

CONCLUSIONES

PARÁMETROS ACORDADOS PARA LA ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN CENTROAMÉRICA: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

CONCLUSIONES

PARÁMETROS ACORDADOS PARA LA ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN CENTROAMÉRICA: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

PARTE I. ASPECTOS SUSTANTIVOS.

1. ASOCIACIÓN ILÍCITA

- I) De los distintos sistemas que ofrece el Derecho Comparado para la tipificación del delito de asociación ilícita (1ª. Tipificar el mero hecho de pertenecer a una asociación, sin requisitos ulteriores respecto a la gravedad de los injustos a cometer y sin exigir que se haya cometido alguno; 2ª. Tipificar la pertenencia a una asociación siempre que se pretendiera la comisión de determinados delitos; 3ª. Castigar únicamente cuando la pena a imponer por los delitos que se pretendieran cometer excediera de un cierto límite; 4ª. Sancionar únicamente cuando se haya plasmado la asociación en la realización de algún tipo delictivo), pareciera que el sistema más adecuado –y ese podría ser el “punto de encuentro” para los países del SICA- es el de configurar un tipo delictivo en el que se castigue, exclusivamente, por el hecho de pertenecer, ser miembro, a una asociación dirigida a la comisión de hechos delictivos –tal y como se hace por Costa Rica, entre otros.
- II) Decimos que parece lo más conveniente la tipificación propuesta (y que es abrazada por varios países del SICA) porque con una criminología abundante en materia de organizaciones criminales, hay que sancionar con contundencia – efectos de prevención general- el aumento de peligro que para los bienes jurídicos supone la constitución de asociaciones criminales, prescindiendo de los problemas de prueba que podrían plantearse si se exigiera vinculación, abstracta o concreta, con particulares tipos delictivos, y facilitando de esa manera la investigación criminal.
- III) La configuración delictiva podría ser (buscando de nuevo la sencillez estructural, la mayor facilidad en la aplicación y la seguridad jurídica) la siguiente: un tipo básico de asociación ilícita, tipos agravados, tipos súper agravados, tipos especiales y un tipo atenuado por colaboración. Se rechaza de esa manera configuraciones como las propuestas por aquellos países (por ejemplo, Panamá) que distinguen entre asociaciones ilícitas y pandillas, organizaciones criminales, etc.; la opción tomada lo ha sido por su mayor sencillez y claridad, y con ella se evitan además concursos de normas de no siempre fácil resolución.
- IV) En el tipo básico la Asociación Ilícita podría atender en su definición tanto a la temporalidad o persistencia de la misma (tal y como propone algún país como El Salvador), como a la reunión de dos o más personas y al propósito de cometer

delitos; sin ulteriores exigencias (ello se justifica en la evolución de las organizaciones criminales desde los viejos modelos de sociedades estructuradas, jerarquizadas, permanentes, etc. –que es el esquema al que responde la Convención de Palermo-, hasta las nuevas realidades de estructuras flexibles, sin clara distribución de papeles entre sus miembros, de carácter temporal, fungibles, etc.). Pero también deberían caracterizarse como Asociaciones Ilícitas –tal y como hace Guatemala- a las que después de constituidas lícitamente promuevan como finalidad única o compartida otros fines ilícitos, o la comisión de delitos de forma permanente (de esta forma se sale “al paso” de personas jurídicas que tras iniciarse en negocios legales posteriormente se desvían de forma permanente de su finalidad original).

Sería asimismo conveniente, para evitar fraudes de ley, considerar también como Asociaciones Ilícitas a las que aún teniendo un objeto lícito, empleen como estrategia permanente y definida medios violentos, intimidatorios u otros ilícitos para el logro de aquél (Recomendación de COMJIB).

- V) Especialmente importante parece desvincular el delito de Asociación Ilícita de la persecución de finalidades lucrativas, y ello tanto por razones de facilitación probatoria como porque la realidad criminal nos muestra que no siempre y necesariamente –al menos como finalidad principal- está presente la dicha finalidad (y en este sentido se manifiesta la mayor parte de los Ordenamientos examinados).
- VI) En cuanto a los tipos agravados se podrían construir, entre otros, sobre los siguientes referentes: ser el autor autoridad pública, agente de autoridad, funcionario o empleado público (El Salvador), ser promotor, organizador, dirigente de la Asociación (lo que se refleja, pero con otra técnica legislativa, en la mayoría de los Ordenamientos del SICA), utilizar armas en la realización de los delitos objeto de la Asociación, etc.
- VII) Respecto de los tipos súper agravados podrían tener como referente el propósito de cometer delitos especialmente graves, entre los cuales estarían: trata de personas, terrorismo, tráfico de armas, secuestro, extorsión o asesinato; el ejercer un control territorial o de determinadas actividades, etc. (criterios acogidos, con diferente valor estructural, en Ordenamientos como el panameño o el guatemalteco).
- VIII) Que como se asevera en la Recomendación sobre “Asociaciones Ilícitas” signada por los Ministros de Justicia en el ámbito de COMJIB –y se acoge también en el Ordenamiento de República Dominicana-, el éxito de muchas de las asociaciones de criminales constituidas en el territorio de los Estados, debe su éxito o estabilidad a la permanente colaboración, activa u omisiva, de autoridades o funcionarios de toda índole, así como de particulares que obtienen, directa o indirectamente, algún tipo de beneficio con esas actividades asociativas delictivas. De ahí, precisamente, la conveniencia de criminalizar con un título autónomo las labores de colaboración (de cualquier tipo) en las actividades de esas organizaciones criminales; esa criminalización permitiría, además, superar problemas probatorios que podrían plantearse en relación con esos “colaboradores”, para ser imputados de real pertenencia a las organizaciones delictivas.

- IX) En lo que importa a las penas privativas de libertad deben ser de entidad suficiente para permitir cumplir los mínimos que exige la cooperación internacional (generalmente los tres años), no dificultar la prisión preventiva, impedir las penas sustitutivas o alternativas y suponer una intimidación suficiente en términos de prevención general negativa. De todas formas y tal y como se ha expuesto más atrás, hay grandes diferencias en las penas privativas de libertad con las que se amenaza el delito, que sin embargo podrían armonizarse si se adoptara la estructura expuesta de tipo básico/agravado/súper agravado/especiales/atenuados.
- X) En materia de penas deberían imponerse también (como ha hecho El Salvador aunque muy limitadamente) las de inhabilitación para el ejercicio de las profesiones de las que se hubiera valido el autor o partícipe para su designio delictivo –lo que es especialmente trascendente en el caso de los funcionarios.
- XI) Tratándose de un delito como el de asociaciones ilícitas en las que tienen un especial protagonismo las personas jurídicas, deben preverse sanciones para esas personas jurídicas, bien como responsabilidad penal (si en los respectivos Ordenamientos es admitida) bien como responsabilidad civil, administrativa, etc. En todo caso deberían añadirse inhabilitaciones particulares para esas personas jurídicas (de participar en todo tipo de concursos o subastas públicas, verbigracia).
- XII) Impulsar que en la legislación de los países del SICA –y tal y como se recomendó por COMJIB- se introduzcan como atenuantes de la responsabilidad penal de los sujetos implicados en el delito de Asociación Ilícita, las siguientes circunstancias:
- 1) La confesión de las actividades delictivas en las que haya participado, y la consecuente aportación u obtención de pruebas.
 - 2) La colaboración con las autoridades para prevenir la realización de delitos o atenuar sus efectos, o para aportar u obtener pruebas de otros ya cometidos.
 - 3) La colaboración con las autoridades para la identificación, persecución y procesamiento de responsables de la comisión de hechos delictivos.
 - 4) La realización de actividades encaminadas a privar a la organización delictiva de medios y recursos predispuestos para contribuir a su criminal actividad, o de los beneficios obtenidos con ella.
- Se trata de circunstancias algunas de la cuales está presente en Ordenamientos como el de República Dominicana.

2. LAVADO DE DINERO/LEGITIMACIÓN DE CAPITALES/BLANQUEO DE CAPITALES

- I) Respetar los mínimos comunes establecidos en los Convenios Internacionales sobre la materia, con especial atención a lo resuelto en el seno del GAFI.
- II) Adoptar una estructura de tipificación común sobre la base de las siguientes pautas:
- acudir al sistema de tipo básico y tipos agravados y, en su caso, de tipos especiales
 - incluir en el tipo básico dos o tres de los grupos de conductas “clásicas” de blanqueo: 1º) Conversión o transferencia, 2º) Ocultación o encubrimiento, 3º) En su caso, adquisición, posesión y utilización.
 - no utilizar un listado repetitivo de conductas, ni trasladarlas a un sinfín de tipos especiales, pudiéndose recurrir a fórmulas omnicompresivas del tipo “favorecimiento” o “facilitación”.
- III) Buscar un acuerdo mínimo en relación a los delitos antecedentes, que ni debe ser sólo el tráfico de drogas ni tienen que ser todos. Los instrumentos internacionales pueden ser útiles a la hora de señalar tales delitos.
En todo caso, la condena por lavado no debe estar vinculada a la condena por el delito precedente.
- IV) Unificar, en la medida de lo posible, los criterios de extraterritorialidad para referirlos al delito de lavado, al delito antecedente o, quizás mejor, a los dos. Esta última es la opción que se acoge en la Recomendación relativa al delito de Lavado de Activos de la COMJIB que, quizás, debería acogerse como guía pues incorpora los criterios más modernos al respecto.
- V) Establecer las penas respetando la proporcionalidad interna, eludiendo los excesos y buscando una cierta similitud entre los distintos países, contemplándose para los casos en los que el sujeto activo es un servidor público penas principales de inhabilitación.
- VI) Es necesario reforzar las capacidades de verificación previas a la actuación penal.

3. TRÁFICO DE DROGAS Y DE PRECURSORES

- I) En primer lugar se considera imprescindible la sistematización de los preceptos penales, agrupándose todos los relativos al tráfico de drogas, por un lado, y, al tráfico de precursores, por otro, con la debida separación respecto de los que regulen cualquier otra materia penal o no penal.
- II) Sería deseable que se aumentaran los controles administrativos, especialmente en materia de precursores, para lograr con una intervención preventiva conseguir disminuir las situaciones delictivas.
- III) La mejor sistematización para tipicidades tan complejas como las de tráfico de drogas y de precursores es, como en tantos otros casos, la de establecer un tipo básico, acompañado de tipos agravados y atenuados, reduciendo al mínimo el recurso a los tipos especiales.

Tales tipos especiales pueden justificarse en aquellas Legislaciones que todavía castiguen la posesión y/o la adquisición para el autoconsumo permitiendo que estas conductas queden fuera del régimen general de agravaciones y, sobre todo, que se prevean penas proporcionales a la vista de la escasa gravedad de tales comportamientos.

- IV) Tratándose de la tenencia y/o adquisición de droga para el consumo personal, no parece oportuno indicar la armonización, dado que tales conductas no forman parte del estándar mínimo internacional de tipificación obligada, lo que explica que sean muchos los países que, aun siendo parte de las tres Convenciones de Naciones Unidas en materia de droga (1961, 1971 y 1988), no castiguen penalmente tales comportamientos, debiendo destacarse la tendencia a su despenalización -o a la sustitución de las penas por medidas- en un buen número de Legislaciones.

Cualquier compromiso de homogeneización de tipos delictivos ha de referirse fundamentalmente a las conductas de tráfico de drogas que en todo caso, dada su gravedad, deben tipificarse como delictivas, facilitándose con ello la cooperación entre Estados y la asistencia judicial Fuera han quedar otros comportamientos de menor entidad, respecto de los que un acuerdo sería difícil, dado el distinto tratamiento que merecen en cada legislación (atipicidad, ilícito administrativo, ilícito penal). Además esos comportamientos no suelen ser objetivo de acuerdos de homogeneización previos a la implantación de políticas de cooperación policial y judicial. Lo que requiere un tratamiento similar sobre el que basar instrumentos de cooperación son los actos de tráfico de drogas muy importantes o que tengan una cierta entidad, no los referentes al autoconsumo o previos o a la facilitación del consumo individual.

- V) Las posibilidades de armonización de las Legislaciones analizadas deben partir de los mínimos internacionales contenidos en las tres Convenciones de Naciones Unidas relativas a drogas, siendo un instrumento privilegiado de dialogo el representado por la Comisión Centroamericana Permanente para la Erradicación de la Producción, Tráfico, Consumo y Uso Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (CCP), a la vista de las funciones que se le encomiendan en el artículo 4 de su Convenio

constitutivo adoptado en la Ciudad de Guatemala el 29 de octubre de 1993, por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. En lo que se refiere a los contenidos mínimos de las conductas a tipificar, puede ser de utilidad la Recomendación de la COMJIB para el tráfico de drogas.

- VI) En relación a las conductas que integren el tipo básico de tráfico de drogas, deben establecerse listados de conductas no redundantes, pudiéndose acudir a expresiones tales como “favorecer, facilitar o promover” capaces de recoger dentro de sí muchos de los comportamientos que como tipos especiales, en exceso casuísticos, aparecen en las Legislaciones analizadas. Las conductas nucleares que pueden especificarse, al margen de la cláusula de recogida indicada, deberían ser las siguientes:

- cultivo de plantas con la finalidad de elaborar drogas o destinadas a tal elaboración
- elaboración de drogas
- tráfico de drogas
- transporte de drogas
- posesión de drogas con la finalidad de destinarlas al tráfico

Obviamente con las conductas subrayadas se trata de incorporar mínimos de tipificación, lo que no empecé para apreciar como más oportuno que cada país defina la conducta típica –respetando estos mínimos- utilizando aquella nomenclatura que su tradición jurídica haya demostrado como más eficaz.

- VII) Debería reflexionarse sobre la gravedad de las penas y sobre la posibilidad de introducir las atenuaciones de colaboración con la investigación o para prevenir delitos, así como las referidas al pacto terapéutico en los casos en los que se castiga la tenencia para el autoconsumo.
- VIII) Parece necesario uniformar las agravaciones de la pena o los tipos agravados, toda vez que son los comportamientos más graves los que requieren de una armonización que permita la más eficaz cooperación judicial y, en general, entre Estados.
- IX) En materia de tráfico de precursores sería conveniente delimitar los tipos con mayor taxatividad y huyendo de términos redundantes a los efectos de clarificar los siguientes aspectos:

- conductas típicas relativas a precursores y su referencia a qué concretas conductas de tráfico de drogas
- objeto material del delito: especificar teniendo como referencia las sustancias recogidas en los Cuadros I y II de la Convención de 1988, los equipos y los materiales y si cada una de las conductas típicas se refiere sólo a las sustancias o también a los equipos y los materiales
- concretar en cada supuesto si las conductas típicas en las que se manejan precursores van referidas a una posible elaboración de drogas propia, ajena o, indistintamente, propia o ajena



-decidir sobre si ciertas conductas tipificadas penalmente consistentes en incumplir la normativa administrativa podrían sancionarse sin acudir al instrumento penal como ilícitos administrativos.

-en todo caso resulta indispensable una comprobación detenida de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito.



4. TRATA DE PERSONAS

- I) Sería precisa, si se pretende una colaboración eficaz en la lucha contra la lacra de la trata de personas, la elaboración de tipos penales en todos los países que respeten el mínimo internacional y reflejado en el Derecho Comparado (y en alguno de los países del SICA, como se ha indicado), compuesto por la penalización de las acciones de “captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas”, con la utilización de los medios de “fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima”, y con las finalidades de “explotación laboral, esclavitud, servidumbre, mendicidad, extracción de órganos y explotación sexual”. Sobre esta base unificadora (que es la que serviría para efectuar la calificación a efectos de ayuda internacional) se podrían implementar los tipos agravados, en los que sería oportuno reflejar las concretas necesidades nacionales.
- II) El adelantamiento de las barreras penales más allá de la tentativa y la punición de los actos preparatorios (determinados), pareciera corolario de la gravedad de este injusto; ello permitiría, asimismo, una mayor capacidad legal para dotar de una mayor eficacia a la lucha contra la delincuencia organizada, y sería, paralelamente, un buen instrumento para evitar la impunidad.
- III) Debe tenerse en cuenta, asimismo, que nos encontramos ante un delito que por su enorme gravedad (la nueva esclavitud) está señalado internacionalmente como una de las mayores (sino la mayor) formas de agresión al núcleo de la persona: la dignidad. En este sentido resultaría coherente establecer requerimientos especialmente exigentes en materia de prescripción así como limitaciones al consentimiento, formas sustitutivas de la pena, conmutabilidad de la misma, etc.
- IV) Asimismo es exigible, por lo indicado en el apartado anterior, imponer penas privativas de libertad, especialmente severas, significativas, que reflejen el rechazo a esta forma delictiva. De la misma forma resulta necesario incluir tipos agravados de trata en los que se recojan ese plus de antijuridicidad que puede expresarse tanto por razón de la víctima, como de la situación en la que se lleva a cabo la conducta delictiva.
- V) En esta forma delictiva parece obligado, como lo fue en su momento en materia de esclavitud o genocidio, acoger los principios de la Jurisdicción Universal, y, por lo tanto, prescindir de la referencia al territorio, la nacionalidad o los concretos intereses de los países en la afirmación de la competencia de la propia jurisdicción.
- VI) Parece imprescindible, para lograr una mínima eficacia en la persecución de la trata (mucho más de lo que lo es para la mayor parte de las formas delictivas) y para conseguir proteger la dignidad de las víctimas, el implementar medidas especialmente potentes de prevención del delito y de ayuda a las víctimas de esta forma de criminalidad, entre las que se debe contar, en su caso, la correspondiente indemnización.



SICA



5. TRÁFICO DE ÓRGANOS

- I) Como se ha puesto de manifiesto más atrás en casi todos los países de la Región existe legislación en materia de trasplante de órganos (no en Nicaragua, que en todo caso está realizando trabajos en esa dirección). En cualquier caso la primera medida para combatir el tráfico de órganos (en el supuesto de que éste exista) consiste en dictar una legislación que regule, facilite y estimule la donación altruista (seguramente estableciendo el principio de que a falta de manifestación en contra se presume que el fallecido es favorable a la donación de sus órganos, tal y como se hace en la legislación de Costa Rica), y sancione penalmente los casos en los que medie retribución económica por el órgano donado (no es admisible que la explotación de los seres humanos llegue hasta esos límites). Asimismo es preciso que la legislación en materia de trasplantes establezca un estricto control por parte del Estado de la actividad, para evitar la existencia de cualquier desviación.
- II) Parece oportuno, con independencia de estar o no obligado a ello por diversos instrumentos internacionales, incluir el tipo de tráfico de órganos en todas las legislaciones nacionales. Las desigualdades económicas entre países desarrollados y en vías de desarrollo y la pobreza, lo aconsejan. Unido a ello hay que tener en cuenta que los enormes avances realizados en materia de trasplantes, ponen la referida técnica al alcance de no pocos cirujanos, y al de un número apreciable de clínicas con dirigentes de escasos escrúpulos. De todo ello se deduce, y prescindiendo de la mayor o menor existencia de casos reales y comprobados, que la protección de la vida y del núcleo de la dignidad de las personas obligan (tal y como se hace en alguno de los Códigos Penales de la Región) a tipificar la conducta.
- III) A la vista de las legislaciones de los diferentes países, pareciera que el punto de encuentro en materia de tráfico de órganos podría ser el siguiente: un tipo básico en el que se prohíba el tráfico de órganos y tejidos humanos (que no incluya como elemento del tipo la existencia de retribución), y un tipo agravado del anterior (como se ha hecho en el Código nicaragüense) y que acoja datos como ser médico o personal sanitario o estar vinculado a una institución de ese carácter, prevalerse de su cargo o función para la realización de la conducta, realizar los hechos mediante una organización, el provenir los órganos de un menor de 18 años, la obtención de retribución, etc. Podría ser también indicado el incluir unos tipos especiales en los que se sancione la donación bajo retribución (cuya sanción debe alcanzar tanto al vendedor como al comprador, así como a los partícipes, existiendo la posibilidad de adelantar barreras penales mediante la construcción de tipos de resultado cortado), la publicidad de trasplantes no autorizada, así como un injusto dirigido al personal sanitario o de otra índole (administrativo) que, conociéndolo, participe en una intervención con órganos o tejidos “retribuidos”. En todo caso sería conveniente, para evitar lagunas de punibilidad y problemas probatorios, adelantar las barreras penales y sancionar conductas como las de favorecer, facilitar y promover las conductas consistentes en tráfico de órganos.
- IV) Queda en todo caso pendiente la cuestión del régimen penal a aplicar a los beneficiarios del trasplante. Se trata de un problema especialmente delicado porque en él podrían confluir problemas de justificación (estado de necesidad), o de no

exigibilidad, que únicamente sería posible soslayar con su contemplación específica (una cláusula en la que, por ejemplo, se atenúe la responsabilidad del receptor del órgano que conociera al tiempo de la intervención el origen ilícito del mismo). De esta forma se pretende enviar un mensaje claro a los destinatarios de la norma: el tráfico ilegal de órganos se prohíbe en relación a cualquier tipo de sujetos y con independencia de la situación personal o/y social de los mismos.

- V) En lo que importa a las penas, las previstas (en torno, mayoritariamente, a los diez años de prisión) son lo suficientemente graves (quizás se debería restringir el marco penal que en algún Ordenamiento resulta excesivamente extenso –en torno a los siete años en el caso de Costa Rica, seis en algún supuesto en Nicaragua). No obstante no debe olvidarse que no necesariamente una mayor dureza de las penas lleva consigo a una optimización de la prevención general negativa; en ese sentido la proporcionalidad, tanto en los mínimos como en los máximos, es condición para una mayor efectividad de las sanciones penales, resultando en todo caso necesario expulsar los marcos penales excesivamente amplios.
Sí convendría hacer previsión de penas de inhabilitación para el personal funcionario y el sanitario que participen en el tráfico de órganos o tejidos humanos.
- VI) Sería interesante incluir alguna cláusula (a modo de la que existe en Panamá) que introduzca cautelas acerca de la donación de órganos o tejidos por parte de presidiarios.
- VII) Señalar también que resulta preciso introducir en los Ordenamientos la responsabilidad de personas jurídicas (lo que ya se ha llevado a cabo en algún país de la región), y mientras ello no se haya llevado a cabo se deberían hacer previsiones (de carácter administrativo o/y civil) para sancionar a las personas jurídicas que estén involucradas en el tráfico de órganos.
- VIII) En todo caso, y en el necesario camino de estimular las donaciones de órganos no sólo *mortis causa* sino también *inter vivos*, entendemos necesario que se premie el esfuerzo y el sacrificio que siempre representa la donación de órganos inter vivos con la prestación de garantías por parte de los Estados de que en el futuro se prestaría a los donantes las necesarias atenciones de orden sanitario.

6. TRAFICO DE ARMAS

- I) Cuando se habla de Política Criminal debe aludirse, si no quiere errarse, a una Política Criminal posible, adecuada, alejada de maximalismos y, además, hay que referirse a la implementación de una serie de medidas que afectan a todo el Ordenamiento Jurídico, y no sólo al Ordenamiento jurídico penal. Esta es la única forma de “atacar” de forma convincente, y eficaz, el fenómeno delictivo, es decir: aunando medidas de todo orden (políticas, administrativas, procesales, penales), y partiendo de la realidad histórica de que se trate. En concreto, en el caso de los países pertenecientes al SICA no deben olvidarse, a la hora de realizar propuestas, los siguientes factores: 1º) Las guerras de los años 80, que aunque no afectaron directamente a todos los países del área sí lo hicieron indirectamente a casi todos ellos; esas contiendas supusieron, evidentemente, la puesta en circulación de una cantidad ingente de armas, algunas de ellas de alto potencial mortífero. 2º) La inseguridad actualmente existente en alguna de las naciones pertenecientes al SICA (que en algunos casos es bastante menor que la percibida por los ciudadanos, pero que en todo caso en alguno de los países arroja unos índices que están entre los primeros del mundo en sentido negativo), que lleva a no pocos ciudadanos a armarse para defender a sus personas, las de su familia así como el patrimonio. 3º) La afectación psíquica que las pasadas contiendas bélicas produjeron en un número apreciable de ciudadanos. 4º) La necesidad (no sólo por razones generales fácilmente comprensibles, sino por la realidad criminológica asociada a las maras) de evitar el acceso a las armas a los menores de edad. 5º) La realidad de las organizaciones criminales asociadas, fundamentalmente, al tráfico de drogas, de armas e inmigración ilegal, que están adquiriendo carácter transnacional y actuando no sólo en el país del que son “nacionales”; y que esas actuaciones las llevan a cabo utilizando importantes arsenales de potentes armas de fuego. 6º) El abundante tráfico ilícito transfronterizo de armas. 7º) La enorme cantidad de licencias de armas (tenencia y porte) que se conceden sin la suficiente justificación. 8º) La permeabilidad de las fronteras (algunas).
- II) De la mano de la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (CIFTA), y del Compromiso de Tlatelolco (21 de febrero de 2008), se hace indispensable crear, con urgencia, un organismo que asuma las funciones de control del tráfico de armas a las que se refiere el último compromiso citado y los artículos 13 y ss. del CIFTA. Cualquier medida, penal o administrativa, que no tenga ese objetivo entre sus prioridades, será inane en su virtualidad como medio para luchar contra el tráfico de armas. De ahí se deduce, también, la necesidad de un estricto control de armas por parte de cada Estado.

En todo caso, y sea un organismo plurinacional o exclusivamente nacional el que se ocupe del control de las armas, es necesario dotar a los organismos de control de las armas de los medios necesarios para llevar a cabo correctamente su función.

En conclusión: en el camino hacia una deseable proscripción de las armas y su tráfico, estimulando como alternativa una cultura de paz y de seguridad que lleve a la región, en el plazo de tiempo más breve posible, a gozar desde el punto de vista material de los derechos democráticos, es preciso exacerbar los controles de todo orden para

minimizar los efectos negativos que producen la gran cantidad de armas en manos de los particulares.

- III) De lo anterior debe deducirse, inmediatamente, la necesidad de limitar fuertemente –de prohibir- la tenencia y porte de armas a menores y disminuidos psíquicos, y de castigar con penas especialmente graves a quienes tengan a estos últimos como sujetos pasivos de su actividad de tráfico de armas. Ello lleva, indudablemente, a modificar –en algunos casos- los controles administrativos sobre concesión de licencias o permisos, incrementando y endureciendo los requisitos para obtenerlas; asimismo resulta necesario restringir el número de armas que es posible imputar a cada licencia. en otros a incrementar la sanción penal a los traficantes o/y vendedores de armas.

También habrá que atender, en esta dirección y dependiendo de los límites de la mayoría de edad penal, a incrementar las sanciones –o las medidas- a imponer a los menores de cierta edad que posean o porten armas.

De la misma forma, y teniendo en cuenta la realidad de la implicación de jóvenes de corta edad en la actividad delictiva, sería deseable aumentar el mínimo de la edad para poseer y portar armas (o, al menos, la segunda alternativa) hasta los 21 años. Ello permitiría ganar terreno, algo de terreno, en la lucha por el control de las armas de fuego.

- IV) Es preciso rechazar el planteamiento del “derecho a tener o a portar armas” y sustituirlo por la idea de autorización excepcional por parte del Estado. Asimismo resulta conveniente no establecer ámbitos particulares en los que no se exija licencia para la tenencia o porte, bastando únicamente el registro de las armas. No, los controles, las exigencias y los requerimientos para la tenencia y porte deberían ser siempre máximos. Debe anotarse, no obstante, que algunos países del SICA recogen el “derecho” a la tenencia y porte de armas en su Constitución.
- V) Es necesario someter a un control estricto las armas en manos de compañías privadas de seguridad, así como las licencias de armas y la utilización que se hace de las mismas.
- VI) Resulta imprescindible ponerse de acuerdo en las definiciones esenciales (armas prohibidas o de guerra y permitidas, por ejemplo) y reducir su tipología, lo que obliga a llegar primero a un convenio sobre la denominación misma de los distintos tipos de armas atendiendo a sus características. Es asimismo preciso consensuar los requisitos para poder acceder a obtener licencia de posesión o porte, como los relativos a los umbrales de edad, requerimientos psíquicos, trámites (exámenes), condiciones de registro o inscripción, etc. Es decir: el primer objeto de armonización han de ser las leyes administrativas (o/y penales) que regulan en los distintos países la materia de tráfico, comercialización, uso y porte de armas; y solamente después cabe plantearse el acercamiento de los tipos penales (que en todo caso se produce con aquélla primera armonización dado que, con alta frecuencia, los tipos penales se constituyen como normas penales en blanco que requieren atraer materia regulada en la correspondiente normativa administrativa).

En este sentido se podrían entender como “armas permitidas”, en el sentido de armas respecto de las cuales sea posible la concesión de licencia (con independencia de las de caza y deportivas). Deberá consensuarse un listado.

- VII) Resulta necesario delimitar las figuras que en todo caso deben tener tratamiento penal de aquellas otras para las que puede bastar lo administrativo. Entre las primeras deberían estar, al menos, las siguientes: tenencia, porte, depósito, comercio (incluido importación y exportación), fabricación y alteración de las características de las armas.
- VIII) En cuanto a las configuraciones típicas quizás lo más adecuado sería establecer tipos básicos y agravados, atendiendo a circunstancias tales como la clase de armas, la pertenencia a organizaciones criminales, el desempeño de funciones públicas implicadas en el control de armas, el proporcionarlas a menores o incapaces, etc.
- IX) A la hora de seleccionar la cuantía de las penas privativas de libertad con las que amenazar las conductas de tráfico de armas, se podrían tener en cuenta los siguientes referentes: 1º) Que la sanción de la tenencia y tráfico de armas ha de tener en cuenta que se trata de un típico ejemplo de delito instrumental; es decir, que se castigan esas conductas en tanto y en cuanto pueden servir de vehículo para la comisión de otros delitos (robos, lesiones, homicidios). 2º) Que tratándose de una conducta que posee una indudable expresión internacional y de vinculación con organizaciones criminales, las penas mínimas han de resultar lo suficientemente graves como para que los mecanismos de auxilio internacional puedan fluir sin problemas.
- X) En todo caso sería conveniente aproximar la cuantía de las penas privativas de libertad que se prevén para las distintas formas delictivas, pues actualmente entre los Ordenamientos en estudio las diferencias pueden ser, para la misma tipología, de hasta ocho años, lo que a todas luces resulta excesivo.
- XI) Sería conveniente también imponer penas privativas de derechos tanto en el caso de personas físicas (retirada de los permisos de armas o prohibición de obtenerlos) como en el de personas jurídicas o entidades sin personificación (clausura de locales, privación de licencias, declaración de ilicitud de la persona jurídica, etc.). En este último supuesto sería también oportuna la imposición, conjunta, de sanciones económicas de importancia.
- También sería oportuno, en lo que se refiere a las penas privativas de derechos, prever para los casos en los que los sujetos no posean licencia, una pena de prohibición de obtenerla, y si la tuvieran la privación de la misma.
- XII) Pudiera ser oportuna, igualmente, la introducción de tipos agravados en consideración a la pertenencia del sujeto a organizaciones criminales, a que se haya facilitado a menores de edad el acceso a armas, que el culpable fuera funcionario público, que sea notoria la cantidad de armas ilícitamente detentadas o habidas en depósito.
- XIII) Sería seguramente oportuno realizar las previsiones legales necesarias para asegurarse que las armas incautadas o aprehendidas sean pronto y convenientemente destruidas, para evitar la multiplicación de armas incontroladas en manos de la delincuencia.
- XIV) La redacción de las leyes ha de simplificarse, clarificarse y hacerse accesible a todos los ciudadanos; y esto sirve no solamente para los preceptos insertos en los códigos penales sino también en las leyes especiales: debe tratarse de volcar toda la regulación de que se trate en el menor número de preceptos posibles, de otra forma las dificultades hermenéuticas se multiplican exponencialmente.



SICA



7. COHECHO

- I) En primer lugar sería conveniente categorizar adecuadamente las distintas figuras de cohecho (propio, impropio, activo, pasivo), e introducir las mismas en todas las legislaciones con una redacción que refleje formalmente lo que constituye materialmente una sustancial coincidencia, saliendo al paso de esta forma a una confusión sistemática y evitando lagunas de punibilidad que persisten en alguna legislación.
- II) Sería preciso, en el sentido anterior, introducir el cohecho referido a funcionarios internacionales y de otros Estados en los Códigos que no lo tienen incorporado, lo que constituye un excelente medio para combatir la corrupción y para cooperar internacionalmente.
- III) De igual manera resulta deseable introducir tipos genéricos de cohecho activo y pasivo impropios con los que se castiguen la oferta y admisión de dádivas en consideración a la función o como recompensa por actos realizados, omitidos o retrasados.
- IV) No resulta ser una adecuada técnica legislativa, y tampoco responde a criterios de mayor injusto, la de construir tipos agravados en razón de especificidades de los sujetos que vayan más allá del hecho de ser funcionarios.
- V) Es conveniente simplificar la redacción de los distintos preceptos, evitando repeticiones inútiles y la caída en casuística.
- VI) Es deseable uniformar las cláusulas de extensión de autoría (que deberían finalizar con una referencia a “todo el que participe en el ejercicio de funciones públicas”, para evitar lagunas de punibilidad) así como, en su caso, las puramente hermenéuticas.
- VII) A efectos de pena debe considerarse irrelevante que el funcionario pida retribución o admita la que le den, ambas conductas atacan de idéntica forma –por ese sólo motivo- el bien jurídico protegido. Las diferencias en la pena deben ir referidas a razones de mayor injusto, de forma tal que sí resultaría suficientemente justificado que se impusiera mayor sanción si se pretende la realización de un acto –más allá de lo correspondiente a la venalidad- injusto, que si la retribución se proporciona por la realización de actos propios de la función. No se encuentra, sin embargo, sentido a establecer diferencias penológicas en atención a que el acto injusto que se solicita tenga o no carácter penal.
- VIII) Resulta preciso proporcionar las penas, imponiendo, con carácter general, las más graves a los funcionarios (que son los que tienen un especial deber) y menos graves que a estos a los particulares, o, al menos, evitar que a los particulares se les termine imponiendo mayor penalidad que a los funcionarios.

- IX) No resulta recomendable el acudir a criterios talionales en la determinación de la sanción, pues ello aleja a las penas de los fines de rehabilitación y reinserción social que junto a los de prevención general negativa son los que deben “iluminar” la pena. En todo caso, y aún subrayando la gravedad del delito, la “cantidad” de pena no debe resultar desorbitada, porque ello lejos de aumentar los efectos de prevención general negativa provoca, con frecuencia, una oposición por parte de los operadores jurídicos a la condena.
- X) Carece de sentido no acompañar, tratándose de funcionarios, las penas privativas de libertad, y como pena principal, de sanciones de inhabilitación, las cuales deberían tener una extensión superior a la correspondiente a la pena privativa de libertad a la que acompañan (pues el quebrantamiento de los deberes del cargo así lo exige). De esta forma las vicisitudes que siga la pena de inhabilitación no tendrán que coincidir con las de la pena privativa de libertad (lo que sí ocurriría en el caso de incorporarlas a la penalidad como penas accesorias).
En todo caso se considera que no resultan excesivamente idóneas las penas de multa para prevenir (en una perspectiva de prevención general negativa) la comisión de este delito, tanto por las dificultades para hacerla efectiva, como por las declaraciones de los distintos Tribunales acerca de la posible inconstitucionalidad del arresto sustitutorio en caso de impago de multa.
- XI) En el caso de admisión en el respectivo Ordenamiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y cuando el particular que corrompe al funcionario lo hiciera en interés de aquélla, debería imponerse a la misma las penas correspondientes a la persona jurídica; y en cuanto al particular debería señalársele inhabilitación para participar en las actividades convocadas por la Administración y que estén en la base de la conducta corruptora.
- XII) Podría ser interesante incluir una excusa absolutoria para el particular fundada en la denuncia de la solicitud de dádiva que le hubiere hecho el funcionario, siempre y cuando se llevare a cabo antes del inicio del procedimiento. Obviamente la excusa absolutoria gravitaría exclusivamente sobre el particular denunciante, y no sobre el funcionario denunciado.
- XIII) Especialmente en los casos en los que no exista una previsión expresa para declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sería deseable que la responsabilidad civil de la persona jurídica en cuyo interés se realizó el cohecho, sea calificada como solidaria y no meramente subsidiaria.
En todo caso debe subrayarse con especial firmeza la necesidad de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los distintos Ordenamientos.
- XIV) Podría ser oportuno, en el caso de que los respectivos Ordenamientos lo tolerasen y si no existe la posibilidad de declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la imposición a estas de consecuencias accesorias (suspensión de actividades, prohibición de participar en concursos o subastas públicas, etc.).
- XV) Resultaría sumamente interesante incluir en todos los Ordenamientos de la región la responsabilidad civil por daño social, estableciéndola como un caso más de responsabilidad civil *ex delicto*.

8. TRÁFICO DE INFLUENCIAS

- I) Uno de los instrumentos a utilizar contra la corrupción es, sin duda alguna, el de la punición del tráfico de influencias (más allá, además, de que los países del SICA han firmado diferentes instrumentos internacionales –significativamente la Convención de NN.UU contra la Corrupción).

- II) La tipificación del tráfico de influencias debería abarcar tanto la que realiza el funcionario como la que lleva a cabo el particular, así como la actuación del que ofreciéndose a realizar conductas de tráfico de influencias solicita de terceros dádivas; y todo ello en un esfuerzo por proteger a la Administración Pública y asegurar que sus resoluciones se dictan con la necesaria objetividad, imparcialidad y probidad por parte de los funcionarios a su servicio.
 Junto al necesario tipo básico habría que implementar tipos agravados en atención, entre otros referentes, a la efectiva obtención de beneficios para los interventores en la dinámica delictiva.
 En esta línea resulta necesario introducir cláusulas de comunicabilidad a particulares de la condición de la autoría (tal y como se hace por Costa Rica) en los delitos especiales propios.

- III) La estructura típica debería obedecer a la característica de los delitos de resultado cortado, sin exigirse el efectivo acaecimiento del beneficio (aunque siempre cabe la posibilidad de construir tipos agravados a partir del logro del beneficio económico que se perseguía, o de la calidad del sujeto activo o de sus relaciones con el influenciado).

- IV) En lo que importa a las penas privativas de libertad sería conveniente coincidir en un arco más próximo de penas; en este sentido seguramente se podría establecer como guía la pretensión de imponer penas privativas de libertad significativas, con marcos penales no demasiado amplios y respetando en todo caso el principio de proporcionalidad.

En todos los casos quizás fuera aconsejable prever, junto a la pena privativa de libertad y como pena principal, la de inhabilitación especial para ejercicio de funciones públicas (en el caso de los funcionarios), y para participar en concursos, subastas o adjudicaciones de la Administración (en caso de los particulares y las personas).

9. PECULADO

- I) Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el modo más eficaz de luchar contra la corrupción de los funcionarios (plasmada en este supuesto en la apropiación de fondos o caudales públicos) no es el Derecho Penal, sino los controles previos; sin estos últimos el Derecho Penal no sirve para nada, o mejor dicho: sirve de excusa para hacer “invisible” la impunidad.
- II) En el sentido anterior la Política Criminal referida a una cierta conducta delictiva ha de entenderse como conjunto de decisiones relativas y que incumben a todos los ámbitos del Derecho; es decir: determinaciones que afectan a todas las otras ramas del Ordenamiento Jurídico comprendidos los ámbitos procesales y puramente organizativos, así como la implementación de órganos de control y autorización que dificulten el que los funcionarios se crean capacitados para apropiarse de fondos públicos. De esta forma los supuestos de peculado o malversación se limitarán a casos aislados y no serán estructurales o patológicos de una determinada Administración Pública.
- III) Resulta absolutamente necesario elaborar, sobre la base de las conductas que mayoritariamente se consideran merecedoras de sanción entre los países integrantes del SICA, unos modelos en los cuales, con una estructura sencilla, con un lenguaje claro y accesible, se introduzcan las tipologías de conductas que, generalmente, se entiende deben ser sancionadas por el Código Penal; a saber: peculado propio (activo y pasivo) e impropio, tipos agravados de los anteriores en atención a la cantidad, al destino de los caudales apropiados y al grado de entorpecimiento que hubieran causado al servicio público, así como a la calificación de los mismos como pertenecientes o no al patrimonio histórico; peculado de uso y cláusula atenuatoria por devolución del objeto material, así como una concepción normativa de lo que deba entenderse por fondos o caudales públicos.
- IV) Consideramos que en los delitos relativos a los funcionarios públicos, y con independencia de que se considere o no procedente –en función de la gravedad de lo injusto- la imposición de penas privativas de libertad, las penas de inhabilitación o suspensión de funciones públicas deberían constituir, en todo caso y con independencia de la gravedad de la pena privativa de libertad, el referente penológico como pena principal (y ello al margen de que en algún Ordenamiento procedería la aplicación de la inhabilitación como pena accesoria –es decir, secundaria- como consecuencia de la duración de la pena privativa de libertad, o como sanción disciplinaria).
- V) Las penas privativas de libertad deberían “acercarse” más, tanto en los mínimos como en los máximos, y en el caso de estos últimos sería conveniente –y más ajustado al Principio de Proporcionalidad- una disminución en aquellos supuestos en los que su duración exceda de los diez años. Ello no afectará a la prevención general negativa si va acompañado de medidas civiles extraordinarias que impidan al delincuente el uso y disfrute de los bienes ilícitamente apropiados (o de sus frutos) una vez que haya cumplido la sanción penal.
- VI) Toda previsión sobre suspensión o sustitución de la pena, así como los beneficios penitenciarios que impliquen cumplimiento en libertad o semilibertad, deberían condicionarse en estos delitos a la devolución de los caudales apropiados.

- VII) En materia de prescripción pareciera oportuno introducir un régimen que se aparte del general tanto en lo que se refiere a los plazos generales, como en lo que importa a la interrupción y reanudación de los plazos prescriptivos, así como en lo correspondiente al inicio del plazo que pudiera vincularse al conocimiento de la comisión de los hechos (pues en no pocos casos la consciencia de los mismos acaece, bajo la regulación actual, después de que los hechos hayan prescrito), al abandono del cargo, o a algún otro momento de especial significatividad en el ejercicio de la función pública.
- VIII) Para favorecer la persecución internacional de estos delitos, y en correspondencia con la propia gravedad de la conducta, se deben incrementar los mínimos de pena –en los delitos correspondientes a los tipos básicos dolosos- hasta un mínimo de tres años, con el objeto de evitar que en ningún caso el infractor pueda eludir la Justicia nacional refugiándose en un tercer país.
- IX) Este delito, como cualquiera otro que tenga como sujeto activo a los funcionarios públicos, debería ser objeto de atención preferente en los instrumentos internacionales referidos a la extradición o a órdenes internacionales de detención.

PARTE II. ASPECTOS PROCESALES.

1. EXTRADICIÓN

- I) La primera cuestión a decidir es si el sistema actual de extradición admite mejora o si se considera el modelo agotado. En este sentido seguramente lo primero que habría que evaluar es si el Tratado Centroamericano Relativo a la Orden de Detención y Extradición Simplificada supone un cambio de estructuras o si no es más que la continuación de la extradición como referencia. Pues bien, lo primero que debe decirse es que el dicho Tratado no está signado por todos los países del SICA, pero más allá de este dato lo significativo es que se trata, en verdad, de una extradición, que responde al modelo de la extradición clásica por más que se quiera abreviado. En efecto, la primera causa de denegación de la orden de de detención y extradición [artículo 5 a)] es significativa de la vinculación del Tratado a las viejas estructuras: “Cuando se considere que el cumplimiento de la solicitud de la orden de detención y extradición simplificada puede afectar su soberanía”. Aquí es donde se pone de manifiesto la ausencia de la auténtica base sobre la que se edifica el nuevo modelo (el de “La Orden de Detención y Entrega”): el del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales; el de otorgar a las resoluciones de los países con los cuales se convenía la misma autoridad que a las resoluciones de los propios tribunales; el de un concepto de soberanía en el que lo fundamental no es la idea de la gestión única de todo lo que afecta al propio territorio, sino la de la defensa de la paz y la seguridad para todas las personas; la de la preeminencia de los derechos de todas las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, sobre el viejo concepto de soberanía, etc.
- Aquí es donde se encuentra el elemento definitorio para concluir que no se han sobrepasado con el Tratado los límites de la vieja extradición. Desde este punto de vista y manteniendo los viejos principios, el Tratado Centroamericano es, seguramente, lo máximo que puede alcanzarse en materia de cooperación internacional; y de ahí que continúe la vigencia de la prohibición de extradición del nacional (¿qué puede conseguir un Estado negándose a extraditar a un asesino?), o que no se contemple ni siquiera la entrega temporal del nacional, o la excepción por contravención de los preceptos constitucionales del Estado requirente, o que las comunicaciones se sigan estableciendo entre las Autoridades Centrales (y no entre Juez y Juez o Autoridad Central), o el que la norma de referencia no sea la propia del Tratado (posponiendo cualquier normativa interna), etc.
- II) La superación de este modelo sólo puede ir, sobre la base de los principios apuntados más atrás –especialmente el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales-, de la mano de una nueva Orden de Detención y Entrega Centroamericana asentada en los siguientes acuerdos:
- 1) Podrá dictarse Orden de Detención y Entrega en los siguientes casos:

-Para la práctica de diligencias procesales con vistas a un posible enjuiciamiento, referidas a hechos que tengan señalada en la Ley del Estado emisor una pena o medida privativa de libertad cuya duración máxima sea igual o superior a 2 años.

-Para el cumplimiento de penas o medidas con una duración iguales o superiores a 1 año.

-En cualquiera de los dos supuestos la entrega podrá ser definitiva o temporal, y en este último caso sometida a condición.

- 2) El cumplimiento de la Orden de Detención y Entrega no se verá supeditado al control de la doble incriminación para infracciones que tengan señaladas en el Estado emisor una pena o medida privativa de libertad cuya duración máxima sea igual o superior a 3 años, y que sean calificados en la Ley del Estado emisor como delitos de... (incluir una lista suficiente de delitos)
- 3) Fuera de los casos previstos en el apartado anterior, la entrega podrá condicionarse al requisito de la doble incriminación.
- 4) La Autoridad Judicial de ejecución denegará la ejecución de la Orden de Detención y Entrega en los siguientes casos:
 - a) cuando el delito que motiva la petición haya sido amnistiado o el sujeto indultado en el Estado de ejecución;
 - b) cuando los hechos que motivan la petición hayan sido juzgados en otro Estado miembro habiendo finalizado mediante resolución firme absolutoria o condenatoria, y, en este último caso, la pena haya sido ejecutada, esté ejecutándose o sea de imposible ejecución conforme a la Ley del Estado que condenó;
 - c) cuando la persona reclamada sea menor de edad o declarada penalmente inimputable conforme a la Ley del Estado de ejecución.
- 5) La Autoridad Judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la Orden de Detención y Entrega en los siguientes casos:
 - a) en los supuestos contemplados en el apartado 3, cuando los hechos no fuesen delictivos para la Ley del Estado de ejecución;
 - b) cuando el sujeto reclamado esté sometido a procedimiento penal, por los mismos hechos señalados en la Orden de Detención y Entrega, en el Estado de ejecución;
 - c) cuando en el Estado de ejecución se haya iniciado o definitivamente archivado en relación a la persona reclamada y por los mismos hechos, una investigación penal;
 - d) cuando los hechos que motivan la petición hayan sido juzgados en un tercer Estado, resultando la absolución o la condena y, en este último caso, la pena haya sido ejecutada, esté ejecutándose o sea de imposible ejecución conforme a la Ley del Estado que condenó;
 - e) cuando, siendo competente para el enjuiciamiento de los hechos el Estado ejecutor, se haya producido, según su legislación, la prescripción de la pena o del delito;
 - f) cuando la Orden de Detención y Entrega se refiera a la ejecución de una pena o medida respecto de un nacional del Estado de ejecución y éste se comprometa a ejecutarla conforme a su legislación;

g) cuando el Estado de ejecución considere que los hechos que motivan la Orden de Detención y Entrega se han cometido en todo o en parte en su territorio nacional, y en atención a esos motivos se considere competente para perseguirlos;

h) cuando los hechos que motivan la Orden de Detención y Entrega se hayan cometido fuera del territorio del Estado de emisión y la legislación del Estado de ejecución impida la persecución caso de cometerse fuera de su territorio.

i) cuando, con arreglo a la legislación del Estado de ejecución, la persona reclamada tenga la consideración de menor o inimputable. En estos casos la denegación de la entrega no impedirá, si ello sirviera a los fines de averiguación del delito cometido o de la identidad o de la índole de la participación de todos sus responsables, la invitación a la Autoridad Judicial del país emisor a realizar las oportunas diligencias en el país ejecutor.

Esta debería ser la base (a la que, obviamente, deberían añadirse toda una serie de preceptos) sobre la cual edificar una nueva concepción, superadora de la extradición, de cooperación y auxilio internacional.

- III) A corto plazo mientras se establecen las bases de una Orden de Detención Centroamericana, es necesario trabajar en mecanismos que ayuden a agilizar la extradición entre los países miembros del SICA, para ello deben atenderse los siguientes aspectos:
- a) Protocolos armonizados de entrega del extraditado.
 - b) Valor de la Difusión roja de INTERPOL para la detención del requerido.
 - c) Deben abrirse espacios de diálogo para permitir la extradición de nacionales, en diferentes niveles político y técnico.
 - d) Es necesaria la capacitación a operadores jurídicos sobre la extradición y la necesidad de que no se debe valorar el fondo del asunto.

2. INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS

- I. En primer lugar, debe ponerse de manifiesto con carácter general la necesidad de unificar la legislación en materia procesal. La importante dispersión normativa entorno a las instituciones procesales genera una importante inseguridad jurídica. Si bien parece lógico pensar que las nuevas formas de delincuencia han promovido la aprobación de normas de carácter especial que incorporan novedosas formas de persecución y represión, las mismas en cuanto suponen instituciones novedosas o modificaciones de las leyes existentes debieran tender a ser recogidas en la legislación procesal general.

En este sentido son dos las posibilidades que permiten dotar de coherencia al ordenamiento y generar certeza sobre las posibilidades procesales que ofrece el ordenamiento para la persecución y sanción de los delitos. De un lado, la incorporación en los Códigos procesales de cada nación de todas y cada una de las instituciones procesales con las que cuenta, lo que permite una sencilla y clara delimitación de las normas procesales; o, establecer una reglamentación que acopie las nuevas técnicas de investigación.

- II. En los tiempos más peligrosos para la paz y la seguridad de los ciudadanos es precisamente cuando es más necesario dejar claro que un Estado de Derecho debe garantizar ámbitos seguros e intocables de libertad ciudadana, y sólo desde esa seguridad poder contraponerlos y equilibrarlos con otros fines. Por ello, medidas que pueden resultar restrictivas de derechos, en este caso la investigación encubierta, necesitan ser expuestas con total publicidad y, en un grado mayor a medida que mayor sea su potencial injerencia. En este sentido, los Estados deben establecer un estricto régimen legal que garantice su control en todos los extremos, desde su propia configuración legal hasta sus concretos actos de ejecución, pasando por su adopción, justificación, valoración y uso probatorio de la información que se obtenga.
- III. Los Estados deben fundamentar la necesidad de recurrir a medios de investigación en cuya base se encuentra el recurso al “engaño”. Por ello, debe valorarse la necesidad de que la medida deba ser autorizada por un juez o fiscal según el ordenamiento de cada país. El Estado, de oficio, y a través del órgano competente pertinente debe evaluar la absoluta necesidad de infiltrar a un agente policial en una organización criminal y de proporcionarle una identidad supuesta, como presupuesto angular e inicial de legitimación de la medida. La incidencia que esta técnica tiene en el modo de investigación y el presupuesto del que parte “el engaño”, han hecho que en las legislaciones más modernas y por parte de la doctrina se exija el control por parte de la autoridad judicial del cumplimiento de los presupuestos para su adopción..
- IV. La incorporación de la investigación encubierta como técnica de investigación precisa la delimitación clara y precisa de su ámbito de aplicación. Para ello, debe procurarse la incorporación de criterios que no dejen lugar a dudas sobre los presupuestos que deben concurrir para su adopción.

Asimismo, la tendencia internacional en el empleo de este medio investigativo apunta a la necesidad de incorporar con carácter general el principio de proporcionalidad para la adopción de esta técnica de investigación, para salvaguardar todas las garantías y asegurar su empleo verdaderamente excepcional.

- V. La investigación encubierta requiere además del establecimiento de límites que atiendan a la proporcionalidad de la medida en función de la complejidad de la investigación a llevar a cabo y de la índole del delito.
- VI. Resulta absolutamente necesario dejar claro qué se entiende por agente encubierto, y diferenciarlo así con nitidez de otras figuras afines (como el colaborador, informante, etc.) que pueden prestarse a confusión. Igualmente se debe determinar con precisión quienes pueden asumir la tarea de agente encubierto. Se trata de excluir sin duda alguna a los particulares, de forma que sólo los cuerpos policiales puedan llevar a cabo las operaciones de infiltración, lo que lleva ineludiblemente a negar a los “confidentes” o “informadores” tal condición, y la aplicación del régimen jurídico de agente encubierto.
- VII. Otra de las cuestiones pendientes de acometer es la delimitación del tipo de actuaciones que pueden desarrollar quienes se encuentran infiltrados lo que supone definir claramente responsabilidades y posibles exoneraciones de responsabilidad. En este sentido, deben delimitarse no sólo responsabilidades de carácter disciplinarios sino particularmente la responsabilidad penal en que los mismos pudieran incurrir.
- VIII. Una última cuestión que no recibe tratamiento satisfactorio y que precisa contar con una clara regulación es el del valor probatorio de las informaciones y fuentes de prueba obtenidos por medio del agente encubierto. Esta cuestión precisa de una importante delimitación y de un régimen legal que permita garantizar los derechos de contradicción y defensa de quienes se ven procesados por las mismas.

3. EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN

La escasa regulación en el ámbito nacional de esta técnica de investigación que parte de la cooperación entre Estado y su reenvío a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales, provoca no sólo inseguridad jurídica sino la propia infrutilización de la técnica de investigación. Pues, en caso de ser necesaria o bien cuenta con un marco internacional que le dé cobertura o resulta difícil imaginar que pueda datársele de dicho marco para una concreta investigación a tiempo.

Por ello, parece recomendable que los Estados se doten de una regulación si quiera de mínimos acerca de los siguientes extremos:

- I. Objeto y ámbito de aplicación de esta técnica de investigación. A estos efectos la Ley deberá definir como mínimo los siguientes conceptos:
 - ✓ *Equipo conjunto de investigación*, que será el constituido por acuerdo de las autoridades competentes de dos o más Estados para llevar a cabo investigaciones penales en el territorio de alguno o de todos ellos, que requieran una actuación coordinada, con un fin determinado y por un período limitado.

- II. Forma de constitución de un equipo conjunto de investigación que vaya a actuar en el país nacional:
 - ✓ *Adopción del acuerdo de constitución*. La ley debe establecer a quién corresponde la autorización para la constitución de un equipo conjunto de investigación. Dicha autoridad (órgano judicial/Ministerio público) habrá de ser la que valore y adopte, en su caso, los acuerdos de constitución de equipos conjuntos de investigación que vayan a actuar en el territorio nacional.
 - ✓ *Contenido del acuerdo*. El acuerdo deberá expresar como mínimo
 - *La voluntad explícita, manifestada por la autoridad competente de cada Estado miembro solicitante, de constitución del equipo conjunto de investigación.*
 - *La motivación suficiente de su necesidad y tiempo máximo de vigencia del equipo para los fines que se determinen.*
 - *El objeto determinado y fines de la investigación para el que es autorizado.*
 - *Propuesta de composición del equipo, teniendo en cuenta que el jefe de éste será designado por la autoridad competente del Estado en el que el mismo ha de intervenir.*
 - *Referencia explícita a la legislación aplicable a la actuación del equipo constituido.*
 - *Especificación, en su caso, de las medidas organizativas que sean necesarias para que el equipo pueda actuar.*
 - *Competencias del jefe del equipo.*
 - *Régimen jurídico sobre la utilización, por los miembros del equipo, de las informaciones obtenidas en el curso de la investigación.*
 - ✓ *Medidas organizativas*. La autoridad competente del Estado donde debe actuar será quien designe al jefe del equipo conjunto de investigación.

Asimismo, la autoridad competente del Estado donde actúa el equipo deberá adoptar las disposiciones organizativas necesarias para que el equipo pueda actuar.

- ✓ *Fines de la información obtenida.* La información que puedan obtener los miembros del equipo conjunto de investigación como consecuencia de ésta podrá utilizarse para únicamente para los fines que determine la ley. En este sentido podrán hacerlo en todo caso para:
 - Los fines para los que se haya creado el equipo.
 - Asimismo para descubrir, investigar y enjuiciar otras infracciones penales, previa autorización del Estado en el que hayan obtenido la información. Dicha autorización podría denegarse cuando la utilización de la información ponga en peligro otras investigaciones penales en aquel Estado.
 - Para evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo b de este artículo.
 - ✓ *Ampliación del ámbito de actuación.* En el caso de que varíen las circunstancias que motivaron la investigación para la que se creó el equipo, el acuerdo determinará la forma en la que pueda valorarse la posibilidad de que pueda extenderse a hechos que guarden conexión directa con el objeto del acuerdo, o ampliarse el período por el cual fue inicialmente acordada, con el consentimiento de todos los Estados que constituyeron el equipo, sin necesidad de otro acuerdo expreso.
 - ✓ *Modificaciones en la composición del equipo.* El acuerdo deberá prever en qué modo puede atendiendo a las circunstancias modificarse la composición del equipo.
 - ✓ *Responsabilidad patrimonial de los miembros integrantes del equipo conjunto de investigación,* particularmente en relación con los miembros del equipo que se encuentran actuando en el estado extranjero. La ley habrá de fijar el régimen de responsabilidad en el ejercicio de las actividades propias de la investigación al que se encuentren sometidos los miembros extranjeros que intervienen en el equipo conjunto. Deberá fijarse a qué Estado corresponde la indemnización de particulares por cualquier lesión que sufrieran en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento o de las actividades del equipo conjunto de investigación.
 - ✓ El acuerdo determinará cual Estado asumirá el pago de los gastos extraordinarios o si estos serán cubiertos por todos los Estados que participan.
- III. Constitución de un equipo conjunto de investigación que vaya a actuar fuera del estado nacional:
- ✓ Acuerdo de constitución. La ley deberá fijar a qué autoridad corresponde solicitar la creación de un equipo conjunto de investigación, así como aceptar la creación de alguno a instancias de terceros.



4. PERSECUCIÓN EN CALIENTE

- I. Esta institución carece de regulación en la totalidad de los Estados de la región por su propia naturaleza, pues el presupuesto para poderla incorporar es, precisamente, la inexistencia de fronteras entre los países, lo que posibilita la injerencia de las fuerzas de seguridad de un Estado en el territorio de otro para facilitar la persecución y represión de delitos.
- II. El derecho de persecución (*hot pursuit*) se ha configurado tradicionalmente como una excepción al principio de jurisdicción exclusiva sobre el territorio nacional. Sin embargo, en los últimos tiempos y tradicionalmente en lo que hace referencia al mar territorial se han contemplado excepciones que permiten a Estados limítrofes y fronterizos ejercer un verdadero poder de coerción, cuyo origen y justificación jurídica se hallan en la necesidad de hacer frente eficazmente a las formas más graves de delincuencia organizada transnacional. En este sentido y puesto entre los Estados miembros del SICA cuentan con fronteras nacionales en el ámbito territorial que impiden esta forma de cooperación, sólo cabe plantearla en el ámbito del mar territorial y, en su caso, en el espacio aéreo, cuestiones que, por incidir la soberanía y seguridad nacional precisan seguramente de acuerdos internacionales más que de dotación de regulación en el ámbito nacional.
- III. No obstante, los graves riesgos que entraña la delincuencia organizada en la región aconsejarían el estudio de fórmulas que permitan bien a través de la vigilancia transfronteriza, bien a través de fórmulas que favorezcan la cooperación reforzada luchar contra la impunidad que provocan las fronteras, evitando espacios de impunidad en el ámbito regional que conforma el SICA.

5. ENTREGAS VIGILADAS

- I. Si bien todos los Estados miembros del SICA cuentan con regulación, si quiera en leyes especiales, a excepción de República Dominicana, sobre la entrega vigilada como mecanismo de investigación. Resultaría conveniente que su regulación más allá de contemplarla y definirla se desarrollase para dotarla de seguridad jurídica.
- II. En especial, se hace preciso definir no sólo el ámbito en que dicha medida puede ser empleada para la investigación de delitos sino también qué tipo de objetos y bajo qué condiciones pueden ser introducidos de forma controlada. Aunque con carácter general se prevé para el tráfico de estupefacientes, en el ámbito internacional se ha revelado como un mecanismo idóneo para otros tipos delictivos, tales como tráfico de armas, tráfico de animales protegidos y de bienes arqueológicos, entre otros.
- III. En cuanto a la autorización de la medida los Estados deben establecer pautas que permitan controlar la utilización de este medio extraordinario de investigación, que si bien pueden ser la homologación judicial también podría ser algún otro mecanismo que permita, por vía de recurso incluso ante el propio Ministerio público, su control y adecuación a la legalidad.
- IV. Fundamental es que los Estados regulen detalladamente la cadena de custodia vía ley o reglamentos internos, garantía sin la cual resulta complejo imaginar la posibilidad de que las fuentes de prueba puedan alcanzar valor probatorio en el acto del juicio.
- V. Una última cuestión que carece de regulación en los Estados y que debiera contemplarse es el procedimiento (administrativo o judicial) que posibilite el control del desarrollo de la medida.

6. DECOMISO

- I. Todos los Estados cuentan con una regulación muy similar del decomiso propiamente penal, que es aquél que se contempla como consecuencia de la previsión en los textos punitivos de la pena accesoria de decomiso y que, por consiguiente, precisan de una sentencia penal condenatoria. Prácticamente la totalidad de los Estados incorporan la regulación conforme a los parámetros internacionales contenidos en tratados internacionales. Regulación que a diferencia de otras instituciones encuentre respaldo tanto en los códigos procesales como en las leyes de carácter especial. Sólo un par de cuestiones serían susceptibles de armonización en esta materia para alcanzar una aún mayor homogeneidad de la institución:
- En primer lugar, no en todos los Estados se encuentran previstas vías para la protección de la propiedad de terceros sujetos afectados por el decomiso, en particular, por la posible medida cautelar que haya recaído sobre los bienes a decomisar entre tanto recae sentencia firme condenatoria. Por ello los Estados deben procurar el establecimiento de incidentes que permitan proteger la propiedad de terceros, particularmente asegurando la posibilidad bien de intervenir en el propio proceso penal o en un proceso paralelo y sumario que posibilite la recuperación de bienes afectados indebidamente.
 - En segundo lugar, la mayor divergencia que presenta esta institución en los Estados es la relativa al destino y fines que deben dársele a los bienes decomisados. Siendo compleja la armonización en este sentido, las legislaciones sí debieran al menos contemplar dos cuestiones importantes:
 - Los bienes decomisados habrán de dirigirse al fortalecimiento de las instituciones del sector justicia, fortaleciendo así los medios con los que cuentan los operadores jurídicos para la lucha contra la delincuencia organizada; o a la indemnización de las víctimas.
 - También sería aconsejable que cuando el decomiso se haya producido como consecuencia o gracias a la cooperación entre Estados, se busquen fórmulas para el reparto de las mismas que permitan incentivar la cooperación en esta materia.
- II. Si el decomiso como consecuencia de la sentencia penal condenatoria cuenta con una regulación muy similar entre los distintos Estados. No puede decirse lo mismo del decomiso de activos sin condena, que constituye por ejemplo una herramienta de suma importancia para recuperar los productos e instrumentos de la corrupción, en particular en los casos en que los productos se transfieren al exterior tal y como se contempla en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Al constituir un procedimiento que prevé la captura y decomiso de activos robados sin la necesidad de una declaración condenatoria penal, el decomiso de activos puede ser esencial cuando el delincuente está muerto, o ha huido de la jurisdicción, o es inmune al proceso judicial. En este sentido los Estados debieran procurar dotarse de legislación sobre esta institución teniendo en cuenta para ello que:
- El decomiso sin condena debe contar con un procedimiento propio, que a diferencia del penal, no precisa necesariamente de un juicio ni de una condena penal. Pudiendo ser estos procedimientos de naturaleza civil o administrativa.
 - Mientras que el decomiso penal es una orden *in personam*, una acción contra la persona, lo que hace preciso un juicio y una condena. El proceso de decomiso sin condena, también llamado “decomiso *in rem*”, “decomiso objetivo” o civil, es una acción contra el activo mismo y no contra un

individuo. Lo que significa que se construye sobre un estándar de prueba inferior. Pues, mientras el decomiso penal precisa que el Estado primero establezca la culpabilidad “más allá de toda duda razonable”, esta institución suele contemplar una “distribución de la carga de la prueba inversa”. Así, la persona que pretende impedir el decomiso sobre la cosa, habrá de probar su lícita procedencia. Esto significa que existe una rebaja de la actividad probatoria, que en todo caso debe producirse en relación con la procedencia ilícita de los bienes, que suele traducirse en una inversión probatoria, pero en ningún caso los Estados pueden exonerarse de la actividad probatoria.

- El decomiso de activos objetivo debe contemplar al menos en determinados supuestos que favorecen la lucha contra la impunidad, particularmente cuando no es posible el decomiso penal, como sucede en los ejemplos siguientes:
 - ✓ El delincuente es un fugitivo y la condena penal no es posible si el acusado se encuentra ausente, es decir, no cabe el juicio en rebeldía.
 - ✓ El delincuente está muerto o muere antes de la condena, lo que provoca la inmediata finalización del proceso penal.
 - ✓ EL delincuente es inmune al proceso penal, cuenta con inmunidad jurisdiccional.

- III. Finalmente, debe procurarse no sólo que los Estados se doten de Oficinas de Recuperación de Activos para rastreo e identificación de productos del crimen u otra propiedad relacionada con éste, sino que además deben desarrollarse marcos colaborativos.

7. LEVANTAMIENTO SECRETO BANCARIO, FINANCIERO O COMERCIAL

Es preciso que los Estados lleguen a un acuerdo sobre el desarrollo legislativo de esta medida que permita contar con unos criterios mínimos compartidos que deberán al menos fijar los siguientes aspectos:

- I. En lo referente al secreto bancario, es la intimidad o privacidad del cliente lo que está en juego, aunque en un aspecto económico. Es la persona, en cuanto titular del derecho, quien tiene el poder de pretender la máxima discreción en torno a los hechos que ha confiado a la banca. Luego, al tratarse de una medida que afecta a la intimidad o privacidad en su vertiente económica o patrimonial debe valorarse la necesidad de que su adopción sea autorizada u homologada por el órgano judicial. Sin embargo, de conformidad con el artículo 40 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, instrumento que ha sido ratificado por todos los países miembro del SICA, los Estados deben existir mecanismos en el ordenamiento jurídico para salvar todo obstáculo que pueda surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario, por lo que se hace necesario que de conformidad con los compromisos internacionales adquiridos por los países las reformas tiendan a desgravar el acceso a la información bancaria en los procesos penales.

- II. Alcance de la medida: la ley debe fijar claramente qué tipo de productos financieros y comerciales pueden ser objeto de levantamiento del secreto.

- III. Determinación de los sujetos obligados. La ley deberá ser clara en la determinación de los sujetos a las obligaciones de información que supone el levantamiento del secreto bancario, entre las que habrán de encontrarse al menos: Las entidades de crédito; Las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida y los corredores de seguros cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con la inversión; Las sociedades y agencias de valores; Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión colectiva cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora; Las entidades gestoras de fondos de pensiones; Las sociedades gestoras de cartera; Las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo y las sociedades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora; Las sociedades de garantía recíproca; Las sociedades emisoras de tarjetas de crédito; Las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias, con inclusión de las actividades de giro o transferencia internacional realizadas por los servicios postales; Las entidades de pago y Las empresas de asesoramiento financiero, entre otras.

- IV. Asimismo, las distintas leyes conforme a sus ordenamientos jurídicos habrán de fijar cuáles son las obligaciones a que se encuentran sujetas estas entidades en relación con las actividades de investigación del procedimiento así como el régimen de responsabilidad (administrativa/penal) en que pueden incurrir de no colaborar o negarse a prestar la información solicitada.

8. PROTECCIÓN TESTIGOS, PERITOS Y OTROS SUJETOS

- I. Sin duda la cuestión más relevante para posibilitar la armonización es la distinción entre aquellas medidas de protección que tienen trascendencia en el proceso penal, particularmente en la actividad probatoria y aquellas otras que no y que por consiguiente pueden encontrarse sometidas a un régimen administrativo bien distinto al del proceso penal.
- II. Asimismo y en cuanto a la posible afectación de derechos y garantías de las personas sujetas al proceso penal debe acordarse cuál puede ser el régimen de protección de los sujetos (funcionarios o no) que trabajan para el órgano jurisdiccional en atención a las concretas circunstancias de cada Estado, pues la protección no puede suponer en caso alguno detrimento para el derecho de defensa y la garantía de la contradicción.
- III. Otra cuestión que debiera ser armonizada es el posible contenido mínimo de la protección, lo que permitiría que la misma se pudiese ser dispensada entre Estados como consecuencia de la cooperación, lo que favorecería la cooperación de determinados sujetos en relación con determinados delitos como pueden ser los de tráfico de personas.
- IV. Se considera oportuno valorar la posible modificación del Convenio Centroamericano para la protección de víctimas, testigos, peritos y demás sujetos que intervengan en el proceso penal, particularmente en la narcoactividad y el crimen organizado. Algunos países consideran que este Convenio dejó por fuera aspectos esenciales que deben ser tratados en aras de proteger debidamente a los afectados en otro país.
- V. Es importante señalar el uso de la videoconferencia como un mecanismo tecnológico que permite recabar el testimonio de personas protegidas, cuya integridad física corre peligro debido a su participación en el proceso, por lo que un mayor uso de esta tecnología es recomendable.

9. VIDEOCONFERENCIA

- I. La aplicación de la videoconferencia a la administración de justicia permitirá en relación con el proceso practicar actuaciones procesales sin necesidad de que los intervinientes estén físicamente presentes ante el órgano judicial. Esto significa que la videoconferencia no es más que un medio tecnológico puesto a disposición del proceso, que permite no sólo su utilización para la producción tecnológica de la prueba, sino también para otro tipo de actuaciones procesales. Los Estados podrían contemplar usos de la videoconferencia más allá de la toma de declaraciones que posibilite el ahorro de recursos y en determinados casos evitase dilaciones innecesarias en la tramitación de los procedimientos y salvaguardar por este medio la integridad física de un testigo protegido. En este sentido es útil la ratificación y entrada en vigencia del Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Jurídica entre Sistemas de Justicia.
- II. En este sentido los Estados limitan su utilización a la actividad probatoria y en su caso al anticipo jurisdiccional de la prueba. Sin embargo debieran explotar las otras muchas posibilidades que ofrece este mecanismo para el proceso penal.
- III. Debiera distinguirse entre el empleo de este mecanismo en materia de investigación y materia probatoria nítidamente, pues las garantías que debe revestir la actividad probatoria no tienen por qué ser extendidas a la fase investigadora pudiendo en este ámbito ser muchas más las aplicaciones de la videoconferencia.
- IV. Asimismo, los estados podrían valorar la posibilidad del empleo de este mecanismo para la intervención en determinadas actuaciones que proviene de determinados sujetos colaboradores con la administración de justicia y que, por sistema, no tienen por qué comparecer físicamente ante el órgano jurisdiccional.

10. CENTRO DE INTELIGENCIA Y CENTROS DE INFORMACIÓN

- I. Es necesario que todos los Estados regulen en su ordenamiento jurídico los Centros de Inteligencia, independientemente de la institución en la que estén ubicados, con la finalidad de asegurar que dichos centros se ajustan al Estado de Derecho.
- II. El papel de la actividad de inteligencia desarrollado conforme a las legislaciones nacionales se ha revelado esencial en la lucha contra las formas más avanzadas de delincuencia, de ahí la necesidad de que todos los Estados compartan información y creen plataformas seguras para su transferencia.
- III. Siendo imprescindible para los operadores jurídicos contar con un sistema de comunicación que garantice el paso de información a nivel internacional de manera segura como lo requieren las investigaciones contra la delincuencia organizada transnacional se recomienda la difusión y uso entre los operadores jurídicos del sistema de comunicación seguro de IberRed denominado Iber@.

11. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

- I. No todos los Estados distinguen claramente entre los conceptos de jurisdicción (manifestación de la soberanía) y competencia (criterios de distribución), lo que plantea problemas en relación con la fijación del órgano judicial llamado a enjuiciar.
- II. En este sentido, resultaría aconsejable que los Estados delimitasen claramente a través de fórmulas positivas de atribución de competencia y/o, en su caso, delimitaciones negativas, el ámbito de ejercicio de esta potestad.
- III. En relación con la competencia los Estados deben tratar de desarrollar sus legislaciones para posibilitar la determinación legal previa y objetiva de quién ha de conocer de un asunto, eliminando las posibilidades de determinación ex post de la competencia y, consiguientemente estableciendo tribunales especiales, que deben quedar proscritos por la ley.
- IV. Los Estados deben reformular sus tradicionales normas de competencia atendiendo a criterios modernos como los que establece la teoría de los actos relevantes para poder solventar los problemas que provoca una delincuencia que, cada vez más, presente perfiles de transnacionalidad.
- V. Atendiendo a esta nueva realidad de la delincuencia que no encuentra fronteras, los Estados deben esforzar en el fortalecimiento de la cooperación y consiguientemente contemplar normas que posibiliten la transferencia de investigaciones y procesos cuando existan conflictos entre Estados.

12. PRUEBA CIENTÍFICA

- I. Los distintos Códigos procesales penales regulan la prueba pericial sin distinguir o hacer mención de la prueba científica de modo directo (ADN, Dactiloscópica, pericial, balística, etc.). Un planteamiento diferenciado de la misma permitiría un mejor tratamiento de sus particularidades, sin necesidad de hacer una lista taxativa de pruebas.
- II. La importancia que ha adquirido en los últimos tiempos la prueba científica debería hacer valorar a los Estados, de un lado, la posibilidad de implantación de un proceso de acreditación, que permita la validación de los estándares y reglas éticas y consiguientemente favorezca el acercamiento de los estándares nacionales en cuanto a títulos acreditativos. De otro lado, pueden estudiarse las posibilidades con que se cuenta para encaminarse hacia la creación de estructuras independientes y colaboradoras con el Ministerio Público y el órgano judicial, que desarrolle en calidad de colaborador con la administración de justicia este tipo de informes periciales.
- III. Debe destacarse asimismo la posibilidad de trabajar en la homogeneización de las capacidades de peritaje, por ejemplo a través de la creación de un “Registro Centroamericano de Expertos”, que permita la designación de expertos de otro Estado, lo que puede incluso favorecer la transferencia de conocimiento y buenas prácticas.
- IV. La homogeneización y creación de estándares comunes en la actividad pericial favorecería asimismo la transferencia de la actividad probatoria en casos de delincuencia transnacional.
- V. En cuanto al desarrollo de la actividad pericial en el acto del juicio, debe destacarse la necesidad de favorecer un estrecho diálogo entre el juez y el experto y las partes sometidas al proceso. Debe destacarse la importancia de definir modalidades de comunicación equilibradas para la valoración y posible impugnación del informe, teniendo en cuenta los diferentes niveles de accesibilidad de los actores del procedimiento al conocimiento técnico.
- VI. De manera más amplia, debe reflexionarse sobre los retos del recurso a la prueba científica particularmente respecto al ejercicio de los derechos de la defensa, a la exigencia del respeto del principio de la igualdad de armas y al principio de contradicción, que implican que la defensa pueda designar efectivamente o hacer designar a expertos independientes, sin que el coste del peritaje constituya un obstáculo.
- VII. Por lo que se refiere a los costes del recurso a la prueba científica, debe subrayarse la importancia del papel que desempeña el juez y su apreciación, para encontrar un equilibrio entre un imperativo de control de los costes, la exigencia de calidad y la necesidad de tener en cuenta las solicitudes de informes formuladas por la defensa.
- VIII. Por otra parte, la incorporación de la prueba científica evidencia la utilidad de una formación técnica suficiente de los magistrados y actores del procedimiento judicial para la apreciación y en su caso valoración o refutación de la prueba científica. En



este aspecto habrá de fortalecerse la capacitación institucional, en particular en relación con el conocimiento de la cadena de custodia



SICA



13. TRANSFERENCIA PRUEBAS

- I. En el marco establecido para la cooperación en el Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre los países Centroamericanos, los Estados procurarán avanzar hacia una cooperación que posibilite, dentro siempre del ordenamiento jurídico nacional, la práctica de la actividad probatoria conforme al principio del *forum regit actum*.

14. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: RÉGIMEN PROCESAL

- I. La previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como consecuencia de la superación de planteamientos tradicionales que impiden luchar de manera eficiente contra las formas de delincuencia más graves, deberá ir acompañada de la construcción de un régimen jurídico procesal que posibilite dar respuesta a las particularidades que entraña sostener esta posibilidad. Para ello, habrá de diseñarse un mecanismo que permita trasladar las garantías previstas en los tratados internacionales, particularmente en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de forma singular del principio de presunción de inocencia, no solo como regla de tratamiento al imputado, sino también como norma de enjuiciamiento. En este sentido, habrán de tenerse en consideración cuestiones como:
- En relación con la legitimación pasiva habrán de tratarse cuestiones atinentes a la situación de las personas jurídicas alegales y las personas jurídico-públicas
 - Deberá delimitarse el estatuto jurídico procesal de las personas jurídicas imputadas abordando cuestiones como el derecho de defensa; el derecho a no declarar; el derecho a no auto-incriminarse:
 - Habrá de resolverse legalmente la controvertida sucesión/transmisión de la responsabilidad penal en casos de transformación, fusión, absorción, escisión e incluso la aparente disolución de la persona jurídica.
 - También deberá darse respuesta legal a posibilidades como el juicio en ausencia de la persona jurídica; las atenuantes específicas para las personas jurídicas y las posibilidades de conformidad.