentimiento; se deben cumplir el principio de doble incriminación; y ambos Estados deben estar de acuerdo en el traslado. No obstante, se permiten traslados con condenas inferiores a esos seis meses, y los Estados pueden definir qué entienden por “nacional”. Además, mediante el Protocolo Adicional a la Convención de 1997 se incluyen ciertas excepciones al consentimiento del condenado para el caso de personas condenadas que huyen del Estado de condena antes del cumplimiento total de la pena (art. 2) así como para personas condenadas sobre las que pesa una orden de expulsión o deportación (art. 3).

En cuanto al derecho de información o, en este caso, las obligaciones de información, el art. 4 comienza con el derecho de cualquier condenado a quien sea aplicable el Convenio de ser informado

Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, Estados Unidos, Estonia, España, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Georgia, Gibraltar (a efectos prácticos), Grecia, Honduras, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Mauricio, México, Moldova (República de), Mongolia, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Panamá, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumanía, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Tonga, Trinidad y Tobago, Turquía, Ucrania, Venezuela.

de su contenido. Si el condenado expresa su deseo de ser trasladado, sea al Estado de condena, sea al de cumplimiento, habrán de informar al otro incluyendo los datos del condenado y la dirección en el Estado de cumplimiento (en su caso), los hechos que dieron lugar a la condena y la naturaleza, duración y fecha de comienzo de la misma. El condenado deberá ser informado por escrito de las gestiones y decisiones tomadas por ambos Estados durante el procedimiento.

En cuanto a la tramitación del traslado, aparte de que la petición (art. 5) se hará por escrito y el Ministerio de Justicia del Estado requirente la dirigirá a su homólogo del Estado requerido (aunque se pueden indicar al Consejo de Europa otras vías de comunicación), interesa qué documentación debe aportar cada Estado (art. 6). El Estado de cumplimiento debe facilitar la declaración de que el condenado es nacional suyo, y las disposiciones legales que verifiquen el cumplimiento del principio de doble incriminación, así como cuál de los procedimientos de cumplimiento de condena, que veremos a continuación, aplicará. Por su parte, el Estado de condena facilitará la copia certificada de la sentencia y disposiciones legales aplicadas, la duración de la condena ya cumplida, el consentimiento para el traslado, y los eventuales informes médicos o sociales del condenado. Además, el Estado de condena regulará la forma en que el condenado debe prestar su consentimiento informado, cuestión que el Estado de cumplimiento podrá verificar mediante cónsul o funcionario (art. 7).

Como decíamos, el Estado de cumplimiento tiene dos vías de cara a la ejecución de la condena restante, reguladas en el art. 9 bajo la rúbrica “consecuencias del traslado para el Estado de cumplimiento”.

La primera de las vías es la prosecución del cumplimiento, regulada en detalle en el art. 10. En este caso, de manera que queda vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la sanción tal y como se impusieron, salvo que fueran incompatibles con su legislación. En tal caso, la sanción se podrá adaptar mediante resolución judicial o administrativa. Corresponderá en la medida de lo posible a la sanción impuesta en origen, que no podrá verse agravada.

La segunda opción es la conversión de la condena mediante un procedimiento judicial o administrativo, en una decisión de dicho

Estado, sustituyendo a la sanción impuesta en el Estado de condena, regulada en el art. 11. En esta vía el Estado de cumplimiento queda vinculado por la constatación de los hechos de la sentencia de condena; no se podrá convertir una sanción privativa de libertad en pecuniaria y se deducirá íntegramente el periodo de privación de libertad ya cumplido. En todo caso, no podrá agravar la situación penal de la persona y no quedará vinculado por la sanción mínima del Estado de condena.

No se incluyen previsiones sobre los motivos para denegar el traslado, pero sí se regula la posibilidad de indultos, amnistías y conmutaciones que, en este caso, pueden conceder ambos Estados (art. 12) aunque la revisión de la sentencia es potestad únicamente del Estado de condena (art. 13).

B) Unión Europea

En este ámbito tenemos uno de los instrumentos más completos sobre nuestro objeto de estudio: la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea. La gran fortaleza de este instrumento, parte de una amplia colección de normas que rigen la cooperación judicial penal entre los Estados miembro de la UE, es que se basa en el principio de reconocimiento mutuo dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, que busca la aproximación de las legislaciones internas de los Estados miembros (Jorge Mesas, 2017: 103-104; Faggiani, 2016).

La Decisión Marco parte de que todos los Estados miembros forman parte del Convenio de Estrasburgo de 1983, no así del Protocolo adicional de 1997 que permite el traslado sin consentimiento del condenado en determinadas ocasiones. Sin embargo, se trata de un texto mucho más detallado (Bujosa Vadell, 2008), ya que impone una regulación a los Estados miembro que deberán trasponer a su ordenamiento interno como parte de ese marco de colaboración especial en la Unión Europea, una organización supranacional no equiparable a ninguna otra organización internacional.

Como decíamos *supra*, según el considerando 9 el cumplimiento de condena en otro Estado “debe incrementar las posibilidades de reinserción social del condenado”. Con este fin, el Estado de emisión debe tener en cuenta la relación del condenado con el Estado de ejecución, si tiene “vínculos familiares, lingüísticos, culturales, sociales o económicos” o de otro tipo. La reinserción social como fundamento del reconocimiento de sentencias de condena choca con las voces que denuncian que la cooperación judicial penal en la UE ha llevado a que este fin de la pena pierda importancia a favor de la protección de la seguridad pública (González Pascual, 2020). Sin embargo, en la Decisión Marco la reinserción es un eje central que no se ciñe únicamente a las consideraciones previas, sino que es su objetivo principal (art. 3.1) y el criterio que se debe valorar para la transmisión o no de la sentencia (art. 4.2 y 4). Además, los Estados deben adoptar medidas especialmente enfocadas a lograr esta reinserción y que serán la base para autorizar o no la transmisión de sentencias (art. 6.2).

Centrándonos en el resto del articulado de esta Decisión Marco (en adelante, DM), veamos los elementos en los que centramos nuestro análisis de los anteriores instrumentos internacionales.

En cuanto al ámbito de aplicación de la DM, el art. 3 lo define conforme a los siguientes parámetros: se aplicará cuando el condenado se encuentre en el Estado de emisión o el de ejecución y únicamente en el caso de sentencias y condenas tal y como se definen en la propia DM, es decir, a pena o medida privativa de libertad, de duración limitada o indeterminada, impuesta por razón de una infracción penal como consecuencia de un proceso penal, con independencia de que en la misma sentencia se impongan penas de multa o formas de decomiso, a los que se aplican otras normas.

Con relación al resto de criterios para la transmisión, regulados en el art. 4, vemos un mayor grado de complejidad:

1. El condenado debe encontrarse en el Estado de emisión o de ejecución y debe dar su consentimiento informado cuando se exija.
2. La sentencia junto con el certificado normalizado del Anexo I se puede transmitir o bien al Estado miembro de nacionalidad del condenado donde viva; o bien al Estado miembro de nacio-

nalidad del condenado al que será expulsado una vez puesto en libertad; o bien a cualquier otro Estado miembro cuya autoridad consienta la transmisión de la sentencia.

3. El Estado de emisión podrá consultar al Estado de ejecución sobre la transmisión, consulta obligatoria cuando se trate de un Estado distinto al de la nacionalidad del condenado. En tal consulta, o al margen de ella si no la ha habido, el Estado de ejecución puede presentar un parecer motivado indicando que la ejecución de la condena por su parte no contribuiría a la reinserción social.

Los Estados miembro pueden prescindir de exigir el consentimiento del condenado, sobre la base de la reciprocidad, en una serie de circunstancias (art. 4.7): cuando el condenado viva y haya estado residiendo legalmente de forma continuada al menos durante cinco años en el Estado de ejecución y vaya a mantener un derecho de residencia permanente en dicho Estado (no entraremos en los tecnicismos de este concepto, también regulados en la DM), o cuando el condenado tenga la nacionalidad del Estado de ejecución (pero no vive ni va a ser expulsado allí). Lo relativo a la opinión y notificación del condenado se regula con profusión en el art. 6. Con carácter general, la ejecución de condena en otro Estado requiere su consentimiento, pero no es necesario, aparte de los supuestos anteriores, cuando la sentencia se transmita al Estado de nacionalidad donde vida el condenado; al Estado al que va a ser expulsado una vez puesto en libertad; o al Estado al que el condenado se haya fugado o al que haya regresado ante el proceso penal o por la condena. Eso sí, cuando el condenado aún se encuentre en el Estado de emisión se le dará la oportunidad de expresar su opinión, que se tendrá en cuenta para decidir la transmisión de la sentencia. Además, se le debe informar en una lengua que comprenda de la decisión de transmisión la sentencia.

Los criterios para la transmisión no incluyen el principio de doble incriminación o tipificación. Ello es así porque en el marco de la Unión Europea se prescinde del control de este requisito en un listado de delitos, en este caso regulados en el art. 7, siempre que estén castigados en el Estado de emisión con una pena o medida privativa de libertad de un máximo de al menos tres años, que incluyen los

que más interesan a nuestro estudio: pertenencia a organización delictiva, corrupción, fraude o blanqueo del producto del delito³. Para las infracciones no incluidas en el listado, el Estado de ejecución puede supeditar el reconocimiento de la sentencia a la constatación de la doble tipificación, pero no es imperativo; aunque también podían declarar al adoptar la DM que no iban a aplicar el listado, y retirar tal declaración en cualquier momento (art. 7.4).

La apreciación o no de este principio ha dado lugar a problemas entre Estados miembros a en aplicación de otros instrumentos de cooperación penal. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Gründza*⁴ de 2017, precisamente en relación con la aplicación de esta Decisión Marco 2008/909/JAI, apuesta por una interpretación laxa de este principio. Conforme a esta doctrina, basta con que los hechos sean constitutivos de delito en el territorio del Estado de ejecución y que tal delito proteja un bien jurídico parecido (Muñoz de Morales, 2019: 6-7).

³ El listado completo (ampliable por decisión unánime del Consejo, art. 7.2) incluye pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de los niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas; blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro, delito informático, delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas, ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, robo organizado o a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, estafa, chantaje y extorsión de fondos, violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, tráfico ilícito de materiales nucleares o radiactivos, tráfico de vehículos robados, violación, incendio voluntario, delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, secuestro de aeronaves y buques, sabotaje.

⁴ STJUE de 11 de enero de 2017, asunto C-289/15, *Gründza*

En cuanto al procedimiento, se divide en dos etapas. La primera, la transmisión de la sentencia y el certificado (art. 5) en la que intervendrán directamente las autoridades competentes de cada Estado. Se hará por escrito y de forma que permita verificar su autenticidad, y se acompañará del original de la sentencia o copia certificada a solicitud del Estado de ejecución. En la segunda etapa, el reconocimiento de la sentencia y ejecución de la condena (art. 8) se efectuará ante cualquier transmisión que cumpla las condiciones de la DM, salvo que el Estado de ejecución de acoja a uno de los motivos de denegación regulados, que veremos a continuación. Otra de las reglas de ejecución es que, en caso de que la condena impuesta sea incompatible por su duración con la legislación del Estado de ejecución, se podrá adaptar siempre que supere la pena máxima para delitos del mismo tipo. También se podrá adaptar en caso de incompatibilidad de la pena por su naturaleza, pero no podrá transformarse en una pena pecuniaria, ni podrá ser agravada.

Volviendo a esos motivos de denegación, el art. 9 contempla un amplio listado que se refiere, sin ánimo de exhaustividad, a fallos en el certificado; incumplimiento de los criterios de transmisión; vulneración del principio *ne bis in idem*, incumplimiento —en su caso— del principio de doble tipificación; prescripción de la condena conforme al Estado de ejecución; inmunidad conforme al Estado de ejecución; condena impuesta a un menor no responsable; condena inferior a seis meses; sentencia dictada en rebeldía, etc.; y que permite ciertas modulaciones. No entraremos en el resto de las reglas sobre la posibilidad de reconocimiento y ejecución parcial (art. 10), aplazamiento del reconocimiento (art.11), decisión sobre la ejecución, que se debe tomar en un máximo de 90 días desde la recepción de la sentencia (art. 12), retirada del certificado (art. 13), detención preventiva (art.14), traslado de los condenados (art. 15) o tránsito (art.16).

Dedicaremos unas últimas líneas de este apartado al derecho aplicable a la ejecución de la condena, que será el del Estado de ejecución (art. 17), aunque se podrán tener en cuenta las disposiciones del Estado de emisión sobre libertad condicional o anticipada⁵. Además,

⁵ Al respecto, la STJUE de 8 de noviembre de 2016, asunto C-554/14, Ognjanov aclaró que el derecho del Estado de emisión solo puede aplicarse a

como sucede en otros instrumentos, se prevé que la persona condenada no sea procesada, condenada ni privada de libertad, en este caso por infracciones cometidas antes de su traslado, en cumplimiento del principio de especialidad del traslado (art. 18). No obstante, se prevén ciertas excepciones cuando: (a) la persona haya tenido la oportunidad de salir del territorio del Estado de ejecución y no lo haya hecho en un plazo de 45 días desde su puesta en libertad definitiva, o haya vuelto a dicho territorio después de salir; (b) la infracción no sea punible con una pena privativa de libertad; (c) el proceso penal no concluya con la aplicación de una medida restrictiva de la libertad individual; (d) la persona condenada pueda estar sometida a una sanción o medida no privativa de libertad, aunque restrinja su libertad individual; (e) el condenado haya dado su consentimiento al traslado; (f) la persona condenada hubiere renunciado expresamente, después del traslado, a acogerse al principio de especialidad; y (g) en otros casos, cuando el Estado de emisión dé su consentimiento.

En cuanto a la amnistía o el indulto, podrán concederlos ambos Estados, pero la revisión de la sentencia únicamente podrá llevarla a cabo el Estado de emisión (art. 19).

3.3. Análisis comparado

A la hora de hacer un análisis comparativo de los diferentes instrumentos, necesariamente debemos centrarnos en los de carácter regional ya que, como hemos visto, las convenciones de Naciones Unidas hicieron expresa dejación de la materia en favor del establecimiento de tratados bilaterales o multilaterales. En concreto, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en el art. 45, dejaba a la consideración de los Estados parte la posibilidad de celebrar acuerdos multilaterales o bilaterales para el traslado de personas

la parte de la pena cumplida hasta su traslado al Estado de ejecución, así como el derecho del Estado de ejecución solo puede aplicarse a la parte de la pena que quede por cumplir tras el traslado, lo que implica que el Estado de Ejecución no puede conceder una redención de penas por el trabajo realizado durante el cumplimiento en el Estado de emisión (Mestre Delgado, 2017: 10-11).

condenadas por los delitos incluidos en la Convención, así que carecemos de previsiones específicas en materia de corrupción.

Asimismo, vamos a encontrar un gran salto entre los tratados regionales tradicionales y la normativa europea, que se basa en los principios de reconocimiento mutuo y confianza recíproca y busca establecer una red de cooperación más ágil, no ya entre los Estados, sino a nivel judicial.

Aunque con grandes similitudes entre ellos, los instrumentos regionales difieren ligeramente en el ámbito objetivo de aplicación (UNODC, 2012b: 5-6). La Convención Interamericana y el Acuerdo de Mercosur contienen una definición más amplia (sentencias de condena a penas de privación o restricción de libertad, sea en régimen de libertad vigilada, condena de ejecución condicional u otras formas de supervisión sin detención), que la del Convenio de Estrasburgo (condena a una pena o medida privativa de libertad, que parece excluir la libertad vigilada o condicional). En la Unión Europea, por su parte, la DM 2008/909/JAI solo se aplica a las sentencias de condena a penas o medidas privativas de libertad, ya que hay otro instrumento para las medidas de libertad vigilada: la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

En cuanto al ámbito subjetivo, tanto la Convención Interamericana como el Convenio de Estrasburgo se ciñen a los nacionales de los Estados Parte, mientras que el Acuerdo de Mercosur incluye a los residentes permanentes y legales. La DM 2008/909/JAI, por su parte, no parece restringir el ámbito subjetivo, ya que las sentencias se podrán transferir al Estado de nacionalidad del condenado en el que viva el condenado o al que será expulsado o a cualquier otro que acepte la transmisión; de hecho, los criterios de nacionalidad o residencia del condenado (aspecto este último que se detalla en el art. 4.7 *in fine*) sirven para prescindir de la exigencia del consentimiento expreso e informado de la persona condenada; otro de los requisitos comunes en el resto de instrumentos, a salvo del Protocolo adicional del Convenio de Estrasburgo de 1997 para las personas fugadas o sobre las que pesa orden de expulsión o deportación.

Otro de los requisitos tradicionales es el cumplimiento del principio de doble incriminación, que los hechos por los que recayó la condena sean delito en ambos ordenamientos. De nuevo es la Unión Europea la que marca la diferencia al prescindir de esta verificación para un listado amplio de delitos sobre los que tiene especial interés. Igualmente, en todos los instrumentos se requiere que la sentencia sea firme y ejecutable, y se permite el traslado siempre y cuando queden al menos seis meses de pena por cumplir en los casos de la Convención Interamericana, el Convenio de Estrasburgo (aunque se permite por tiempo menor con el acuerdo de los Estados implicados) y la DM 2008/909/JAI (como forma de denegación) o un año en el caso del Acuerdo de Mercosur, también con la opción de acordar el traslado aunque reste un menor tiempo.

No entraremos a comparar todos los detalles sobre la documentación e información que deben intercambiar (aunque es reseñable el certificado normalizado en el caso de la Unión Europea) ni de la tramitación del traslado. No obstante, antes de culminar este apartado, queremos destacar tres últimos aspectos. El primero, las autoridades competentes: la Convención Interamericana y el Acuerdo de Mercosur dejan al arbitrio de los Estados la designación de la autoridad central, pero el Convenio de Estrasburgo alude directamente a los Ministerios de Justicia de los Estados parte. Por otro lado, la DM también encomienda a los Estados la designación de las autoridades competentes, pero queda claro a lo largo de todo el texto que se trata de cooperación judicial.

El segundo aspecto es el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución que en general se hará conforme a las reglas del Estado de ejecución. En este sentido tenemos que destacar la doble vía abierta por el Convenio de Estrasburgo para el cumplimiento de la pena, en la que el Estado de ejecución puede optar entre proseguir el cumplimiento de la condena o convertir la condena en una decisión propia. También hay que destacar el principio de especialidad de la DM 2008/909/JAI: mientras que los otros instrumentos vetan la persecución penal de la persona condenada en el Estado de ejecución por los mismos hechos, la DM lo hace por hechos distintos anteriores a esa condena, es decir, la persona no podrá ser procesa-

da, condenada ni privada de libertad por hechos cometidos antes de la condena por la que se traslada, con una serie de excepciones.

El último aspecto versa sobre la decisión sobre el traslado: en la Convención Interamericana, el Acuerdo de Mercosur y el Convenio de Estrasburgo traspasa que se trata de una decisión discrecional de ambos Estados que, en caso de denegación, comunicarán el motivo. Sin embargo, la DM se asienta sobre la dinámica contraria: la decisión debe ser de transmisión de la resolución y ejecución de la condena salvo que concurra algún motivo de denegación, y debe serlo en el menor tiempo posible.

4. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

4.1. España

En el caso de España, la regulación en materia de cooperación judicial internacional para la ejecución de sentencias de condena firmes y el traslado de personas condenadas se divide en tres niveles diferentes, según cuál sea la base jurídica de tal cooperación⁶. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, habilita tal cooperación en los arts. 276-278, que se remiten a lo establecido en los tratados y convenios internacionales de los que España sea parte, las normas europeas y las leyes españolas en la materia; con cuatro motivos de denegación generales: que lo solicitado sea manifiestamente contrario al orden público, que sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española, que no corresponda a la autoridad judicial española requerida o que no reúna el contenido y requisitos mínimos exigidos.

Volviendo a esos tres niveles de cooperación, el primero es como Estado miembro de la Unión Europea, lo que hace que le sea aplicable la DM 2008/909/JAI. Esta Decisión, junto con el resto de los

⁶ Toda la información sobre los instrumentos de cooperación internacional se encuentra centralizada en el "Prontuario de auxilio judicial internacional", www.prontuario.org.

instrumentos de cooperación penal en la Unión Europea, fue objeto de trasposición en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea⁷ (Garcimartín, 2021; Ruiz Albert, 2015; Ruiz Yamuza, 2015). El reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad se regula en el Título III que, a estos efectos, serán las:

[...] resoluciones judiciales firmes emitidas por la autoridad competente de un Estado miembro tras la celebración de un proceso penal, por las que se condena a una persona física a una pena o medida privativa de libertad como consecuencia de la comisión de una infracción penal, incluidas las medidas de internamiento impuestas de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (art. 63.1).

En esencia, reproduce los aspectos que ya hemos analizado de la DM, pero también define los elementos que la DM encomienda a cada Estado miembro, las autoridades competentes (art. 64). Diferenciando las dos fases del procedimiento, para la transmisión de la resolución serán competentes los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y, cuando se trate de responsabilidad penal del menor, los Jueces de Menores; salvo que no se haya iniciado el cumplimiento de la condena, en cuyo caso será competente el tribunal que dictara la sentencia en primera instancia. Para la fase de reconocimiento será competente el Juez Central de lo Penal y para llevar a cabo la ejecución, el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria o el Juez Central de Menores. Todas estas autoridades deberán enviar copia de la documentación al Ministerio de Justicia en el plazo de tres días.

Asimismo, se añaden algunos motivos de denegación a los regulados en la DM: (a) que la persona condenada no pueda ser declarada penalmente responsable por razón de su edad por los hechos motivadores de la resolución condenatoria, de acuerdo con la legislación penal española; (b) que el momento de recibir la resolución condenatoria la parte de la condena que queda por cumplir sea inferior a seis meses; (c) que la resolución transmitida imponga una medida privativa de libertad que no resulte ejecutable de acuerdo con el De-

⁷ BOE núm. 282 de 21 de noviembre de 2014.

recho español, sin posibilidad de adaptación; y (d) cuando, antes de decidir sobre el reconocimiento y la ejecución de la resolución condenatoria, el Juez Central de lo Penal presente una solicitud para que la persona de que se trate sea procesada, condenada o privada de libertad en España por una infracción cometida con anterioridad a su traslado y distinta de la que lo hubiera motivado, y la autoridad competente del Estado de emisión no diera su consentimiento.

Sin embargo, se ha denunciado el escaso interés tanto de la DM 2008/909/JAI como de su trasposición por regular cuestiones vitales para la ejecución de la pena como la acumulación de penas o ciertos aspectos penitenciarios (Nistal Burón y González Álvarez, 2015: 13).

En el segundo nivel de análisis, se encuentran los acuerdos bilaterales. España ha firmado acuerdos con Ecuador, la India, Vietnam, Senegal, Kazajstán, China, Hong Kong, Uruguay, Emiratos Árabes Unidos, Arabia Saudí, Yemen, Filipinas, Cabo Verde, Mauritania, República Dominicana, Honduras, Cuba, Rusia, Costa Rica, Marruecos, Brasil, Guatemala, Panamá, Nicaragua, El Salvador, Venezuela, Paraguay, Egipto, Colombia, Bolivia, Argentina, Hungría, México, Perú y Tailandia.

Por último, España forma parte del Convenio de Estrasburgo de 1983, así como del segundo protocolo adicional de 2001. En cuanto a las dos vías para la ejecución de las condenas que proponía el Convenio, España excluyó el procedimiento de conversión, optando por el sistema de prosecución del cumplimiento, con posibilidad de adaptar la condena si la naturaleza o duración de la sanción fuera incompatible con la legislación española. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de interpretar estos extremos, entre otras, en la STS 619/2020, de 18 de noviembre (Fernández Hernández, 2021), en concreto la adaptación de la pena por incompatibilidad con la legislación española, en la que se establece que, a pesar de las notables diferencias en las penas impuestas en las legislaciones del Estado de condena y el de ejecución, no se puede alterar la pena reduciéndola drásticamente, porque ello supondría incumplir un compromiso internacional prescindiendo de los términos del Convenio. En todo caso, se debe compensar el rigor de la pena con el ofrecimiento de regímenes penitenciarios atenuados u otros beneficios penitenciarios.

La sentencia se remite a la STS 820/2013, de 17 de octubre. Entonces la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo constató los problemas hermenéuticos del art. 10 del Convenio, en concreto la determinación del significado concreto de “incompatibilidad”, “naturaleza” y “duración” de la pena; problemas también tratados en la STS 365/2016, de 28 de abril, donde los magistrados concluyeron que “no puede entenderse que cualquier diferencia en el exceso de la pena privativa de libertad impuesta en un país extranjero en comparación con la que se establece en el nuestro determine una modificación automática del “quantum punitivo”. De no entenderlo así asimilaríamos el sistema de prosecución al de conversión”.

4.2. *Estados Unidos*

En relación con Estados Unidos debemos hablar del *International Prisoner Transfer Program* incardinado en el Departamento de Justicia⁸, que se encarga de administrar el programa aunque los tratados sean competencia del Departamento de Estado. Este programa comienza en 1977 tras la aprobación de la legislación marco en la materia, el Capítulo 306 del Título 18 del *U.S. Code*⁹ (§§4100-4115), siendo Estados Unidos uno de los escasos países con una regulación de base propia en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias de condena a penas privativas de libertad. En realidad, tal regulación es dependiente de la existencia de tratados, así el 18 *U.S. Code* §4100 establece que las disposiciones del capítulo sobre traslado de delincuentes solo serán aplicables cuando esté en vigor un tratado que prevea dicho traslado y solo serán aplicables a los traslados de delincuentes hacia y desde un país extranjero en virtud de dicho tratado. A este respecto, Estados Unidos tiene tratados bilaterales con Bolivia, Canadá, Francia, México, Panamá, Perú, Tailandia y Turquía. Además, forma parte tanto del Convenio de Estrasburgo de 1983 como de la Convención Interamericana de 1993, así que en total cuentan con un listado de ochenta y tres países con los que tienen tratados en vigor.

⁸ Toda la información en <https://www.justice.gov/criminal-oia/iptu>

⁹ El Título 18 del *U.S. Code* es el código penal y procesal penal a nivel federal.

En cuanto a la autoridad competente, es el Fiscal General (18 U.S. Code §4102), que delega esta autoridad en la División Penal y en su Oficina de Asuntos Internacionales (OIA) y, dentro de la misma, la Unidad de Traslado de Prisioneros Internacionales (IPTU). Como el mismo Departamento de Justicia afirma, la decisión de traslado será discrecional, basada en el cumplimiento, en primer lugar, de los requisitos legales y los tratados y, en segundo lugar, de las directrices internas que utilizan para evaluar caso por caso¹⁰, aunque aclaran que no se trata de normas que impongan un mandato legal al gobierno ni confieren derechos individuales. Estas directrices giran, de nuevo, en torno al fomento de la rehabilitación social de la persona condenada, aunque se tienen en cuenta otros fines: la aplicación de la ley, las preocupaciones humanitarias, la cooperación internacional y los requisitos específicos de los tratados, que se evalúan cuidadosamente.

En cuanto a los requisitos básicos derivados de su legislación federal y de los tratados y convenios de los que forman parte, son esencialmente los que hemos podido analizar *supra* en relación con los instrumentos internacionales de referencia: (a) la persona condenada debe ser nacional del país al que desea ser trasladado; (b) el delito por el que se le condenó debe ser también un delito en el país receptor (doble incriminación); (c) la sentencia debe ser firme y la condena ejecutable; (d) el Estado de condena, el Estado de ejecución y el condenado deben dar su consentimiento al traslado; y (e) debe quedar un periodo mínimo de tiempo (normalmente seis meses) de cumplimiento de la condena al presentar la solicitud.

Además, en el caso de algunos concretos tratados bilaterales, se deben cumplir otros requisitos adicionales, entre ellos que la persona condenada no se haya convertido en residente del Estado de condena; que la sentencia no imponga la pena capital; que la duración de la pena sea determinada, lo que excluye las condenas a cadena perpetua; que la persona no haya sido condenada por un delito de inmigración (especialmente con México); y que el delito de condena no sea militar ni político.

¹⁰ Vid: <https://www.justice.gov/criminal-oia/guidelines-evaluation-transfer-requests-submitted-foreign-nationals>

Debido a que se trata de un Estado federal, hay dos tipos de solicitudes de traslado a las que hacen frente: la de los extranjeros condenados bajo custodia de la Oficina Federal de Prisiones (en adelante, BOP) y la de los condenados bajo custodia de los diferentes estados, en cuyo caso el Estado del que se trate debe consentir el traslado antes de que el Departamento evalúe la solicitud.

En el primer caso, si se cumplen los requisitos básicos, la BOP envía las solicitudes de los presos a la Oficina de Asuntos Internacionales (en adelante, OIA) que determina si el solicitante es un candidato adecuado para el traslado basándose en una serie de criterios que, además del cumplimiento de los requisitos del tratado, se tratan de la probabilidad de rehabilitación social del preso, en caso de ser trasladado; necesidades, intereses o preocupaciones derivados del cumplimiento de la ley; y cualquier preocupación humanitaria imperiosa que afecte directamente a la persona condenada.

En el caso de personas condenadas a penas privativas de libertad, de acuerdo con el 18 *U.S. Code* §4105, con carácter general una vez que el condenado pasa a estar bajo custodia del Fiscal General, la pena se cumplirá en las mismas condiciones y por el mismo periodo de tiempo que si hubiera sido puesto a su disposición por un tribunal de los Estados Unidos, por el periodo de tiempo impuesto por el tribunal sentenciador. Para el cómputo de tiempo, se tendrán en cuenta los días que haya pasado en prisión provisional antes del inicio de la pena. Además, tendrá derecho a los descuentos temporales otorgados por el Estado de condena, así como a aquellos por buena conducta tras el traslado. A la condena impuesta por el tribunal extranjero se podrá sumar la que imponga una sentencia de condena por un delito contra los Estados Unidos impuesta mientras el trasladado cumple condena.

En el caso de condenados en regímenes estatales, habrá que estar a la legislación de cada estado, ya que todos cuentan con normas para la participación en el programa de traslado de presos internacionales y tienen sus propios procesos de solicitud y procedimientos a seguir¹¹.

¹¹ Cuestión que también se comunicó al Consejo de Europa en relación con el Convenio de Estrasburgo de 1983, la última vez en la *Communication con-*

Si el estado deniega la solicitud de traslado, no se podrá producir, sin que el gobierno federal les pueda obligar a aceptarlo. Si el estado aprueba la solicitud, se trasmite al Departamento para su revisión, que generalmente accede al traslado salvo que no se cumpla algún requisito del tratado o esté en juego algún interés federal imperativo. Como se aclara, el motivo más frecuente de denegación por el Departamento es que el preso no cumpla los requisitos del tratado (por ejemplo, que el condenado se haya convertido en residente de Estados Unidos o que la condena sea a cadena perpetua), además de motivos de seguridad nacional o seguridad pública.

4.3. Análisis comparado

Comparar la situación de Estados Unidos y España es una tarea compleja por la diferente posición geopolítica de ambos Estados y su pertenencia a organizaciones regionales tan dispares. Obviamente hay puntos en común: ambos forman parte del Convenio de Estrasburgo, de 1983, instrumento de referencia en la materia, y tienen firmados tratados bilaterales con un número importante de países.

Pero fijémonos en las diferencias: Estados Unidos cuenta con un programa de traslado que aborda de forma detallada todos los aspectos de este, y una normativa interna que regula con detalle los diferentes aspectos del traslado y que fija el marco de los tratados de los que vaya a formar parte. Sin embargo, también cuenta con varios hándicaps: su modelo de Estado hace que haya que tener en cuenta tanto el nivel federal como todos los estatales para hacer frente a la cuestión. Por otro, el carácter de algunas penas que se pueden imponer en su sistema (cadena perpetua, incluso pena de muerte en algunos estados) es un gran obstáculo al traslado.

En el caso de España, no existe tal regulación con carácter general, pero sí cuando se trata de reconocimiento y ejecución de resoluciones de o hacia otros Estados de la Unión Europea. Por tanto, tam-

tained in a letter from the Deputy Permanent Observer of the United States of America to the Council of Europe, dated 29 January 2018, registered at the Secretariat General on 7 February 2018.

bién en este caso nos encontramos con dos niveles de colaboración, solo que, marcado por la pertenencia a una organización supranacional tan peculiar como la Unión Europea, donde la comunicación se va a dar directamente entre órganos judiciales.

5. SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

5.1. Argentina

En materia de traslado de personas condenadas, Argentina tiene tratados bilaterales en vigor con España, México, Paraguay, Venezuela, Bolivia, Panamá, Perú, Brasil, Chile, Canadá, República Dominicana, Portugal, Honduras y Rusia. Además, forma parte tanto de la Convención Interamericana de 1993 como del Acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados Parte del Mercosur de 2004; pero no del Convenio de Estrasburgo de 1983.

No obstante, existe una tercera vía para el caso de que no haya un tratado en vigor con el Estado del que se trate, la aplicación de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, Ley 24.767 (siempre y cuando el otro Estado dé su consentimiento). A tenor del art. 82, solo podrán ser trasladados los nacionales argentinos. En este caso, es competente el Ministerio de Justicia (art. 83), que examinará el cumplimiento de los requisitos del art. 85: que el condenado tenga la nacionalidad argentina en el momento de solicitud; que la sentencia de condena sea definitiva y firme; que el condenado haya dado su consentimiento expreso e informado ante una autoridad diplomática o consular argentina y con asistencia letrada; que la duración de la pena sea de al menos dos años en el momento de solicitud; y que el condenado haya reparado los daños ocasionados a la víctima. Sin embargo, expresamente se excluye el requisito de doble incriminación: no es necesario que los hechos constituyan delito en la ley argentina. Como consecuencia de esos requisitos, la documentación que el Estado de condena debe aportar conforme al art. 86 (sentencia de condena, certificados de su firmeza y tiempo de condena pendiente y declaración de acceso al traslado) incluye información sobre la re-

paración del daño por parte del condenado a la víctima y sobre su comportamiento en el centro penitenciario.

En cuanto al resto de condiciones del traslado, según el art. 88 la pena se cumplirá conforme la legislación argentina, incluidas las normas sobre libertad condicional; solo el Estado de condena podrá revisar la condena o conceder amnistía, indulto o conmutación de la pena; Argentina pondrá al trasladado inmediatamente en libertad si recibe una orden en tal sentido del Estado de la condena; la persona trasladada gozará de la inmunidad prevista por el artículo 18, es decir, no podrá ser encausada, perseguida ni molestada en Argentina, por hechos anteriores y distintos a los constitutivos del delito por el que se concedió el traslado (salvo que renuncie a esta inmunidad); y, por último, se informará periódicamente al Estado de condena sobre el cumplimiento de la pena.

Las solicitudes de traslado de nacionales extranjeros condenados en Argentina siguen las mismas reglas, *mutatis mutandis*, con expreso cumplimiento de dos condiciones para que el Ministerio de Justicia autorice el traslado (art. 106): el consentimiento expreso, libre e informado, con asistencia letrada, del condenado ante el juez de ejecución y que este juez de por cumplida la reparación a la víctima.

5.2. *Brasil*

Brasil tiene vigentes tratados bilaterales en materia de traslado de personas condenadas con Argentina, Bélgica, Bolivia, Canadá, Chile, España, India, Japón, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Países Bajos, Reino Unido, Surinam, Turquía y Ucrania. También forma parte de la Convención Interamericana de 1993 y del Acuerdo entre los Estados Partes de Mercosur de 2004, así como de la Convención sobre transferencia de personas condenadas entre los Estados Miembro de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (CPLP) de 2005 (Wiecko, 2008). Además, Brasil fue invitado a participar en el Convenio de Estrasburgo de 1983 en 2019, participación aún condicionada a la aprobación del Proyecto de Decreto

Legislativo 768/2019¹², aunque la Comisión de Relaciones Exteriores y Defensa Nacional ya ha aprobado la adhesión de Brasil al Convenio¹³.

En cuanto a su normativa interna, encontramos una primera referencia en la Ley n.º 13.445, de 24 de mayo de 2017, la Ley de Migración, que contiene sendas secciones sobre la transferencia de ejecución de la pena (transferencia activa) y el traslado de personas condenadas (transferencia pasiva). Conforme al art. 100, el traslado de ejecución de la pena se podrá solicitar siempre que se respete el principio *non bis in idem* y se cumplan los requisitos habituales en la materia: la persona condenada en el extranjero es de nacionalidad brasileña o tiene residencia habitual o vínculos personales en Brasil; la sentencia es firme; la duración de la pena a cumplir o que queda por cumplir es de al menos un año, en la fecha de presentación de la solicitud; el hecho que originó la condena constituye una infracción penal según la legislación de ambas partes; y existe un tratado o promesa de reciprocidad. Las solicitudes se tramitarán por vía diplomática o por las autoridades centrales, serán recibidas por el órgano competente del Poder Ejecutivo y enviadas al Tribunal Superior de Justicia para que decida (art. 101). En estos casos, la ejecución de la pena dependerá de la justicia federal (art. 102).

En cuanto al traslado de las personas condenadas, se concederá sobre la base de un tratado o la promesa de reciprocidad (art. 103). El traslado de un condenado extranjero en Brasil a su Estado de nacionalidad, de residencia o donde tenga vínculos se basa en los mismos criterios vistos para el anterior caso, a los que se suma el consentimiento expreso del condenado o su representante, y el acuerdo de ambos Estados (art. 104).

Por lo demás, en ambos casos el Estado de condena conserva la jurisdicción exclusiva sobre las sentencias dictadas por sus tribunales, las condenas que impone y cualquier procedimiento de revisión,

¹² Vid: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150870>

¹³ Vid: <https://www12.senado.leg.br/noticias/noticias/materias/2022/09/27/brasil-deve-aderir-a-acordo-europeu-de-transferencia-de-presos-aprova-cre>

modificación o revocación de esas sentencias, aunque los beneficios penitenciarios, como la progresión de régimen y la libertad condicional, deben ser valorados por el Estado receptor. Cumplida la pena, el Estado de ejecución debe informar al Estado de condena.

Los procedimientos para la tramitación de las solicitudes tanto activas como pasivas de transferencia de personas condenadas se regulan en la Ordenanza n.º 89, de 14 de febrero de 2018 del Ministro de Estado de Justicia y Seguridad Pública, y hay formularios modelo disponibles en el sitio web del Ministerio¹⁴.

5.3. Chile

Chile enmarca el traslado para personas condenadas precisamente en el programa de reinserción social del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos¹⁵. No tiene vigente un gran número de tratados bilaterales en la materia, únicamente con Brasil, Bolivia, Argentina y Perú, pero sí forma parte de los grandes instrumentos multilaterales¹⁶: el Convenio de Estrasburgo de 1983 y la Convención Interamericana de 1993; lo que amplía enormemente la lista de países con los que hay una base para la cooperación. Con todo, hay que hacer notar que el desarrollo de esta materia en Chile ha sido tardío, ya que ratificó ambos en 1998, y sus tratados bilaterales son posteriores.

Así pues, el fundamento normativo para el traslado de personas condenadas a o desde Chile es eminentemente internacional, a lo que suman expresamente las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 2015¹⁷ (conocidas como

¹⁴ Vid: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas/transferencia-de-estrangeiro>

¹⁵ Vid: <https://www.reinsercionsocial.gob.cl/traslado-de-personas-condenadas/>

¹⁶ Aún no ha ratificado el Acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile.

¹⁷ Vid: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCP-CJ_Sessions/CCPCJ_24/resolutions/L6_Rev1/ECN152015_L6Rev1_s_V1503588.pdf

Reglas Mandela), que apuesta por que la persona pueda cumplir su condena en un centro cercano a su hogar o al lugar donde se pueda reinsertar socialmente. Estas recomendaciones se recogen en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto 518, del Ministerio de Justicia.

En todos los tratados bilaterales o multilaterales la autoridad central es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Chile no cuenta con una legislación propia en la materia, pero derivado de sus compromisos internacionales se derivan los siguientes requisitos: la sentencia de condena debe ser firme o en ejecución, deben restar al menos seis meses para el cumplimiento de la pena en el momento de solicitud, en el caso de extranjeros que quieran ser trasladados no deben tener otras causas vigentes en Chile y deben manifestar expresamente su voluntad de traslado.

Las consecuencias del traslado son las habituales: la condena se continuará cumplimiento en el Estado de ejecución de acuerdo con su legislación, pero el Estado de condena mantendrá la jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta y cualquier otro procedimiento que disponga la revisión o modificación de las sentencias dictadas por sus tribunales. El Estado de condena podrá conceder indulto, amnistía o conmutación de la condena impuesta según su legislación, aunque en el caso del tratado con Brasil el Estado de ejecución podrá solicitar la concesión de indulto o la conmutación de la pena.

5.4. México

En el caso de México, la primera referencia normativa la encontramos en la misma Constitución, que el art. 18, reformado en 1977 a estos efectos, permite el traslado de personas condenadas con sujeción a los tratados internacionales celebrados en la materia; sin que haya mayor desarrollo normativo a nivel interno (Silva Silva, 2016: 84-85).

México cuenta con tratados bilaterales con Estados Unidos¹⁸, Canadá, Panamá, Bolivia, Belice, España, El Salvador, Cuba, Venezuela,

¹⁸ Curiosamente, la información gubernamental dirigida a los ciudadanos en la materia se refiere específicamente al Traslado a México de personas

Costa Rica, Nicaragua, Perú, Honduras y Rusia. Además, forma parte del Convenio de Estrasburgo de 1983 y de la Convención Interamericana de 1996, lo que expande enormemente sus posibilidades de colaboración.

En relación con el Convenio de Estrasburgo, México estableció la vía diplomática para las peticiones de transferencia y respuesta, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Sin embargo, en el caso de la Convención Interamericana la autoridad central es la Secretaría de Gobernación y la autoridad coordinadora, la Procuraduría General de la República.

En cuanto a las reservas en la aplicación de ambos instrumentos, de cara al Convenio de Estrasburgo, México excluyó el procedimiento del art. 9.1.b, es decir, la conversión de la condena, optando únicamente por la prosecución del cumplimiento. En cuanto a la Convención Interamericana, México se reservó el derecho a trasladar a una persona condenada en ciertas situaciones: cuando no haya cumplido con el pago de la reparación del daño a terceros o de las multas impuestas por la autoridad judicial, conforme a lo dispuesto en la sentencia, salvo que esta última condone la multa en cuestión, en virtud de la cuantía; cuando reincida en la comisión de un delito en el territorio del Estado sentenciador; o cuando el delito sea de carácter político o militar; aunque la decisión negativa pueda ser revisada si cambian las circunstancias.

5.5. Perú

En el caso de Perú, cuenta con tratados bilaterales con Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Gran Bretaña, Italia, México, Panamá, Paraguay, República Dominicana, y Venezuela. Curiosamente, no forma parte ni del Convenio de Estrasburgo de 1983 ni —más sorprendente aún— de la Convención Interamericana de 1993.

mexicanas sentenciadas en Estados Unidos (<https://www.gob.mx/sre/documentos/traslado-a-mexico-de-personas-mexicanas-sentenciadas-en-estados-unidos-144943>).

No obstante, como en el caso de Argentina, cuenta con una normativa base en los arts. 540 y ss. del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante, NCPP) peruano que permite el traslado de condenados con otro Estado, aunque no exista un tratado en vigor, sobre la base del principio de reciprocidad. Las condiciones para el traslado ex. art. 542 NCPP son que se cumpla el principio de doble incriminación; que no se trate de un delito militar; que resten al menos seis meses de pena por cumplir, aunque excepcionalmente se podrá acordar el traslado aunque el periodo sea menor; que la sentencia sea firme; que el resto de disposiciones de la sentencia se hayan cumplido, especialmente multa, reparación civil y otras consecuencias accesorias, salvo que el Estado fuera el único agraviado; y que la persona no tenga otro proceso penal pendiente.

Sobre la tramitación, sea Perú el Estado de condena o de Ejecución, los art. 543 y 544 NCPP exigen la solicitud expresa de la persona condenada o de su representante. En ambos casos, la Autoridad Central forma el llamado “cuaderno de traslado” junto con el resto de documentación preceptiva (copia de la sentencia de condena, informes, etc.) y lo remite al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para la decisión final, que toma el Poder Ejecutivo mediante resolución del Consejo de Ministros (art. 540.2 NCPP).

Cuando Perú es Estado de condena, mantiene la jurisdicción sobre la condena impuesta y la revisión o modificación de las sentencias dictadas por sus órganos judiciales. También retiene la facultad de indultar o conceder amnistía o redimir la pena a la persona condenada (art. 541.1 NCPP). Como Estado de ejecución, tras la remisión del cuaderno de traslado por la Fiscalía de la Nación, el juez competente procede a adecuar el tipo penal previsto en la sentencia a la normativa penal nacional y la pena se cumple conforme a la normativa nacional.

5.6. Análisis comparado

Dentro del ámbito latinoamericano, podemos fijarnos en dos parámetros de comparación. Por el número de países con los que tienen vigente un tratado bilateral o multilateral, México tiene catorce tratados, además de formar parte del Convenio de Estrasburgo y de

la Convención interamericana, lo que expande la lista de países en colaboración, lo que sucede también con Chile, aunque solo cuente con cuatro tratados. Brasil cuenta con diecisiete tratados, además de formar parte de la Convención Interamericana y del acuerdo del Mercosur, a lo que sumará en un futuro el Convenio de Estrasburgo; y la situación de Argentina es similar, aunque con quince tratados. Perú no forma parte ni de la Convención Interamericana ni del Convenio de Estrasburgo, pero tiene catorce tratados vigentes.

Fijándonos en el segundo parámetro, Perú cuenta con una normativa interna desarrollada en su Código Procesal Penal, en el sentido de que se regulan con detalle los principales aspectos del traslado: requisitos, tramitación, consecuencias del traslado, jurisdicción; como también sucede en Brasil y Argentina, que llega a prescindir del principio de doble incriminación para facilitar el traslado.

6. EL SISTEMA COLOMBIANO

6.1. *Desarrollo normativo*

Como ocurriera en el caso peruano, Colombia no forma parte de los grandes tratados multilaterales sobre traslado de personas condenadas, aunque sí cuenta con algunos tratados bilaterales en la materia con Ecuador¹⁹, Venezuela²⁰, Panamá²¹, España²², Costa

¹⁹ Convenio entre Colombia y Ecuador sobre tránsito de personas, vehículos, embarcaciones fluviales y marítimas y aeronaves, suscrito el 18 de abril de 1990 en la ciudad de Esmeraldas.

²⁰ Ley 250 de 1995 por medio de la cual se aprueba el “Tratado entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela sobre traslado de personas condenadas” suscrito en Caracas el 12 de enero de 1994.

²¹ Ley 291 de 1996 por medio de la cual se aprueba el “Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá”, suscrito en Medellín el 23 de febrero de 1994.

²² Ley 285 de 1996 por medio de la cual se aprueba el Tratado sobre el Traslado de personas condenadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Reino de España, suscrito en Madrid el 28 de abril de 1993.

Rica²³ y, recientemente, Italia²⁴. Los documentos de evaluación del cumplimiento de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción por parte de Colombia, en concreto del art. 45, precepto de referencia en nuestro objeto de estudio, no arrojan más información al respecto (UNODC, 3013: 205-206).

No obstante, en el Código de Procedimiento Penal colombiano (Ley 906 de 2004) regula la ejecución en Colombia de sentencias extranjeras en los arts. 515 a 517, para lo cual, en primer lugar, debe constar una petición formal de la autoridad extranjera formulada por vía diplomática. Los requisitos mínimos, a tenor del art. 516 CPP, son que: (a) no se oponga a los Tratados Internacionales suscritos por Colombia, o a la Constitución Política o a las leyes de la República; (b) la sentencia se encuentre en firme de conformidad con las disposiciones del país extranjero; (c) no se haya formulado en Colombia acusación, ni sentencia ejecutoriada de los jueces nacionales, sobre los mismos hechos, salvo lo previsto en el art. 16.1 del Código Penal; y (d) Que, a falta de tratados públicos, el Estado requirente ofrezca reciprocidad en casos análogos.

La última disposición únicamente aclara que la solicitud se tramitará ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, que remitirá el asunto a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre la ejecución, y que no se juzgará de nuevo en Colombia (salvo lo que dispone el art. 16 del Código Penal).

Tomando como ejemplo el tratado bilateral de Colombia y España²⁵ de 1993, los requisitos para el traslado son la doble incrimi-

²³ Ley 404 de 1997 por medio de la cual se aprueba el Tratado sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, suscrito en Santa Fe de Bogotá, D. C., el 15 de marzo de 1996.

²⁴ Ley 2263 de 2022, por medio de la cual se aprueba el ‘Tratado entre la República de Colombia y la República Italiana sobre el traslado de personas condenadas’, suscrito en Roma, República Italiana el 16 de diciembre de 2016

²⁵ Revisado por la Corte Constitucional de Colombia, que en la Sentencia C-655/96 declaró inexecutable el art. 3.3 del tratado, que permitía al Estado receptor, con consentimiento del trasladante, conceder la amnistía, el indulto, la conmutación de la pena o medida de seguridad o adoptar cual-

nación; que no se trate de un delito político; que el condenado sea nacional del Estado de cumplimiento en el momento de la solicitud; la firmeza de la sentencia; ausencia de otros procedimientos pendientes en el Estado trasladante; el consentimiento del condenado; el acuerdo de los Estados caso por caso, sin necesidad de exponer la causa de denegación; y el compromiso del Estado trasladante y del receptor de comunicar a la persona condenada las consecuencias legales del traslado.

La decisión de traslado se tomará conforme a los criterios de gravedad y características del delito, en especial, si se han cometido con ayuda de una organización delictiva; posibilidades de reinserción; condiciones de salud y edad; situación familiar del penado; disposición a colaborar con la Justicia y satisfacción de las responsabilidades pecuniarias respecto a las víctimas.

6.2. Fortalezas y debilidades del sistema colombiano en clave de derecho comparado

En cuanto a las fortalezas, el Gobierno de Colombia, en concreto el Ministerio de Justicia y Derecho, tiene habilitada la solicitud online de este trámite²⁶, que denomina repatriación, y ha puesto a disposición de sus ciudadanos la información básica para la tramitación²⁷. Asimismo, hace hincapié en la posibilidad del traslado, aunque no existan tratados bilaterales en la materia, siempre y cuando la condena no sea de prisión perpetua o pena de muerte, el delito no sea de tipo político, militar o de lesa humanidad, se cumpla la doble incriminación, la sentencia sea firme, no existan procesos pendientes, el traslado sea aprobado por ambos Estados y, en el caso en que Colombia sea Estado de condena, el Estado de ejecución se compro-

quier decisión o medida legal que entrañe una reducción o cancelación total de la pena o medida de seguridad.

²⁶ Vid: <https://www.minjusticia.gov.co/Paginas/Solicitud-Repatriaciones.aspx>

²⁷ Vid: <https://www.minjusticia.gov.co/Documents/home/ABC%20Repatriaciones.pdf>

meta a continuar la ejecución de la condena y a no modificarla ni extinguirla.

Sin embargo, a la hora de aceptar un traslado hacia Colombia, siempre comprobarán la existencia de unas concretas razones humanitarias: estado de salud grave, progresivo e irreversible; situación de discapacidad física o mental grave o completa, con dependencia severa o máxima; edad avanzada, a partir de 65 años o estado de salud grave de padres, hijos o cónyuge o pareja. Choca esta evaluación tan restrictiva de las razones humanitarias con el fin principal del traslado de personas condenadas: facilitar su reinserción social. Así lo reconoce también la Corte Constitucional colombiana, p. ej., en la Sentencia C-261/96 en la que examinaba el tratado con Venezuela:

Durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Es perfectamente razonable suponer que la repatriación de los presos puede favorecer su resocialización y fomenta la cooperación judicial.

En el apartado de debilidades, debemos comenzar por lo obvio: no forma parte de los principales tratados multilaterales, y apenas tiene tratados bilaterales. Esto coloca a Colombia en la posición más desventajosa de las estudiadas hasta ahora. Lo cierto es que los países ajenos al ámbito latinoamericano que hemos estudiado están a la cabeza en materia de traslado de personas condenadas; Estados Unidos cuenta con el programa de traslado más desarrollado en cuanto a normativa interna y centralización de la información, aparte de tener una amplísima lista de Estados con los que tiene tratados vigentes. España, por su parte, forma parte del Convenio de Estrasburgo, a lo que suma una larga lista de Estados con los que tiene tratados bilaterales. Además, cuenta con el especial sistema de cooperación con los Estados de la Unión Europea, un trámite más expedito en el que la comunicación se da directamente entre las autoridades judiciales (lo que evita acudir a la vía diplomática, o la intermediación de ministros de justicia o exteriores), se establecen plazos breves para la

resolución de las solicitudes y se establecen unas causas tasadas de denegación, lo que hace que el traslado sea la norma.

Dentro del ámbito latinoamericano, fijándonos en esos dos parámetros de comparación, todos ellos están en una mejor posición que Colombia: Recordemos que México tiene catorce tratados y forma parte del Convenio de Estrasburgo y de la Convención interamericana, como Chile, que suma cuatro tratados bilaterales. Brasil cuenta con diecisiete tratados y es parte de la Convención Interamericana y del acuerdo del Mercosur, y en un futuro del Convenio de Estrasburgo; y la situación de Argentina es similar, con quince tratados. Perú, como Colombia, no forma parte ni de la Convención Interamericana ni del Convenio de Estrasburgo, pero tiene un mayor número de tratados vigentes, catorce. Y, fijándonos en el segundo parámetro, cuenta con una normativa interna más desarrollada, como sucede en Brasil y Argentina.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y PARA COLOMBIA

7.1. Conclusiones

La cooperación internacional para el reconocimiento y ejecución de sentencias de condena a penas privativas de libertad, que en esencia se trata del traslado de personas condenadas, supone para los Estados ceder en una de las parcelas tradicionalmente más arraigadas a la noción de soberanía, como es el monopolio y ejercicio del *ius puniendi*, en concreto en la ejecución de las penas una vez que la sentencia deviene firme. Sin embargo, son muchos los beneficios de esta forma de cooperación: para el condenado, la mayor cercanía a su entorno aumenta las posibilidades de reinserción social, y otras razones humanitarias (acabar con las barreras lingüísticas, determinados problemas de salud) también apoyan tal decisión. Para los Estados, además de las anteriores, se suman otras razones de utilidad: potenciar las relaciones diplomáticas con otros Estados, facilitar el cumplimiento de las penas y con ello la vigencia de la ley, incluso abaratar costes o aligerar la carga de la ejecución de penas de presos extranjeros.

7.2. *Recomendaciones para América Latina*

Por todas estas razones, la estrategia debe ser fomentar y facilitar el traslado de condenados a través de una serie de acciones. La primera, unirse a los grandes instrumentos en la materia, lo que consigue estandarizar y homogeneizar los requisitos y trámites, siguiendo el ejemplo de México o, en un futuro, Brasil. Incluso, el planteamiento óptimo a futuro para América Latina sería elaborar un instrumento de cooperación que dependiera directamente de fiscalías y autoridades judiciales, siguiendo el modelo de la Unión Europea, eliminando también fases de la tramitación.

La segunda acción pasa por contar, a nivel interno, con normas de desarrollo del traslado, tanto activo como pasivo, de las personas condenadas, que se pueda utilizar en defecto de tratados internacionales y que den seguridad a los ciudadanos tanto nacionales como extranjeros.

La tercera acción, fijándonos en la principal virtud de esta medida y de cara a maximizar sus efectos en el combate a la corrupción asociada al crimen organizado, para toda América Latina no depende de la cooperación internacional en sí, sino de la forma de ejecutar las penas privativas de libertad. Si lo que se busca es facilitar la reinsertión social de la persona condenada, habrá que habilitar programas específicos de resocialización para este tipo de delincuencia, venciendo las consideraciones tradicionales sobre la delincuencia de cuello blanco. El modelo que seguir, en este punto, sería el Programa de Intervención en Delitos Económicos puesto en marcha en España que, aunque cuenta con muy breve recorrido, al menos establece un precedente en el que fijarse.

7.3. *Recomendaciones para Colombia*

Las recomendaciones previamente mencionadas para América Latina son especialmente necesarias, incluso urgentes, en el caso de Colombia. Como expusimos *supra*, no forma parte de ninguno de los grandes tratados internacionales en materia de traslado de personas condenadas y apenas cuenta con tratados bilaterales en la materia,

así que la primera acción para Colombia sería entrar a formar parte de esos tratados y fortalecer sus relaciones bilaterales.

La segunda acción también es especialmente acuciante: Colombia necesita una normativa interna que regule de manera pormenorizada el traslado o repatriación de las personas condenadas y que se aplique en defecto de tratados internacionales, lo que, en su caso, como hemos podido comprobar, sería el supuesto mayoritario.

La tercera acción, fijándonos en el combate a la corrupción asociada al crimen organizado pasaba por facilitar la reinserción social de la persona condenada, creando programas específicos de resocialización para este tipo de delincuencia como el Programa de Intervención en Delitos Económicos de Instituciones Penitenciarias en España. Sucede que Colombia, hablando de los fines resocializadores de la pena y, por tanto, del traslado de personas condenadas, cuenta con una interpretación especialmente rigurosa de los motivos humanitarios para facilitar tal traslado cuando no media un tratado internacional. Por tanto, aparte de prever un programa especial de resocialización para condenados por delitos de corrupción, Colombia debería flexibilizar tal interpretación y favorecer la repatriación de personas condenadas y, por tanto, su rehabilitación social.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Al-Fawal, M. (2020). “Delincuentes de cuello blanco: comportamiento criminal y reinserción social”. En B. Narváez Mercado (ed.), *Apuntes del Derecho y la Justicia en un mundo globalizado*. Pp. 19-49.
- Álvarez, C. (2015). “Traslado de personas condenadas (cumplimiento de sentencias penales en el extranjero)”. *Revista Pensamiento Penal*.
- Arnáiz, A. (2013). “Evolución de la Cooperación Judicial Penal Internacional en especial, la Cooperación Judicial en Europa”. En Carmona Ruano, I., González Vega & Moreno Catena, V. (eds.). *Cooperación Judicial Penal en Europa*. Dykinson. Pp. 1-40.
- Arribas, E. (2015). “¿Reeducación y reinserción social del delincuente de cuello blanco?”. *Diario La Ley*, 8464. Pp. 1-12.

- Baratta, A. (2004). *Criminología y sistema penal. (Compilación in memoriam)*. Editorial B de f.
- Baucells, J. (2020). “Delincuentes económicos y justicia restaurativa en la ejecución de la pena”. *Revista General de Derecho Penal*, 34. Pp. 1-43.
- Bujosa, L. M. (2001). “Reconocimiento y ejecución de sentencias penales extranjeras”. *Diario La Ley*, 1390. Pp. 1-18.
- Bujosa, L. M. (2009). “El reconocimiento y la ejecución de sentencias penales privativas de libertad en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008”. *Revista General de Derecho Europeo*, 18. Pp. 1-30.
- Cardenal, S. (2017). “Corrupción pública y suspensión de la ejecución de la pena”. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXVII. Pp. 179-247.
- Faggiani, V. (2016). “El principio de reconocimiento mutuo en el espacio europeo de justicia penal”. *Revista General de Derecho Europeo*, 38. Pp. 1-35.
- Fernández, C. (2017). “Necesitan ser los delincuentes de cuello blanco resocializados?: una aproximación crítica a las limitaciones del término “resocialización” a partir de la experiencia española”. *Configurações*, 20. Pp. 45-58.
- Fernández, A. (2021). “Reconocimiento y ejecución de sentencias penales condenatorias extranjeras en España”. *Revista General de Derecho Penal*, 35. Pp. 1-21.
- Garcimartín, R. (2021). “El reconocimiento de resoluciones penales de condena en la UE: la transposición al derecho español del reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad y de libertad vigilada”. *Revista de Estudios Europeos*, 78. Pp. 27-50.
- González, M. (2020). “La creciente irrelevancia de la reinserción social en la Unión Europea, una consecuencia no buscada de la cooperación judicial en el ámbito penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 118. Pp. 167-189.
- Jorge, L. F. (2017). “Movilidad, soberanía e “interoperabilidad” de los sistemas penales en la Unión Europea”. *Freedom, Security & Justice*, 3. Pp. 91-106.
- Jorge, G. (2008). “Cooperación internacional con fines de decomiso del producto del delito”. En G. Jorge (ed.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto. Pp. 157-198.
- Mapelli, B. & González, M. I. (2001). *El traslado de personas condenadas entre países*. McGraw-Hill.

- Mestre, E. (2017). “La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la Unión Europea”. *La Ley Penal*, 127. Pp. 1-14.
- Muñoz de Morales, M. (2019). “Doble incriminación a examen. Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos”. *InDret*, 1/2019. Pp. 1-53.
- Nistal, J. (2015). “Los fines de la pena para los condenados por delitos relacionados con la denominada “corrupción política””. *Diario La Ley*, 8474. Pp. 1-10.
- Nistal, J. & González, A. (2015). “El reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. El cumplimiento en España de penas privativas de libertad impuestas en otros estados miembros de la Unión Europea”. *La Ley Penal*, 114. Pp. 1-19.
- Plasencia, N. (2018). “La ejecución penitenciaria en los delitos de corrupción”. *Diario La Ley*, 9158. Pp. 1-16.
- Rodríguez, M. J. (2020). “El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22(14). Pp. 1-42.
- Rodríguez-García, N. (2013). “Corrupción, estado de derecho y poder judicial: retos y límites de las iniciativas supranacionales e internacionales de asistencia y cooperación judicial penal”. En I. Berdugo Gómez de la Torre, A. E. Liberatore S. Bechara (eds.), *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano-brasileña*, Universidad de Salamanca. Pp. 135-240.
- Ruiz, M. A. (2015). “Ejecución transfronteriza de sentencias privativas de libertad en la Unión Europea: la Ley 23/2014”. *Revista General de Derecho Procesal*, 35. Pp. 1-77.
- Ruiz, F. G. (2015). “Comentario del primer supuesto práctico de transmisión de una sentencia condenatoria por un tribunal español, en aplicación de la Ley 23/2014, en relación con la Decisión Marco 2008/909/JAI sobre reconocimiento mutuo de sentencias que imponen penas u otras medidas privativas de libertad”. *Revista General de Derecho Europeo*, 37. Pp. 1-50.
- Silva, J. A. (2016). “Marco general de la competencia y cooperación procesal penal internacional”. *Opinión Jurídica*, 15(30). Pp. 67-92.
- Sutherland, E. (1969). *El delito de cuello blanco*. Universidad Central de Venezuela.
- Wiecko Volkmer de Castillo, E. (2008). “Cooperação Internacional na Execução da Pena: a transferência de presos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, (71). Pp. 233-249.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (2020). Programa de Intervención en Delitos Económicos (PIDECO). *Documentos Penitenciarios* 28. Ministerio del Interior – Secretaría General Técnica.
- UNODC (2005). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*. Naciones Unidas
- UNODC (2010). *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York.
- UNODC (2012a). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Segunda edición revisada. Naciones Unidas
- UNODC (2012b). *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*. Nueva York
- UNODC (2013). Examen por Honduras y Eslovenia sobre la aplicación por parte de Colombia de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015. Naciones Unidas.
- UNODC (2014). *Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada*. Naciones Unidas.
- UNODC (2015). *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional*. Naciones Unidas.
- UNODC (2017). *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional*. Segunda edición. Naciones Unidas.

Capítulo 11

Sistemas de cooperación en los tribunales penales internacionales, regionales e híbridos

MARÍA DOLORES COLLAZOS*

1. INTRODUCCIÓN

En materia de justicia penal internacional, la cooperación puede definirse como “toda aquella actividad desplegada en territorio de un Estado a solicitud o ruego de las autoridades competentes de otro y al servicio de un proceso penal incoado o a incoarse en el extranjero” (Gatti, 2018). Ana Villalta precisa que la cooperación es “un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa que involucra a dos o más Estados y que tiene por finalidad la persecución y la solución de un hecho delictivo ocurrido en territorio cuando menos, de uno de tales Estados”. Tratándose de los tribunales penales internacionales (TPIs), la cooperación resulta fundamental para garantizar la efectividad y celeridad de las actuaciones surtidas por éstos (Villalta, 2013). Cassesse recuerda que los TPIs, a diferencia de los tribunales domésticos, no tienen órganos de ejecución (*enforcement agencies*) a su disposición, de manera que sin la asistencia de otras autoridades no les sería posible llevar a cabo actuaciones fundamentales para el desarrollo de los procesos tales como incautar material de prueba, obligar a testigos a comparecer, buscar escenarios en los cuales los crímenes fueron presuntamente cometidos, o ejecutar mandatos de arresto. Así, la voluntad de las autoridades estatales para asistir a los funcionarios e investigadores

* Doctora en Derecho y Sociedad, Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales de París (EHESS Paris).

de los TPIs en el cumplimiento de sus funciones está directamente relacionada con la efectividad del tribunal; sin cooperación los TPIs no podrían operar, o su operatividad se vería considerablemente reducida (Cassese, 2013).

En la lucha contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), la cooperación es un instrumento imprescindible ya que se trata de un delito que rebasa fronteras. Como señala Hubbe, el florecimiento de la corrupción transnacional se ha visto favorecido por la revolución tecnológica y científica de las comunicaciones y de la informática (internet), la apertura de fronteras (Unión Europea), la apertura de los países asiáticos (China principalmente) a los mercados occidentales, la liberalización económica y la organización e internacionalización de la delincuencia, entre otros muchos aspectos (Hubbe, 2014).

El reconocimiento de que el fenómeno de la corrupción desborda las fronteras nacionales es explícito en el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) (2003), que afirma que “[...] la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías”. En este contexto, las iniciativas puramente nacionales contra la corrupción se muestran insuficientes, por lo que es necesaria la colaboración y la cooperación entre los Estados para acabar con este mal que azota a la sociedad actual (Benito, 2008). Es así como el deber de cooperar, esencial para regular el libre tránsito de información, bienes y personas, se vuelve también indispensable para paliar los efectos adversos de la globalización. Como señala Sampó (2004), hoy es claro que el flagelo de la corrupción ya no es entendido como un problema interno que debe ser resuelto exclusivamente por cada uno de los Estados que se ven afectados negativamente por su existencia, sino que se ha alcanzado un grado importante de consenso respecto de la vinculación de la corrupción con el debilitamiento de las democracias, su impacto en la estabilidad de la región y la importancia de cooperar (tanto a nivel regional como internacional) a fin de abatirla (Sampó, 2004).

La necesaria relación entre cooperación y lucha contra la corrupción ha sido estudiada por la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos (CIDH), que considera que los principios y las normas que reconocen los derechos fundamentales plasmados tanto en los instrumentos internacionales como en las constituciones nacionales deben servir como marco referencial a los Estados en su lucha contra la corrupción transnacional. En este sentido, para la CIDH (2019), la lucha contra la corrupción desde los derechos humanos descansa sobre principios (como la introducción de mecanismos de reclamo, la reparación de las víctimas o la cooperación) que deben guiar el diseño de políticas públicas destinadas a erradicarla. En este sentido, la CIDH:

[...] ha develado que los hechos de corrupción en el hemisferio pueden desarrollarse asociados a tramas más complejas que atraviesan las fronteras estatales, otorgándoles un carácter transnacional. De este modo, los vínculos comerciales podrían provocar una internacionalización de las prácticas corruptas y por lo tanto su control y lucha a través de políticas públicas también requiere atender a tal dimensionalidad. [...] Toda política pública con enfoque de derechos humanos en materia de lucha contra la corrupción requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir dicho fenómeno, a partir del fortalecimiento de mecanismos de cooperación entre Estados que faciliten la investigación de los casos de corrupción transnacional (CIDH, 2019).

Aunque la CIDH no se ha referido de manera explícita a la cooperación en materia penal, sí ha dejado claro que “los mecanismos de cooperación internacional pueden resultar una herramienta efectiva a la hora de controlar las transacciones internacionales, fortaleciendo la comunicación y colaboración ante la detección de movimientos irregulares”. Además, pueden apoyar los procesos de investigación, persecución y recuperación de activos (teniendo en cuenta las particularidades de las complejas interacciones transnacionales, descentralizadas y rápidamente adaptables). En particular, la CIDH (2019) ha afirmado la importancia de la cooperación para la recuperación de activos públicos que permitan reparar las afectaciones de derechos humanos de las víctimas de la corrupción.

Ahora bien, existe una amplia gama de mecanismos de cooperación. Una de las dificultades más importantes en este campo radica en que el derecho internacional sólo puede dictar a los Estados los fines que deben alcanzar, pero no puede imponerles el método o los

medios que han de emplear para ello. Por el contrario, los Estados gozan de una amplia discrecionalidad en la implementación de sus obligaciones internacionales. Dicho de otro modo, un Estado cuya cooperación ha sido requerida por parte de un TPI debe responder de manera positiva, pero la implementación de tal solicitud es bastante flexible (Stroh, 2001). Es por esto que el estudio de los modelos de cooperación es fundamental para entender cómo se encausa la acción cooperativa del Estado, incluyendo los espacios en los que los Estados se reservan la posibilidad de ejercer su soberanía.

Teniendo claro que la cooperación internacional es un pilar en la lucha contra la corrupción asociada al COT, y que el derecho internacional penal (DIP) recoge diferentes modelos de cooperación, el presente capítulo tiene por objeto examinar los sistemas de: (a) la Corte Penal Internacional (CPI); (b) los TPIs de ámbito universal (el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)); (c) los TPIs de ámbito regional (la Sección Especializada en DIP de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (CAJDH) y el Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional (COPLA); y (d) los tribunales híbridos (THs) (el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (SETC), el Tribunal Especial para el Líbano (TEL) y las Salas Especializadas de Kosovo (SEK)). Esta revisión pretende no sólo dar cuenta de los principales aspectos de los sistemas de cooperación de los tribunales mencionados, sino además analizar cuáles de sus características son útiles para la persecución de la corrupción asociada al COT.

2. EL SISTEMA DE COOPERACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Dado que la CPI no tiene fuerzas del orden a su disposición, el cumplimiento de las órdenes emitidas en el marco de los procesos bajo su jurisdicción depende enteramente de los sistemas domésticos. Si bien la cooperación con la CPI puede ser brindada por cualquier Estado, e incluso por organizaciones no estatales, para los Es-

tados parte del Estatuto de la CPI (ECPI) existen obligaciones de cooperación que surgen del mismo y para cuyo cumplimiento puede ser necesario el dictado de normas de derecho interno (Ambos & Malarino, 2007: 23).

A este respecto, Cárdenas Aravena (2010) recuerda que es por el trabajo conjunto entre la CPI y los Estados parte que ha hecho carrera la imagen del sistema de justicia internacional subyacente al establecimiento de la CPI como un sistema de dos pilares. Por una parte, los órganos de la CPI se encargan de perseguir y juzgar los casos más graves de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad que no estén siendo o hayan sido adecuadamente investigados o perseguidos por las jurisdicciones nacionales. Por otra, los Estados parte se encargan de ejecutar lo necesario para posibilitar las investigaciones y hacer cumplir lo resuelto por la CPI. Si alguno de los pilares falla, la estructura en su conjunto falla también (Cárdenas, 2010).

El sistema de cooperación con la CPI se recoge en la parte IX del ECPI (arts. 86 et. seq.) y en las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP). Así, el art. 86 del ECPI establece para los Estados el deber general de cooperar plenamente con la Corte en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes internacionales de su competencia, mientras el art. 88 establece que “los Estados Parte se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación”. Con ello, se pone de manifiesto la relevancia de la cooperación pues implica que un Estado, al hacerse parte del ECPI, adquiere la obligación de modificar su legislación interna no sólo previniendo como punibles las conductas contra la administración de justicia del art. 70 del ECPI, sino también adoptando mecanismos para cumplir con todas las formas de cooperación previstas en la parte IX del ECPI (Cárdenas, 2010).

La obligación de cooperar contenida en el art. 86 del ECPI es bastante amplia: abarca no solo el arresto y la entrega de personas sino otras formas de cooperación como la identificación y búsqueda de personas, la práctica de pruebas o la transmisión de documentos, entre otras. Aun así, su alcance ha sido discutido. Cassesse (2013) apunta que se trata de una obligación de cooperar que surge de “solicitudes” referidas a las formas de cooperación específicamente enumeradas en la Parte IX del Estatuto. Sin embargo, la jurisprudencia

de la CPI ha señalado en el caso contra el ex presidente de Sudán, Omar Al-Bashir, que la obligación de cooperar del art. 86 requiere que los Estados parte cooperen plenamente “de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto”, lo que implica que dicha cooperación no se limita a lo establecido en la Parte IX sino que abarca todo el articulado del ECPI (CPI, 2018).

Así mismo, se ha planteado la pregunta de si la obligación general de cooperar prevista en el art. 86 del ECPI debe limitarse, de acuerdo con su literalidad, a la “investigación y enjuiciamiento”, o si por el contrario, se extiende al ejercicio, por parte de la CPI, de cualquiera de los poderes que forman parte de su potestad jurisdiccional, incluyendo situaciones como la activación de su jurisdicción frente a una situación de crisis, la ejecución de penas, o la declaración de responsabilidad civil derivada del ilícito penal.

Frente a esta pregunta, Olasolo (2005) señala al menos tres razones por las cuales la obligación del art. 86 del ECPI no se agotaría en la investigación y enjuiciamiento sino que abarcaría otros aspectos de la potestad jurisdiccional de la CPI. En primer lugar, la finalidad del sistema de cooperación del ECPI es allanar el camino para que la Corte ejerza cualquiera de sus funciones jurisdiccionales. En segundo lugar, la parte IX del ECPI, en su art. 93(1), recoge formas de cooperación que son más propias de las actuaciones de ejecución de la pena y reparación que de las fases de investigación y enjuiciamiento. En tercer lugar, ciertos preceptos en materia de adopción y ejecución de medidas cautelares en materia de reparaciones han sido elaborados sobre la base de la obligación general de cooperación del art. 86 y de las disposiciones de los arts. 93 y siguientes (p. ej., la regla 99 de las RPP, relativa al embargo de los bienes del imputado desde la emisión de una orden de arresto o comparecencia, señala que el embargo deberá ser ejecutado por las autoridades nacionales de conformidad con el art. 93(1)(1) del ECPI). En consecuencia, la aplicabilidad del art. 86 a cada uno de los poderes que forman parte de la potestad jurisdiccional de la CPI se ajusta mejor al sistema del Estatuto (Olasolo, 2005).

El art. 89 del ECPI regula la cooperación en materia de entrega de personas a la CPI, y señala en su primer párrafo que la Corte podrá transmitir una solicitud de detención y entrega de una persona a un

Estado en cuyo territorio pueda hallarse. Éste deberá cumplir con la solicitud de conformidad con las disposiciones del Estatuto y el procedimiento establecido en su derecho interno. Además, según el art. 89(3) (a), la cooperación del Estado parte se expresa también en que éste deberá autorizar, de conformidad con su derecho procesal, el tránsito por su territorio de una persona que otro Estado entregue a la CPI, salvo cuando dicho tránsito obstaculice o demore la entrega.

El art. 93 del ECPI se refiere a otras formas de cooperación relacionadas con el desarrollo de las diligencias de investigación, la protección de víctimas y testigos, y la identificación, embargo y decomiso de los bienes del condenado. El primer párrafo de este artículo enuncia las diferentes solicitudes de asistencia formuladas por la CPI en relación con investigaciones o enjuiciamientos penales que los Estados parte deben cumplir. Entre ellas se encuentran: (a) la identificación y búsqueda de personas u objetos; (b) la práctica de pruebas (incluidos los testimonios bajo juramento); (c) la producción de pruebas (incluyendo los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte); (d) el interrogatorio a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento; (e) la notificación de documentos (incluidos los documentos judiciales) (f) el facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos o expertos; (g) el traslado provisional de personas; (g) la realización de inspecciones oculares (incluyendo la exhumación y el examen de cadáveres y fosas comunes); (h) la práctica de allanamientos y decomisos; (i) la transmisión de registros y documentos (incluidos registros y documentos oficiales); (j) la protección de víctimas y testigos; (k) la preservación de los medios de prueba; y (l) la identificación, determinación del paradero, inmovilización y/o incautación de los instrumentos y producto del delito (así como de todos los bienes y haberes resultantes del mismo), con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

La lista contenida en el art. 93(1) del ECPI finaliza con una disposición abierta que se refiere a “[c]ualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte”, lo que indica que no se trata de un listado taxativo, sino enunciativo de algunas formas de cooperación posibles, sin

descartar otras. Por ello, Cárdenas, citando a Zahar y Sluiter, apunta que las formas de cooperación explicitadas en la parte IX del ECPI son más bien un piso, pues otras formas de cooperación importantes pueden no estar expresamente recogidas allí (Cárdenas, 2010).

Algunas disposiciones de la Parte IX son reafirmadas por otros arts. del ECPI. Por ejemplo, el art. 59 señala que el Estado parte que haya recibido una solicitud de detención provisional, o de detención y entrega, debe tomar inmediatamente las medidas necesarias para la detención de conformidad con su derecho interno y con lo dispuesto en la Parte IX. En cuanto a las víctimas, el art. 57(3)(e) del ECPI señala que la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP), tras dictar una orden de detención o de comparecencia, puede recabar la cooperación de los Estados parte para adoptar medidas cautelares a los efectos de un decomiso que beneficie en última instancia a las víctimas. Esto con arreglo a lo que dispone el art. 93(1)(k) en cuanto a la necesaria colaboración de los Estados parte en la persecución del producto del delito con miras a su decomiso. Asimismo, el art. 75(4) señala que la CPI, al ejercer sus atribuciones en materia de reparación a las víctimas una vez que el acusado es declarado culpable, puede determinar si, a fin de dar efecto a una decisión de reparación, es necesario solicitar nuevas medidas de conformidad con el art. 93(1) del ECPI.

Las RPP concretan el sistema de cooperación recogido en el ECPI. El capítulo XI regula, entre otros aspectos, la cooperación con arreglo al art. 93 del ECPI respecto a las seguridades dadas por la Corte a los testigos o expertos que comparezcan ante ella, el traslado temporal de quienes se encuentren detenidos en los Estados parte, o ciertos aspectos procedimentales de las solicitudes de cooperación con la CPI.

Otras reglas referidas a la cooperación son, por ejemplo: (a) la regla 96(2) de las RPP, que regula la publicidad de las actuaciones de reparación, y dispone que la CPI podrá recabar la cooperación de los Estados partes que corresponda y la asistencia de organizaciones intergubernamentales a fin de dar publicidad a las actuaciones ante ella en la forma más amplia y por todos los medios posibles; (b) la regla 99 de las RPP que, como se señaló anteriormente, regula la cooperación y medidas cautelares a los efectos de un decomiso en virtud

de los arts. 57(3)(e) y 75(4); y (c) la regla 167 de las RPP, según la cual la Corte puede pedir a un Estado que proporcione cooperación internacional o asistencia judicial en cualquier forma que corresponda a las previstas en la Parte IX del ECPI cuando se trate de delitos contra la administración de justicia.

Destaca también la regla 217 de la RPP, según la cual a los efectos de la ejecución de las multas y de las órdenes de decomiso o reparación, la Presidencia recabará cooperación, pedirá que se tomen medidas de ejecución de conformidad con la Parte IX y transmitirá copias de las órdenes correspondientes a cualquier Estado parte con el cual el condenado parezca tener una relación directa en razón de su nacionalidad, domicilio o residencia habitual o del lugar en que se encuentran sus bienes o haberes o con el cual la víctima tenga esa relación.

Ahora bien, en el terreno de la implementación, es de notar que a pesar de lo inequívoco del art. 88 del ECPI, no todos los Estados han acatado de manera uniforme la obligación general de asegurarse de que en su derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación. Es, por tanto, posible distinguir entre Estados que no cuentan con normativa interna de implementación, Estados que cuentan con una cláusula genérica de implementación, y Estados que han introducido una legislación específica relativa a la cooperación con la CPI (Cárdenas, 2010).

En el primer caso, los únicos datos ciertos con los que la CPI cuenta en caso de que solicite su cooperación son los que aporta el Estado al momento de hacerse parte del ECPI, conforme al art. 87 (1) y (2) del ECPI. Esto puede dificultar el cumplimiento de ciertas solicitudes de cooperación, o incluso puede suceder que algún funcionario considere que el ECPI no es aplicable al no tener legislación de implementación, negándose a dar curso a las solicitudes de cooperación en virtud del principio de derecho público que rige a la administración (según el cual, sólo puede hacerse aquello para lo que se está expresamente facultado), sin perjuicio de que el Estado parte como tal se encuentre obligado y no pueda alegar razones de derecho interno para incumplir con sus obligaciones internacionales (Cárdenas, 2010).

En el segundo caso, se trata de Estados que han modificado su derecho interno para declarar aplicables regímenes de cooperación internacional ya vigentes. En este supuesto, a pesar de que se han introducido modificaciones favorables a la cooperación con la CPI, no se trata del cumplimiento cabal de la obligación del art. 88 del ECPI, que señala que deben preverse procedimientos específicos para cada una de las formas de cooperación recogidas en la parte IX del ECPI (Cárdenas, 2010).

Finalmente, en el tercer caso, los Estados parte han implementado los diferentes procedimientos de cooperación señalando que se aplican los mismos canales ya vigentes para la cooperación horizontal, introduciendo modificaciones a su código procesal penal (por lo general incluyendo la materia en un apartado especial del mismo) o dictando leyes especiales (que pueden ser específicas sobre cooperación o regular también otros aspectos previstos en el ECPI). Si bien, en general, los Estados que cuentan con leyes especiales regulan de mejor manera las formas de cooperación previstas en el ECPI, lo que facilita la cooperación ante la recepción de las solicitudes de la CPI, el grado de cumplimiento de la obligación del art. 88 del ECPI dependerá en última instancia del contenido concreto de cada ley (Cárdenas, 2010).

3. LOS SISTEMAS DE COOPERACIÓN DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES DE ÁMBITO UNIVERSAL

Al establecer el TPIY y el TPIR, en 1993 y 1994 respectivamente, el Consejo de Seguridad de la ONU (CSNU) era consciente de que el éxito de ambos tribunales dependería de la cooperación de los Estados (Stroh, 2001). En el caso del TPIY, la obligación de cooperar se encuentra consagrada en el párrafo 4 de la Resolución 827 de 1993, disposición que se repite para Ruanda en el párrafo 2 de la Resolución 955 de 1994:

Todos los Estados deberán cooperar plenamente con el Tribunal Internacional y sus órganos de conformidad con la presente Resolución y el Estatuto del Tribunal Internacional y que, en consecuencia, todos los Estados deberán adoptar las medidas necesarias con arreglo a su

derecho interno para aplicar las disposiciones de la presente Resolución y el Estatuto, incluida la obligación de los Estados de acceder a las solicitudes de asistencia y cumplir las resoluciones de una Sala de Primera Instancia con arreglo al art. 29 del Estatuto.

De la naturaleza de esta disposición se desprende un deber general de cooperar: los Estados están obligados a proveer al TPIY y al TPIR la asistencia necesaria para llevar a cabo su labor. Sin embargo, las responsabilidades específicas de los Estados se encuentran en los estatutos de cada tribunal y en particular en las RPP que los desarrollan (Stroh, 2001). Además, en el caso del TPIY, la obligación de cooperar se deriva del Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia y Herzegovina (Acuerdos de Dayton). Adicionalmente, el deber de los Estados de cooperar no se circunscribe al papel que el Estado cuya cooperación es requerida haya desempeñado en el conflicto de la antigua Yugoslavia o Ruanda. Según los Estatutos del TPIY (ETPIY) y del TPIR (ETPIR), se espera la cooperación estatal en cuatro áreas: (a) la investigación preliminar por parte del Fiscal (lo que incluye aspectos como la recopilación de documentos y pruebas o el interrogatorio a víctimas y testigos); (b) la ejecución de mandatos de arresto; (c) la remisión de casos por las jurisdicciones nacionales; y (d) el cumplimiento de las penas (Stroh, 2001).

Mientras la primera parte de los arts. 29 del ETPIY y 28 del ETPIR insiste en el deber general de cooperar¹, la segunda parte se refiere a las peticiones de cooperación dirigidas a los Estados en cada caso particular en cualquier aspecto que los tribunales consideren necesario. Según estas disposiciones, los Estados deben atender sin demora toda petición de asistencia de una Sala de Primera Instancia (SPI), así como cumplir todas sus resoluciones en relación con la identificación y localización de personas, las deposiciones de testigos, la presentación de pruebas, la tramitación de documentos, la detención de personas y la entrega o traslado de los acusados para ponerlos a disposición del TPIY o del TPIR.

¹ Según estas disposiciones, “[l]os Estados cooperarán con el Tribunal Internacional en la investigación y enjuiciamiento de las personas acusadas de haber cometido violaciones graves del derecho internacional humanitario”).

El marco normativo para el TPIY se completa con las disposiciones de las RPP relativas al art. 29 del ETPIY. La regla 8, que regula la cooperación del Estado en materia de solicitud de información, señala que cuando el Fiscal considere que un delito dentro de la jurisdicción del TPIY es o ha sido objeto de investigaciones o procedimientos penales iniciados en los tribunales de cualquier Estado, puede solicitar al Estado que le envíe toda la información pertinente, y el Estado debe transmitir inmediatamente dicha información al Fiscal de conformidad con el art. 29 del ETPIY. Así mismo, según la regla 11bis de las RPP, cuando la Sala de Remisión revoque una orden por la que un caso ha sido remitido por TPIY a la jurisdicción nacional, puede solicitar formalmente al Estado interesado que le transfiera al acusado a la sede del TPIY y el Estado ha de acceder a tal solicitud sin demora, conforme a lo dispuesto en el art. 29 del ETPIY.

La regla 40 de las RPP ejemplifica la necesaria cooperación del Estado con el TPIY en materia de medidas provisionales. Esta regla dispone que, en caso de urgencia, el Fiscal puede solicitar a cualquier Estado: (a) arrestar provisionalmente a un sospechoso o acusado; (b) incautar elementos de prueba; o (c) tomar las medidas necesarias para evitar la fuga de un sospechoso o acusado, evitar lesiones o la intimidación de una víctima o testigo, o la destrucción de pruebas. El Estado debe cumplir sin demora tal solicitud de conformidad con el art. 29 del ETPIY. Además, la regla 56 de las RPP precisa que el Estado al que se transmita una orden de detención o de traslado de un testigo actuará con prontitud y diligencia de conformidad con el art. 29 del ETPIY.

La regla 61D de las RPP señala, por su parte, que la SPI podrá ordenar a uno o varios Estados que adopten medidas provisionales para congelar los bienes del acusado, sin perjuicio de los derechos de terceros, mientras que la regla 77(B)(E) de las RPP establece que la SPI puede, si es necesario, emitir una orden de arresto para garantizar la presencia de la persona cuando no se presente o responda por escrito, y el Estado o la autoridad a quien se dirija tal orden debe actuar con prontitud de conformidad con el art. 29 del ETPIY.

Finalmente, la regla 105 de las RPP, sobre la restitución de la propiedad, señala que después de una sentencia condenatoria la SPI puede, *motu proprio*, celebrar una audiencia especial para determi-

nar la cuestión de la restitución de los bienes o sus productos, y mientras tanto podrá ordenar las medidas provisionales para su conservación. Si la SPI pudiera determinar el propietario legítimo, ordenará la restitución de los bienes o del producto, si no pudiera determinar la propiedad, lo notificará a las autoridades nacionales competentes y les solicitará que así lo determinen.

Ahora bien, cabe señalar que el marco normativo del TPIY está principalmente “hecho por los jueces”, lo que significa que los jueces tienen espacio para desarrollar el sistema de cooperación a través de sus pronunciamientos (Yassen, 2017). En este sentido, el caso “Blaskic” marcó un hito en el tema de la cooperación estatal al desarrollar el marco normativo que impone a los Estados la obligación de cooperar recogida en el art. 29 del ETPIY, y al insistir en que el TPIY, con el respaldo del CSNU, tiene el poder de emitir órdenes vinculantes para los Estados soberanos (Maogoto, 2004).

En cuanto al TPIR, como se señaló anteriormente, la obligación de los Estados de cooperar con el mismo se aborda en el art. 28 del ETPIR. Este artículo en su primer párrafo establece que los Estados cooperarán con las investigaciones y los enjuiciamientos del TPIR. Agrega en su segundo párrafo que los Estados deberán cumplir sin demora indebida con cualquier solicitud de asistencia o una orden emitida por una SPI. Existen, por tanto, dos aspectos de la obligación de un Estado de cooperar con el TPIR. En primer lugar, un Estado tiene la obligación de brindar la cooperación que pueda ser necesaria para facilitar la investigación o el enjuiciamiento por el TPIR de los presuntos responsables. Esta obligación puede incluir cuestiones como la identificación y localización de personas, la obtención de testimonios, la presentación de pruebas, la notificación de documentos y la entrega o el traslado de un acusado, sin que se trate de una lista taxativa. En segundo lugar, un Estado tiene la obligación de cumplir, sin demoras indebidas, con las solicitudes u órdenes formales de cooperación o asistencia judicial emitidas por el TPIR (Dushimimana, 2013).

La obligación de cooperar con el TPIR también se establece en sus RPP. La regla 40 de las RPP establece que, en situaciones de urgencia, el Fiscal puede solicitar a cualquier Estado que arreste provisionalmente a un sospechoso, incaute pruebas físicas y tome todas las

medidas necesarias para evitar la fuga de un sospechoso o acusado, las lesiones o intimidación de una víctima o testigo o la destrucción de las pruebas. Los Estados interesados deben cumplir de inmediato con las solicitudes del Fiscal, de conformidad con el art. 28 del ETPIR. La regla 58 de las RPP agrega que la obligación prevista en el art. 28 del ETPIR prevalece sobre cualquier impedimento legal para la entrega o traslado del imputado al TPIR que pueda existir bajo la legislación nacional o los tratados de extradición de los Estados involucrados.

Tratándose de la implementación, aunque el mandato del art 28 del ETPIR es claro, el balance podría considerarse mixto. Piénsese por ejemplo en el contraste entre las posturas de Zambia y Kenia respecto del TPIR: mientras Zambia reconoció que sin la cooperación de los estados el TPIR no puede cumplir con su mandato y decidió brindarle su apoyo, Kenia hizo lo contrario. En efecto, Zambia arrestó a tres sospechosos ruandeses que había detenido por motivos de inmigración y los mantuvo bajo custodia a petición del TPIR hasta que la unidad de detención del tribunal pudo ser completada en Arusha. Dos de los sospechosos estuvieron entre los primeros acusados por el TPIR de genocidio, crímenes de lesa humanidad y violación del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Sin la cooperación de Zambia, esto no habría sido posible. En cambio, la declaración del presidente de Kenia, Daniel Arap Moi, señalando que las personas acusadas de crímenes por el TPIR no serían entregadas y que cualquiera que intentara hacerlo sería arrestado afectó el funcionamiento del TPIR, en especial porque un gran número de ruandeses, incluidos aquellos buscados por el tribunal, habían encontrado refugio en Kenia (Dushimimana, 2013).

En opinión de Ryngaert (2013), los Estados no han cumplido escrupulosamente con su obligación de cooperar, y aunque el TPIR ha privilegiado los canales diplomáticos para resolver los problemas de cooperación estatal, esta estrategia no siempre ha tenido éxito. Para Ryngaert, los Estados tienen la obligación jurídica de cooperar con el TPIR cuando se trata de localizar y arrestar a las personas acusadas, permitir que los testigos viajen personalmente al TPIR y entregar documentos. Además, tienen, al menos, el deber moral de aceptar los casos que les remita el TPIR en el marco de la estrategia de conclu-

sión del tribunal, siempre que sus leyes permitan juicios por genocidio y cumplan con las normas internacionales de derechos humanos. Así mismo, tienen la obligación de ofrecer centros de detención para hacer cumplir las sentencias de los condenados del TPIR y de ayudar a este último a reubicar a las personas absueltas que han cumplido su sentencia. En este sentido, Ruanda habría utilizado la cooperación (que sabe que es indispensable para el funcionamiento del tribunal) como moneda de cambio para obtener ciertas concesiones por parte del TPIR, pero también el propio TPIR y la comunidad internacional tienen alguna responsabilidad en las deficiencias en el acatamiento de las solicitudes de cooperación por parte de Ruanda (Ryngaert, 2013).

4. ANÁLISIS COMPARADO

La CPI, el TPIY y el TPIR no tienen a su disposición una fuerza policial para hacer efectivas sus solicitudes de cooperación, razón por la cual coinciden en la necesidad de asegurar la cooperación de los Estados para la realización de sus objetivos. Sin embargo, lo anterior no significa que se trate de sistemas de cooperación homogéneos. Al menos dos diferencias merecen ser mencionadas.

En primer lugar, es de notar que la manera en que fueron establecidos la CPI y el TPIY y el TPIR se relaciona con la fuerza vinculante de sus respectivos sistemas de cooperación. Mientras el sistema de cooperación de la CPI tiene como punto de partida la voluntad de los Estados parte de cumplir con las obligaciones adquiridas en virtud de la firma del ECPI, el TPIY y el TPIR, al haber sido creados por el CSNU en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU, se sustentan sobre un modelo de cooperación vertical en el cual los Estados están obligados a cooperar con ambos tribunales (Delgado & Martínez, 2004).

En otras palabras, el TPIY y el TPIR, al haber sido creados por el CSNU con fundamento en el Capítulo VII de la Carta, contaron desde el principio con la ventaja de asentarse sobre una obligación de cooperación vinculante para todos los Estados interesados. Por el

contrario, la CPI se basa en un tratado multilateral que los Estados deciden si ratifican o no (Yassen, 2017).

Más aún, en el caso de la CPI, una característica importante que da forma al sistema de cooperación se desprende de la influencia del principio de complementariedad. Según este principio, una determinada situación o caso cae bajo la jurisdicción de la CPI solo cuando un Estado miembro no está dispuesto o no puede realmente investigar o enjuiciar (Carter, 2010).

El principio de complementariedad se contempla en el décimo párrafo del preámbulo, así como en el art. 1 del ECPI, que enfatiza que la CPI es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales y que los Estados conservan la responsabilidad principal de juzgar a los autores de los crímenes más graves. En consecuencia, la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales se basa en la primacía del Estado sobre la CPI, lo que incide en la cooperación, pues ésta puede detenerse o retrasarse debido a la aplicación del principio de complementariedad.

En segundo lugar, el ECPI ofrece un marco de cooperación más complejo en términos de especificidad que el recogido en el ETPIY y el ETPIR. El marco de la CPI contiene regulaciones específicas de cooperación internacional y de asistencia judicial (arts. 86 a 102 del ECPI) así como una lista no exhaustiva de actuaciones en las cuales se espera la cooperación de los Estados (art. 93 del ECPI). El marco de cooperación del ETPIY y del ETPIR, en cambio, es bastante menos detallado, pues si bien establece la obligación general de cooperar, no menciona las especificidades propias de las órdenes de arresto, la entrega de un acusado o las solicitudes de asistencia. Estos vacíos dejan espacio para que sean los jueces quienes complementen el marco normativo del sistema de cooperación, como se vio en el caso “Blaskic” (Yassen, 2017).

Tratándose de la persecución penal de la corrupción asociada al COT, el contraste entre un marco de cooperación complejo y muy detallado como el del ECPI y uno menos detallado, pero con espacio para la actuación de los jueces como el del ETPIY y el del ETPIR plantea la cuestión de cuál de las dos opciones sería deseable para lograr una cooperación efectiva para el enjuiciamiento de este delito.

Para responder esta pregunta, hay que mencionar primero que la cooperación de los Estados con la CPI depende en gran medida de cómo los Estados implementen la obligación general de cooperar establecida en el art. 88 del ECPI. En este sentido, pueden hallarse Estados cuyos ordenamientos jurídicos no contemplan legislación de cooperación con la CPI, Estados que consagran una cláusula genérica de implementación, y Estados que han introducido una legislación específica sobre los términos de cooperación con la CPI (Cárdenas, 2010). La efectiva implementación de la obligación de cooperar está entonces, en gran medida, supeditada a las acciones que haya tomado el Estado en la adopción de la legislación pertinente, y teniendo en cuenta que una de las características de las organizaciones del COT es su conexión estructural con los poderes públicos, y que éste tipo de organizaciones dedican ingentes esfuerzos y recursos a promover prácticas corruptas, no parece que un sistema de cooperación que descansa sobre la voluntad del Estado de introducir una legislación favorable a la cooperación como el de la CPI sea la mejor alternativa para luchar contra la corrupción asociada al COT. Dicho de otro modo, si el COT logra llevar a cabo sus transacciones ilícitas integrando en su estructura a las autoridades públicas, bastaría con la reticencia de estos sectores frente a la posible adopción de una legislación comprometida con la CPI para entorpecer la cooperación.

En contraste, los sistemas de cooperación del TPIY y del TPIR presentan rasgos más atractivos en términos de efectividad. En primer lugar, como ya se dijo, derivan su obligatoriedad directamente del Capítulo VII de la Carta, y si bien los arts. 29 del ETPIY y 28 del ETPIR consagraron los principios generales de la cooperación internacional con dichos tribunales, son los jueces quienes, en última instancia, han desarrollado en sus decisiones los aspectos más relevantes del marco normativo de cooperación, logrando un régimen de cooperación más efectivo (Yassen, 2017).

5. LOS SISTEMAS DE COOPERACIÓN DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES DE ÁMBITO REGIONAL

5.1. La Sección Especializada en derecho internacional penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos

En junio de 2014, la Unión Africana (UA) adoptó el Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (CAJDH), o Protocolo de Malabo (PM). El PM prevé la creación de una Sección Especializada en DIP en la CAJDH (la Sección Especializada) y amplía su jurisdicción para incluir los delitos internacionales y transnacionales (entre los que se encuentran los contemplados en el ECPI, así como la corrupción transnacional). Tal y como ocurre con la CPI y con los otros TPIs, la efectividad de la Sección Especializada en la ejecución de su mandato jurisdiccional dependerá en gran medida de la inclusión de mecanismos de cooperación. Así, la Sección Especializada no tendrá una fuerza policial a su disposición para ejecutar órdenes de captura pendientes, ni podrá congelar activos ni proporcionar prisiones para la detención de condenados. En consecuencia, sin la cooperación de los Estados será muy difícil para la Sección Especializada lograr la comparecencia de testigos, la obtención de documentos u otra evidencia, pues sólo los Estados que ejercen soberanía sobre el territorio pueden llevar a cabo estas funciones sin obstáculos (Tladi, 2019).

Aunque el PM no proporciona un marco de cooperación tan completo como el de la CPI, el art. 46L del PM contiene elementos importantes que coinciden con el contenido del ECPI. Para empezar, el art. 46L enuncia en su primer párrafo la obligación general para los Estados Parte de cooperar con la Sección Especializada en la investigación y enjuiciamiento de los delitos cobijados por el PM, e incluye en su segundo párrafo una lista no exhaustiva de las formas de cooperación, muchas de las cuales recuerdan el marco cooperativo del ECPI. La lista incluye la identificación y localización de personas, la toma de testimonio, la entrega de documentos, el

arresto, detención o extradición de personas, o la entrega o transferencia del acusado².

La lista del art. 46(L)(2) del PM continúa con la necesaria cooperación de los Estados en la identificación, rastreo y congelamiento o incautación de ganancias provenientes de delitos bajo la jurisdicción de la Sección Especializada “sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”, y finaliza con una disposición abierta referida a cualquier otro tipo de asistencia “siempre que no esté prohibida por la ley del Estado requerido, con miras a facilitar la investigación y persecución de crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte”. Esta disposición confirma que las actuaciones en las cuales los Estados deben brindar su cooperación una vez requeridos no se agotan en la enumeración del art. 46(L)(2). Así, aunque algunas formas de cooperación previstas en el art. 93 del ECPI no sean mencionadas en el art. 46L(2) (como el interrogatorio de personas, la examinación de lugares o sitios, y la disposición de registros y documentos), éstas pueden considerarse incluidas en el PM como sugiere la formulación “o cualquier otro tipo de asistencia”. Finalmente, y al igual que el ECPI, el PM en su art. 46L(3) considera la posibilidad de lograr la cooperación de otros TPIs y de terceros Estados que no sean miembros de la UA, lo que sin duda sería de gran ayuda.

Ahora bien, a pesar de contar con un marco de cooperación relativamente completo, el PM presenta desafíos adicionales. En primer lugar, la introducción de nuevos crímenes bajo la jurisdicción de la CAJDH puede resultar en una importante carga para los Estados, que tendrán que adaptar su legislación para garantizar e introducir nuevos delitos y para facilitar la cooperación y mientras los Estados sean renuentes a esta labor de implementación, poco podrá hacerse en materia de cooperación (van der Heik & van Sliedregt, 2017).

² Tladi (2009) subraya que en el contexto de la cooperación con la Sección Especializada no es claro cuál es la diferencia entre “entrega o traslado”, por un lado, y “extradición” por el otro. Así, la extradición normalmente se refiere al traslado de personas a otro Estado, mientras la entrega y/o el traslado se reservan para su traslado a TPIs. Sin embargo, el art. 46L se limita a referirse en términos amplios a la cooperación con la Sección Especializada. En consecuencia, esta distinción no parece haber sido objeto de particular atención para los redactores del PM (Tladi, 2019).

En segundo lugar, no es claro cómo los países de la UA, que son a la vez firmantes del ECPI, han de cumplir con sus obligaciones frente a la Sección Especializada y la CPI en materia de cooperación. Ni el PM ofrece disposiciones sobre la manera en que los Estados en esta situación han de abordar las obligaciones concurrentes, ni el ECPI contiene referencias a la CAJDH (p. ej., en el caso de que la CAJDH y la CPI procesen a una misma persona y ordenen su entrega, un Estado parte de ambos sistemas podría tener que enfrentarse al dilema de elegir cuál de las dos obligaciones cumplir) (Nimigan, 2019). Si bien el PM prevé que la CAJDH busque la cooperación o asistencia de otros TPIs, lo cierto es que, teniendo en cuenta que la relación entre la UA y la CPI ha pasado de la cooperación al conflicto tras la orden de arresto por crímenes de lesa humanidad y de guerra emitida por la CPI contra el presidente Omar Hassan Ahmad Al-Bashir de Sudán (Imoedemhe, 2015), es poco probable que la CAJDH coopere con la CPI (Amnesty International, 2017).

5.2. El Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional

En cuanto al Proyecto de Estatuto de la COPLA, que nace de la necesidad de crear una Corte que responda a las necesidades de esta región frente al COT y la corrupción asociada al mismo, es de notar que la cooperación está en la base misma de la iniciativa. El punto de partida del proyecto de la COPLA es la constatación de que numerosos Estados de la región enfrentan realidades criminales transfronterizas que requieren de cooperación para lograr abordarlas (Sillitti & López Velásquez, 2021). Se trata entonces de un nuevo escenario de cooperación para hacer frente a crímenes cometidos en escenarios multifronterizos de corrupción, al tiempo que pone de presente la erosión de los espacios tradicionales de cooperación internacional como la ONU para enfrentar este tipo de delitos (López, 2015), de ahí la necesidad de crear un TPI de ámbito regional destinado exclusivamente a abordar el COT. En cuanto al Derecho aplicable, si bien la estructura de la COPLA está inspirada en la CPI, su jurisdicción estaría limitada a las conductas establecidas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

(CNUDOT o Convención de Palermo), sus Protocolos y los delitos de narcotráfico, lavado de dinero, soborno transnacional e intercambio ilícito de artefactos culturales, cometidos en el territorio de los Estados Parte (Currie & León, 2017). Es por esto que en caso de establecerse, la COPLA requerirá una estrecha cooperación multilateral.

La importancia de la cooperación se refleja en el art. 2(1) de la Proyecto de Estatuto, según el cual la COPLA será independiente de todo organismo internacional o regional preexistente y que pueda ser creado hacia el futuro, aunque podrá establecer acuerdos de cooperación con ellos. En cuanto a las medidas de cooperación para el desarrollo de las diligencias de investigación, el art. 35 del Proyecto de Estatuto consagra la obligación general de cooperar y el derecho aplicable en materia de cooperación al señalar que “los Estados parte, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte, acorde la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal”. El marco de cooperación de la COPLA se completa entonces con la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (CIAMMP).

El art. 36 del Proyecto de Estatuto contiene definiciones de términos como “entrega” y “extradición”, sugiriendo futuras acciones que necesitan de la cooperación entre los Estados y la COPLA o entre Estados. Este lenguaje parece anticipar que además de procesar casos, la Corte tendrá algún tipo de papel activo en su investigación (como se señaló anteriormente, el art. 35 obliga a los Estados a cooperar en estas investigaciones).

Hasta el momento no hay indicios de que se otorgará a la Corte jurisdicción independiente para investigar casos en los territorios de los Estados parte, un poder excepcional que está previsto en el art. 57(3)(d) del ECPI. El material promocional de la coalición COPLA indica que un posible papel de la Corte podría ser ayudar con la cooperación judicial y policial entre los países miembros, lo que no sugiere que pueda desarrollar investigaciones independientes (Currie & León, 2017).

Llama la atención el art. 37 del Proyecto de Estatuto, relativo al “Cuerpo de Seguridad”, que busca promover una mayor efectividad de la COPLA, aunque siempre manteniendo una actitud proteccionista hacia la soberanía estatal en materia penal. Según esta disposición, cada Estado designará un grupo especial dentro de sus fuerzas de seguridad ya constituidas que cumplirá las decisiones y directivas dispuestas por la Corte, informando sobre éstas al Estado al cual pertenecan con posterioridad. Este artículo pretende otorgarle cierto poder a la COPLA dentro de los Estados para hacer cumplir sus disposiciones (aunque no está claro cuánto, ni cómo), si bien deja claro que el Estado deberá estar informado.

Por su parte, el art. 37bis de la Proyecto de Estatuto se refiere a la cooperación en materia de inteligencia, y señala que los Estados parte compartirán y cooperarán en el intercambio de información e inteligencia en la investigación de los crímenes sujetos a la jurisdicción de la COPLA. El artículo propone además la creación de una Agencia Regional de Inteligencia.

En cuanto al art. 47 del Proyecto de Estatuto, este refuerza la cooperación de los Estados con la COPLA al señalar que la denuncia del tratado por parte de alguno de los Estados no obstará a la cooperación con la Corte en el contexto de las investigaciones y los enjuiciamientos penales en relación con los cuales el Estado denunciante esté obligado a cooperar y que se hayan iniciado antes de la fecha en que la denuncia surta efecto.

Tratándose de la protección a víctimas y testigos, el art. 26 del Proyecto de Estatuto dispone en su primer párrafo que, a través de la acción de las fuerzas de seguridad puestas a su disposición por los Estados Parte, la COPLA proveerá la protección que considere necesaria a todos los testigos, víctimas, peritos, querellantes, miembros de las organizaciones que presenten *amicus curiae* y funcionarios de la misma COPLA en todos sus órganos.

Con respecto al embargo y decomiso de los bienes del condenado, el art. 40 señala en su primer párrafo que los Estados parte harán efectivas las multas u órdenes de decomiso decretadas por la COPLA en virtud de la Parte XIV, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe y de conformidad con el procedimiento establecido en su

derecho interno. Señala además que el Estado Parte que no pueda hacer efectiva la orden de decomiso adoptará medidas para cobrar el valor del producto, los bienes o los haberes cuyo decomiso hubiere decretado la Corte, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y los bienes (o el producto de la venta de bienes inmuebles o, según proceda, la venta de otros bienes que el Estado Parte obtenga al ejecutar una decisión de la Corte) serán transferidos a la COPLA.

El Proyecto de la COPLA ofrece elementos que permiten considerarla como un modelo de cooperación entre países o como un modelo de cooperación supranacional. Como modelo de cooperación entre países, es de resaltar que la COPLA, si bien se anuncia como un TPI de ámbito regional diseñado para alivianar la carga de los sistemas legales nacionales, incorpora el principio de complementariedad en su art. 1(2), al señalar que “[1]a Corte será una institución permanente, tendrá carácter complementario de los sistemas penales nacionales y su objetivo será la persecución y juzgamiento de las cúpulas, jefes u organizadores criminales [...]”.

Esto significa que la mayoría de los casos seguirán siendo juzgados a nivel nacional, donde continúa vigente *de facto* el régimen de cooperación interestatal. Además, las convenciones en las que la COPLA basa su competencia, como la Convención de Palermo, ya prevén una asistencia judicial recíproca amplia y obligatoria, así como requisitos para atender las solicitudes de incautación o decomiso de bienes, lo que refuerza aún más la propuesta COPLA como modelo de cooperación entre una nación y otra. Además, nada obsta para que en el futuro la propuesta COPLA agregue a las obligaciones de los Estados la obligación de reconocer las decisiones de otros Estados. La COPLA significa entonces un avance en el terreno del reconocimiento de procesos penales en terceros Estados y de las obligaciones subyacentes de cooperar. Ejemplo de ello es la propuesta del art. 37*bis* de crear una Agencia de Inteligencia Regional centralizada que tiene el potencial de agilizar significativamente el proceso de asistencia mutua (Currie & León, 2017).

Como modelo de cooperación transnacional, es de notar que el Proyecto de la COPLA anuncia en el art. 37 la creación de divisiones dentro de las fuerzas de seguridad de cada Estado para ejecutar las órdenes de la Corte, implicando que la Corte dependería de los

cuerpos de seguridad y de aplicación de la ley de los Estados para hacer cumplir sus decisiones. Estas divisiones estarían bajo el control directo de los Estados, pero dedicadas principalmente a la ejecución rápida y efectiva de las decisiones de la Corte.

Así mismo, junto a las acciones de cooperación cuyo ejercicio se realiza a través de las fuerzas del orden estatales, la propuesta otorga a las instituciones de la COPLA cierto poder blando. En efecto, como se describe en el art. 20 del Proyecto de Estatuto, el fiscal de la COPLA actuaría de manera independiente para llevar a cabo investigaciones y presentar cargos contra personas, lo que en la práctica podría significar el escrutinio de los Estados por su inacción o complicidad. Dependiendo de cómo tomen forma los poderes del fiscal, éste podría llamar la atención a los Estados por haber fallado en la tarea de adoptar las necesarias normas internas para asegurar la cooperación con la COPLA, sin tener que recurrir a procesos de toma de decisión más lentos o a la emisión de órdenes de cooperación más formales (Currie & León, 2017).

5.3. Análisis comparado

Al igual que los TPIs, tanto la Sección Especializada como la COPLA dependen de la cooperación para asegurar su efectividad e insisten en la importancia de la cooperación. El contenido del art. 46L del PM, que señala la obligación de cooperar de los Estados, es comparable al art. 35 del Proyecto de Estatuto de la COPLA, según el cual los Estados cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia.

El PM además establece un marco legal sólido y coherente para encausar la cooperación de los países con la Sección Especializada, y si bien hay disposiciones que podrían haberse incluido, como la examinación de lugares o sitios, se trata de un marco bastante completo que contiene los lineamientos necesarios para una cooperación eficaz. En el art. 46L del PM se leen ciertas disposiciones que recuerdan el marco de cooperación del ECPI, por ejemplo, el art. 46(L) (2) enuncia algunas actuaciones en las cuales el Estado debe cooperar, como el arresto, detención y extradición de personas (art. 46(L) (2) (d) del PM), pero no se trata de una lista taxativa. La formulación

“*incluyendo, pero no limitado a*” abre la posibilidad de otras formas de cooperación entre el Estado y la Sección Especializada, lo que coincide con el art. 93(1)(l) del ECPI.

En contraste, el Estatuto de la COPLA no contiene mayores explicaciones sobre cómo ha de llevarse a cabo la cooperación, sino que reenvía a las formas de cooperación previstas en la CIAMMP. Esta referencia a un instrumento concebido para la cooperación entre los Estados y no para la cooperación entre un Estado y un organismo supranacional como la COPLA es una particularidad de este sistema y no tiene comparación con ningún otro tribunal. La referencia a la CIAMMP ofrece una doble perspectiva en materia de cooperación: en primer lugar, al tratarse de una Convención cuyo objetivo es regular la cooperación interestatal, su aplicación puede resultar problemática para la efectividad de la cooperación de un Estado con la Corte; al mismo tiempo, podría estimular la cooperación entre los Estados. Desde esta última perspectiva, el modelo de la COPLA ofrecería ventajas significativas para la persecución de la corrupción asociada al COT: si las organizaciones del COT se caracterizan por haber desarrollado conexiones estructurales con los poderes públicos y por contar con redes, conexiones y cadenas de tráfico ilícito en diferentes Estados (Olasolo, Villarraga, Botero & Linares, 2021), la cooperación entre Estados deviene fundamental para la persecución de este delito. La CIAMMP podría entonces facilitar este tipo de cooperación, aún si no es el instrumento ideal para la cooperación entre el Estado y la Corte.

El segundo elemento prometedor de la COPLA son los arts. 37 y 37bis. El art. 37 hace referencia a la designación de un grupo especial dentro de las fuerzas de seguridad de cada Estado para ejecutar las órdenes de la Corte. Si bien parece que estas fuerzas permanecerán bajo el control directo de los Estados, su especialización puede favorecer la ejecución rápida y efectiva de las decisiones de la COPLA, y si los Estados estuvieran además dispuestos a ceder cierto poder de ejecución estatal a la Corte, su efectividad sería todavía mayor. En cuanto al art. 37bis, este prevé la creación de una agencia regional de inteligencia. Aunque no está claro el papel de dicha agencia en el intercambio de información e inteligencia en la investigación de los crímenes sujetos a la jurisdicción de la Corte, la introducción

de un organismo centralizado tiene potencial para facilitar una cooperación eficiente y estratégica. Este organismo podría monitorear investigaciones en los diferentes países, hacer recomendaciones de coordinación o implementar estándares de manejo de información sensible. Aun así, un proyecto semejante no puede llevarse a cabo sin la voluntad firme por parte de los Estados de repartir las cargas, de compartir información y en suma, de rendir al menos una parte de su soberanía.

Los sistemas de cooperación propuestos por el PM y la COPLA son entonces radicalmente diferentes. Aunque ambos coinciden en destacar la importancia de la cooperación para el funcionamiento del sistema, el PM se decanta por un modelo cuyas disposiciones están contenidas en el mismo instrumento y hace uso de fórmulas amplias de cooperación que facilitan la inclusión de futuras formas de cooperación no enunciadas en el texto. En contraste, la COPLA reenvía a un documento externo para regular la cooperación y ofrece perspectivas interesantes para la cooperación entre Estados, indispensable para la persecución del COT. Finalmente, la práctica resultará determinante para ambos instrumentos. En el caso de la Sección Especializada, sólo la práctica mostrará cómo los países cumplirán con las obligaciones de cooperación derivadas del PM cuando éstas estén en competencia con las obligaciones que el mismo país ha aceptado previamente al hacerse parte del Estatuto de Roma. El Protocolo de Malabo no hace referencia al Estatuto de Roma y la CPI y no aclara cómo cooperarán las dos cortes, pero si la tensión existente entre la UA y la CPI continúa, no parece probable que la CAJDH colabore con la CPI. En cuanto a la COPLA, la práctica resultará determinante en la designación y desempeño del grupo especial dentro de las fuerzas de seguridad de cada Estado que ejecutará las órdenes de la Corte (art. 37) y de la agencia regional de inteligencia (art. 37*bis*).

6. EL SISTEMA DE COOPERACIÓN EN LOS TRIBUNALES HÍBRIDOS

Se denominan THs, mixtos o internacionalizados a aquellos que involucran elementos tanto nacionales como internacionales en la

organización, estructura y funcionamiento de los sistemas judiciales y en la aplicación de leyes y procedimientos penales (Skinnider, 2007). En los THs, los jueces internacionales se sientan junto a sus homólogos nacionales para tratar casos llevados a juicio y defendidos por equipos de abogados locales que trabajan de la mano con abogados de otros países; los jueces aplican leyes domésticas que han sido reformadas de acuerdo a estándares internacionales (Dickinson, 2014). Estos tribunales además tienen la ventaja de ofrecer una alternativa rentable y de alto impacto a medio camino entre los tribunales totalmente locales, que pueden haber sido destruidos o debilitados por un conflicto armado, por prácticas corruptas o pueden estar altamente politizados, y una justicia totalmente internacional.

La distinción entre TPIs y THs cobra especial relevancia cuando se trata de analizar la obligación de los Estados de cooperar. A diferencia del TPIY y el TPIR, cuyos estatutos disponen que todos los Estados están obligados a cooperar con la investigación y enjuiciamiento de personas acusadas de haber cometido crímenes internacionales dentro de su jurisdicción, en el caso de los THs es posible distinguir entre las obligaciones de los Estados en los cuales se asientan, o que han participado activamente en su establecimiento, y las obligaciones de terceros países.

Asimismo, mientras el TPIY y el TPIR tienen primacía sobre los tribunales nacionales de todos los Estados miembros de la ONU, no puede decirse lo mismo de los THs. De nuevo, debe distinguirse entre los Estados involucrados en la creación de los THs y terceros Estados. La falta de primacía jurisdiccional de los THs sobre los tribunales de terceros Estados puede obstaculizar seriamente su capacidad o voluntad de cooperar con los THs (Swart, 2007).

6.1. El Tribunal Especial para Sierra Leona

La creación del TESL, establecido para dar respuesta a las atrocidades cometidas durante la guerra civil en ese país en los años 90, estuvo fuertemente influenciada por las experiencias del TPIY y del TPIR pero no se trató de una copia de éstos. La forma en que se creó el TESL está directamente relacionada con su financiación. Las dificultades del TPIY y del TPIR en sus primeros años, combinadas

con su alto costo, provocaron cierta reticencia en el CSNU frente a la posibilidad de crear un nuevo tribunal *ad hoc* a partir del Capítulo VII de la Carta. Al no haber apoyo político para establecer otro costoso TPI, sólo pudo establecerse un tribunal con el pleno apoyo y cooperación de Sierra Leona que, en todo caso, quería un TH con componentes nacionales e internacionales (McDonald, 2002). Esto mostró una marcada divergencia con el enfoque adoptado al establecer el TPIY y el TPIR, donde los gobiernos de los Estados territoriales no participaron en su creación y cuyos estatutos fueron redactados por la Secretaría de la ONU y adoptados por el CSNU.

Se trata entonces de un tribunal *sui generis* que no es un órgano nacional, pero tampoco está respaldado por el Capítulo VII de la Carta (en la línea del TPIY o el TPIR), sino por un acuerdo bilateral entre la ONU y Sierra Leona (que entró en vigor el 12 de abril de 2002) (Sadat, 2021). El TESL es independiente en sus funciones judiciales tanto de la ONU como del Gobierno de Sierra Leona. La Resolución 1315 sobre el establecimiento del TESL, sin embargo, tuvo la particularidad de que, en lugar de recoger un estatuto adjunto, como se había hecho con el TPIY y el TPIR, supuso más bien una autorización al Secretario General para negociar con el gobierno de Kabbah su establecimiento (Sadat, 2021).

El Acuerdo y el posterior Estatuto (ETESL) se han incorporado a la Ley de Sierra Leona, proporcionando formalmente el reconocimiento legal del TESL dentro la jurisdicción en la que tiene su sede. Sin embargo, no forma parte del gobierno ni del sistema jurídico de Sierra Leona, aunque está sujeta a las decisiones de la Corte Suprema de Sierra Leona en lo que se refiere a la ley local. Tampoco forma parte del sistema de la ONU. Y si bien no es ni lo uno ni lo otro, cuenta con el apoyo de ambas instituciones para el desempeño de sus funciones. El TESL goza además de primacía sobre otros tribunales de Sierra Leona y puede solicitar formalmente a los mismos que le refieran su competencia. Sin embargo, no disfruta de ninguna posición de supremacía sobre los tribunales de terceros Estados (Skinnider, 2007).

El art. 17 del Acuerdo aborda la cooperación de Sierra Leona con el TESL. La primera parte de este artículo consagra una obligación general de cooperación, haciendo énfasis en la importancia de fa-

cilitar la labor del Fiscal: el Gobierno cooperará con todos los órganos del TESL en todas las etapas del procedimiento, en particular, facilitará el acceso del Fiscal a los lugares, personas y documentos pertinentes necesarios para la investigación. El segundo párrafo del artículo aborda la cooperación necesaria para el desarrollo de las diligencias de investigación. Este aparte señala que el Gobierno deberá cumplir sin demora indebida cualquier solicitud de asistencia del TESL u orden emitida por las Salas, incluyendo, pero no limitado a: la identificación y localización de personas, la notificación de documentos, el arresto o detención de personas y el traslado de un acusado a la Corte. De nuevo, la formulación “pero no limitado a” implica una enumeración no taxativa sino enunciativa de las solicitudes de asistencia emitidas por el TESL en las cuales el Estado debe cooperar. Además, dado que la obligación de cooperación está limitada a Sierra Leona, el art. 11 (d) abre la vía para una eventual cooperación entre el TESL y otros Estados al reforzar la capacidad jurídica del TESL para celebrar los acuerdos que sean necesarios para el ejercicio de sus funciones y para su funcionamiento.

La obligación de cooperar se encuentra también en el ETESL. Su art. 8 señala que el TESL tiene primacía sobre los tribunales domésticos, y en cualquier etapa del procedimiento el TESL puede solicitar formalmente a un tribunal nacional referir su competencia de conformidad con el Estatuto y las RPP. El art. 15 del ETESL señala que la Fiscalía tendrá facultades para interrogar a sospechosos, víctimas y testigos, reunir pruebas y realizar investigaciones en el lugar que considere pertinente; en el desempeño de estas funciones, el Fiscal puede ser asistido, si corresponde, por las autoridades de Sierra Leona. El art. 19 del ETESL, relativo a las penas, señala en su tercer párrafo que además del encarcelamiento, la SPI podrá ordenar el decomiso de los bienes, productos y los bienes adquiridos ilícitamente o por conducta delictiva, y su devolución a su legítimo propietario o al Estado de Sierra Leona. Aunque este artículo no menciona explícitamente la cooperación del Estado en esta tarea, es de suponer que las acciones descritas en el mismo están cobijadas por el deber general de cooperación del Estado.

Las RPP del TESL concretan la obligación general de cooperar del art. 17 del Acuerdo. Así, según la regla 8(A), el Gobierno de Sie-

rra Leona cooperará con todos los órganos del TESL en todas las etapas del procedimiento, y las solicitudes de cualquier de sus órganos se cumplirán de conformidad con el art. 17 del Acuerdo. Tratándose de las diligencias de investigación, la regla 39 de las RPP señala que en el desarrollo de una investigación el Fiscal puede tomar todas las medidas que considere necesarias para el propósito de la investigación, incluyendo medidas especiales para garantizar la seguridad, el apoyo y la asistencia de posibles testigos. Para ese fin, puede solicitar la asistencia de cualquier autoridad estatal o así como de cualquier organismo internacional pertinente. La regla 40, sobre medidas provisionales, prevé que en caso de urgencia el Fiscal podrá solicitar a cualquier Estado detener a un sospechoso y ponerlo bajo custodia de conformidad con las leyes de ese Estado, confiscar todas las pruebas físicas, o tomar todas las medidas necesarias para evitar la fuga de un sospechoso o acusado, lesiones o intimidación de una víctima o testigo, o la destrucción de pruebas.

Tratándose de la identificación, embargo y decomiso de los bienes de los condenados, las RPP no son muy específicas en cuanto a la cooperación que se espera del Estado. Así, la regla 104 dispone que después de una sentencia condenatoria que contenga una conclusión específica la SPI podrá celebrar una audiencia especial para determinar la cuestión del decomiso de bienes, incluso su producto, y podrá mientras tanto ordenar las medidas provisionales para la conservación y protección de los bienes o productos que considere apropiadas. La determinación puede extenderse a bienes o ganancias en manos de terceros no relacionados con el delito. La SPI podrá también ordenar el decomiso de cualquier propiedad, producto y cualquier activo que los hallazgos hayan sido adquiridos ilícitamente o por conducta delictiva, y ordenar su devolución al propietario legítimo, o su transferencia al Estado de Sierra Leona, según lo requieran las circunstancias. Nótese que la regla enuncia las actuaciones de la SPI, sin señalar expresamente cómo o en qué medida el Estado debe cooperar, aunque como se dijo anteriormente se entiende que la participación del Estado en este tipo de diligencias hace parte del deber general de cooperar de la regla 8(A) de las RPP, que a su vez concreta el contenido del art. 17 del Acuerdo.

El marco de cooperación entre el TESL y el Gobierno de Sierra Leona se completa con el Acuerdo de abril de 2002 (*The Special Court Agreement (Ratification) Act, 2002*). La parte IV, sobre la asistencia mutua entre Sierra Leona y el TESL, recuerda en la disposición 15 la obligación del Estado de tramitar toda petición de asistencia sin dilaciones injustificadas; señala que dichas peticiones de asistencia pueden incluir la identificación y ubicación de personas, el trámite de documentos, el arresto o detención de personas y el envío de un sindicado al TESL, sin excluir la posibilidad de solicitar asistencia en otras áreas. La disposición 16 se refiere al procedimiento para prestar asistencia, y señala que las solicitudes deben seguir los procedimientos regulares, a menos de que se especifique un procedimiento especial en la solicitud, caso en el cual debe seguirse el procedimiento especial siempre que no esté prohibido por la Ley. La disposición 18 insiste en la prontitud de la respuesta del Estado al TESL (una vez recibida una solicitud de asistencia, cualquier acción emprendida para cumplir con la solicitud debe ser notificada al TESL al igual que las razones de un eventual aplazamiento o incumplimiento de la asistencia, incluidas razones de seguridad nacional). Finalmente, la disposición 19 aborda las solicitudes de asistencia dirigidas desde el Estado hacia el TESL, señalando que el Ministerio de justicia puede requerir su asistencia para propósitos relacionales con la investigación o juzgamiento de un acto u omisión que puede constituir un crimen bajo la jurisdicción del TESL. Estas solicitudes pueden abordar asuntos como la transmisión de declaraciones, documentos u otros tipos de evidencia obtenidos en el curso de una investigación o juicio conducido por el TESL, así como el interrogatorio de cualquier detenido por orden del TESL. El Acuerdo también precisa el procedimiento a seguir por parte del Estado cuando una orden de confiscación es ejecutada y las propiedades o activos son entregados al Estado (disposición 22); la parte VI precisa detalles sobre la ejecución del arresto y entrega de personas a la Corte.

En cuanto a la efectividad del marco cooperativo, como se dijo anteriormente, el TESL no fue creado por el CSNU sino por un Acuerdo entre Sierra Leona y la ONU, lo que fue desventajoso en materia de cooperación. Hasta antes del caso Taylor la Fiscalía afirmó que la falta de cooperación no era una preocupación mayor, y en particular cuando el TESL necesitó medidas especiales para algunos de

sus testigos más sensibles pudo beneficiarse de ciertas medidas de cooperación. Sin embargo, cuando el TESL no logró el arresto de Taylor en Ghana, el presidente escribió al Secretario General de la ONU el 10 de junio de 2003 solicitando los poderes del Capítulo VII para el TESL, sin resultado positivo (Cruvellier & Wierda, 2004), y en 2004 la ONG Human Rights Watch denunciaba que la continua protección de Nigeria a Charles Taylor para evitar su juzgamiento socavaba significativamente el trabajo del TESL en la lucha contra la impunidad (Human Rights Watch, 2004). Así mismo, el Secretario del TESL señaló que debido a que este último no era un organismo de la ONU, presentaba algunas debilidades, poniendo como ejemplo la situación de Foday Sankoh (comandante en jefe del Frente Unido Revolucionario), que podría haberse beneficiado de un tratamiento médico en el extranjero si hubiera existido la obligación legal de los estados de cooperar con las súplicas del TESL para acogerlo (Cruvellier & Wierda, 2004).

6.2. Las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya

En cuanto a las SETC, fueron creadas en el año 2003 a partir de un acuerdo entre la ONU y el gobierno camboyano y su objetivo es juzgar a los altos mandos de los Jemeres Rojos por los crímenes cometidos durante el régimen instaurado en ese país entre 1975 y 1979. Aunque los Acuerdos de París de 1991 no privilegiaron el juzgamiento de los Jemeres Rojos sino su integración a la vida política y la reconciliación nacional, pronto se hizo evidente que los dirigentes de Kampuchea Democrática debían ser llevados ante la justicia, para lo cual el gobierno de Camboya solicitó la asistencia de la ONU (Luftglass, 2004). Dicha colaboración se materializó en el establecimiento de un TH, conformado por jueces nacionales e internacionales cuyo fundamento es de naturaleza contractual, por oposición a los TPIs creados unilateralmente por el CSNU en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU y completamente independientes del sistema judicial doméstico.

El establecimiento de las SETC estuvo marcado por las desavenencias entre la ONU y el gobierno de Camboya. En 1998 la Asamblea General de la ONU (AGNU) expidió una resolución condenando el

genocidio llevado a cabo por los Jemeres Rojos y entre 1998 y 1999 un grupo de expertos fue designado para “evaluar la evidencia existente y proponer nuevas medidas, como un medio para lograr la reconciliación nacional, el fortalecimiento la democracia y abordar el tema de la responsabilidad individual” (ONU, 1998). Dicho grupo de expertos recomendó en su informe el establecimiento de un TPI ad hoc para juzgar a los funcionarios del régimen de los Jemeres Rojos, por crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos entre el 17 de abril de 1975 y el 7 de enero de 1979 (ONU, 1999). En julio de 2001, la Asamblea Nacional y el Senado de Camboya promulgaron una Ley que estableció las SETC para el enjuiciamiento de los delitos cometidos durante dicho periodo. Sin embargo, la Ley no satisfizo a la ONU, que puso fin a las negociaciones en febrero de 2002. En junio del mismo año, el Gobierno de Camboya volvió a solicitar la asistencia de la ONU y en diciembre de 2002, la AGNU aprobó una resolución solicitando reanudar las conversaciones con Camboya. En marzo de 2003 finalmente se llegó a un acuerdo sobre el mecanismo judicial, que fue aprobado oficialmente por la Asamblea Nacional de Camboya en octubre de 2004 (Skinnider, 2007).

En materia de cooperación, el art. 1 del Acuerdo Marco de las SETC de 2003 señala que dicho Acuerdo “tiene por objeto regular la cooperación entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya para enjuiciar a los principales dirigentes de Kampuchea Democrática”. Sin embargo, tanto el Acuerdo Marco como la Ley de las SETC dejaron muchos aspectos sin decidir. El Acuerdo guarda silencio sobre las reglas y los principios jurídicos aplicables, los mecanismos para involucrar a las víctimas, cómo se financiarán las SETC y qué mecanismos de supervisión se implementarían (problema estrechamente vinculado a las preocupaciones sobre corrupción e interferencia del gobierno camboyano).

Estos vacíos pueden deberse a que desde el inicio de la negociación que concluiría con el establecimiento de las SETC, Camboya mantuvo una fuerte posición y el Partido Popular de Camboya logró cierto control, lo que le permitió interferir en el proceso y hasta corromperlo (Ciorciari & Heindel, 2014). Igualmente, los compromisos políticos desembocaron en una estructura compleja, con administración bifurcada, pares de Co-Fiscales y Co-Jueces de Instrucción

y una Sala de Cuestiones Preliminares. Así, el resultado fue una institución frágil con serios desafíos en materia de eficiencia y cooperación, que depende en gran medida de un gobierno con un historial débil de integridad e independencia judicial, y que requiere para su funcionamiento de la cooperación de dos partes con un largo historial de desconfianza mutua (Ciorciari & Heindel, 2014).

La Ley de las SETC establece en su art. 16 que todas las acusaciones en las SETC estarán a cargo de dos Fiscales (Co-Fiscales) que deberán trabajar juntos en la preparación de las acusaciones contra los sospechosos ante las SETC. Según el art. 20 de la Ley, los Co-Fiscales, al llevar a cabo sus funciones, pueden solicitar la asistencia del Gobierno de Camboya si tal asistencia fuera útil para la acusación, y esta asistencia deberá prestarse, con lo que se entiende que el Estado deberá cooperar en el desarrollo de las diligencias de investigación. Asimismo, el art. 23 de la Ley señala que todas las labores de investigación serán responsabilidad conjunta de dos jueces de instrucción (Co-Jueces de Instrucción), de los cuales uno será un juez nacional y otro deberá ser extranjero, quienes tendrán la facultad de interrogar a los sospechosos y a las víctimas, oír a los testigos y recabar pruebas. Para llevar a cabo estas funciones, los jueces de instrucción pueden solicitar la asistencia del Gobierno de Camboya, asistencia que deberá ser proporcionada.

Como puede verse, estos artículos no ofrecen listas detalladas sobre las tareas o diligencias en las cuales se espera la cooperación del Estado, sino que introducen fórmulas amplias de cooperación que al tenor literal del artículo (“*such assistance shall be provided*”) sugieren que la cooperación en aspectos como el desarrollo de las diligencias de investigación y la protección a víctimas y testigos se concretan por las necesidades particulares de los Co-Fiscales o de los Co-Jueces de Instrucción.

En contraste, bastante más preciso es el art. 33 de la Ley, según el cual el gobierno de Camboya es responsable de la seguridad de los sospechosos que comparezcan ante las SETC y de tomar medidas para el arresto de los sospechosos procesados en virtud de la Ley de las SETC.

Finalmente, es de notar que la Regla 15 de las reglas internas de la SETC introduce la Policía Judicial, definida como agentes auxiliares de las SETC que llevan a cabo investigaciones bajo las únicas instrucciones de los Co-Fiscales y los Co-Jueces de Instrucción, y en su caso, las Salas, en todo el territorio de Camboya.

6.3. El Tribunal Especial para el Líbano

El TEL fue establecido con el mandato de juzgar a los responsables del asesinato del ex primer ministro del Líbano Raiq Hariri en febrero de 2005, y de los crímenes asociados con el mismo que hubieran ocurrido entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre del 2005. Aunque se instauró en 2007 mediante la resolución 1757 del CSNU actuando bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU, es una entidad independiente de esta última y no tiene jurisdicción sobre crímenes internacionales, sino sólo sobre ciertos crímenes contemplados por la legislación libanesa, tal y como lo señala el art. 1 del Acuerdo entre la ONU y El Líbano, anexo a la Resolución 1757 del mismo año, sobre el establecimiento del TEL. En materia de cooperación, las disposiciones pertinentes se encuentran en dicho Acuerdo y se concretan en las RPP y en acuerdos de cooperación y memorandos de entendimiento subsiguientes, que se inspiran en disposiciones similares a las contenidas en los Acuerdos de la ONU con Sierra Leona (2002) y Camboya (2003) (Swart, 2007).

Con respecto a la cooperación, sólo el Líbano está obligado a cooperar. El art. 15(1) del Acuerdo dispone que el gobierno del Líbano cooperará con todos los órganos del TEL, en particular con el Fiscal y la Defensa en todas las etapas del procedimiento. Más aún, señala que el gobierno libanés “facilitará el acceso del Fiscal y el letrado defensor a los lugares, las personas y los documentos necesarios para la investigación”. La redacción del artículo sugiere que la Defensa es un órgano del TEL, y en esa medida la obligación de cooperar con ella es comparable a la obligación de cooperar con el Fiscal. No existe norma comparable en las normas rectoras del TESL o de las SETC, ni en el cuerpo normativo del TPIY o del TPIR. Esta disposición, que para autores como Swart (2007) supone una “innovación muy notable y bienvenida en el ámbito de la justicia penal internacional”,

coincide con el contenido del art. 7 del Estatuto del TEL (ETEL), que incluye a la Defensa en la lista de su órganos.

El art. 15(2) del Acuerdo señala que “[e]l Gobierno cumplirá sin demora indebida cualquier solicitud de asistencia del Tribunal Especial o una orden emitida por las Salas, incluyendo, pero no limitado a: a) La identificación y el paradero de personas; b) La notificación de documentos; c) La detención o aprehensión de personas; d) El traslado de un acusado al Tribunal”. Se trata de una obligación integral e incondicional que incluye de manera explícita la cooperación del Gobierno en el desarrollo de las diligencias de investigación, sin excluir aspectos como la protección de víctimas y testigos, como se deduce de la formulación “incluyendo, pero no limitado a”. No es entonces una enumeración taxativa, sino que el Gobierno deberá cooperar en otros aspectos que el TEL considere pertinentes. No se menciona la cooperación del Estado en la identificación, embargo y decomiso de los bienes de los condenados, aunque puede entenderse cobijada por la última disposición, si el TEL decidiera adoptar ese tipo de medidas. El art. 11(5) del ETEL refuerza la cooperación del Gobierno en el desarrollo de las investigaciones al señalar que la Fiscalía tendrá facultades para interrogar a los sospechosos, víctimas y testigos, reunir pruebas y realizar investigaciones *in situ*; en el desempeño de estas tareas el Fiscal será asistido, según corresponda, por las autoridades libanesas interesadas.

La regla 16 de las RPP del TEL, sobre las solicitudes de información y cooperación del TEL al gobierno libanés, reafirma la cooperación del Estado en el desarrollo de las diligencias de investigación. Según esta regla, cuando el Fiscal considere que un ataque presumiblemente dentro de la jurisdicción del TEL en virtud del art. 1 del ETEL está siendo objeto de investigaciones o procedimientos por parte de los tribunales del Líbano, puede solicitar a las autoridades libanesas el envío de la información pertinente. El Fiscal puede también solicitar a las autoridades libanesas llevar a cabo medidas como interrogar a testigos, registrar inmuebles, incautar documentos y otras pruebas potenciales, o emprender cualquier otra medida de investigación en el Líbano, o pedir permiso para que su personal lleve a cabo tales medidas, o una combinación de ambas.

La celeridad con la que debe actuar el Estado frente a las solicitudes de cooperación por parte del TEL se reafirma en la regla 20(A) de las RPP, según la cual cuando las autoridades libanesas reciban una solicitud de información, cooperación o aplazamiento en virtud de las reglas 16 y 17, brindarán dicha asistencia sin demora y de conformidad con el plazo especificado en la solicitud. La regla 20(B) señala que cuando las autoridades libanesas reciban una citación para comparecer, una orden de detención, una orden de traslado, una orden de presentación de documentos o información o cualquier orden de cooperación emitida por el Juez de Instrucción o una Sala, prestarán la asistencia solicitada sin retraso.

La regla 82 de las RPP, que regula la ejecución de citaciones, *warrants*, órdenes y solicitudes, menciona la cooperación de los Estados en la gestión del patrimonio del acusado, al disponer en su tercer párrafo que el Juez de Instrucción o la SPI podrá solicitar a un Estado o Estados que adopten medidas provisionales para congelar los bienes del acusado, sin perjuicio a los derechos de terceros.

En cuanto a la cooperación del Estado en aspectos específicos como el traslado de testigos detenidos se recoge en la regla 151(c) según la cual el Secretario del TEL transmitirá la orden de traslado a las autoridades nacionales del Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control, se encuentre detenido el testigo y a cualquier Estado de tránsito a través de cuyo territorio será trasladado el testigo. La transferencia será organizada por las autoridades nacionales en colaboración con el Estado anfitrión y el Secretario.

Tratándose de la cooperación entre el TEL y terceros Estados, el texto de la Resolución 1757 de 2007 no hace referencia alguna a una obligación de éstos a cooperar con el TEL. Sin embargo, la regla 13 establece que el TEL, a través de su presidente, podrá invitar a un tercer Estado o una entidad a prestar asistencia sobre la base de un arreglo o un acuerdo con dicho Estado o entidad o sobre cualquier otra base apropiada. Nótese que se trata de una invitación, lo que sugiere que los terceros Estados estarían en libertad para decidir si cooperarán o no. Además, el ETEL no le otorga primacía jurisdiccional sobre los tribunales de terceros Estados. Esto hace suponer que bajo la Resolución 1757, los terceros Estados son libres de decidir si cooperan o no con el TEL y podrían negarse a cooperar bajo el

argumento de que sus tribunales domésticos tienen jurisdicción concurrente sobre asuntos en los cuales la cooperación sería de ayuda para el TEL (Swart, 2007).

Las reglas 14 y 15 de las RPP del TEL abren la vía para que tanto el Fiscal como la Defensa soliciten la cooperación de cualquier Estado, entidad o persona, de manera compatible con el ETEL. Así, según la regla 14 el Fiscal podrá solicitar la cooperación de cualquier Estado, entidad o persona para ayudar en las investigaciones y los enjuiciamientos, en asuntos tales como la realización de investigaciones in situ, el suministro de documentos e información, la convocatoria y el interrogatorio de sospechosos y testigos, y arrestos y traslados de sospechosos o acusados; la regla 15 por su parte establece lo mismo para la Defensa al señalar que ésta podrá buscar la cooperación de cualquier Estado, entidad o persona siempre que sea de manera consistente con el ETEL con el fin de ayudar en la defensa de los sospechosos y acusados ante el TEL. Finalmente, la regla 18(B) establece que cuando el Fiscal considere que a los efectos de la investigación o el enjuiciamiento de un ataque que pueda ser competencia del TEL es necesario que la Fiscalía interroge testigos, registre los locales, incaute documentos u otras posibles pruebas, o lleve a cabo cualquier otra medida de investigación en un tercer Estado, el Fiscal puede solicitar la asistencia de las autoridades competentes de dicho Estado para realizar tales actividades o solicitar permiso para que su personal realice tales medidas por sí mismo, o una combinación de los mismos.

Ahora bien, es de notar que, pese a que el TEL fue establecido bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU, solo el Líbano y los tribunales libaneses están obligados a cooperar con él. Los demás Estados miembros de la ONU pueden ignorar al TEL a voluntad, aunque éste podría intentar solicitar al CSNU invocar el Capítulo VII para obligar a un Estado miembro a cooperar o extraditar a las personas acusadas. El TEL también podría intentar que los otros Estados cooperaran voluntariamente. Otro aspecto de la posición de los terceros Estados es que el Estatuto de la STL no le otorga primacía jurisdiccional sobre los tribunales de terceros Estados. En consecuencia, estos países pueden negarse a cooperar argumentando que sus tribunales nacio-

nales tienen jurisdicción concurrente sobre delitos con respecto a los cuales la cooperación podría ser de ayuda para el TEL (Swart, 2007).

6.4. Las Salas Especializadas de Kosovo

En agosto de 2015, la Asamblea Parlamentaria de Kosovo votó a favor de establecer las SEK, cuyo objetivo es la investigación de delitos presuntamente cometidos por el Ejército de Liberación de Kosovo a fines de los años 90 durante la guerra civil que tuvo lugar en ese país (entonces una provincia de Serbia dentro de la República Federal Socialista de Yugoslavia). Concebidas en la legislación doméstica como una institución dentro del sistema de justicia, las SEK se consideran parte de una tendencia global renovada a favor de los THs (Muharremi, 2016), pues, aunque se trata de un tribunal basado en la Constitución de Kosovo y establecido formalmente por la Asamblea de Kosovo, su financiación depende de la Unión Europea (EU), tiene su sede en La Haya, y está dotado exclusivamente de jueces y personal internacionales (Hehir, 2019).

La creación de las SEK no puede entenderse sin la acción de la EU. En septiembre de 2011, la UE estableció un Grupo Especial para llevar a cabo una investigación penal independiente sobre las denuncias contenidas en el Informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de enero de 2011 (*Marty Report*), y sobre otros delitos relacionados con dichas denuncias. Una vez consolidada la viabilidad de las acusaciones, se hizo evidente la necesidad de introducir una institución adecuada para ocuparse de los procedimientos judiciales correspondientes (Cataleta, 2022). Es por eso que las SEK se caracterizaron desde su creación por ser el resultado de presiones externas, y por responder a las inquietudes de quienes abogaban por el establecimiento de un medio por el cual las comunidades de Kosovo, especialmente los albaneses y los serbios, lograrían no solo la justicia sino también la “reconciliación” (Hehir, 2019).

Las SEK desarrollan su actuación a través de un sólido marco de cooperación, en la medida en que la Ley de las SEK consagra para las Salas derechos y poderes dentro de Kosovo que pueden aplicarse directamente (Cross, 2016). De acuerdo al art. 53(1) de la Ley de las SEK, sin perjuicio de los derechos del acusado previstos en el art.

21 de la misma Ley, todas las entidades y personas dentro de Kosovo deben cooperar con las SEK y con la Fiscalía Especializada, y deben acatar sin dilaciones indebidas toda solicitud de asistencia, orden, o decisión proferida por las Salas o la Fiscalía Especializada. El artículo ofrece, además, una lista específica de órdenes o decisiones de esta última en cuyo cumplimiento debe cooperar el Estado, sin que se trate de una lista taxativa pues la formulación “incluyendo, pero no limitado a” deja ver que la cooperación puede extenderse a áreas no especificadas en el art. 53.

Así, el Estado debe cooperar en la identificación y ubicación de personas o artículos; la toma de testimonios, incluida la toma de testimonios bajo juramento, y la producción de pruebas, incluidos dictámenes e informes periciales; el interrogatorio de cualquier persona que esté siendo investigada o procesada; el interrogatorio y la comparecencia de personas como testigos o peritos ante las Salas Especializadas; la protección de las víctimas, los posibles testigos y las familias de cualquiera de ellos; el examen de lugares o sitios, incluidas las investigaciones de la escena del crimen, y la exhumación y examen de las tumbas; el suministro de registros y documentos, incluidos los registros y documentos oficiales; la preservación de la evidencia; el servicio de documentos, incluidos los documentos judiciales; el arresto o detención de personas; la entrega o traslado de personas a las Salas Especializadas; la identificación, rastreo y congelamiento o incautación de productos, bienes y activos o instrumentos de delitos con el fin de su eventual decomiso, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y cualquier otro tipo de asistencia que no esté prohibida por la ley, con miras a facilitar la investigación y persecución de delitos de competencia de las Salas Especializadas.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que la obligación de cooperación de las autoridades kosovares se extiende expresamente a las diligencias de investigación de las SEK, la protección de las víctimas y los testigos (y las familias de cualquiera de ellos) y el tratamiento de los bienes de los condenados. Sobre las medidas de cooperación para el desarrollo de las diligencias de investigación, es de notar que según el art. 35(2) (d), la Fiscalía Especializada es competente para solicitar la cooperación de cualquier Estado u organización intergubernamental, internacional o nacional de conformidad

con su respectiva competencia y/o mandato, y celebrar los arreglos o acuerdos que sean necesarios a ese respecto. Esta disposición es coherente con el contenido del art. 38(2), según el cual en el curso de la investigación y preparación de la acusación el Fiscal Especializado, los demás fiscales, y los policías de la Fiscalía Especializada tendrán la facultad de interrogar a los posibles sospechosos, víctimas y testigos, recoger pruebas y realizar investigaciones *in situ*, y en el desempeño de estas tareas el Fiscal Especializado puede, según corresponda, buscar la asistencia de las autoridades estatales en virtud de los arts. 53 a 55 de la Ley de las SEK.

En cuanto a los bienes de los condenados, el mandato de cooperación del art. 53(1)(L) debe leerse en conexión con el art. 39 de la Ley, que regula los poderes y funciones del Juez de instrucción. El párrafo 11 de dicho artículo señala que de ser necesario el Juez de Instrucción podrá adoptar medidas para la protección y privacidad de víctimas y testigos, la preservación de evidencia, la protección de personas e información de seguridad nacional o la preservación de bienes que pueden estar sujetos a decomiso. Además, a renglón seguido, el párrafo 12 del mismo artículo añade que el Juez de Instrucción podrá, cuando sea necesario, solicitar la cooperación de los Estados u organizaciones intergubernamentales, internacionales o nacionales, según sea necesario para cualquiera de estos fines.

El marco de cooperación se completa con las Reglas de Procedimiento del SEK, cuyo Capítulo 13 está enteramente dedicado a la regulación de la cooperación y la asistencia judicial. La regla 200 en particular señala que las decisiones, órdenes y solicitudes de cualquiera de los órganos de las SEK dirigidas a cualquier entidad o persona en Kosovo deben ser acatadas según el art. 53 de la Ley. Es de notar que según la regla 201 las solicitudes de información, cooperación y asistencia a las autoridades de Kosovo son mediadas por un panel de las SEK, que, según la regla 202, puede dirigir una orden a cualquier autoridad de Kosovo en relación con cualquier forma de asistencia establecida en el art. 53.1 de la Ley. El panel puede imponer las condiciones que considere necesarias, incluyendo aquellas relativas a la confidencialidad y medidas de protección. Las órdenes del panel deberán ejecutarse sin dilaciones.

Si bien las SEK cuentan con un valioso marco de cooperación que contiene elementos para la implementación de su mandato dentro del país y conserva una base fuerte e independiente para la acción, se prevén pocas disposiciones para regular los casos de incumplimiento. Para Cross, esto se explica por el sólido marco de cooperación al cual están sujetas las autoridades de Kosovo y al efecto directo dentro del país de muchos de los poderes otorgados a las SEK y al Fiscal Especial en virtud de la Ley de las SEK. Además, ante un eventual incumplimiento las SEK podrían incluso valerse de poderes coercitivos similares a los que están disponibles para otros tribunales kosovares cuando se incumplen sus resoluciones, incluyendo el castigo penal por desacato (Cross, 2016).

Finalmente, en contraste con el sólido marco legal para asegurar la cooperación dentro del país, la cooperación con terceros Estados no cuenta con un marco parecido. Es por ello que siguen siendo cruciales las medidas adicionales que tomen las mismas SEK para desarrollar los aspectos internacionales de su funcionamiento, especialmente con miras a asegurar la cooperación de terceros Estados y proteger a las víctimas, los testigos y los elementos de prueba (Cross, 2016).

6.5. Análisis comparado

Los THs son intentos únicos de la comunidad internacional para investigar y enjuiciar crímenes atroces sucedidos en países cuyos sistemas judiciales no están en condiciones de administrar justicia de calidad. Como se vio anteriormente, se llaman “híbridos” porque tanto el aparato institucional como la ley aplicable consisten en una mezcla de elementos internacionales y domésticos. Sin embargo, no se trata de tribunales idénticos. Cada uno de los THs fue creado en circunstancias particulares y funcionan también en circunstancias distintas, por lo que no existe un modelo híbrido uniforme. En cuanto a la cooperación, si bien estos tribunales comparten la necesidad de cooperar para llevar a cabo su función y consagran la obligación general de cooperar en sus Estatutos, ofrecen marcos normativos limitados y distintos. Limitados porque la obligación de cooperar se circunscribe al país para el cual fue establecido el tribunal (sin que esto impida

que los THs puedan buscar la cooperación de otros países). Piénsese por ejemplo en el régimen de cooperación del TEL, cuya limitación consiste en su incapacidad para obligar a otros Estados diferentes del Líbano a cooperar, lo que ha sido problemático para el TEL. Distintos, porque ciertos estatutos presentan disposiciones originales, probando que los THs no son el resultado del mero traslado de un diseño institucional de una jurisdicción a otra. Ejemplo de ello es la disposición 15(1) del Estatuto del TEL, norma según la cual la Defensa es un órgano del tribunal y por tanto el Estado está obligado a cooperar con ella. Esta disposición es exclusiva del TEL y no se encuentra en los estatutos de los otros THs.

Otro factor diferenciador se encuentra en el hecho de que el acto que da nacimiento a cada TH repercute en la efectividad de la cooperación. En el caso del TESL y de las SETC, fueron establecidos a través de acuerdos bilaterales entre la ONU y Sierra Leona y Camboya respectivamente, lo que los aleja del TPIY, el TPIR y del TEL, pues no cuentan con el respaldo del Capítulo VII de la Carta, limitando así la efectividad de la cooperación. En el caso de las SETC es incluso más notoria la influencia de las circunstancias que rodearon su nacimiento en la efectividad de la cooperación. Camboya mantuvo una posición particularmente fuerte durante la negociación que condujo al establecimiento las SETC, de manera que estas no solo no cuentan con las ventajas que otorga el Capítulo VII de la Carta, sino que además constituyen una estructura compleja que incluye co-fiscales y co-jueces. En el caso de las SEK, si bien el marco de cooperación que obliga al país a cooperar con las mismas es sólido, presenta vacíos cuando se trata de asegurar la cooperación de terceros países.

La falta de respaldo los THs y lo limitado del marco de cooperación no son rasgos de utilidad en la persecución de la corrupción asociada al COT. Por su naturaleza, este tipo de acción criminal se desarrolla en diferentes jurisdicciones, de manera que un marco de cooperación que circunscribe la asistencia a un país en particular sin asegurar la cooperación de otros países no brindaría los canales adecuados para la persecución de ese delito. En otras palabras, siendo frecuente que la corrupción asociada al crimen transnacional haga uso de redes descentralizadas con nodos y conexiones en diferentes Estados, no sería de mucha ayuda circunscribir la cooperación a un

país en particular, más aún cuando no se cuenta con el respaldo del Capítulo VII de la Carta. Piénsese, por ejemplo, en el entramado de corrupción del caso Odebrecht. Este caso resulta de particular interés porque permite demostrar las enormes dimensiones (en tres continentes) de las ramificaciones de las prácticas corruptivas, el involucramiento de numerosas pantallas societarias, la comisión de varios delitos instrumentales (en particular el lavado de dinero), la existencia de determinados departamentos internos de la sociedad Odebrecht (*Department of Structured Operations*) dedicados al pago de sobornos para acelerar y facilitar el funcionamiento del esquema corruptivo, y los pagos a una gran cantidad de intermediarios en los varios países para conseguir la mayor cantidad posible de proyectos y negocios mediante prácticas corruptivas (Fronza, & Insolera, 2021). Así, si la idea es hacer frente a entramados complejos que existen y operan desde fuera del Estado, pero desarrollan su actividad a la par de sus actividades comerciales legales en diversos países y están sujetas a varias jurisdicciones estatales, los esfuerzos cooperativos deben ser conjuntos y en esa medida un marco de cooperación apropiado no sería aquel que obliga a un solo un país.

Ahora bien, es de notar que los marcos de cooperación del TESL, de las SECC, del TEL y de las SEK son lo bastante flexibles como para dejar espacio a las disposiciones de los jueces, lo que constituiría una ventaja para la persecución de la corrupción asociada al crimen transnacional. La introducción de fórmulas amplias de cooperación según las cuales la obligación de cooperar del Estado no se limita a asuntos o situaciones enumeradas en los Estatutos sugiere que los THs tienen espacio para concretar la cooperación en función de sus necesidades. Por ejemplo, el art. 15(2) del Estatuto del TEL si bien provee una lista de actuaciones en las cuales el Gobierno debe prestar asistencia, deja claro que hay espacio para la cooperación en otras áreas. Este tipo de fórmulas (“incluyendo, pero no limitado a”) despejan la vía a una cooperación expedita en temas tan cambiantes como la digitalización financiera. En efecto, la extensión, el carácter organizado y la dimensión transnacional de la corrupción se encuentran en estrecha relación con la seguridad financiera que se busca brindar al dinero ilícitamente obtenido (generalmente, canalizándolo hacia terceros países receptores de capital *off shore*) (Olasolo & Galain, 2022), y a su vez, la seguridad financiera va de la mano

con la globalización y la digitalización de las finanzas internacionales, que hacen que sea técnicamente más fácil que nunca disponer de los frutos de la corrupción, independientemente del tamaño del pago (Glynn, Kobrin, & Naim, 1997). En este escenario, es de esperar que en el futuro las redes de corrupción asociada al crimen transnacional recurran cada vez más a los avances tecnológicos del sector financiero buscando seguridad para ocultar los dineros ilícitamente obtenidos, y en esta hipótesis sería más conveniente contar con marcos de cooperación abiertos que le permitan a los jueces adaptar las solicitudes de asistencia al avance de la tecnología.

7. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LOS MODELOS DE COOPERACIÓN JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES E HÍBRIDOS

Todas las instituciones internacionales necesitan el apoyo de los Estados para operar, en especial los TPIs y los THs. Los juicios deben ser expeditos, la evidencia debe ser recolectada con prontitud y los testigos deben ser citados en plazos cortos, y nada de esto se logra sin sólidos marcos de cooperación. En el caso de la CPI, una expresión de la solidez de su marco de cooperación es la legitimidad. Al estar la CPI basada en un tratado multilateral, la cooperación no se deriva de una imposición, sino que es consecuencia de las obligaciones asumidas voluntariamente por los Estados al hacerse parte del ECPI. En otras palabras, los Estados al aceptar la jurisdicción de la CPI cedieron una parte de su soberanía, por lo que la CPI puede esperar que los Estados cooperen en los términos establecidos por el ECPI. La legitimidad de la obligación de cooperar con la CPI está apuntalada también sobre el principio de complementariedad, que como ya se dijo indica que una determinada situación está cobijada por la jurisdicción de la CPI solo cuando un Estado parte no está dispuesto o no puede adelantar la investigación o enjuiciamiento. En el ECPI se enfatiza que la CPI es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales y que los Estados conservan la responsabilidad principal de juzgar a los autores de los delitos más graves (Yassen, 2017).

Este rasgo de la CPI, si bien es ventajoso en términos de legitimidad, puede no serlo en términos de eficacia. Mientras tribunales como el TPIY y el TPIR apuestan por un modelo de cooperación vertical fundado sobre la premisa de la posición supranacional de los TPIs respecto de los Estados, la CPI, al estar basada en un tratado, se distingue por un sistema de cooperación estatocéntrico, propio de un tratado multilateral que se sustenta en la voluntad de los Estados parte, y que presenta características tanto de modelos horizontales como verticales. Esto significa que la efectividad de la cooperación con la CPI depende en gran medida no solo de la voluntad de los Estados de cooperar, sino además de la disposición de los Estados para modificar la legislación doméstica con el fin de encausar dicha cooperación de acuerdo con el art. 88 del ECPI.

En contraste, la verticalidad es lo que autoriza al TPIY y al TPIR a obligar a los Estados a cooperar: si el punto de partida es el reconocimiento de bienes jurídicos propios de la Comunidad Internacional, la cooperación estatal, además de obligatoria, deviene un imperativo funcional (Delgado & Martínez, 2004). Lo anterior muestra que en términos de efectividad la persecución penal de la corrupción asociada al COT se vería favorecida con la adopción de sistemas de cooperación verticales, pues los sistemas de cooperación como el de la CPI siguen poniendo el acento en la voluntad del Estado y en su capacidad para ceder una parte de su soberanía, lo que puede obstaculizar la cooperación.

Así mismo, otro rasgo importante del sistema de cooperación del TPIY y el TPIR que favorecería la persecución de la corrupción asociada al COT es el amplio margen de actuación con el que cuentan los jueces, pues, aunque estos tribunales se crearon con un mandato limitado, los jueces han utilizado su poder para crear y desarrollar gran parte de su normativa, lo que ha favorecido la eficacia de la cooperación (Yassen, 2017). En contraste, aunque el ECPI contiene lineamientos más elaborados en cuanto al deber de cooperar, los resultados son menos significativos porque los Estados no estaban preparados en realidad para renunciar a su soberanía en favor de la eficacia. Lo anterior ha llevado a autores como Magoto o Yassen a afirmar que el régimen de cooperación de la CPI es significativamen-

te débil si se le compara con el régimen de cooperación del TPIY y el TPIR (Magoto, 2004; Yassen, 2017).

En cuanto a los THs, no se trata de marcos de cooperación tan detallados como el marco recogido en el ECPI y al estar asociados a situaciones precisas y a ciertos países en particular, presentan serias limitaciones cuando se trata de asegurar la cooperación de terceros países. Un mandato excesivamente limitado sería un rasgo a evitar tratándose de la persecución de la corrupción asociada al COT. En primer lugar, porque los auténticos protagonistas de la corrupción transnacional son las organizaciones económico-empresariales que desarrollan sus actividades comerciales en diversos países y, en consecuencia, están sujetas a varias jurisdicciones estatales (Fronza & Insolera, 2021), de manera que un marco de cooperación circunscrito a un país en especial dejaría por fuera la posibilidad de involucrar con éxito a otros países en los procedimientos y beneficiarse de una cooperación más extendida. En segundo lugar, porque si bien la forma de corrupción más relevante en el ámbito transnacional es el soborno o *bribery* (Fronza & Insolera, 2021) un mandato limitado descuida otros delitos y violaciones y es poco probable que inculque una “cultura de rendición de cuentas” más general (Knudsen & Hanafi, 2013).

Un aspecto destacable de los THs es que se encuentran ubicados en los mismos Estados en los que se cometieron los delitos. Excepto las SEK, que funcionan en La Haya, los THs analizados en este artículo cuentan con la ventaja de la proximidad y el arraigo local, lo que podría tener consecuencias positivas para la cooperación. Estar más cerca de las víctimas, los testigos y la comunidad afectada beneficia la logística de los procedimientos, y lo que es más importante, la comunidad se siente parte del proceso a través del que se imparte justicia (Skinnider, 2007). Estas ventajas también son aplicables a la cooperación. Además, teniendo en cuenta que los THs se sitúan en países cuyos sistemas judiciales domésticos no están en condiciones de administrar justicia, su presencia en el terreno facilitaría la organización de cualquier estrategia cooperativa al tiempo que colaboraría en la reconstrucción del sistema doméstico. Sin embargo, tratándose de la corrupción asociada al COT, es de notar que si bien la presencia de los THs en los países en donde se cometieron los crímenes

puede fortalecer el sistema de cooperación, también deben tenerse en cuenta los posibles riesgos para la seguridad de las personas que cooperen en las actuaciones judiciales. Dado que una característica de las organizaciones dedicadas al COT es el recurso habitual a la amenaza y al ejercicio de la violencia (Olasolo & Galain, 2022), uno de los pilares del sistema de cooperación debería ser la seguridad.

Otro aspecto importante de los THs es que, aunque en teoría estarían en mejor posición para administrar una justicia acorde con los estándares internacionales al tiempo que operan a bajo costo y con el beneplácito de las autoridades locales, en el campo de la cooperación hay riesgo de interferencia política, tal y como lo ilustra el caso de las SETC. En efecto, a diferencia del TESL y del TEL, que son producto de un proceso de negociación conjunto que contó con un alto grado de participación de la ONU, en el caso de las SETC el gobierno de Camboya estaba menos dispuesto a ceder una parte de su soberanía y se negó a permitir que la ONU tuviera un mayor control del tribunal. Las negociaciones fueron prolongadas y a menudo tensas e incluso la ONU se retiró en una etapa. Aunque la AGNU apoyó el proceso de negociación, este apoyo no representó para Camboya la misma amenaza política y jurídica que hubiera representado una posible resolución del CSNU sobre el establecimiento del tribunal, adoptada conforme al Capítulo VII de la Carta de la ONU. El resultado fue entonces un tribunal creado por consenso, de estructura compleja y sin autoridad para obligar al Estado a cooperar, razón por la cual las SETC han sido catalogadas como una institución frágil y excesivamente dependiente del gobierno (Ciorciari & Heindel, 2014). En el caso de la corrupción asociada al COT, tratándose de un crimen en el cual grandes corporaciones económicas y financieras, muchas veces multinacionales, así como grupos criminales organizados, financian sistemáticamente de manera encubierta e ilegal a los partidos políticos y sobornan a los altos funcionarios (Olasolo, 2021), el marco de cooperación debe diseñarse con particular atención al riesgo de interferencia política.

El PM, por su parte, presenta dos desafíos en el área de la cooperación. En primer lugar, debe aclararse en qué términos se llevará a cabo la cooperación entre la Sección Especializada y la CPI, porque la carencia de disposiciones en este sentido puede resultar en trabas

a la obligación de cooperar para los países que son a la vez firmantes del ECPI y parte de la UA. En segundo lugar, dado que el PM introduce modificaciones a las definiciones de los crímenes, el marco de cooperación también deberá adaptarse a las nuevas definiciones (por ejemplo, el PM amplía la definición internacional de genocidio al incluir explícitamente la violación como uno de los actos de genocidio). Este proceso de reevaluación de los elementos rectores de ciertos crímenes implica un esfuerzo adicional para adaptar el marco de cooperación a las nuevas definiciones, la cooperación horizontal también tendrá que reforzarse y los Estados parte deberán adaptar las leyes nacionales para asegurarse de recoger estas nuevas definiciones de los crímenes e introducir nuevos delitos, así como para permitir el enjuiciamiento y la cooperación nacionales (van den Herik & van Sliedregt, 2017). De estos desafíos se desprende una lección importante para la persecución de la corrupción asociada al COT: las iniciativas supranacionales para la persecución de este delito deben incluir el refuerzo de los sistemas nacionales, y en particular de los esquemas de cooperación y asistencia legal mutua que subyacen a los enjuiciamientos nacionales. De lo contrario, cualquier iniciativa puede resultar en un conjunto inextricable de diferentes obligaciones para los Estados, que presumiblemente también tienen otros compromisos internacionales con organismos como la CPI.

Finalmente, la propuesta COPLA contiene un marco de cooperación que reserva un lugar preponderante para el Estado, lo que puede tener efectos adversos en materia de cooperación (piénsese por ejemplo en las numerosas excepciones a la obligación de cooperar que cita la CIAMMP), aunque contiene también elementos rescatables tratándose de la cooperación para perseguir la corrupción asociada al COT. En primer lugar, la COPLA reenvía a la CIAMMP en materia de cooperación y esta referencia puede reforzar la cooperación entre países pues la CIAMMP está diseñada para la cooperación intergubernamental, sin que sea posible que toda su maquinaria se pueda extrapolar al eje Estado-COPLA (Currie & León, 2017). Esta disposición pone sobre la mesa la necesidad de fortalecer la cooperación horizontal, pues al ser la corrupción asociada al COT un delito que rebasa fronteras, la lucha debe ser conjunta y toda disposición que fortalezca la cooperación entre naciones es prometedora. En segundo lugar, el art. 37bis de la propuesta COPLA introduce la po-

sibilidad de crear una agencia regional de inteligencia. Un organismo centralizado de este tipo tendría capacidad para monitorear las investigaciones en todas las regiones y hacer recomendaciones, de modo que la investigación dispar de la corrupción asociada al COT no conduciría a más violencia en las regiones afectadas. Sin embargo, un proyecto de este tipo requeriría una centralización significativa de la información, tarea que va mucho más allá del alcance de la propuesta del art. 37bis y depende de cuán comprometidos estén los Estados con la persecución de este delito.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

El éxito de la justicia penal internacional depende en gran medida de la cooperación. Acciones como la investigación y recopilación de pruebas, la citación a testigos o el arresto y la entrega de los sospechosos, entre otras, son comunes a los tribunales analizados y requieren en mayor o menor medida de la voluntad de los Estados, por eso todo intento de impartir justicia penal internacional viene de la mano de la obligación general de cooperar. Aunque los tribunales aquí analizados han consagrado en sus estatutos esta obligación y la han desarrollado en sus respectivas reglamentaciones, esta coincidencia no implica que se trata de marcos de cooperación homogéneos. Por el contrario, cada marco de cooperación tiene sus particularidades, lo que no hace más que enriquecer el mosaico de sistemas de cooperación disponibles para llevar a cabo cualquier intento de persecución de la corrupción asociada al COT.

Dicho lo anterior, conviene plantearse de nuevo la pregunta inicial: ¿Es el sistema de cooperación en los TPIs de ámbito universal y regional y de los THs una herramienta adecuada para la persecución de la corrupción asociada al COT? Ninguno de los marcos aquí analizados se adapta perfectamente a las necesidades específicas que plantea la empresa de perseguir la corrupción asociada al COT y sin embargo todos ellos contienen elementos valiosos para esta lucha. Por ejemplo, la obligación de cooperar con la CPI se deriva de la firma de un tratado internacional, el Estatuto de Roma, acto del cual la Corte misma deriva su legitimidad, mientras que en el caso del

TPIY y del TPIR la obligación de cooperar está respaldada por una resolución vinculante del CSNU, lo cual beneficia la eficacia de las solicitudes de asistencia. En todo caso, en ambos modelos el cabal cumplimiento de la obligación de cooperar exige de cada Estado la adopción de una legislación de implementación o la modificación de la legislación doméstica con el fin de cumplir con las solicitudes u órdenes relativas a la obtención de pruebas y la entrega o traslado de las personas acusadas.

Por su parte, los THs circunscriben la obligación de cooperar a un país en particular, lo que no beneficiaría la persecución de la corrupción asociada al COT. Además, si bien el TPIY y el TPIR tienen primacía sobre los tribunales nacionales de los Estados miembros de la ONU, en general no ocurre lo mismo con los THs. Con respecto a estos últimos es necesario distinguir entre los Estados involucrados en la creación del tribunal y los terceros estados. La falta de primacía jurisdiccional de los THs sobre los tribunales de terceros países puede obstaculizar seriamente la capacidad o voluntad de éstos para cooperar.

El PM y la COPLA por su parte permanecen en un terreno hipotético aunque son prometedores en materia de cooperación. El PM ofrece un marco bastante completo, aunque está por verse en qué términos de desarrollará la cooperación entre la CAJDH y la CPI. La propuesta de la COPLA por su parte ofrece dos elementos que valdría la pena tener en cuenta tratándose de la cooperación en la lucha contra la corrupción asociada al COT. En primer lugar, si bien es un documento centrado en explorar el potencial del enfoque supranacional en la persecución de los delitos bajo su jurisdicción, reenvía a la CIAMMP en materia de cooperación, lo que podría potenciar la cooperación entre países. Este tipo de cooperación sería tan útil como necesaria, ya que la corrupción asociada al COT es un fenómeno ligado a entornos altamente globalizados. El segundo elemento prometedor de la COPLA son los arts. 37 y 37bis. El art. 37 hace referencia a la designación de un grupo especial dentro de las fuerzas de seguridad de cada Estado para ejecutar las órdenes de la Corte “informando sobre éstas al Estado al cual pertenezcan con posterioridad”. Estas divisiones de ejecución parecerían estar bajo el control directo de los Estados pero dedicadas principalmente a la

ejecución rápida y efectiva de las decisiones de la Corte, lo que sugiere un cierto nivel de especialización. La disposición de los Estados a ceder algún poder de ejecución estatal directamente a la Corte será también determinante para que esta disposición pueda tener una mayor efectividad. En cuanto al art. 37bis, este plantea la posibilidad de introducir una agencia de inteligencia regional, lo que beneficiaría la coordinación entre países en un delito que por definición rebasa fronteras, sin embargo, la creación de tal agencia depende una vez más de cuán dispuestos estén los países a compartir información.

Ahora bien, un marco de cooperación más complejo no es necesariamente más eficaz. Países como Kenia, Malawi, Nigeria, o República Democrática del Congo, entre otros, se negaron a cooperar en el arresto y entrega de Omar Hassan Ahmad Al-Bashir a la CPI y el sofisticado marco normativo consagrado en el ECPI no bastó para evitarlo. Lo mismo sucedió cuando la CPI le solicitó su cooperación a la UA en el mismo caso, pues las tensiones políticas entre las dos organizaciones desembocaron en la negativa por parte de la UA a cooperar con la CPI y de nuevo el marco de cooperación no evitó ese resultado (Tadli, 2019). Lo anterior ilustra cómo la eficacia de los TPIs y de los THs no depende necesariamente de cuán detallado sea el marco normativo sino de su capacidad para garantizar que sus decisiones sean ejecutables y no choquen directamente con la voluntad de los Estados. Por esa razón, tratándose de la corrupción asociada al COT, el marco normativo elegido para cualquier intento de persecución de ese delito por parte de una institución supranacional debe resaltar la obligación de los Estados de contar con disposiciones en su derecho interno tendientes a facilitar la asistencia requerida en las decisiones del tribunal.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

CPI [Sala de Cuestiones Preliminares]. The Prosecutor v. Charles Blé Goudé, Decision on Public Côte d'Ivoire's request to postpone the surrender of Charles Blé Goudé to the Court, ICC-02/11-02/11, 3 March 2014.

https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2015_05611.PDF

CPI [Sala de Cuestiones Preliminares]. The Prosecutor v. Saifal-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Decision on Libya's Submissions Regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11, 7 March 2012.

https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03796.PDF

CPI [Sala de Cuestiones Preliminares]. The Prosecutor v. Saifal-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Decision on Libya's postponement of the execution of the request for arrest and surrender of Abdullah Al-Senussi pursuant to article 95 of the Rome Statute and related Defence request to refer Libya to the UN Security Council, ICC-01/11-01/11, 14 June 2013.

https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2013_04479.PDF

CPI [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Public Annex A Prosecution Response to the Hashemite Kingdom of Jordan's Appeal against the "Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir", ICC-02/05-01/09, 3 April 2018, párr. 37.

https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2018_01918.PDF

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

TPIY [Sala de Apelaciones]. The Prosecutor v. Tihomir Blaskic. Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, case no. IT-95-14-PT, 18 July 1997.

<https://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/en/71029JT3.html>

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR [Trial Chamber III]. The Prosecutor v. Edouard Karemera, Mathieu Ndirumutse, Joseph Nzirorera, Decision on Defence Motion for Request for Cooperation to Government of Rwanda: MRND Videotape, Case No. ICTR-98-44-T, 14 December 2006. shorturl.at/foDHV

Doctrina

Ambos, K. & Malarino, E. (eds.). (2007). *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Temis.

- Benito, C.D. (2008). "Análisis de las principales iniciativas supranacionales en la lucha contra la corrupción". *Iustitia*. Vol. 6. Pp. 7-38.
- Cárdenas, C. (2010). "La cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del principio de complementariedad". *Revista de derecho (Valparaíso)*. Vol. 34. Pp. 281-304.
- Carter, L. E. (2010). "The principle of complementarity and the International Criminal Court: the role of ne bis in idem". *Santa Clara J. Int'l L.*, 8. P.165.
- Cataleta, M. S. (2022). "The Kosovo Specialist Chambers, an International Tribunal Inside the National Judicial System". *Journal of International Criminal Law*, 3(1). Pp. 1-9.
- Cassese, A. (2013). *Cassese's International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Giorciari, J.D., & Heindel, A. (2014). *Hybrid Justice: the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Cross, M.E. (2016). "Equipping the Specialist Chambers of Kosovo to Try Transnational Crimes: Remarks on Independence and Cooperation". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 14(1). Pp. 73-100.
- Currie, R.J., & León, J. (2019). "COPLA: A Transnational Criminal Court for Latin America and the Caribbean". *Nordic Journal of International Law*. Vol. 88(4). Pp. 587-613.
- Delgado, I.L. & Martínez, M.M. (2004). "La cooperación penal internacional en la detención y entrega de personas: el Estatuto de Roma y la Orden Europea". *Anuario Español de Derecho Internacional*. Vol. 20. Pp. 173-240.
- Dickinson, L. A. (2003). "The promise of hybrid courts". *American Journal of International Law*, 97(2). Pp. 295-310.
- Dushimimana, L. (2013). "States' Cooperation with the International Criminal Tribunal for Rwanda". *Rwanda Journal*, 1(1). Pp. 71-91.
- Duffy, H., Hall, C., & Rastan, R. (2016). "Article 73: Third-party Information or Documents". Triffterer, O. & Ambos, K. (Eds.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Múnich: Beck.
- Fronza, E. e Insolera, P. (2021). "El caso Odebrecht". En Olasolo et al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*, Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Vol. 12, Tirant lo Blanch. Pp. 43-76.
- Gatti, G. (2018). "Proyecto de Ley de Cooperación Penal Internacional". *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Vol. 34. Pp. 161 et seq.

- Glynn, P., Kobrin, S. J., & Naim, M. (1997). "The globalization of corruption". *Corruption and the global economy*, Peterson Institute, Washington, DC. Pp. 7-31.
- Hehir, A. (2019). "Lessons Learned? The Kosovo Specialist Chambers' Lack of Local Legitimacy and Its Implications". *Human Rights Review*, 20(3). Pp. 267-287.
- Hubbe, T.E. (2014). "La corrupción ante una sociedad globalizada". *Dikê: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*. Vol. 15. Pp. 87-88.
- Imoedemhe, O. (2015). "Unpacking the tension between the African union and the International Criminal Court: The way forward". *African Journal of International and Comparative Law*, 23(1). Pp. 74-105.
- Kamberg, M. (ed.). (2017). *Commentary on the law of the International Criminal Court* (Vol. 29). Torkel Opsahl Academic Epublisher.
- Knudsen, A., & Hanafi, S. (2013). "Special Tribunal for Lebanon (STL): Impartial or Imposed International Justice?" *Nordic Journal of Human Rights*, 31(2). Pp. 176-200.
- Lee, R. S. (Ed.). (1999). *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations and results*. Leiden: Martinus Nijhoff. Pp. 310 et. seq.
- López, M. R. (2015). "La iniciativa por una Corte Penal Latinoamericana contra el Crimen Organizado". *Equilibrium Global*. <https://equilibriumglobal.com/la-movida-por-una-corte-penal-latinoamericana-contra-el-crimen-organizado/>
- Luftglass, S. (2004). "Crossroads in Cambodia: The United Nation's responsibility to withdraw involvement from the establishment of a Cambodian tribunal to prosecute the Khmer Rouge". *Virginia Law Review*, 90. P. 893.
- Maogoto, J.N. (2004). "A Giant Without Limbs: The International Criminal Court's State-Centric Cooperation Regime". *University of Queensland Law Journal*. Vol. 23. Pp. 102 et seq.
- McDonald, A. (2002). "Sierra Leone's Shoestring Special Court". *International Review of the Red Cross*, 84(845), 121-143.
- Muharremi, R. (2016). "The Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office". *American Society of International Law Insights*, 20(11).
- Nimigan, S. (2019). "The Malabo Protocol, the ICC, and the Idea of 'Regional Complementarity'". *Journal of International Criminal Justice*, 17(5). Pp. 1005-1029.

- Olasolo, H. (2005). "Apuntes Prácticos Sobre el Sistema de Cooperación Previsto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional". *Revista Española de Derecho Militar*. Vol. 86. Pp. 107-152.
- Olasolo, H., & Galain, P. (2022). "La insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción para abordar la corrupción transnacional organizada". *Revista de derecho (Valdivia)*, 35(2). Pp. 227-249. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000200227>
- Olasolo et. al. (eds.) (2021), Prólogo. *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: Particular atención al ámbito iberoamericano*. Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Vol. 12, Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H., Villarraga, L., & Linares, S. (2021). "La respuesta del Derecho Internacional a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional" Artículo de divulgación, resultados intermedios del proyecto de investigación V – FPC009, Universidad del Rosario (Facultad de Derecho – Oficina de Investigación e Innovación), <https://rb.gy/dh61>
- Ryngaert, C. (2013). "State Cooperation with the International Criminal Tribunal for Rwanda". *International Criminal Law Review*, 13(1). Pp. 125-146.
- Sadat, L. N. (2021). "The Important Contributions of the Special Court for Sierra Leone on Amnesties and Immunities: Reinforcing Foundational Principles of International Criminal Law". *Florida International University Law Review*. Vol. 15. Pp. 73 et seq.
- Sampó, C. (2004). "Corrupción y debilidad institucional: factores de inseguridad". *Argentina Global*. Vol. 15.
- Sillitti, O., & López, M.P. (2021). "El proyecto copla para el establecimiento de una corte penal latinoamericana y del caribe contra el crimen organizado transnacional". En: Olasolo, H., et. al. (eds.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: Particular atención al ámbito iberoamericano*, Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Vol. 12, Tirant lo Blanch. Pp. 759-772.
- Skinnider, E. (2007). "Experiences and Lessons from Hybrid Tribunals: Sierra Leone, East Timor, and Cambodia". *APYIHL*, 3, 243.
- Stroh, D. (2001). "State cooperation with the international Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda". *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 5. Pp. 249-283.
- Swart, B. (2007). "Cooperation challenges for the Special Tribunal for Lebanon". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 5(5). Pp. 1153-1163.
- Temminck, J. P. W. (2009). "Defence counsel in international criminal law". [Thesis, Universiteit van Amsterdam]. <https://hdl.handle.net/11245/1.317546> yas van den Herik, L & van Sliedregt, E (2017).

- International Criminal Law and the Malabo Protocol: About Scholarly Reception, Rebellion and Role Models. *Grotius Centre Working Paper* 2017/066-ICL, Leyden University.
- Tladi, D. (2019). Article 46L. Promoting an Effective Cooperation Regime. En: Jalloh, C. C., Clarke, K. M., & Nmechielle, V. O. (eds.). (2019). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Villalta, A. E. (2013). "La cooperación judicial internacional". *Publicaciones digital XL curso derecho internacional*. Vol. 8. P. 51 et. seq. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xl_curso_derecho_internacional_2013_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf
- Yassen, A. O. (2017). "International Cooperation: From the ICTY and ICTR to the ICC". *Journal of Polytechnic*. Vol. 7(1). Pp. 1-41.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Amnesty International (2015). Malabo Protocol: Legal and Institutional Implications of the Merged and Expanded African Court. Snapshots, AFR 01/6137/2017.
<https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/05/AFR0161372017ENGLISH.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2019) "Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos" Informe aprobado el 6 de diciembre de 2019, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, p. 189-197.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>
- COPLA. (2018). Anteproyecto Estatuto de la Corte Penal Latinoamericana y del Caribe. <https://www.coalicioncopla.org/documentos>
- Cruvellier, T., & Wierda, M. (2004). The Special Court for Sierra Leone: The First Eighteen Months. *International Center for Transitional Justice (ICTJ)*, 149. <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-SierraLeone-Special-Court-2004-English.pdf>
- Human Rights Watch (2004). Bringing Justice: The Special Court for Sierra Leone: Accomplishments, Shortcomings and Needed Support. Vol.16, No. 8(A), p. 41.
<https://www.hrw.org/reports/2004/sierraleone0904/sierraleone0904.pdf>

- Naughton, E. (2018). Committing to Justice for Serious Human Rights Violations Lessons from Hybrid Tribunals (Research Report). *International Center for Transitional Justice*, p. 107.
https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Report_Hybrid_Tribunals.pdf
- Organización de Estados Americanos. (1992). Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (CIAMMP). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>
- Organización de las Naciones Unidas (1998). Situation of Human Rights in Cambodia, General Assembly, A/RES/52/135.
<http://www.unakrt-online.org/sites/default/files/documents/A-RES-52-135%281%29.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (1999). Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly resolution 52/135. <http://hrlibrary.umn.edu/cambodia-1999.html>
- Salas Especializadas de Kosovo. (2015). Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office. https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/05-l-053_a.pdf.
- Salas Especializadas de Kosovo. (2020). Rules of Procedure and Evidence before the Kosovo Specialist Chambers including Rules of Procedure for the Specialist Chamber of the Constitutional Court. 5 de mayo de 2020.
https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/content/documents/ksc-bd-03-rev2-rulesofprocedureandevidence_0.pdf.
- Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya. (2004). The Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers as amended. 27 de octubre de 2004.
https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf.
- Tribunal Especial para el Líbano. (2007). Statute of the Special Tribunal for Lebanon, S/RES/1757 https://www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/legal-documents/statute/Statute_of_the_Special_Tribunal_for_Lebanon___English.pdf.
- Tribunal Especial para el Líbano. (2020). Rules of Procedure and Evidence Rev. 11, 18 December 2020. https://www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/legal-documents/RPE/RPE_April_2019_EN.pdf.
- Tribunal Especial para Sierra Leona. (2000). Statute of the Special Court for Sierra Leone. <http://www.rscl.org/Documents/scsl-statute.pdf>.

- Tribunal Especial para Sierra Leona (2002). Special Court for Sierra Leone - Rules of Procedure and Evidence, 31 March 2012. <http://www.rscsl.org/Documents/RPE.pdf>
- Tribunal Especial para Sierra Leona. (2002). Act No. 9 of 2002 Special Court Agreement, 2002 (Ratification) Act, 25 April 2002. <https://www.refworld.org/docid/477e5ea62.html>
- Tribunal Penal Internacional para la ex- Yugoslavia. (2009). Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf.
- Tribunal Penal Internacional para la ex- Yugoslavia. (2015). Rules of Procedure and Evidence. https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Statute of the International Tribunal for Rwanda. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda (2015). Rules of Procedure and Evidence, <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/150513-rpe-en-fr.pdf>.
- Unión Africana. (2014). Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights. https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf

Capítulo 12

Conclusiones y recomendaciones para América Latina y Colombia: la cuestión relativa a si la cooperación internacional en materia penal puede, y de qué manera, contribuir al abordaje del fenómeno de la corrupción transnacional

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ*
HÉCTOR OLASOLO**

1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA: LA DIMENSIÓN TRANSNACIONAL DE LA CORRUPCIÓN

En este volumen se ha examinado si, y de qué manera, la cooperación internacional en materia penal puede contribuir a la lucha

* Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) con premio extraordinario. Máster en intervención criminológica y victimológica por la Universidad Miguel Hernández (España). Actualmente es profesora contratada doctora en la Universidad de Deusto, y está acreditada en la figura de profesora titular por la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación - España). Sus investigaciones se centran en las siguientes temáticas: el delito de corrupción transnacional, el delito de trata de personas, el diseño de la política criminal basada en la evidencia y el Derecho Penal de la aporofobia, temas sobre los que posee diversas publicaciones. Tiene reconocidos dos sexenios de investigación por la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora - España). Ha sido investigadora principal de un proyecto financiado por el gobierno de España, y ha participado en proyectos competitivos de la Comisión Europea, del gobierno de España, de gobiernos autonómicos

contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) en la región latinoamericana y, especialmente, en Colombia. La necesidad de cooperación entre los Estados para frenar un fenómeno delictivo como éste trae su causa en una de las principales características de la corrupción en el momento actual, su transnacionalidad, como apuntan Sánchez, Varón & Hernández (capítulo 2). La propia Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (CNUCC o Convención de Mérida) señala en su preámbulo que “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías”. La dimensión transnacional de la corrupción se ha visto favorecida, como señala Collazos (capítulo 11), por factores tales como la revolución tecnológica, la aparición de internet, la desaparición de las fronteras físicas y jurídicas (Unión Europea) y la expansión de los mercados.

Para Benito (capítulo 8), estos factores han contribuido al fomento de la organización e internacionalización de las redes de corrupción, dificultando su persecución a las autoridades debido a su com-

y de gobiernos extranjeros. También ha sido investigadora principal de un proyecto financiado por la fundación Aristos Campus Mundus. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Colonia (Alemania) y en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Parma (Italia). ORCID: 0000-0002-8836-5930.

** Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional; Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

plejidad a nivel organizativo, al uso de avanzadas tecnologías para la comisión y ocultación de los delitos, a la sofisticación y profesionalización de los miembros de la organización, a la influencia en las autoridades y en los operadores económicos a través, por ejemplo, del soborno, y a la internacionalización de las actividades de la organización. Ante esta realidad, las iniciativas aisladas que cada Estado pueda adoptar se muestran insuficientes para combatir un fenómeno que, como éste, rebasa las fronteras nacionales. De hecho, también el preámbulo de la Convención de Mérida indica que para enfrentar la corrupción se “hace esencial la cooperación internacional” de todos los Estados.

No solo la Convención de Mérida, sino todos los instrumentos supranacionales en materia de corrupción y de crimen organizado, instan a los Estados a adoptar medidas legales que permitan y, sobre todo, faciliten, la asistencia jurídica mutua para combatir estas modalidades delictivas. Como señalan Bechara, Sales & Filho (capítulo 3), la cooperación internacional es el principal instrumento que alimenta las expectativas de los diferentes países en el abordaje de la criminalidad transfronteriza, como el crimen organizado, la corrupción y otros muchos delitos que no son objeto de este volumen (lavado de activos, financiación del terrorismo, tráfico de drogas, trata de personas, etc.). El gran desafío de la cooperación internacional en materia penal es, como señalan estos autores, salvaguardar la soberanía nacional a la vez que desarrollar mecanismos para agilizar las labores asistenciales que lleven a una persecución más eficaz de los delitos transfronterizos, pues lo que se ha observado tradicionalmente es que la asistencia jurídica mutua es lenta, por el formalismo de los procedimientos, lo que redundaría en la impunidad de los responsables, que ni son llevados ante la justicia ni son privados de los rendimientos de sus actividades ilícitas.

Los modelos clásicos de asistencia jurídica internacional utilizados para llevar a buen puerto las investigaciones por delitos transfronterizos (como las comisiones rogatorias a través de las que, tradicionalmente, se han solicitado la toma de declaración a personas, la presentación de documentos o la realización de embargos preventivos) adolecen de un vicio formalista, lo que ralentiza la cooperación y, por tanto, los procedimientos penales, quedando muchos en el

limbo a la espera de una respuesta, como señala Benito (capítulo 7). Esto hace que sean poco eficaces contra el COT.

Los Estados han ido, por eso, avanzando hacia formas más ágiles de cooperación, gracias, esencialmente, al desarrollo de redes de cooperación diseñadas a través de acuerdos multilaterales (ej. IberRed), tanto a nivel regional como internacional, que permiten una comunicación directa entre los llamados “puntos de contacto” de cada país, que suelen integrar miembros del Poder Judicial, del Ministerio Fiscal, así como otras autoridades como policías o personas integrantes de las unidades de inteligencia financiera, de los bancos centrales o de las agencias tributarias de cada país. Además, en el ámbito concreto de la Unión Europea, se ha pasado de la clásica asistencia jurídica recíproca al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro, un avance importantísimo para combatir la criminalidad actual porque los mecanismos de reconocimiento mutuo superan las deficiencias de los instrumentos clásicos e incluso de las actuales redes de cooperación, permitiendo investigaciones mucho más ágiles y, por tanto, más eficaces.

En este contexto surge la pregunta de en qué medida los diferentes mecanismos que se conocen en el ámbito de la cooperación internacional en materia penal pueden ser idóneos para abordar el fenómeno de la corrupción asociada al COT. A esa pregunta trata de dar respuesta esta obra. En este capítulo se exponen las principales conclusiones a las que se ha llegado y se ofrece una lista de recomendaciones para mejorar la cooperación judicial internacional en la región latinoamericana en general, y en Colombia en particular, y permitir una lucha más eficaz contra esta modalidad delictiva.

Este capítulo se estructura del siguiente modo. La sección 2 expone las conclusiones en relación con los principios jurisdiccionales o principios de aplicación de la ley penal en el espacio para el abordaje de los delitos transfronterizos, como la corrupción asociada al COT. Seguidamente, se ofrecen las conclusiones sobre los modelos institucionales de cooperación internacional, que se dividen entre los modelos de integración policial (sección 3) y los modelos de integración no policial (sección 4). Las conclusiones relativas a la entrega de personas investigadas, acusadas y condenadas se exponen en la sección 5. La sección 6 alberga las conclusiones sobre el uso de los

equipos conjuntos de investigación para combatir la corrupción asociada al COT. La sección 7 ofrece las conclusiones sobre la asistencia jurídica mutua en relación con una técnica especial de investigación, la operación encubierta. En la sección 8 se exponen las conclusiones sobre la cooperación jurídica internacional en materia de recuperación y restitución de activos procedentes de la corrupción. La sección 9 ofrece las conclusiones acerca de los sistemas de cooperación internacional en los tribunales penales internacionales, regionales e híbridos, con el objetivo de ver si esos sistemas de cooperación pueden ser idóneos para abordar la corrupción asociada al COT. El capítulo termina con unas reflexiones finales en la sección 10 y un listado de recomendaciones para América Latina y para Colombia en las secciones 11 y 12, respectivamente.

2. LOS PRINCIPIOS JURISDICCIONALES PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Si en algo coinciden todos los instrumentos internacionales en materia de corrupción y de crimen organizado es en exigir a los Estados la revisión de los principios clásicos de aplicación de la ley penal en el espacio, con el objetivo de buscar una mayor eficacia en la lucha contra una forma de criminalidad que trasciende las fronteras nacionales, como es la corrupción. Lo que se pretende desde la normativa internacional es asegurar que los responsables de hechos de corrupción, especialmente, aquellos que cuentan con más recursos para moverse de unos territorios a otros, no queden impunes. Para ello, exigen a los Estados el diseño de fórmulas que permitan reducir las lagunas jurisdiccionales que puedan existir.

En relación con el principio de territorialidad, los instrumentos internacionales exigen a los Estados que se interprete de un modo amplio, de tal manera que se pueda entender cometido el delito en el territorio del país en cuestión cuando se haya perpetrado allí “en todo o en parte”. Es decir, se pretende que los tribunales de un Estado sean competentes para la investigación y el enjuiciamiento del delito aunque solo se hayan realizado allí algunos actos, como, por

ejemplo, una reunión donde se acuerdan los términos del pacto corrupto o la realización de una transferencia con el soborno a través de un banco que tenga sede en ese país.

Los instrumentos internacionales también hacen énfasis en la necesidad de reconocer otros principios más allá del clásico principio de territorialidad que se ha aplicado de manera tradicional en el ámbito de la jurisdicción penal. Como señalan Villareal & Barba (capítulo 1), en la normativa internacional de referencia se defiende la implementación de los principios de ubicuidad, nacionalidad activa, y real o de defensa. La Convención de Mérida aboga, incluso, por hacer uso también del principio de personalidad pasiva, un principio que muchas legislaciones nacionales desconocen. Sin embargo, no se habla en ella del principio de jurisdicción universal, aunque, como apuntan Sánchez, Varón & Hernández (capítulo 2), la Convención de Mérida, incorpora el principio *aut dedere aut judicare*, que podría servir para enjuiciar un delito llevado a cabo en el territorio de otro Estado por un no-nacional del Estado que pretender enjuiciar.

Las legislaciones de los países no latinoamericanos de referencia en esta obra, España y EE. UU., recogen en sus legislaciones los principios de territorialidad, personalidad activa y real o de defensa, e igualmente el principio de ubicuidad. No obstante, en algunas legislaciones se exige algún requisito extra para aplicar alguno de los principios mencionados. Por ejemplo, para aplicar el principio de personalidad activa suele exigirse el requisito de la doble incriminación. Además, en el caso del Derecho español se exige una querrela (diferente de la simple denuncia) presentada por el Ministerio Fiscal o el agraviado. En todo caso, la regulación relativa a los delitos a los que son aplicables dichos principios es de *numerus apertus*, por lo que podrían ser empleados para la persecución de la corrupción asociada al COT.

La legislación española pareciera también reconocer a primera vista una suerte de principio de jurisdicción universal al señalar que los tribunales españoles son competentes “para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas”. Entre esos delitos se menciona la corrupción entre particulares

y la corrupción en transacciones comerciales internacionales. Sin embargo, cuando se analizan con detalle los requisitos del Derecho español, se concluye que no es un principio de jurisdicción universal sino algo que se asemeja bastante al principio de personalidad activa pues se exigen varias condiciones, a saber, que el autor sea español o extranjero que resida habitualmente en España, o que sea directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o que el delito se haya cometido por una persona jurídica u otra entidad que tenga su sede o domicilio social en España. Además, se exige que se presente querrela por el Ministerio Fiscal o por el agraviado.

La legislación de EE. UU. también es extensiva en lo relativo a las normas de aplicación de la ley penal en el espacio pues permite perseguir a nacionales y extranjeros por hechos de corrupción transnacional, pero se exige un vínculo de conexión territorial con EE. UU., aunque bastaría, por ejemplo, con que la oferta del soborno se hubiera realizado en el territorio de EE. UU. (ej. el encuentro entre los intervinientes) o que se hubiera realizado la transferencia con el soborno desde un banco ubicado en EE. UU. En definitiva, las legislaciones española y estadounidense reconocen los principios de territorialidad, personalidad activa y real o de defensa para perseguir la corrupción, pero ninguna recoge el principio de jurisdicción universal.

Los países latinoamericanos estudiados (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú) siguen, en general, la misma línea que los países mencionados anteriormente en lo relativo a los principios jurisdiccionales. Es decir, amplían los principios jurisdiccionales más allá del territorio para facilitar la persecución de algunos delitos de carácter transnacional, como la corrupción. Del estudio de las legislaciones se puede colegir que todos los países analizados cumplen con los requerimientos impuestos en las convenciones internacionales y regionales en materia de corrupción. También Colombia, país que se ha estudiado de manera más detenida, cumple con las exigencias de los convenios internacionales y regionales en materia de aplicación de la ley penal en el espacio.

Un supuesto específico que puede ser común que acontezca en el extranjero, pero que tenga como protagonista a un nacional (perso-

na física o jurídica), es el caso del soborno de agente público extranjero en el marco de actividades comerciales internacionales, tema al que se dedica la Convención de la OCDE del año 1997. Todos los países analizados, tanto en América Latina como fuera, excepto Brasil y México, prevén expresamente la competencia de sus tribunales para perseguir a sus propios nacionales por estos delitos aunque acontezcan en el extranjero, superando así el clásico principio de territorialidad. No obstante, respecto de México debe señalarse que, aunque no lo prevé expresamente su legislación, en el último informe de evaluación de la implementación de la Convención de la OCDE, las autoridades mexicanas señalaron que esto es posible en virtud del art. 4 del Código Penal Federal, ya sea el autor persona física o jurídica. En cuanto a Brasil, aunque su legislación no lo prevé tampoco expresamente, el último informe de evaluación de la implementación de la Convención de la OCDE considera que el art. 7 de su Código Penal, donde se recogen los principios jurisdiccionales, sí está en línea con el Convenio en lo que a las personas físicas se refiere. Para las personas jurídicas habría que acudir a otra norma, en concreto, al art. 28 de la Ley núm. 12.846, de 1 de agosto de 2013. En el caso de Colombia, la competencia reconocida de los tribunales nacionales para perseguir la corrupción transnacional cometida por un ciudadano colombiano en el extranjero no se extiende a las personas jurídicas pues el sistema Colombia no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A la vista de lo expuesto, debe concluirse que la mayoría de las legislaciones analizadas sí contienen disposiciones específicas en relación con los principios jurisdiccionales para perseguir una modalidad concreta de corrupción, a saber, el soborno en transacciones comerciales internacionales, tal como se exige en la Convención de la OCDE que vincula a todos los países analizados. Las legislaciones nacionales dejan claro que, para enjuiciar estos delitos, serán competentes los tribunales nacionales si el autor es nacional (persona física o jurídica, dependiendo de si el ordenamiento reconoce responsabilidad penal de los entes colectivos) aunque la conducta se cometa en el territorio de otro Estado. Esto supone, sin duda, un avance en la persecución de la corrupción transfronteriza, y un compromiso por parte de los Estados, que ya no solo se van a ocupar de la corrupción de sus propios funcionarios, sino también de la corrupción que

implica a funcionarios extranjeros cuando sus empresas son las que corrompen en el extranjero. Es decir, en las legislaciones nacionales sí se aprecia un compromiso para perseguir lo que podríamos llamar la “exportación de corrupción” que realizan las empresas de unos países sobre los sistemas económicos y políticos de otros.

Sin embargo, debe señalarse que esas normas raramente se aplican en la práctica, de acuerdo con los informes de la OCDE¹ y de Transparencia Internacional². Así, los datos indican que apenas hay condenas en los países analizados por delitos de corrupción transnacional, con la salvedad de EE. UU., que tiene una tradición mucho más larga en el castigo de esta modalidad delictiva, que se sanciona desde la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977. En definitiva, aunque los Estados hayan dado pasos muy importantes para la persecución de la corrupción transnacional, especialmente, al haber modificado sus legislaciones para extender su jurisdicción, en la práctica siguen existiendo múltiples inconvenientes que dificultan el enjuiciamiento de los responsables. Entre esos inconvenientes está la dificultad para cooperar con otros Estados en la investigación del delito, cooperación que es indispensable cuando los elementos probatorios, los testigos, las ganancias y los responsables pueden ubicarse en países diferentes con legislaciones muy dispares.

3. LOS MODELOS INSTITUCIONALES DE INTEGRACIÓN POLICIAL

Para combatir el crimen transnacional surge la necesidad de especializar los principales modelos institucionales internacionales de integración policial, fundamentalmente, Interpol, Europol y Ameripol. Las tres son redes internacionales de cooperación policial que cumplen el rol de coordinación y articulación entre las policías nacionales que las integran. Su acción se guía por los compromisos

¹ Vid.: <https://www.oecd.org/investment/countryreports/ontheimplementationoftheocdanti-briberyconvention.htm>.

² Vid.: <https://www.transparency.org/en/publications/exporting-corruption-2022>.

asumidos por los países que reconocen su existencia y legitimidad, en particular, en lo que se refiere a la prevención, represión y control del crimen organizado y la corrupción. Estas organizaciones no sustituyen a las policías nacionales, sino que vienen a reforzarlas y a facilitarles sus actuaciones.

Las redes de cooperación policial, a diferencia de las redes de cooperación judicial, que también se han estudiado en esta obra colectiva, tienen una mayor proactividad y dinamismo. En ellas, el factor tiempo tiene un peso muy grande en la toma de decisiones como, por ejemplo, en la ejecución de una orden de detención. Como destacan Bechara, Sales, Filho & Madeiros (capítulo 4), es precisamente ese dinamismo uno de los puntos fuertes de estas redes para luchar contra la corrupción, pues superan las deficiencias de los cauces clásicos de la asistencia legal mutua, mucho más rigoristas y lentos, y por tanto ineficaces.

Las tres redes analizadas están muy concienciadas con la lucha contra la corrupción. Interpol lo hace a través del *Interpol Financial Crime and Anti-Corruption Centre*, que no solo se ocupa del combate de estas modalidades delictivas, sino que pone el foco también en la recuperación de los activos procedentes del delito, esencial en la estrategia actual contra la criminalidad con fines de lucro. Para ello trabaja conjuntamente con otras organizaciones como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y con las unidades de inteligencia financiera de cada Estado que participa en la organización. Europol, por su parte, trabaja en diferentes ámbitos delictivos, entre los que se citan expresamente la delincuencia económica y el crimen organizado, a la vez que se preocupa por la recuperación de activos procedentes del delito. También Ameripol se ha involucrado en programas anticorrupción. Su creación es más reciente pero gracias a su vinculación con otros organismos y programas como PACCTO (Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado entre Europa-Latinoamérica), ha logrado fortalecer la cooperación entre los países que integran la red.

Si se comparan las tres organizaciones, se colige que tienen competencias muy similares y que se dirigen a un mismo propósito: la coordinación y articulación de las policías nacionales para luchar contra la delincuencia transfronteriza. Las diferencias aparecen en

el distinto grado de madurez que cada organización ha alcanzado, que viene determinado por factores como el tiempo de existencia, el presupuesto, el nivel de autonomía de gestión o la independencia política y funcional. En concreto, destacan Bechara, Sales, Filho & Madeiros, la importancia de contar con recursos humanos, tecnológicos y materiales para asegurar la viabilidad de estas redes. La dotación de estos recursos por parte de los Estados es indispensable para la existencia misma de la red y, a la vez, supone que los Estados reconocen su importancia estratégica y operativa. Destacan también estos autores la importancia de la confianza entre los Estados para el funcionamiento de estas redes. Téngase en cuenta que es, precisamente, la confianza mutua, la que ha permitido avanzar hacia modelos de tercera generación en el ámbito de la cooperación jurídica internacional en la Unión Europea. Para que estas redes policiales supranacionales funcionen eficazmente se hace también necesario capacitar a las policías nacionales, pues lo contrario puede comprometer la capacidad operativa de la red en cuestión. Pese a las ventajas de estas redes para la lucha contra la criminalidad transnacional, no debe olvidarse que también se enfrentan al riesgo de la superposición y el conflicto entre ellas, riesgo que podría hacer tambalear una operación concreta por la falta de coordinación o por los conflictos que pudieran surgir entre las diferentes organizaciones.

En definitiva, se puede concluir que estos modelos de cooperación internacional policial contribuyen a una lucha más eficaz contra la corrupción asociada al COT gracias, esencialmente, al intercambio rápido de información entre los miembros que integran la red en cuestión. Así mismo, potencian la creación de equipos conjuntos de investigación entre las policías (y quizá también jueces y fiscales) de diversos Estados, una técnica que se considera esencial para una lucha más eficaz contra la corrupción transfronteriza (*vid.* sección 6). Los modelos analizados no son todos igual de avanzados, siendo Ameripol el más reciente y, por ende, el que menos éxitos ha cosechado hasta el momento. En todo caso, con esta organización se abre una nueva etapa para la cooperación policial en el continente americano, una etapa en la que se puedan superar las asimetrías organizativas y operativas de las distintas policías nacionales y se lleve a cabo un combate más eficaz contra la criminalidad transfronteriza.

4. LOS MODELOS INSTITUCIONALES DE INTEGRACIÓN NO POLICIAL

Para completar el análisis del estudio de los modelos institucionales de cooperación internacional, el capítulo 5 de esta obra ha puesto el foco en los modelos de integración no policial. Destaca su autor, Bustos, que en los países de referencia fuera del ámbito latinoamericano, se aprecian notables diferencias entre España y EE. UU. pues el primer país, a diferencia del segundo, es parte de Eurojust (la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal), que es un ente con personalidad jurídica propia y poderes reales de actuación, que fomenta un trabajo verdaderamente coordinado entre los sistemas judiciales de los diferentes Estados miembros.

Eurojust tiene una serie de competencias tangibles y cuenta con un respaldo de medios económicos, humanos e institucionales, imprescindible para el desarrollo de su trabajo. De esta manera, tiene plena competencia para solicitar a cualquier Estado miembro de la Unión Europea (UE) el inicio de investigaciones penales por hechos con apariencia delictiva. Así mismo, puede realizar actividades de coordinación en materia de investigación y persecución penal, dirimir problemas de jurisdicción que puedan aparecer entre los Estados y auxiliar de cualquier otro modo a las autoridades nacionales. Además, posee la capacidad para solicitar la creación de equipos conjuntos de investigación, una herramienta idónea para combatir la criminalidad transfronteriza (*vid.* sección 6), si bien Eurojust no puede crear estos equipos, quedando todo a expensas del acuerdo de constitución entre las partes.

EE. UU., por su parte, no tiene un modelo centralizado de colaboración no policial con terceros países, dependiendo de sus redes concretas de asistencia legal mutua y de los acuerdos o tratados firmados al respecto. Ello puede llevar a que la cooperación sea más lenta, especialmente si entran en juego legislaciones distantes del *common law*. En todo caso, cabe señalar que EE. UU. ha ido evolucionando hacia formas más ágiles de asistencia, eliminando, por ejemplo, el requisito de la traducción jurada y atenuando el requisito de la doble incriminación (Bechara, Sales & Filho, capítulo 3).

En los países de América Latina estudiados se aprecian dos situaciones. En un lado están aquellos países que sí tienen normas en materia de cooperación judicial internacional, bien genéricas, como Argentina, bien específicas para el crimen organizado, como Perú. Sin embargo, se les puede criticar la insuficiencia pues aunque tratan de adaptar el modelo internacional suscrito a sus propias normas (p. ej., con atribución concreta de competencias a una determinada autoridad) no se detectan, en opinión de Bustos, mecanismos concretos de carácter autónomo, tangibles y reales para la asistencia jurídica mutua mediante el establecimiento de sistemas más ágiles, homogéneos y estandarizados con el resto de países, ni siquiera, con los del entorno geográfico.

En otro lado están los países que ni siquiera se han dotado de una normativa específica sobre asistencia legal mutua, acudiendo a disposiciones en exceso genéricas que reproducen lo dispuesto en los instrumentos internacionales de referencia o que, como en el caso de Brasil, se remiten expresamente a los mismos.

Es por ello que se concluye, y así se desarrollará en las recomendaciones, que un mecanismo eficaz para luchar contra la corrupción asociada al COT es el establecido a través de Eurojust, que podría jugar una función similar en el ámbito latinoamericano en caso de que pudiera ser implementado. Ello no significaría una pérdida de soberanía para los Estados pues cada Estado seguiría manteniendo sus competencias penales en el ámbito de su territorio, pero serviría para avanzar hacia un modelo de tercera generación que, como sucede en la UE, permite un mejor abordaje del crimen transnacional. Además, el organismo así creado tendría una importante capacidad de impulsar la creación de equipos conjuntos de investigación. En todo caso, somos conscientes de las dificultades para instaurar una agencia como Eurojust en América Latina porque las condiciones no son las mismas que en Europa, lo que no es óbice, como señala Bustos, para realizar el esfuerzo concreto de intentar establecer un organismo de este tipo.

5. LA ENTREGA DE PERSONAS INVESTIGADAS, ACUSADAS Y CONDENADAS POR DELITOS DE CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

La imposición de una pena y su cumplimiento son esenciales para que aquella cumpla su finalidad disuasoria. De hecho, como ya dijo Beccaria en *De los delitos y de las penas*, disuade más la certeza y la prontitud de la pena que la dureza de la misma. Es decir, lo relevante no es prever penas exacerbadas para los delitos, en este caso, de corrupción, sino disponer de herramientas tales que aseguren que el responsable de un delito será puesto a disposición de la justicia y enjuiciado en un tiempo breve. Además, en caso de ser condenado, el cumplimiento de la pena debería también realizarse lo antes posible. Esto es lo que puede disuadir a otras personas (prevención general) e incluso a la misma (prevención especial) de cometer delitos en el futuro. Por el contrario, si el responsable de un hecho delictivo sabe de la escasa posibilidad de que se le imponga una condena o de cumplirla una vez impuesta, la finalidad disuasoria de la pena se desvanecerá.

Esto no es infrecuente en casos de corrupción, que suelen dilatarse en el tiempo por lo complicada que es la investigación. De hecho, no es extraño ver en cada uno de nuestros países casos en los que: (a) cerrada la fase de instrucción, muchos de los presuntos responsables no serán acusados por lo complejo que es obtener elementos probatorios; (b) finalizado el juicio oral, las posibilidades de condena son escasas precisamente porque la instrucción apenas llevó a obtener elementos probatorios determinantes; y (c) el acusado no entra en prisión tras su condena porque se buscan fórmulas para evitarlo (legales como el indulto, o ilegales como la huida).

Cuando el responsable huye del territorio de un Estado, buscando refugio en otro, los Estados deben poner en marcha toda una maquinaria que permita, o bien, el enjuiciamiento de esta persona por los tribunales competentes (esa competencia se habrá determinado en atención a los principios jurisdiccionales ya mencionados), o bien el cumplimiento de la pena cuando la persona ya ha sido enjuiciada y condenada. En esta obra se han analizado los mecanismos existentes, en el marco de la asistencia legal mutua, para la entrega

de personas investigadas, acusadas y condenadas por un delito, con el fin de comprobar en qué medida esos mecanismos pueden ser idóneos para combatir la corrupción asociada al COT. De entrada debe distinguirse la entrega de investigados y acusados, de la entrega de condenados, porque, como señala Carrillo del Teso (capítulo 10), la incidencia en el combate contra la corrupción asociada al COT no parece ser la misma, debido a que esta última no facilita la investigación del delito, por lo que puede afirmarse que su efecto en dicho combate es menor.

5.1. La entrega de personas investigadas y acusadas por delitos de corrupción transnacional

Para favorecer la investigación y el enjuiciamiento de cualquier delito, incluyendo la corrupción asociada al COT, cuando el presunto responsable ha huido a otro país, se hace imprescindible recurrir a los mecanismos de asistencia legal mutua para conseguir la entrega de esa persona al Estado que lo reclama por ser el competente para el conocimiento de la causa. Entre las formas clásicas de la asistencia legal mutua se halla la extradición, cuya finalidad primordial es que el responsable de un hecho delictivo no eluda la acción de la justicia refugiándose en otro Estado. Con el tiempo, de la extradición se ha ido evolucionando hacia formas de entrega simplificadas menos formalistas y, por lo tanto, más ágiles, que la extradición.

5.1.1. La extradición

Los instrumentos internacionales en materia de corrupción y crimen organizado contienen preceptos específicos para instar a los Estados a hacer uso de esta institución para favorecer el castigo penal de los responsables. Incluso coinciden en afirmar que el propio tratado internacional en la materia (por ejemplo, las Convenciones de Palermo, de Mérida o de la OCDE) podrá servir de base legal para favorecer la extradición cuando entre los Estados no exista un tratado sobre esta institución.

En el análisis de las diferentes legislaciones nacionales de referencia, debe destacarse que España, como país de la UE es completamente diferente del resto. España ha tenido que adaptar su legislación a las demandas de esta organización, para lo cual se han aprobado diversas normas, siendo la última la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Ello permite que España coopere con Estados miembros de la UE de manera mucho más rápida y eficaz que con otros países, tanto para la investigación de delitos de corrupción asociada al COT, como de cualquier otro delito. Además, la legislación española también tiene en cuenta cómo gestionar la extradición con otros países fuera de la UE. Para estos casos, se debe acudir a la Ley de extradición pasiva, así como a los convenios que ha suscrito España en materia de extradición o, a los convenios anticorrupción, que pueden servir de base legal cuando no haya tratado entre las partes.

Fuera del ámbito latinoamericano, EE. UU., el otro país de referencia, también cuenta con legislación específica en materia de extradición, si bien, suele acudir normalmente a los convenios bilaterales firmados con otros Estados o a las convenciones en materia de corrupción y crimen organizado, que le sirven de base legal.

En los países latinoamericanos de referencia, destaca López (capítulo 6) el importante papel que han tenido las convenciones sobre extradición y corrupción para armonizar en la región la normativa sobre esta materia. Asimismo, destaca que en todas las legislaciones analizadas se tienen en cuenta los principios de reciprocidad, doble incriminación y especialidad; principios que han de estar presentes en todos los procedimientos de extradición que se lleven a cabo con estos Estados.

No obstante, la participación de los Estados en redes internacionales de cooperación judicial ha llevado a relajar la comprobación de algunos de estos requisitos, dado que estas redes intentan asentarse en la confianza mutua. Por lo que respecta a la regulación en Colombia, país al que se le dedica especial atención en esta obra, debe destacarse que su estrategia legislativa se asemeja, como señala López, a la de países como España, Chile y Perú, quienes, además de la cobertura jurídica aportada por las convenciones internacionales y los tratados bilaterales y multilaterales firmados con otros Estados, basan

su regulación en la normativa procesal, y siempre con la cobertura constitucional. Es decir, este país realiza un esfuerzo específico en la regulación de los procesos de detención y entrega tanto en lo que se refiere a las autoridades implicadas en el procedimiento como a la documentación a presentar y las garantías a observar. No obstante, en el caso de Colombia debe criticarse que para la extradición pasiva su normativa exige que el delito esté castigado en Colombia con una pena privativa de libertad cuyo límite mínimo no sea inferior a cuatro años, lo que no parece estar en línea con la Convención interamericana sobre extradición de 1981, que pone el límite en dos años.

Del análisis de las legislaciones estudiadas, se puede concluir que, en general, todas cumplen con la normativa internacional y regional de referencia. Sin embargo, esto no significa que sean sistemas eficaces para luchar contra la criminalidad actual. Además, no existen disposiciones específicas en relación con la corrupción y el COT porque los Estados no tienen un listado de delitos respecto de los cuales sí se puede conceder la extradición y un listado respecto de los que no. Lo que sí hacen las legislaciones nacionales es excluir la extradición respecto de determinados delitos como los políticos o los que tienen atribuidas en el otro Estado penas de muerte u otras penas inhumanas o degradantes. En ninguno de los países analizados se excluye la extradición por delitos de corrupción asociada al COT.

En consecuencia, cabe afirmar que la extradición es un mecanismo imprescindible para lograr llevar ante la justicia a los responsables de hechos de corrupción. Sin embargo, es un mecanismo, como señala López, excesivamente formal, muy rígido, lo que impide una cooperación ágil entre los Estados que lleve a procedimientos penales más exitosos. Es por ello que lo deseable sería evolucionar hacia otros instrumentos como las entregas simplificadas, instrumentos asentados sobre la confianza mutua que pueden hacer que la lucha contra la criminalidad transnacional sea mucho más eficaz.

5.1.2. La entrega simplificada

Desde los instrumentos internacionales de referencia en materia de corrupción y crimen organizado se insta a los Estados a incorporar a sus legislaciones una regulación tal que permita la entrega de

personas investigadas o acusadas superando el formalismo de la extradición. Se solicita, por ejemplo, simplificar los requisitos relativos a la forma y las vías de transmisión de las solicitudes de extradición, así como las normas probatorias en materia de extradición.

Como señala Bustos, los instrumentos regionales en América Latina, a diferencia de los adoptados en la UE, contienen férreas exigencias en cuanto a la comprobación de requisitos como la reciprocidad y la doble incriminación, que dificultan la automaticidad de la entrega y generan dilación en cuanto a los plazos, impidiendo las entregas simplificadas. Solo en algunos de ellos se aprecian avances significativos, como sucede con el Acuerdo sobre la Orden Mercosur de Detención y los Procedimientos de Entrega entre los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados. En él, la llamada orden Mercosur de detención aligera algunos requisitos, estableciéndose, por ejemplo, que la entrega tendrá que producirse en un plazo de 15 días a contar desde la notificación a la autoridad central de la parte emisora de la decisión definitiva emitida por la autoridad judicial competente sobre la entrega de la persona requerida. Se aprecia, por lo tanto, aquí un avance significativo respecto de instrumentos anteriores.

En la UE, la confianza mutua entre los Estados miembros ha permitido importantes avances en lo que se refiere a la entrega simplificada de personas. La orden europea de detención y entrega (Eu-roorden) presenta numerosas ventajas, entre las que destacan, como afirma Bustos: (a) la supresión de los tradicionales requisitos de los procedimientos de extradición, sustituyendo el principio rogatorio por uno de mutuo reconocimiento entre Estados; (b) la desaparición de los clásicos motivos de denegación de la entrega; (c) el reconocimiento automático de las solicitudes judiciales de otro Estado; (d) la restricción o supresión del margen de oportunidad y discrecionalidad política, pasando el control de manos del Poder Ejecutivo al Poder Judicial, más garantista; (e) la homogeneidad de los formularios del proceso; (f) la reducción de los tiempos de entrega; (g) la flexibilidad procedimental en caso de que el reclamado consienta en la entrega (esto ya se ha logrado en otros ordenamientos como Colombia y Perú); (h) la ausencia del requisito de la doble tipificación en relación con determinadas figuras delictivas; y (i) un completo garantismo y respeto por los derechos humanos.

Salvo en el caso de España, por pertenecer a la UE, no se encuentra en la legislación de los países analizados un procedimiento simplificado de entrega que podría ser similar a la Euroorden. Esto llama la atención pues algunos de los países analizados sí se encuentran vinculados por el Acuerdo sobre la Orden Mercosur de Detención y los Procedimientos de Entrega, pero parecen haber hecho caso omiso del Acuerdo. Solo Colombia y Perú han incorporado a sus legislaciones la posibilidad de una suerte de entrega simplificada cuando el sujeto consiente ser extraditado. Pero este tipo de mecanismos, al requerir el consentimiento del sujeto, distan de parecerse a la Euroorden, que se asienta sobre la confianza mutua entre los Estados. Finalmente, debe concluirse que en ninguna de las legislaciones analizadas se prevén disposiciones específicas para la entrega simplificada de personas en casos de corrupción asociada al COT.

5.2. El traslado de personas condenadas para cumplir una pena de prisión por un delito de corrupción transnacional

Hasta las últimas décadas del pasado siglo no se abrió la puerta, en los instrumentos internacionales, a la cooperación jurídica internacional para el traslado de personas condenadas pues se entendía que la ejecución de una pena pertenecía a la soberanía de los Estados: quien la imponía la debía hacer cumplir. Con el tiempo, se ha ido avanzado en este punto, aunque en el ámbito concreto de la corrupción, no es una medida, como señala Carrillo del Teso (capítulo 10), especialmente significativa porque no está orientada a facilitar la investigación o el enjuiciamiento, ni a conseguir una condena, como sí sucede con otras medidas ya valoradas en este trabajo como la extradición, las entregas simplificadas o los equipos conjuntos de investigación.

Las razones para trasladar a una persona a otro país para la ejecución de una pena privativa de libertad se asocian con los fines que debe cumplir la pena, aunque no se agotan ahí. Se puede trasladar a un condenado, por ejemplo, para facilitar la resocialización del penado, por razones humanitarias, para reforzar la aplicación y vigencia de la ley, o incluso por razones diplomáticas. En este trabajo

se ha puesto el foco en la resocialización del condenado a una pena privativa de libertad por un delito de corrupción.

Como señala Carrillo del Teso, tradicionalmente se había entendido que para este tipo de delincuentes, que podrían encajar en la definición de delincuente de cuello blanco de Sutherland, no tenía sentido la labor de reeducación y reinserción social pues son gente plenamente insertada en la sociedad. Es decir, no se cumplía en ellos la creencia de ser personas excluidas socialmente; población para cuya “reforma” se configuró la prisión. Sin embargo, la consideración de estos delincuentes como no necesitados de resocialización ha ido cambiando. De hecho, la propia Convención de Mérida (art. 30) obliga a los Estados a promover la reinserción social en el caso de personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la Convención.

En el mundo académico y también en la práctica, cada vez son las voces que abogan por una intervención dirigida a modificar la conducta de los delincuentes de cuello blanco, al haber realizado comportamientos antisociales. La reinserción de estas personas no pasa por la mera ejecución de la pena de prisión, sino que es necesaria una intervención penitenciaria *ad hoc*, como señala Carrillo del Teso, adaptada al perfil del condenado y al delito cometido. Es por ello que la cooperación jurídica internacional en este ámbito entendemos que puede cumplir un importante papel para la reinserción del condenado. Si bien es una medida que, en primera instancia, no parece que vaya a facilitar la lucha contra la corrupción asociada al COT, es una medida que no debe ignorarse en el Estado social pues sirve para dar cumplimiento al mandado resocializador que recogen expresamente las Constituciones de muchos Estados, como es el caso de España, o instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se integran en los textos constitucionales de otros países por la vía del bloque de constitucionalidad, como es el caso de Colombia. Además, en último término, puede incluso afirmarse que reinsertar al corrupto es una medida que puede contribuir a combatir la corrupción porque contribuye a evitar que éste vuelva a ser sujeto protagonista de la corrupción en el futuro.

6. LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN

Como señala Benito (capítulo 7), los instrumentos internacionales contra la criminalidad transfronteriza han puesto el foco en nuevas herramientas que favorezcan una persecución más eficaz de los delitos transnacionales, entre ellos, la corrupción asociada al COT. Entre las nuevas herramientas para investigar la criminalidad transfronteriza están los equipos conjuntos de investigación (ECI): mecanismos de asistencia jurídica mutua que se crean por un acuerdo entre las autoridades competentes de dos o más Estados por un tiempo limitado para llevar a cabo investigaciones penales en uno o más de los Estados implicados.

Si bien los instrumentos internacionales elaborados en el seno de las Naciones Unidas abordan de manera muy limitada los ECI (a pesar de que en todos ellos se menciona la necesidad de reforzar la asistencia jurídica mutua), los instrumentos regionales son, por el contrario, mucho más avanzados, destacando los del ámbito europeo, que han alcanzado un elevado grado de desarrollo, concretando temas como la formación del equipo, la composición y el funcionamiento.

En el ámbito latinoamericano, los instrumentos de referencia han tomado como ejemplo los documentos europeos, aunque tienen algunas limitaciones respecto de éstos. En concreto, el Acuerdo de Mercosur sobre ECI tiene un ámbito de aplicación geográfico muy pequeño, y el Convenio sobre ECI de la Conferencia de Ministros de Justicia de Países Iberoamericanos (COMJIB) no ha entrado aún en vigor pese a que se adoptó hace una década. En consecuencia, los países de la región latinoamericana no cuentan con una base legal vinculante suficientemente sólida para la creación de ECI, debiendo recurrir a las vagas disposiciones de las Convenciones de Palermo y Mérida para fundamentar acuerdos bilaterales o multilaterales.

Los instrumentos europeos, a pesar de ser más avanzados, adolecen también de determinados déficits que deben ser superados para una lucha más eficaz contra la criminalidad transfronteriza. Entre ellos destacan los siguientes:

1. Se presentan problemas sobre cómo hacer valer la prueba obtenida en el territorio de un Estado que participa en el ECI en un proceso en otro Estado que también participa en el ECI, lo que sucede especialmente cuando en la obtención de la prueba se han visto afectados derechos fundamentales porque algunos Estados pueden exigir requisitos adicionales como la autorización judicial (requisitos que, de no cumplirse, impedirían la admisión de la prueba).
2. Pueden aparecer problemas sobre cómo un miembro del ECI debe trasladar información que proceda de una investigación nacional al resto de miembros del ECI (esta cuestión se omite totalmente en la normativa europea).
3. No se determina cuál puede ser el objeto de la investigación (un hecho concreto o tipologías delictivas como el terrorismo), ni se deja claro si estructuras organizativas podrían ser investigadas por el ECI, con independencia del tipo de delito que comentan (por ejemplo, una empresa en el marco de la cual se pueden cometer delitos varios como el lavado de activos, el cohecho, las falsedades documentales y el fraude fiscal).
4. Se deja abierto el tema de quién es la autoridad competente para autorizar la creación de un ECI, de manera que algunos Estados han optado por una autoridad de carácter judicial mientras que otros han optado por una de carácter político (para Benito, permitir que sean autoridades políticas las que decidan engendra el riesgo de que sean otros los motivos, más allá de los meramente procesales, los que determinen la creación o no de un ECI).
5. Otros problemas pueden aparecer si en el acuerdo constitución del ECI no se regulan adecuadamente los siguientes aspectos: (a) la elección de la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de los hechos investigados por el ECI (esto deberá quedar claro para evitar duplicidades e incluso posibles vulneraciones del principio *non bis in idem*); (b) si se podrá usar procesalmente la información obtenida por un ECI creado para investigar delitos diferentes de aquellos que han acabado aflorando; (c) concretar qué funciones tendrán los

miembros destinados al ECI, es decir, miembros extranjeros que van a operar en otro Estado. Se tiene que delimitar, en particular, si pueden o no participar en la obtención de elementos probatorios, como interrogatorios. Lo que se concluya puede ser determinante para que el Estado al que pertenece este miembro destinado admita como prueba la información recabada.

Con respecto a las legislaciones nacionales de los países de referencia, se puede concluir que los europeos (España e Italia) siguen la senda de la normativa UE. Ambos poseen una legislación específica al respecto para dar cumplimiento a la Decisión Marco 2002/465/JAI, aunque la de Italia es muy posterior en el tiempo. Destaca el papel de España, que ya había constituido ECI con Francia para investigar el terrorismo de ETA incluso antes de la adopción de la Decisión Marco. No obstante, entre España e Italia se observan algunas diferencias. Por ejemplo, la autoridad competente en Italia es el fiscal, mientras que en España hay diversas opciones, que incluyen autoridades tanto judiciales como políticas. Además, Italia no permite la participación de miembros de organismos europeos como Eurojust, a diferencia de España. Asimismo, Italia no ha transpuesto el art. 17.1 de la Decisión Marco que permite a un miembro destinado pedir a su propio Estado la adopción de determinadas medidas en relación con la investigación, cosa que sí ha hecho España.

Las diferencias entre ambos Estados pueden llevar en la práctica a una merma en la eficacia de los ECI, de ahí que sea necesario abordar determinadas reformas legales para conseguir una verdadera armonización de las legislaciones nacionales. Por ejemplo, sería deseable concretar: (a) si la solicitud de creación de un ECI requiere una comisión rogatoria o no; (b) si es necesario que existan investigaciones previas en ambos Estados; (c) si se va a exigir o no el requisito de la doble incriminación; (d) qué funciones tiene el jefe del equipo y qué derechos tienen los miembros destinados; y (e) los criterios para seleccionar la jurisdicción competente. Además, sería deseable que ambos Estados aprobaran normas para la creación de ECI con Estados no miembros de la UE.

En cuanto a EE. UU., la creación de ECI con este país es complicada, por las diferencias esenciales entre países de *common law* (como los

anglosajones) y de tradición romano-germánica (como los europeos y los latinoamericanos). Para crear un ECI con EE. UU. hay que estar a lo dispuesto en los tratados bilaterales y multilaterales en materia de asistencia jurídica mutua. En los tratados firmados con países de América Latina, como Argentina, Brasil y México no se mencionan los ECI. En el acuerdo firmado con la UE solo se habla de los ECI de soslayo, para indicar que: (a) las autoridades competentes se comunicarán directamente entre sí a los efectos de crear un ECI; y (b) cuando el ECI necesite que se tomen medidas de investigación en uno de los Estados que configuran el equipo, un miembro nacional de dicho Estado podrá solicitar a las autoridades competentes que tomen estas medidas sin necesidad de recurrir a los cauces clásicos de la asistencia legal mutua. En todo caso, el modo de proceder de EE. UU. para la investigación del crimen transfronterizo no parece encajar en la definición de ECI de los instrumentos internacionales, pues lo que el país suele realizar son investigaciones separadas o, como mucho, investigaciones paralelas para después recurrir al intercambio de información a través de los cauces clásicos de la asistencia legal mutua, ignorando así las ventajas de los ECI.

En los países de América Latina analizados (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú) se observa un escaso desarrollo de los ECI. Aunque todos los Estados han ratificado las Convenciones de Palermo y Mérida, que imponen obligaciones en este punto, no han hecho lo propio con los tratados regionales (Acuerdo Mercosur y Convenio COMJIB). Ninguno de los países analizados tiene base legal nacional en la que apoyarse para la creación de los ECI. Quizá sea esta la razón por la que hasta el momento las experiencias son escasas, aunque sí se han formado algunos equipos para investigar, por ejemplo, la trata de personas (entre Brasil y Paraguay) o el de tráfico de drogas y el lavado de activos (Chile, Colombia y Ecuador).

La excepción en los países de América Latina es Colombia, que sí cuenta con una base jurídica en la que apoyarse para la creación de ECI, aunque se limita a ciertas menciones en el Código de Procedimiento Penal y en la Ley 1908 de 9 de julio de 2018. Pero lo que ha hecho Colombia es firmar acuerdos bilaterales para la creación de ECI, como los que tiene con España e Italia. Estos acuerdos toman como base la normativa UE en la materia, por lo que pueden consi-

derarse de avanzada. Justo al cierre de estas líneas, Chile y Colombia firmaban también un acuerdo para la creación de un ECI en materia de tráfico de drogas y recuperación de activos.

En definitiva, los ECI son un instrumento eficaz para el combate de la delincuencia transfronteriza, como puede ser la corrupción asociada al COT porque gracias a los mismos se desarrolla un ágil sistema para el intercambio de información y pruebas, que es más rápido que los clásicos mecanismos de asistencia jurídica mutua, redundando en investigaciones más exitosas. Además, con los ECI se evitan las investigaciones paralelas entre diferentes Estados, eliminándose duplicidades que podrían derivar incluso en la vulneración del principio de *non bis in idem* cuando desde diferentes jurisdicciones se pretendan enjuiciar unos mismos hechos. Los ECI permiten, además, utilizar de manera prácticamente automática en el proceso penal de un Estado elementos probatorios recabados en otro, siempre que se cumpla con la legislación del primero, lo que puede favorecer el enjuiciamiento, y eventualmente la condena, de los responsables de corrupción.

7. LAS INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS

En un intento por mejorar la investigación de los delitos vinculados al COT, que han alcanzado tanta complejidad en los últimos años, diversos instrumentos normativos internacionales y algunos ordenamientos nacionales han regulado técnicas especiales de investigación, entre las que se encuentran las investigaciones u operaciones encubiertas. Como explica Benito (capítulo 8), la investigación u operación encubierta es una técnica con la que se pretende obtener información acerca de un delito sin alertar a la persona investigada, que lleva a cabo, esencialmente, un funcionario de la policía (aunque en algunos países pueden intervenir otras personas) con los objetivos de dismantelar la organización y de reunir elementos probatorios que puedan usarse en un procedimiento penal y enervar la presunción de inocencia de la persona acusada.

Esta técnica se muestra especialmente eficaz para detectar e investigar delitos asociados al crimen organizado pues permite obtener

una información que con técnicas menos invasivas no sería posible conseguir o sería muy complicado. Especialmente, es útil para investigar la corrupción pues, por definición, los delitos de corrupción permanecen ocultos a las autoridades. Por esta razón, el agente encubierto o infiltrado puede ser el único mecanismo para tener conocimiento de la comisión de un delito de corrupción y para denunciarlo y que dé comienzo el procedimiento penal. Estos beneficios son destacados por organismos como Naciones Unidas, la OCDE y el Consejo de Europa, muy implicados en la lucha contra la corrupción transnacional. Sin embargo, este tipo de técnicas también presenta problemas.

En primer lugar, algunas de estas técnicas especiales de investigación, como las investigaciones encubiertas (pero también las entregas vigiladas o la vigilancia electrónica de sospechosos) pueden no ser siquiera legales conforme a algunas legislaciones, por la posible afectación a derechos fundamentales, lo que dificultará en exceso la cooperación jurídica internacional cuando se haga uso de esta técnica para recabar elementos probatorios. Para evitar esto, se debería apostar por la armonización en este ámbito, regulando este tipo de técnicas de una manera similar en los diferentes Estados.

En segundo lugar, y unido a lo anterior, un problema de las operaciones encubiertas es su posible afectación a los derechos fundamentales de la persona investigada, como el derecho a la intimidad u otros derechos asociados al debido proceso, como el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Si durante la operación encubierta se quebrantan estos derechos, las pruebas obtenidas no podrán incorporarse a un proceso penal, por eso debe estar muy presente el principio de proporcionalidad a la hora de autorizar la operación encubierta.

Un tercer problema es el relativo a los elementos probatorios obtenidos durante una operación encubierta en una determinada jurisdicción pero que pretenden ser utilizados en otra durante el proceso penal, cuando las exigencias para su obtención son diferentes en sus respectivas legislaciones (p. ej., la autorización judicial, el tiempo que puede durar la infiltración del agente, etc.).

Los instrumentos internacionales de ámbito universal analizados muestran entusiasmo por el uso de las investigaciones encubiertas, pero sus articulados son excesivamente vagos, lo que no ayuda a hacer uso de una técnica tan controvertida como esta. No detallan apenas nada en lo relativo a su regulación, quedando todo a expensas de las legislaciones nacionales, que pueden presentar importantes diferencias. Tampoco ofrecen detalles sobre los mecanismos de cooperación jurídica internacional disponibles en su aplicación, por lo que parece que habrá que hacer uso de los cauces tradicionales, salvo que se pretenda usar dentro de un ECI.

En los instrumentos regionales se observan notables diferencias entre los procedentes de Europa y América Latina. En el ámbito europeo se encuentra regulación de esta técnica en instrumentos de *hard law*, mientras que en el ámbito latinoamericano solo se hallan en instrumentos de *soft law*. En todo caso, los instrumentos europeos adolecen de ciertas deficiencias en cuanto a la regulación de esta técnica, pues son tan poco detallados como los de Naciones Unidas, por lo que todo queda al albur de las legislaciones nacionales. Es significativo que, en el ámbito europeo, los instrumentos no sean más precisos y no resuelvan algunas de las cuestiones problemáticas que se han mencionado anteriormente, como los problemas relacionados con el uso de los elementos probatorios en Estados distintos a aquellos donde han sido obtenidos por medio de operaciones encubiertas.

En cuanto a los sistemas nacionales, en España y EE. UU. esta técnica está permitida por la legislación y se emplea para investigar el crimen organizado. La cooperación judicial internacional respecto a las investigaciones encubiertas es, sin embargo, complicada, esencialmente por las diferencias entre los sistemas de *common law* y los de tradición romano-germánica. A esto se añade que España, como país de la UE, se encuentra vinculada por una normativa más precisa en materia de derechos fundamentales de las personas investigadas, lo que hace que la información obtenida por medio de operaciones encubiertas realizadas en terceros países que puedan afectar derechos fundamentales y no hayan sido autorizadas judicialmente (como exige la legislación española), no sean admisibles en España.

Entre los países de América Latina analizados se observan también discrepancias en las diferentes regulaciones, lo que puede complicar la asistencia jurídica mutua en relación con las investigaciones encubiertas. Las diferencias aparecen, por ejemplo, en: (a) el listado de delitos que pueden ser objeto de las mismas (entre los que no suele estar, por cierto, la corrupción, aunque sí el crimen organizado); (b) las personas que pueden ser agentes encubiertos, admitiéndose en Chile, Colombia y Perú la participación de particulares, pese a lo peligroso de las investigaciones encubiertas y a la posible afectación a través de esta técnica a derechos fundamentales del sospechoso; y (c) la duración de la operación encubierta. Además, ningún país tiene previsiones específicas sobre cooperación judicial internacional en materia de operaciones encubiertas, por lo que habrá que acudir a los cauces tradicionales, excesivamente formalistas, como ya se ha comentado.

En definitiva, las operaciones encubiertas se presentan como una técnica que, si bien podría permitir una lucha más eficaz contra la corrupción, puede enfrentar serios inconvenientes debido a su dispar regulación en cada Estado. Además, si bien podrían ser utilizadas en el marco de un ECI entre diferentes Estados, no es menos cierto que tendrían que enfrentar los problemas arriba mencionados en relación con los ECI. Para superar los mismos es necesario que en los acuerdos de constitución de los ECI se establezca la posibilidad de recurrir a esta técnica, para que así los elementos probatorios recabados puedan usarse sin problemas en cualquiera de las jurisdicciones implicadas.

8. LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL PARA LA RECUPERACIÓN Y RESTITUCIÓN DE ACTIVOS PROCEDENTES DE LA CORRUPCIÓN

Como pone de manifiesto Benito (capítulo 9), la estrategia actual contra la corrupción no puede entenderse completa si solo se centra en la prevención y el castigo penal de las conductas. La estrategia debe completarse con la recuperación de las ganancias derivadas de esta modalidad delictiva (es decir, con la privación de las ganancias

al delincuente) y con su restitución a los legítimos propietarios, a las víctimas o a los Estados. De este modo, se desincentiva a potenciales corruptos, mandando el mensaje de que el delito no resulta provechoso (*crime does not pay*) y se dificulta que el dinero de procedencia ilícita se invierta en nuevas actividades, lícitas o ilícitas. Una vez que se le ha privado al delincuente de los activos procedentes del delito, el siguiente paso es proceder a su gestión, lo que incluye la restitución.

Para recuperar y restituir las ganancias procedentes de la corrupción se hace imprescindible la asistencia jurídica internacional pues esos activos se pueden encontrar, como de hecho sucede habitualmente en la práctica, en otras jurisdicciones. La comunidad internacional no es ajena a este problema, y todos los instrumentos internacionales y regionales en materia de corrupción han puesto el foco en el decomiso de los activos derivados del delito, aunque no todos lo han hecho con la misma intensidad, ni del mismo modo.

A nivel internacional, hay notables diferencias entre la Convención de la OCDE y las Convenciones de Naciones Unidas, pues el primero apenas toca el tema. Así mismo, entre las Convenciones de Palermo y Mérida se aprecia un avance toda vez que la segunda considera “principio fundamental” la recuperación de activos, y dedica todo un capítulo a esta materia. También se aprecia una diferencia entre ambos textos en lo relativo a las disposiciones genéricas sobre asistencia jurídica mutua, pues pese a que en las dos convenciones existe un artículo con treinta numerales para regular el tema, solo en la Convención de Mérida se mencionan expresamente, entre las medidas para las cuales los Estados han de presentarse asistencia, dos relacionadas con la materia que nos ocupa. A saber, se insta a los Estados a prestarse la más amplia asistencia jurídica mutua para: (a) identificar, embargar con carácter preventivo y localizar el producto del delito; y (b) recuperar activos.

Otra disimilitud aparece en lo relativo a las causas para negar la asistencia legal mutua, porque la Convención de Mérida quiere limitar la negativa con base en el principio de doble incriminación. Por ello, se insta a los Estados a que cooperen aunque no se cumpla este principio. Solamente, cuando la medida solicitada por otro Estado es coercitiva, como el decomiso, los Estados sí pueden negarse

a cooperar si no se cumple este principio. En el ámbito de la UE este requisito ya no se exige para cooperar en materia de embargo y decomiso, gracias a los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

Las diferencias entre las Convenciones de Palermo y Mérida también se observan en punto a la restitución de los activos procedentes del delito. En la primera todo se deja a expensas de los acuerdos que celebren las partes. En la segunda se deja menos margen de acción, obligando a los Estados, por ejemplo, en el caso de que el delito del que proceden los bienes sea de malversación o de blanqueo de fondos públicos malversados a la devolución al Estado requirente.

En el ámbito regional, las diferencias entre los instrumentos europeos y latinoamericanos son también significativas, especialmente si, dentro de Europa, se pone el foco en la normativa de la UE. Los documentos procedentes del Consejo de Europa se asemejan a las Convenciones de Palermo y Mérida en cuanto a la disposición que señala que los Estados que reciban una solicitud de decomiso habrá de darle curso bien ejecutándola directamente, bien solicitando a sus autoridades una orden interna que, en caso de concederse, se deberá dar cumplimiento. El Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa no señala nada respecto a qué hacer con los bienes decomisados, mientras que el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo indica que deberá seguirse lo dispuesto en el Derecho interno, aunque señala que se dará prioridad —siempre que lo permita la normativa interna— a la devolución al Estado requirente para que compense a las víctimas o restituya los bienes a las víctimas o a los legítimos propietarios.

El instrumento europeo más avanzado en la materia es el Reglamento (UE) 2018/1805, ya que, asentado sobre el principio de confianza mutua, contiene un sistema mucho más ágil que los instrumentos anteriores. En la UE, si la orden de embargo o decomiso deriva de un delito listado en el propio Reglamento (entre los que se incluye la corrupción), los Estados están obligados a ejecutarla sin necesidad de comprobar la doble incriminación. En lo relativo a la disposición de los bienes decomisados, el Reglamento da prioridad claramente a la indemnización y restitución a las víctimas. Además,

concreta algunas cuestiones que en los instrumentos anteriores solo se anuncian vagamente. Por ejemplo, mientras que otros instrumentos internacionales hablan de que la asistencia legal mutua debe ser “pronta” o “sin dilaciones”, el reglamento señala que la orden de decomiso deberá ejecutarse en el plazo de 45 días tras recibir el certificado.

Los instrumentos analizados aplicables a los Estados latinoamericanos no son muy avanzados, lo que probablemente tenga su causa, entre otras razones, en que son los más antiguos, pues se adoptaron a mediados de los noventa. Por ejemplo, la Convención de Nassau obliga a los Estados a reconocer órdenes de embargo preventivo y de secuestro de bienes emitidas por otros Estados, siempre que se cumpla el requisito de la doble incriminación, pero no contiene indicaciones en su articulado sobre la disposición de los bienes. El Protocolo de San Luis es muy similar a la Convención de Nassau, con la excepción de que, al referirse a la disposición de los bienes decomisados, abre la puerta a la posibilidad de transferir a otros Estados los bienes decomisados o el producto de su venta, como también lo hace la Convención de Caracas.

En definitiva, salvo en el ámbito de la UE, donde se ha diseñado un sistema mucho más ágil dentro del espacio judicial europeo, existe gran dispersión normativa a nivel internacional y regional en materia de cooperación judicial internacional con fines de embargo y decomiso que puede llegar a ser un obstáculo para una asistencia jurídica mutua fluida. En el ámbito latinoamericano se ha avanzado a este respecto, especialmente con la creación y desarrollo de IberRed, un paso transcendental para el progreso hacia un espacio judicial iberoamericano que permita una lucha más eficaz contra formas de delincuencia transfronteriza como la corrupción asociada al COT.

En cuanto a las legislaciones nacionales, España y EE. UU., cumplen, al menos, formalmente las disposiciones de los instrumentos de Naciones Unidas en materia de asistencia jurídica mutua con fines de embargo y decomiso. De hecho, EE. UU. ha declarado directamente aplicable el art. 46 de la Convención de Mérida, dedicado a la asistencia jurídica mutua. La cooperación de EE. UU. con otros países para la recuperación y restitución de activos se asienta, esencialmente, sobre los tratados bilaterales.

En el caso de España, para la cooperación con países que no pertenecen a la UE, se puede recurrir también a la Convención de Mérida o a los tratados bilaterales. Estos cauces suelen ser laboriosos y lentos. Un avance con los Estados que no son miembros de la UE es IberRed, que permite una cooperación judicial internacional más ágil con los países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. Si la asistencia legal mutua para embargo y decomiso implica a un Estado miembro de la UE, todo funciona de manera más fluida pues España se encuentra vinculada por la normativa UE ya comentada. En los dos países, España y EE. UU. se permite la devolución de bienes decomisados a otros países.

A la vista de las legislaciones internas de ambos países, se puede concluir que ambos podrían realizar esfuerzos para mejorar la cooperación jurídica internacional en la práctica, especialmente con países que suelen ser destinatarios de las ganancias ilícitas y que son reacios a cooperar. Es indispensable superar los cauces clásicos que ralentizan la cooperación y que, por ende, pueden favorecer a los delincuentes, que ven ampliadas sus posibilidades de disfrutar del dinero procedente del delito. Para ello, es imprescindible fomentar la confianza mutua que lleve a cooperar a través de mecanismos informales más eficaces.

Los países del ámbito latinoamericano analizados presentan similitudes y diferencias en el abordaje de la cooperación jurídica mutua con fines de embargo y decomiso. Los países que cuentan con una legislación más detallada son Argentina, México y Perú, que poseen normas específicas en materia de asistencia judicial recíproca. Chile tiene una regulación muy modesta, y Brasil no posee ninguna norma al respecto. Esto hace que los países se enfrenten a las solicitudes extranjeras de reconocimiento y ejecución de resoluciones de embargo y decomiso de manera muy diversa: acudiendo a las normas internas (quienes las tienen), a tratados bilaterales o multilaterales o al principio de reciprocidad. En todo caso, los países analizados forman parte de redes internacionales como IberRed, GAFILAT o el Grupo Egmont, a través de las cuales se puede solicitar asistencia de manera informal y proceder más ágilmente para que las ganancias ilícitas no se evaporen.

Las legislaciones de Argentina, México y Perú permiten expresamente reconocer y ejecutar resoluciones extranjeras de decomiso, aunque deben cumplirse ciertos requisitos, como la doble incriminación o la firmeza de la sentencia. Brasil y Chile no tienen disposiciones específicas al respecto. No obstante, podrían hacer uso del articulado de la Convención de Mérida para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras. Las diferencias entre las legislaciones se aprecian también en lo relativo a la disposición de los activos decomisados. En este sentido, Argentina, México y Perú permiten expresamente compartir los bienes decomisados con otros Estados, respetando siempre los derechos de terceros de buena fe. Brasil y Chile no regulan esta cuestión, aunque podrían acceder a compartir los bienes tomando como referencia la Convención de Mérida. En ninguno de los cinco países se prevén disposiciones específicas en materia de recuperación de activos procedentes de delitos de corrupción.

La legislación de Colombia es sin duda la más avanzada en la región. Se recogen normas al respecto tanto en su Código de Procedimiento Penal como en su Ley de Extinción de Dominio. Y para lo no regulado expresamente se puede hacer uso de las convenciones internacionales y de los tratados bilaterales que ha suscrito, o incluso se puede acudir al principio de reciprocidad. El país presta asistencia no solo a través de los mecanismos formales, sino también a través de IberRed, GAFILAT o el Grupo Egmont.

La legislación colombiana no contiene un listado de delitos respecto de los cuales se puede cooperar, por lo que la asistencia legal mutua es posible en todos los delitos, incluida la corrupción asociada al COT. Además, Colombia coopera sin necesidad de que exista doble incriminación. Incluso, puede asistir cuando el delito del que deriva la solicitud sea atribuido a personas jurídicas, con independencia de que los entes colectivos no respondan penalmente según el ordenamiento jurídico colombiano. El único límite que se establece en su normativa es que la medida solicitada no sea contraria a los valores y principios consagrados en la Constitución Política del país. Al igual que casi todas las legislaciones analizadas, Colombia no exige que la solicitud de asistencia legal mutua se gestione por vía diplomática, lo

cual debe considerarse una fortaleza porque de este modo se agiliza el proceso para la asistencia. Basta con que las autoridades centrales se comuniquen entre sí por los mecanismos habilitados al efecto.

Si se compara la legislación colombiana con los instrumentos de Naciones Unidas y con los instrumentos del ámbito latinoamericano, se puede concluir que, en general, el país posee un alto grado de cumplimiento, aunque no debe ignorarse que en ocasiones el articulado de estos instrumentos es excesivamente vago, como la exigencia de que la asistencia legal mutua sea “pronta” (sin concretar plazos), por lo que concluir que un país cumple con el instrumento no significa que en la práctica la asistencia legal mutua sea eficaz. Si, por el contrario, se compara la legislación del país con los instrumentos europeos, especialmente, con los procedentes de la UE, y con la regulación en España, se aprecian notables diferencias porque en el ámbito de la UE el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras de embargo y decomiso se basa en el principio de confianza mutua, y existe la obligatoriedad de reconocer y ejecutar esas órdenes judiciales que traigan su causa en unos delitos determinados. Además, la comunicación es directa entre las autoridades judiciales, lo que agiliza el proceso y hace que la colaboración sea más productiva.

En definitiva, se puede afirmar que la asistencia legal mutua en materia de recuperación y restitución de activos es una medida idónea para un combate más eficaz contra la corrupción asociada al COT porque contribuye a la privación de las ganancias ilícitas del delincuente, con lo que se pueden desincentivar futuras conductas, a la vez que se impide la inversión de esas ganancias en nuevas actividades delictivas o en actividades lícitas. Es importante, por lo tanto, que los Estados reconozcan y ejecuten de manera rápida las resoluciones de embargo y decomiso dictadas por otros Estados, para lo cual es esencial fomentar la confianza mutua entre ellos que permita el desarrollo de los mecanismos de tercera generación en este ámbito.

9. LOS SISTEMAS DE COOPERACIÓN EN LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES E HÍBRIDOS

El hilo conductor de esta obra colectiva es que la lucha contra la corrupción asociada al COT no puede llevarse a cabo desde cada Estado de manera individual, siendo imprescindible la asistencia legal mutua entre ellos para llevar a buen puerto las investigaciones por este delito. Todos los capítulos de la obra, excepto el último, han estudiado fórmulas de cooperación entre Estados para el enjuiciamiento de la corrupción en tribunales domésticos. El último capítulo se dedica, sin embargo, al estudio de las fórmulas de cooperación entre Estados para el enjuiciamiento de delitos en tribunales penales internacionales, regionales e híbridos.

Como señala Collazos (capítulo 11) estos tribunales, a diferencia de los domésticos, no tienen órganos de ejecución (*enforcement agencies*) a su disposición, por lo que sin la asistencia de otras autoridades no sería posible llevar a cabo actuaciones fundamentales para el desarrollo de los procesos, como, incautar material probatorio, obligar a testigos a comparecer o ejecutar órdenes de arresto. Es por ello que la voluntad de las autoridades nacionales de asistir a estos tribunales en el cumplimiento de sus funciones está directamente relacionada con la efectividad del tribunal, que no podría operar, o su operatividad se vería notablemente reducida sin esa asistencia.

Sobre esta base, Collazos analiza la idoneidad de los mecanismos de asistencia jurídica mutua que se usan en los tribunales penales internacionales, regionales e híbridos, para mejorar la lucha contra la corrupción. Según la autora, ninguno de los sistemas analizados se adapta plenamente a las necesidades específicas que plantea la persecución de la corrupción asociada al COT, aunque todos ellos contienen elementos valiosos que pueden contribuir a mejorar la lucha contra este fenómeno, como se explica a continuación.

La obligación de cooperar con la Corte Penal Internacional procede de la firma de un tratado internacional, el Estatuto de Roma, mientras que en el caso del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) la obligación de cooperar está respaldada por una resolución

vinculante del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, lo cual beneficia la eficacia de las solicitudes de asistencia. En todo caso, en ambos modelos el cumplimiento de la obligación de cooperar exige de cada Estado la adopción de una legislación de implementación o la modificación de la legislación doméstica con el fin de cumplir con las solicitudes u órdenes relativas a la obtención de pruebas y la entrega o traslado de las personas acusadas.

Con respecto a los tribunales penales de ámbito regional, el Protocolo de Malabo y el Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Organizado Transnacional (COPLA) son prometedores en materia de cooperación. El primero ofrece un marco bastante completo, aunque queda por ver en qué términos se desarrollará la cooperación entre la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.

La propuesta de la COPLA ofrece dos elementos que podrían ser interesantes para la cooperación en la lucha contra la corrupción asociada al COT. En primer lugar, porque reenvía a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal en materia de cooperación, lo que podría potenciar la cooperación entre los países de la región. Este tipo de cooperación sería tan útil como necesaria, ya que la corrupción asociada al COT es un fenómeno ligado a entornos altamente globalizados.

El segundo elemento prometedor de la COPLA se encuentra en los arts. 37 y 37bis. El primero hace referencia a la designación de un grupo especial dentro de las fuerzas de seguridad de cada Estado para ejecutar las órdenes de la Corte “informando sobre éstas al Estado al cual pertenezcan con posterioridad”. Estos grupos parecerían estar bajo el control directo de los Estados pero dedicadas principalmente a la ejecución rápida y efectiva de las decisiones de la Corte, lo que sugiere un cierto nivel de especialización. Por su parte, el art. 37bis, plantea la posibilidad de introducir una agencia de inteligencia regional, lo que beneficiaría la coordinación entre países en un delito que por definición traspasa las fronteras nacionales. Sin embargo, la creación de tal agencia depende de lo dispuestos estén los países a compartir información.

Finalmente, los tribunales híbridos limitan la obligación de cooperar a un país concreto, lo que no beneficiaría, en opinión de Collazos, la persecución de la corrupción asociada al COT. Además, si bien el TPIY y el TPIR tienen primacía sobre los tribunales nacionales de los Estados miembros de la ONU, en general no ocurre lo mismo con los tribunales híbridos. Con respecto a estos últimos es necesario distinguir entre los Estados involucrados en la creación del tribunal y los terceros Estados. La falta de primacía jurisdiccional de los tribunales híbridos sobre los tribunales de terceros países puede obstaculizar seriamente la capacidad o voluntad de éstos para cooperar.

En definitiva, Collazos resalta que la eficacia de los tribunales penales internacionales, regionales e híbridos no depende necesariamente de cuán detallado sea el marco normativo sino de su capacidad para garantizar que sus decisiones sean ejecutables y no choquen directamente con la voluntad de los Estados. Por esa razón, tratándose de la corrupción asociada al COT, el marco normativo elegido para cualquier intento para que sea perseguida por parte de una institución supranacional debe destacar la obligación de los Estados de contar con disposiciones en su Derecho interno que faciliten la asistencia requerida en las decisiones del tribunal.

10. REFLEXIÓN FINAL

La cooperación judicial internacional es, sin duda, indispensable para el abordaje de la corrupción asociada al COT. En el momento actual las condenas por delitos de corrupción transnacional en los países latinoamericanos analizados brillan por su ausencia, a pesar de que la mayoría incorporaron el delito a sus ordenamientos hace dos décadas. Pero no solo las condenas, sino que el número de procedimientos iniciados es exiguo. Entre las razones de esta ineficacia en la persecución puede estar la dificultad para llevar a los responsables ante la justicia (además de otras razones quizá de carácter más político), lo cual podría superarse con una cooperación más eficaz entre los Estados.

La normativa internacional es consciente de esta situación, como lo es también la normativa nacional. De hecho, se aprecia una nota-

ble influencia de la normativa internacional en los ordenamientos internos, que se han ido modificando para adaptarse a las nuevas exigencias en pro de un combate más eficaz de la criminalidad transfronteriza. En ambos ámbitos se observa una evolución en las formas de cooperar internacionalmente en la persecución del delito, desde mecanismos de primera generación, asentados en el principio de reciprocidad (los más antiguos), pasando por mecanismos de segunda generación, es decir, instrumentos bilaterales o multilaterales, hasta llegar a los mecanismos de tercera generación, asentados en la confianza mutua. Si bien, estos últimos solo se aprecian en el ámbito de la UE, la región latinoamericana no está al margen de esta transformación. La participación de sus Estados en redes y grupos internacionales de cooperación, como IberRed, GAFILAT o Grupo Egmont refuerzan la tendencia a acercar los órganos nacionales encargados de la persecución penal, propiciando un intercambio rápido de información para enfrentar las distintas formas de delincuencia transnacional.

Esta tendencia debe reforzarse. Para ello es preciso ir eliminando los mecanismos clásicos de la asistencia legal mutua, más lentos e ineficaces. Y sustituirlos por mecanismos más ágiles basados en la confianza mutua entre los Estados que persiguen unos mismos objetivos y que se asientan sobre los mismos valores. Esto implicará reformas en los ordenamientos internos, orientadas a relajar o eliminar algunas exigencias actuales en materia de asistencia jurídica mutua; reformas que además deben perseguir una armonización de las normas penales sustantivas y procesales, para favorecer una lucha más eficaz contra el crimen transnacional.

La influencia del Derecho de la UE en esta materia será innegable si se tienen en cuenta los frutos que ha dado desde que hace dos décadas se pusiera en marcha la orden europea de detención y entrega, a la que se añadiría después la orden europea de investigación. Instrumentos como estos no son todavía una realidad en América Latina, pero, paso a paso, se está avanzando en esa dirección.

11. RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA

A la luz de lo anterior, y con base en el análisis desarrollado en la presente obra colectiva, se ofrecen las siguientes recomendaciones para los Estados latinoamericanos.

1. En relación con los principios jurisdiccionales, se recomienda a los Estados latinoamericanos garantizar que: (a) las normas de aplicación extraterritorial de la ley penal para sus nacionales (incluyendo a las personas jurídicas si su sistema reconoce la responsabilidad penal de estos entes colectivos) puedan ser aplicables a los delitos de corrupción transnacional; y (b) las normas de aplicación extraterritorial de la ley penal para los no nacionales (incluyendo, en su caso, a las personas jurídicas) puedan ser aplicables a los delitos de corrupción transnacional que tengan efectos en su territorio.

2. Con respecto a los principios de jurisdicción universal y *aut dedere aut iudicare*, se recomienda a los Estados de la región que revisen su legislación para garantizar que se podrá enjuiciar a un ciudadano sospecho de haber realizado actos de corrupción transnacional en el extranjero que se ubique en su territorio (y que no sea un nacional pues en este caso se podría recurrir al principio de personalidad activa). Para ello se podrá acudir al principio de jurisdicción universal que reconocen algunos Estados. Si ello no fuera posible porque el ordenamiento jurídico en cuestión no reconoce este principio, los Estados deben garantizar en su legislación que se podrá llevar a cabo la entrega de la persona para que sea enjuiciada por otro Estado que lo reclame (*aut dedere aut iudicare*) que pueda considerarse competente con arreglo a sus principios internos.

3. En relación con los modelos de integración policial, se recomienda a los Estados latinoamericanos adoptar las siguientes medidas: (a) procurar una mínima armonización organizativa e institucional entre sus fuerzas policiales; (b) fortalecer institucionalmente Ameripol, como eslabón operativo, apostando por la formación de los agentes de las fuerzas policiales, e incluyendo la creación de su propia plantilla de agentes; (c) fomentar el intercambio continuo de información entre las policiales nacionales, y entre éstas y Ameripol, Europol e Interpol, a través de redes de cooperación regional

e internacional; (d) estimular la creación de equipos conjuntos de investigación entre sus policías, y entre éstas y Ameripol, Europol e Interpol; y (e) procurar la cooperación entre las policías nacionales y otras instituciones implicadas en la investigación del crimen económico y organizado, como el Ministerio Público, las unidades de inteligencia financiera y las agencias tributarias.

4. Con respecto a los modelos de integración no policial, se recomienda a los Estados de la región que aboguen por establecer un mecanismo similar al existente en el ámbito europeo (Eurojust), que pueda desempeñar funciones equivalentes en la región, siempre con pleno respeto a la soberanía de los Estados, y que avance hacia un modelo de tercera generación, de reconocimiento mutuo, que permita un abordaje más eficaz del crimen transfronterizo. Hasta que eso acontezca, se recomienda a los Estados latinoamericanos la adopción de las siguientes medidas: (a) agilizar los procedimientos de asistencia legal recíproca, para lo cual se debe superar el clásico principio rogatorio y sustituirlo por uno de reconocimiento mutuo (consecuentemente, se debería eliminar el tradicional control de la doble incriminación para proceder a conceder la asistencia, al menos, para los delitos comunes); (b) homogeneizar las normas procesales nacionales, asimilando los estándares probatorios, con el objetivo de fomentar la confianza mutua entre los Estados, y con ello facilitar una cooperación más pronta y eficaz; (c) fortalecer las redes existentes de cooperación internacional, como IberRed, con vistas a potenciar la confianza mutua entre los Estados, y de esta manera promover un reconocimiento mutuo de todo tipo de resoluciones judiciales; (d) potenciar el desarrollo de nuevas redes de cooperación internacional con Estados a los que suelen acudir los responsables de hechos delictivos, bien para ocultarse ellos mismos, bien para ocultar las ganancias de origen criminal; (e) fomentar la cooperación directa entre las autoridades judiciales, eliminando la necesidad de proceder a través de autoridades políticas; y (f) adoptar una normativa interna, si no la tienen aún, en materia de asistencia legal recíproca, que detalle cuestiones como el formulario para solicitar la cooperación (que debería ser homogéneo en los diferentes Estados), los plazos para dar una respuesta, los motivos (muy tasados) para la negativa a cooperar o el reparto de los gastos ocasionados por la asistencia.

5. Con respecto a la entrega de personas investigadas y acusadas, se recomienda a los países de América Latina: (a) agilizar los procedimientos de extradición y plantearse la sustitución de esos procedimientos por otros más rápidos, como las entregas simplificadas, de manera similar a la Euroorden (para ello sería necesario sustituir el principio rogatorio por uno de reconocimiento mutuo, lo que supondría, a su vez, la derogación del requisito de la doble incriminación para conceder la entrega); (b) adoptar, para aquellos casos en los que no haya otra posibilidad más que la extradición, una normativa específica que precise cómo ha de ser el proceso, lo que en todo caso debería incluir una regulación para restringir el margen de oportunidad y discrecionalidad política, pasando el poder de decisión del poder ejecutivo (como suele suceder en la actualidad) al poder judicial (sería importante también que la normativa específica previese disposiciones sobre cuestiones tales como los plazos para dar una respuesta, la no necesidad de una traducción jurada de los documentos o el reparto de los gastos del proceso de entrega); (c) homogeneizar el formato de la solicitud de extradición así como el procedimiento de entrega, para reducir tiempos; (d) reforzar los acuerdos ya existentes en materia de entrega de personas, como aquellos que se han desarrollado en el seno de Mercosur (estos acuerdos pueden ampliarse a otros países de la región); y (e) fortalecer y ampliar las redes de cooperación internacional, en el marco de las cuales se pueden simplificar los procesos de extradición o entrega de personas si se potencia la confianza mutua entre los Estados.

6. En relación con los equipos conjuntos de investigación, se recomienda a los Estados de la región que impulsen su creación con el fin de investigar la corrupción transnacional, para lo cual se recomienda la adopción de las siguientes medidas: (a) proceder a la ratificación de los instrumentos legales supranacionales existentes en materia de ECI (en particular, el Convenio de la COMJIB y el Acuerdo de Mercosur en la materia, así como el Segundo Protocolo al Convenio del Consejo de Europa, abierto a países más allá del ámbito europeo, para facilitar la colaboración con países fuera de América Latina); (b) adoptar convenios bilaterales en la materia que concreten el proceso para la creación de los ECI, así como su composición y funcionamiento; (c) desarrollar una legislación interna en materia de ECI que regule los aspectos más problemáticos de su funcionamiento,

incluyendo las siguientes cuestiones: (i) la autoridad central encargada de autorizar la creación de los ECI (es aconsejable que no sea de carácter político para que no entren en juego otros intereses que puedan ir más allá de los puramente procesales); (ii) el objeto de la investigación, de manera que se posibilite la creación de ECI no solo para hechos concretos sino, en general, para la investigación de tipologías delictivas y de estructuras criminales, lo que puede ser más eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada; (iii) los criterios para seleccionar la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de los hechos investigados por los ECI con el fin de evitar posibles duplicidades y vulneraciones del principio de *non bis in idem*; (iv) los criterios para recabar elementos de prueba de manera que puedan ser usados en procedimientos penales en los otros Estados que formen parte de los ECI (se aconseja prestar especial atención a las diligencias de investigación que puedan afectar a los derechos fundamentales de las personas investigadas para evitar la inadmisibilidad de los elementos probatorios que no hayan respetado los estándares de la legislación del estado en cuestión); (v) las funciones del jefe del equipo, de manera que se restrinja su facultad para limitar la presencia en las diligencias de investigación de los miembros extranjeros destinados al equipo (lo contrario podría suponer en la práctica que las diligencias probatorias no sean admitidas en los Estados de la nacionalidad de dichos miembros); (vi) las funciones de los miembros destinados al equipo, permitiendo que los mismos puedan solicitar a las autoridades de su país la realización de diligencias para los ECI sin necesidad de recurrir a los clásicos mecanismos de asistencia judicial mutua (se aconseja también permitir que los miembros destinados al equipo puedan traer al mismo elementos de prueba que se hallen en poder de las autoridades policiales o judiciales de su país sin necesidad de recurrir a los rígidos mecanismos de la asistencia legal recíproca); (vii) la participación de representantes de organismos policiales o judiciales internacionales, con el fin de que en los ECI del ámbito latinoamericano se pueda permitir la participación de policía procedente de Ameripol o Interpol (su experiencia puede contribuir a una investigación más eficaz en casos de criminalidad transfronteriza); y (viii) la creación dentro de IberRed (o bajo su amparo) de una red de expertos en ECI (similar a la que existe en el ámbito europeo), que pueda ofrecer asesoramiento y apoyo téc-

nico a los Estados para la constitución de los equipos, y facilite el intercambio de buenas prácticas entre sus operadores jurídicos (se aconseja que la red pueda examinar también las vías de financiación de los equipos o, incluso, apoyarlos económicamente, tal como hace Eurojust en el ámbito europeo).

7. En materia de investigaciones encubiertas, se recomienda que los Estados de la región adopten las siguientes medidas. (a) proceder a la reforma de los tratados bilaterales que han ratificado en materia de asistencia jurídica mutua o a adoptar nuevos tratados para incorporar referencias a esta técnica especial de investigación (se aconseja incluir en dichos tratados indicaciones precisas sobre qué ha de contener el acuerdo de colaboración por el que se establezca una operación encubierta entre dos Estados, como por ejemplo, qué personas pueden intervenir, qué delitos pueden ser investigados a través de esta técnica, qué duración puede tener la operación, la necesidad de que exista control judicial de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, etc); (b) adoptar tratados con países con los que aún no se tienen, para permitir el uso de técnicas especiales de investigación en la persecución de la criminalidad transfronteriza, como la corrupción (es recomendable que estos acuerdos tengan en cuenta lo propuesta en la letra (a) con respecto a su contenido); (c) revisar su legislación interna en materia de operaciones encubiertas para evitar que las actuales divergencias dificulten la cooperación internacional, razón por la cual se aconseja armonizar, entre otras, las siguientes cuestiones: (i) inclusión de un listado de delitos a los que son aplicables las investigaciones encubiertas, en el cual debería incorporarse la corrupción transnacional; (ii) permitir la participación en la operación encubierta de agentes extranjeros, porque su presencia puede ser imprescindible para que los elementos probatorios puedan ser utilizados en un procedimiento penal en ese otro Estado, si llegase a ser necesario; y (iii) restringir la figura del agente encubierto a servidores públicos (esencialmente, funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, con suficiente preparación y experiencia en el campo de la investigación de la criminalidad organizada y delitos conexos), excluyendo a particulares porque se trata de una técnica invasiva de los derechos fundamentales y especialmente peligrosa para la vida o la integridad física de los agentes encubiertos; y (d) adoptar una normativa minuciosa sobre la obtención de información

y elementos probatorios en el marco de las operaciones encubiertas con el fin de que puedan ser utilizados en un proceso penal en un país distinto de aquel en el que se recaban.

8. Para fortalecer la cooperación internacional en materia de recuperación y restitución de activos procedentes de la corrupción transnacional, se recomienda que los Estados latinoamericanos adopten las siguientes medidas (a) eliminar la vía diplomática para tramitar solicitudes de asistencia jurídica mutua (esta vía ralentiza la cooperación, lo que puede llevar a la irrecuperabilidad de los activos); (b) implementar sistemas ágiles para la cooperación internacional en este ámbito, para lo cual se pueden aprovechar las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías, que permiten el acceso rápido a cantidades ingentes de información y una rápida comunicación entre autoridades policiales y judiciales, a la vez que pueden garantizar la veracidad de la información contenida en las solicitudes de cooperación; (c) diseñar legislaciones nacionales específicas en materia de cooperación internacional con fines de embargo, decomiso y recuperación de activos, donde: (i) se precise quién es la autoridad central y cuáles son las vías para presentar las solicitudes; (ii) se permita el reconocimiento y la ejecución de manera directa de resoluciones de embargo y decomiso dictadas por otro Estado, sin necesidad de que se exija una nueva sentencia u otro tipo de resoluciones en el Estado requerido; y (iii) se establezcan plazos concretos y breves para dar una respuesta a las solicitudes de asistencia; (d) prescindir del requisito de la doble incriminación para la presentación de asistencia en materia de embargo y decomiso (en los casos en que no sea posible eliminar el requisito, por chocar con los principios constitucionales, se recomienda superar una interpretación puramente exegética de los términos porque en el ámbito de la corrupción, la terminología puede variar de unas jurisdicciones a otras en tanto que el propio concepto de “corrupción” no es manejado normalmente en los códigos penales, sino que se utilizan otros como cohecho o soborno; la diferente terminología existente en torno al decomiso también puede generar inconvenientes, por lo que es aconsejable que los Estados sean más flexibles a la hora de interpretar conceptos como decomiso civil, decomiso autónomo o extinción de dominio, para que la cooperación pueda ser más eficaz); (e) adoptar legislaciones nacionales que garanticen la devolución de los activos proce-

dentes de la corrupción a otros Estados (con el fin de cumplir con los mandatos internacionales, especialmente, con la Convención de Mérida, las normativas nacionales deberían garantizar la devolución de los activos al Estado requirente en los casos de malversación de fondos públicos, y prever mecanismos para la devolución a quien corresponda en el caso de que los activos procedan de otros delitos relacionados con la corrupción); (f) reforzar el papel de las unidades de inteligencia financiera para la identificación y rastreo de los bienes procedentes del delito, para lo cual es recomendable dotarles de recursos personales y materiales que les permitan desarrollar su actividad de manera eficiente (se podría revisar incluso su capacidad para llevar a cabo embargos urgentes, con el objetivo de evitar que los activos procedentes del delito desaparezcan); (g) fomentar el uso IberRed para la recuperación de activos procedentes del delito (la plataforma *Iber@*, implementada en 2021, marca una nueva era en el funcionamiento de la red pues permite una comunicación electrónica segura entre las autoridades centrales), y promover que todas las autoridades competentes en cada Estado en materia de cooperación internacional reciban la capacitación correspondiente para el uso de esta plataforma; (h) promover el uso de otras redes de cooperación internacional más allá de IberRed (una oportunidad en este sentido la proporciona la *Global Operational Network of Anti-Corruption Law Enforcement Authorities* (GlobE Network), que ofrece canales seguros de intercambio de información entre las agencias y el personal encargados en cada país de investigar casos de corrupción con implicaciones transfronterizas); e (i) organizar reuniones internacionales, regionales o bilaterales de jueces, fiscales y policías, a través de la designación de puntos de contacto y figuras similares, para fomentar la confianza mutua entre los Estados, con el fin de facilitar una cooperación más ágil en esta materia.

9. Con respecto al reconocimiento y ejecución de sentencias condenatorias en las que se imponen una pena privativa de libertad, se recomienda a los Estados de América Latina que fomenten y faciliten el traslado de las personas condenadas por delitos de corrupción para cumplir la pena de prisión en otro país con el objetivo de aumentar las posibilidades de lograr su reinserción social. Para lograrlo se propone la adopción de las siguientes medidas concretas: (a) unirse a los instrumentos internacionales existentes en materia de traslado de

personas condenadas, para estandarizar y homogeneizar los trámites y los requisitos para la entrega; (b) plantearse la creación de un instrumento de cooperación que dependa directamente de las fiscalías y las autoridades judiciales, no del poder ejecutivo (para ello puede seguirse el modelo existente en el ámbito de la Unión Europea); (c) revisar la legislación interna para incluir normas de desarrollo del traslado de personas condenadas (tanto activo como pasivo), que se puedan utilizar en defecto de tratados internacionales y que den seguridad a los ciudadanos tanto nacionales como extranjeros; y (d) revisar la forma de ejecutar las penas privativas de libertad en la región. Dado que el fin de la pena debe ser la reinserción, de acuerdos con diferentes textos constitucionales y tratados internacionales, los Estados deberían ofrecer programas específicos para la resocialización de los llamados delincuentes de cuello blanco, venciendo las tradicionales reticencias que han existido en este ámbito.

10. Las formas de cooperación que se han desarrollado en los tribunales penales internacionales pueden enriquecer la lucha contra corrupción, por eso debe plantearse se posible aplicación en este ámbito. En concreto, deben ser tenidas en cuenta las fórmulas de asistencia legal mutua desarrolladas para los tribunales internacionales, no tanto para los tribunales penales híbridos, pues estos últimos, al circunscribirse a un país, han desarrollado otros mecanismos que no parecen los más adecuados para hacer frente a un delito como el que aquí se analiza que se caracteriza, precisamente, por el componente transnacional o transfronterizo. En concreto, para el ámbito que nos ocupa, se debe partir de la Propuesta de Estatuto para la creación de la COPLA. Este documento es el que puede contribuir a la mejora de la lucha contra la corrupción en los Estados de la región. Por ello, se recomienda a los Estados que realicen los esfuerzos necesarios para que la Propuesta de Estatuto llegue a buen puerto. Los Estados deben desarrollar las iniciativas mencionadas en los arts. 37 y 37 bis de la Propuesta de Estatuto. El primero hace referencia a la designación de un grupo especial dentro de las fuerzas y cuerpos de seguridad de cada Estado para ejecutar las órdenes de la Corte. Estos grupos deben dedicarse, precisamente, a la ejecución pronta de las decisiones de la Corte. Los Estados de la región podrían plantearse la implementación de estos grupos en el ámbito nacional para ejecutar directamente resoluciones judiciales vinculadas al ámbito de

la corrupción, de manera similar a lo que se ha comentado ya para la mejora de la lucha contra la corrupción desde la recuperación y devolución de activos ilícitos. El art. 37 bis plantea la posibilidad de crear una agencia de inteligencia regional. Los Estados deberían potenciar esta agencia con el fin de mejorar la cooperación en la lucha contra la criminalidad organizada transfronteriza, empleándola, por ejemplo, para facilitar el intercambio seguro de información.

12. RECOMENDACIONES PARA COLOMBIA

A la luz de lo anterior, y con base en el análisis desarrollado en la presente obra colectiva, se ofrecen las siguientes recomendaciones específicas para Colombia, en cuanto Estado que ha sido objeto de particular atención a lo largo de la misma:

1. En relación con los principios jurisdiccionales, se recomienda a Colombia que garantice en la práctica la aplicación de sus normas penales en materia de corrupción transnacional respecto de sus propios nacionales cuando cometan el delito no solo en territorio colombiano sino, especialmente, cuando lo cometan fuera de las fronteras nacionales, como puede ser habitual en estos casos. Para cumplir con esta recomendación, los tribunales deben acudir a los principios de territorialidad y de personalidad activa que se recogen en el Título II del Código Penal de Colombia, en los arts. 14, 15 y 16. La legislación colombiana reconoce que se cumple con el principio de territorialidad aunque el delito se cometa solo “parcialmente” en su territorio, dando cumplimiento a las exigencias legales supranacionales. En la práctica debe garantizarse la aplicación del Código Penal colombiano en esos supuestos en los que solo una parte del acto de corrupción se realizó en el país, como por ejemplo, una transferencia de dinero con el soborno o una reunión entre los intervinientes en el pacto corrupto.

La legislación colombiana también reconoce el principio de personalidad activa, es decir, la competencia de sus tribunales cuando un nacional comete un delito en el extranjero, pero exige un requisito extra: el límite mínimo de la pena que lleve aparejado ese delito, que no puede ser inferior a dos años de prisión. El mínimo de pena

privativa de libertad por el delito de corrupción transnacional actualmente es de nueve años, por lo que sí es posible hacer uso del principio de personalidad activa. Se insta, por lo tanto, a Colombia a que aplique en la práctica este principio cuando lleguen a sus tribunales casos de corrupción transnacional

Los principios jurisdiccionales referidos son aplicables a las personas físicas exclusivamente, en tanto que Colombia no reconoce la responsabilidad penal de los entes colectivos. Si, en el futuro, el legislador colombiano reconociera la capacidad de responder penalmente a las personas jurídicas, los mencionados principios deberían hacerse extensibles a éstas cuando lleven a cabo actos de corrupción.

2. Con respecto a los principios de jurisdicción universal y *aut dedere aut iudicare*, Colombia debe garantizar la aplicación de su principio de jurisdicción universal, contenido en el art. 16 del Código Penal. Además, Colombia debe garantizar la entrega de personas sospechosas de haber realizado actos de corrupción transnacional que se hallen en su territorio cuando no sea posible su enjuiciamiento en el país, para dar cumplimiento al principio *aut dedere aut iudicare*. Para ello debe hacer efectiva en la práctica la aplicación de las normas sobre extradición. Recuérdese que la extradición se reconoce en el art. 18 del Código Penal de Colombia, que se remite a las leyes específicas que existan al respecto y a los tratados en la materia. Para lograr la entrega de personas de una manera más rápida, veáanse las recomendaciones realizadas en el punto 4 de este epígrafe

3. En relación con los modelos institucionales de integración policial, Colombia debe realizar esfuerzos, como el resto de Estados de la región, para garantizar una mínima armonización organizativa e institucional entre sus fuerzas policiales que les permita trabajar de manera coordinada en la investigación y persecución de hechos de corrupción transnacional. Asimismo, el país debe contribuir a fortalecer institucionalmente Ameripol. Esta red es de reciente creación, y no está aún tan consolidada como Interpol o Europol. Es por ello necesario que los Estados de la región, entre ellos, Colombia, impulsen el trabajo dentro de Ameripol con el fin de operar simultáneamente en la prevención y persecución de la criminalidad transfronteriza. Para lograrlo se necesitan acciones concretas, como la inversión en formación de los agentes policiales, lo que podrá incluir la creación

de su propia plantilla de agentes. En el ámbito de la cooperación policial es imprescindible que el país fomente el intercambio continuo y espontáneo de información sobre el crimen transnacional entre su policía nacional y las policías extranjeras, y entre su policía nacional y Ameripol, Europol e Interpol. También es imprescindible apostar por la creación de equipos conjuntos de investigación, para lo cual se deben seguir las recomendaciones realizadas en el punto 6 de este epígrafe.

4. En relación con los modelos institucionales de integración no policial, Colombia, al igual que el resto de países latinoamericanos debe impulsar la creación de un mecanismo similar a Eurojust, que permita avanzar hacia un modelo de cooperación de tercera generación asentado en la confianza mutua que permita el reconocimiento directo de resoluciones judiciales. En todo caso, siendo conscientes de las dificultades para implementar en América Latina un modelo similar al que existe en la Unión Europea, se proponen aquí otras recomendaciones que Colombia debería tener en cuenta hasta que llegue a implementarse un modelo más avanzado de cooperación judicial en materia penal. En primer lugar, Colombia debe revisar su normativa específica en materia de cooperación judicial internacional. Es cierto que, a diferencia de otros países de la región estudiados, Colombia cuenta, al menos, con normas al respecto en su Código de procedimiento penal, pero son muy escasas, por lo que queda espacio para la mejora. En concreto, se recomienda que el legislador colombiano establezca plazos razonablemente breves para dar respuesta a las solicitudes de asistencia jurídica mutua, que prevea motivos tasados, y muy limitados, para la negativa a cooperar, y que elabore un formulario estándar para este tipo de solicitudes. Todo ello con vistas a agilizar la cooperación internacional en materia penal. Así mismo, se deben incluir en la legislación colombiana disposiciones específicas sobre la asunción de los gastos derivados de la cooperación, disposiciones que han de estar en consonancia con las exigencias legales supranacionales. Para ello, el Estado requerido debería asumir los gastos, como suele exigirse en la normativa supranacional. En segundo lugar, más allá de las modificaciones de la normativa interna, el país debe fortalecer su participación en redes de cooperación jurídica internacional, como IberRed, para potenciar la confianza mutua indispensable para el reconocimiento mutuo

de resoluciones judiciales, y fomentar la construcción de otras redes con países más allá del ámbito de IberRed, a los que pueden recurrir los corruptos para ocultarse u ocultar las ganancias de procedencia delictiva.

5. Con respecto a la entrega de personas investigadas y acusadas por delitos de corrupción, se recomienda a Colombia que revise su actual legislación en materia de extradición para hacer que el procedimiento de entrega sea más rápido y, por lo tanto, que las investigaciones y los procesos por corrupción que han de desarrollarse en otro Estado no se ralenticen. El país debería, incluso, plantearse la posibilidad de incorporar a su ordenamiento jurídico un mecanismo de entrega simplificada de personas; mecanismo que debe asentarse sobre el principio de confianza mutua. Para ello es imprescindible, siguiendo con lo expuesto en el párrafo anterior, consolidar su participación en redes internacionales de cooperación jurídica a través de las cuales pueda generarse la confianza mutua suficiente como para incorporar al derecho nacional instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. La normativa específica que se diseñe para posibilitar las entregas simplificadas deberá recoger un listado de delitos, entre los que habrá de estar la corrupción, que den lugar a la entrega simplificada sin necesidad de exigir el requisito de la doble incriminación. Hasta que esto sea una realidad, el único mecanismo a emplear será el de la extradición, por lo que su normativa reguladora debería cambiarse también para hacerla más ágil. Para ello, es imprescindible que se restrinja el margen de discrecionalidad política, trasladándose el poder decisorio del ejecutivo al judicial. Al igual que se ha propuesto en el párrafo anterior, la nueva regulación de la extradición debería puntualizar cuestiones tales como los plazos, los motivos (limitados) de denegación o la asunción de los gastos por el Estado requerido. La actual legislación colombiana permite la entrega más rápida de una persona si se cuenta con su consentimiento, pero esta idea no está en línea con el concepto de entrega simplificada que se maneja en los instrumentos supranacionales, pues no se debe hacer depender la entrega del consentimiento del implicado.

6. En relación con los equipos conjuntos de investigación, se recomienda a Colombia que adopte una legislación específica en la

materia. Hasta el comento solo se realiza una mención, permitiendo su creación, en el art. 29 de la Ley 1908, de 9 de julio de 2018, por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. Lo que en ese precepto se recoge es escaso para permitir un adecuado desarrollo de los ECI con autoridades policiales y judiciales de otros Estados, en tanto que solo se señala que habrá de tener un propósito específico y un plazo limitado, y que podrán adoptarse medidas como el intercambio de personal y de información sobre las actividades delictivas de la organización delictiva, la identificación de los sospechosos y los bienes involucrados. A la vista de lo expuesto, Colombia debe regular de manera mucho más detallada cuestiones tales como la creación del ECI, su composición y su funcionamiento. En concreto, la legislación que debería adaptar el país debería concretar las siguientes cuestiones, que también se han indicado para el resto de países de la región: (a) la autoridad central encargada de autorizar la creación de los ECI: se propone en este trabajo que no sea de carácter político para que no entren en juego otros intereses que puedan ir más allá de los puramente procesales; (b) el objeto de la investigación: se recomienda que se posibilite la creación de ECI no solo para hechos concretos sino, en general, para la investigación de tipologías delictivas y de estructuras criminales, lo que puede ser más eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada; (c) los criterios para seleccionar la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de los hechos investigados por los ECI con el fin de evitar posibles duplicidades y vulneraciones del principio de *non bis in idem*; (d) los criterios para recabar elementos de prueba de manera que puedan ser usados en procedimientos penales en los otros Estados que formen parte de los ECI: se aconseja prestar especial atención a las diligencias de investigación que puedan afectar a los derechos fundamentales de las personas investigadas para evitar la inadmisibilidad de los elementos probatorios que no hayan respetado los estándares de la legislación del estado en cuestión; (e) las funciones del jefe el equipo: se recomienda que se restrinja su facultad para limitar la presencia en las diligencias de investigación de los miembros extranjeros destinados al equipo (lo contrario podría suponer en la práctica que las diligencias probatorias no sean admitidas en los Estados de la nacionalidad de

dichos miembros); (f) las funciones de los miembros destinados al equipo: se debería permitir que éstos puedan solicitar a las autoridades de su país la realización de diligencias para los ECI sin necesidad de recurrir a los clásicos mecanismos de asistencia judicial mutua (se aconseja también permitir que los miembros destinados al equipo puedan traer al mismo elementos de prueba que se hallen en poder de las autoridades policiales o judiciales de su país sin necesidad de recurrir a los rígidos mecanismos de la asistencia legal recíproca); y (g) la participación de representantes de organismos policiales o judiciales internacionales: se recomienda que se permita la participación de policía procedente de Ameripol o Interpol en tanto que su experiencia puede contribuir a una investigación más eficaz en casos de criminalidad transfronteriza.

Además de las recomendaciones sobre la adopción de una normativa interna específica en materia de ECI, se recomienda que Colombia ratifique el Convenio de cooperación entre los Estados miembros de la COMJIB en materia de equipos conjuntos de investigación, e incluso el Segundo Protocolo al Convenio del Consejo de Europa en la materia (abierto a la ratificación de países más allá de esa organización internacional). Con ello, Colombia conseguiría una base legal en la que apoyarse a la hora de realizar investigaciones conjuntas con países latinoamericanos y europeos. Es más, el país podría plantearse la adopción de otros convenios bilaterales en materia de asistencia jurídica mutua que incluyan menciones específicas a los ECI, tales como los que ha ratificado con España e Italia.

7. En relación con la cooperación internacional respecto de las investigaciones encubiertas, se recomienda a Colombia, como se ha hecho al resto de Estados latinoamericanos, que plantee la reforma de los tratados bilaterales que ha ratificado en materia de asistencia jurídica mutua o que adopte nuevos tratados, con esos países y con otros, para incorporar referencias a esta técnica especial de investigación, porque en ninguno de los existentes se hace mención a ella, salvo en el Protocolo adicional al Convenio de cooperación judicial entre España y Colombia. Además, se aconseja incluir en dichos tratados indicaciones precisas sobre qué ha de contener el acuerdo de colaboración por el que se establezca una operación encubierta entre dos Estados, como, por ejemplo, qué personas pueden intervenir, qué

delitos pueden ser investigados a través de esta técnica, qué duración puede tener la operación, la necesidad de que exista control judicial de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, etc. Además, Colombia debe revisar su legislación interna para: (a) incluir un listado de delitos que pueden ser investigados a través de operaciones encubiertas, entre los que debe estar la corrupción transnacional; (b) permitir la participación en la operación encubierta de agentes extranjeros porque su presencia puede ser imprescindible para que los elementos probatorios puedan ser utilizados en un procedimiento penal en ese otro Estado, si llegase a ser necesario; (c) restringir la figura del agente encubierto a servidores públicos, esencialmente, funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, con suficiente preparación y experiencia en el campo de la investigación de la criminalidad organizada y delitos conexos, excluyendo a particulares (opción permitida en el momento actual) porque se trata de una técnica invasiva de los derechos fundamentales y especialmente peligrosa para la vida o la integridad física de los agentes encubiertos; y (d) regular la obtención de información y elementos probatorios en el marco de las operaciones encubiertas con el fin de que puedan ser utilizados en un proceso penal en un país distinto de aquel en el que se recaban.

8. Para mejorar la cooperación internacional dirigida a la recuperación y restitución de activos procedentes de la corrupción transnacional hay que tener en cuenta que ésta es una materia específica dentro de la asistencia jurídica mutua genérica, por lo que las recomendaciones hechas en apartados anteriores para fomentar y favorecer la cooperación policial y judicial deben hacerse extensibles a esta materia específica (especialmente, veáanse los puntos 3 y 4 de esta sección). Ello es así porque para la identificación de los activos de procedencia delictiva, su localización, su embargo preventivo y el decomiso final entrarán en juego las diferentes autoridades policiales y judiciales, así como otras autoridades que trabajen estrechamente en estos ámbitos, como las agencias tributarias o las unidades de inteligencia financiera. Por tanto, todas las recomendaciones realizadas orientadas a favorecer la cooperación entre autoridades y a agilizar los trámites de la asistencia jurídica mutua se deben dar por reproducidas aquí.

Además de esas recomendaciones, se indican aquí otras más concretas para Colombia relacionadas específicamente con la recuperación y restitución de los activos procedentes de la corrupción transnacional. Se aconseja a Colombia: (a) revisar su legislación en lo relativo a los gastos de la asistencia legal mutua para dar cumplimiento a las disposiciones de la Convención de Mérida (sería deseable, en este punto, que se especificase que el Estado requerido asume los gastos); (b) implementar una regulación que garantice el retorno de la riqueza ilícita al Estado requirente, en línea con lo que exige la Convención de Mérida (por ejemplo, en los casos en los que la asistencia traiga su causa en un delito de peculado de fondos públicos o de blanqueo de tales fondos, los fondos recuperados deberían devolverse al Estado requirente); y (c) revisar su legislación para permitir un reconocimiento y ejecución directo de las resoluciones extranjeras de embargo y decomiso, permitiendo un sistema de reconocimiento directo asentado sobre la confianza mutua (el legislador podría incluso proponer un plazo límite (breve, por ejemplo, no superior a 45 días) para ejecutar las resoluciones de embargo y de decomiso que procedan de autoridades extranjeras).

9. Con respecto al reconocimiento y ejecución de sentencias firmes en las que se impone una pena privativa de libertad, se recomienda a Colombia, al igual que se ha hecho para el resto de países de la región, que adopte una legislación que permita y facilite la entrega de personas condenadas por delitos de corrupción para cumplir la pena de prisión con el objetivo de lograr su reinserción social. En el caso de Colombia, a diferencia de otros países estudiados, la necesidad de implementar reformas en este ámbito es acuciante pues el país no ha ratificado aún los principales tratados internacionales en materia de traslado de personas condenadas, por lo que urge que se proceda así, por ejemplo, respecto de la Convención interamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero, adoptada en Managua (Nicaragua) en el año 1993. Además, respecto de lo que ya se viene haciendo en el país, que es la comprobación de “razones humanitarias” para aceptar un traslado, se recomienda a Colombia que flexibilice la interpretación de esa expresión para favorecer el traslado de condenados y que éstos puedan así lograr más pronto la reinserción. Así mismo, se recomienda también que Colombia reforme su legislación para que la decisión sobre el traslado de personas con-

denadas para cumplir una pena de prisión dependa exclusivamente de las autoridades judiciales y/o fiscales, pero no del poder ejecutivo. Finalmente, para favorecer la reinserción de quienes cumplan en el país penas de prisión por delitos de corrupción, Colombia debe ofrecer programas específicos de resocialización, diferentes de los que se aplican a la delincuencia convencional, que tengan en cuenta las características específicas de la criminalidad con fines de lucro, como es la corrupción transnacional.

10. Con respecto a las fórmulas de cooperación con los tribunales penales internacionales, Colombia debe apostar por seguir las indicaciones de la Propuesta de Estatuto de la COPLA en lo concerniente a sus arts. 37 y 37 bis. Como se ha explicado, el primero hace referencia a la designación de un grupo especial dentro de las fuerzas y cuerpos de seguridad de cada Estado para ejecutar las órdenes de la Corte. Colombia debería, por tanto, designar un grupo en el ámbito nacional para ejecutar directamente las resoluciones judiciales en materia de corrupción procedentes de otros Estados, de manera similar a lo que se ha recomendado ya para la mejora de la lucha contra la corrupción desde la recuperación y devolución de activos ilícitos. Para ello es imprescindible el fomento de la confianza mutua, y este tipo de grupos pueden contribuir a ello. Por su parte, el art. 37 bis plantea la posibilidad de crear una agencia de inteligencia regional. Colombia, como el resto de Estados, debería potenciar esta agencia con el fin de mejorar la cooperación en la lucha contra la criminalidad organizada transfronteriza.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/

978-84-1056-424-4



9 788410 564244



**tirant
lo blanch**

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**



Universidad del
Rosario

Facultad de
Jurisprudencia



Pontificia Universidad
JAVERIANA
1624



Universidad del
Rosario



Facultad de Estudios
Internacionales,
Políticos y Urbanos



Deusto
Universidad de Deusto



INSTITUTO
**JOAQUÍN
HERRERA
FLORES**



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE LA HAYA
IIH
PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL



PIJ

Perspectivas
Iberoamericanas
sobre la Justicia



COLOMBIA
POTENCIA DE LA
VIDA



Ciencias