AGUSTINA ALVARADO URÍZAR
HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO
HÉCTOR OLASOLO
Directores Académicos
LUISA VILLARRAGA ZSCHOMMLER
ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO
JUAN JOSÉ ROMERO MORALES
ANDRÉS FELIPE CANIZO RAMÍREZ
Coordinadores

42

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE EL DERECHO PROCESAL PENAL

Especial atención a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional

PARTE III

Las actuaciones de investigación

tirant
lo blanch
PERSPECTIVAS IBEROAMERICANAS SOBRE LA JUSTICIA

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE EL DERECHO PROCESAL PENAL

ESPECIAL ATENCIÓN A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Parte III

LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

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 DESDE EL DERECHO PROCESAL PENAL

ESPECIAL ATENCIÓN A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Parte III

LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

Volumen 42

Directores Académicos

Agustina Alvarado Urízar
Héctor Hernández Basualto
Héctor Olasolo

Coordinadores

luisa villarraga zschommler
ana maría martínez agudelo
juan josé romero morales
andrés felipe canizo ramírez

tirant lo blanch
Valencia, 2026

Copyright ® 2026

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

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 979-13-7021-405-0
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); Director Académico 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 público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional" (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, 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 Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (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" (2020-2024), 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 (Colombia). 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

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 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.

A María Juliana Conde Arias, Valentina Ramírez Barreda, Laura Vacca Moyano, Mariana Molina Flórez, María Camila de la Peña Calderón, Daniela Clavijo Fonseca, Luisa Fernanda Rojas Serrano, Iliana Linares Hurtado y Paula Alejandra Gómez Matamoros, por su apoyo en la edición de la presente obra colectiva.

Índice

Directores Académicos 15

Coordinadores 17

Autores..... 19

Abreviaturas..... 21

Prólogo 25
Lorena Bachmaier Winter

Presentación del Programa de Investigación 70593, la Red sobre Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional, su grupo de Derecho Procesal Penal y la presente obra colectiva 31
Héctor Olasolo, Héctor Hernández Basualto & Agustina Alvarado Urízar

1. La obligación de comunicación de la investigación penal, el plazo para su desarrollo y los planes de investigación 57
Carlos Correa Robles

2. Las medidas especiales de investigación relativas a la interceptación de comunicaciones 105
Agustina Alvarado Urízar

3. Las medidas especiales de investigación basadas en nuevas tecnologías 191
Agustina Alvarado Urízar

4. Las medidas especiales de investigación relativas a la colaboración de informantes, agentes encubiertos y agentes reveladores..... 269
Eduardo Alcaíno Arellano

5. Las investigaciones relativas al lavado/blanqueo del producto del delito y la corrupción asociada al crimen organizado transnacional..... 309
Hector Hernández Basualto

6. Conclusiones 391
Agustina Alvarado Urízar
Héctor Hernández Basualto
Héctor Olasolo

7. Recomendaciones para los ámbitos latinoamericano y colombiano..... 473
Agustina Alvarado Urízar
Héctor Hernández Basualto
Héctor Olasolo

Adéndum. Administración y disposición de bienes incautados y decomisados..... 495
Antonio Segovia Arancibia
Dennis Cheng

Directores Académicos

Agustina Alvarado Urízar (Chile)

Ciencias Jurídicas, mención Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Estatal de Milán y Universidad de Girona. Profesora Asistente de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Andrés Bello, Quillota 980, Viña del Mar, Chile. ORCID: 0000-0003-3520-054X.

Héctor Hernández Basualto (Chile)

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales. Licenciado en Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Legum Magister y Doctor en Derecho en la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau (Alemania). ORCID: https://orcid.org/0009-0006-9985-7507.

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 de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (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). Director Académico 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.

Coordinadores

Luisa Villarraga Zschommler (Colombia)

Profesional en Derecho con profundización en Derechos Humanos y mención en filosofía de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Internacional y Construcción de Paz de la Universidad de los Andes, Colombia. Sustanciadora de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3930-6261.

Ana María Martínez Agudelo (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) con profundización en Derecho Ambiental. Especialista en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Estudiante de la maestría en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Consultora del Proyecto 70817 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colombia) sobre Respuestas del Derecho Internacional a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional.

Juan José Romero Morales (Colombia)

Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia). Consultor del Proyecto 70817 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colombia) sobre Respuestas del Derecho Internacional a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Se ha desempeñado como asistente de investigación en la Universidad del Rosario, ha trabajado como abogado asesor y litigante en casos relacionados con Derecho Penal Corporativo y fue practicante en la Sala de Reconocimiento de Verdad de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia.

Andrés Felipe Canizo Ramírez (Colombia)

Estudiante de jurisprudencia y miembro de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

Autores

Alcaíno Arellano, Eduardo (Chile)

Magíster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Stanford (EE. UU.). Profesor de Derecho, Universidad Diego Portales (Chile).

Alvarado Urízar, Agustina (Chile)

Ver sección de directores académicos.

Correa Robles, Carlos (Chile)

Abogado Universidad de Chile. Dr. Iur y LL.M. Universidad Libre de Berlín (Alemania). Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez (Chile).

Hernández Basualto, Héctor (Chile)

Ver sección de directores académicos.

Olasolo, Héctor (España/Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Segovia Arancibia, Antonio (Chile)

Abogado Universidad de Chile. MSc *Criminal Justice Policy en The London School of Economics and Political Science* (Reino Unido). Profesor invitado de Derecho Penal Transnacional en la Universidad Adolfo Ibáñez (UAI) (Chile).

Cheng, Dennis (Costa Rica)

Consultor del *International Centre for Asset Recovery* (ICAR) – *Basel Institute on Governance* (Perú).

Abreviaturas

AAI	Autoridad Independiente de Protección del Informante
ABIN	*Agência Brasileira de Inteligência*
ACWG	*Anti-Corruption Working Group*
AFI	Agencia Federal de Inteligencia
AIAMP	Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos
ALA/CFT	Anti Lavado de Activos/Contra el Financiamiento del Terrorismo
ANAC	Autoridad Nacional Anticorrupción
APNFD	Actividades y Profesiones No Financieras
Art.	Artículo
BIDAL	Bienes Incautados y Decomisados
BGBl.	Diario Oficial Alemán
BGH	Tribunal Supremo Federal alemán
BGHSt	Recopilación oficial de sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en causas penales
BVerfG	Tribunal Constitucional Federal alemán
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
CICAD	Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CMCON	Centro Internacional de Investigación y Análisis Contra el Narcotráfico Marítimo
CMF	Comisión para el Mercado Financiero
CNJ	Consejo Nacional de Justicia
CNMP	Consejo Nacional del Ministerio Público
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos

COT	Crimen Organizado Transnacional
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CPPF	Código Procesal Penal Federal
DAVT	División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos
DICOM	Departamento de Interceptación de Captación de las Comunicaciones
DINI	Dirección Nacional de Inteligencia
DOJ	Dirección de Observaciones Judiciales
EDPS	Supervisor de Protección de Datos Europeo
EE.UU.	Estados Unidos
ESC	Empresas Simples de Crédito
FIU	*Financial Intelligence Unit*
FGN	Fiscalía General de la Nación
FOIA	*Freedom of Information Act*
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera para Latinoamérica
GwG	Ley alemana de lavado de dinero
ISP	Instalaciones del Proveedor de Servicios de Internet
JG	Juez de Garantía
JIP	Juez de la Investigación Preparatoria
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
MESICIC	Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción
MF	Ministerio Fiscal
MP	Ministerio Público
MPF	Ministerio Público Fiscal
MSPB	*Merit Systems Protection Board*
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
OSC	*Office of Special Counsel*
OSHA	*Office of Safety and Health Administration*

PC-CO	Comité de Expertos del Consejo de Europa sobre Cooperación en asuntos penales
PEP	Personas Expuestas Políticamente
PIDCP	Derechos Civiles y Políticos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PJ	Policía Judicial
PROVITA	Programa del Gobierno Federal para la Protección a Víctimas y Testigos Amenazado
PSAV	Proveedores de servicios de activos virtuales
PYME	Pequeñas y medianas empresas
SAC	*Special Agent in Charge*
SBS	Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones
SEC	*Securities and Exchange Comision*
SENABICO	Secretaría Nacional de Bienes Incautados y Comisados
SINA	Sistema de Inteligencia Nacional
SISBIN	Sistema Brasileño de Inteligencia
STAR	*Stolen Asset Recovery*
StGB	Código Penal alemán
StPO	Ordenanza Procesal Penal alemana
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TKG	Ley alemana de Telecomunicaciones
TTDSG	Ley alemana de protección de datos y de la esfera privada en la telecomunicación y medios a distancia
UAF	Unidad de Análisis Financiero
UECIP	Unidad Especial de Investigación, Comprobación y Protección
UIF	Unidad de Información Financiera
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito
URAVIT	Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos
USC	Código Federal Estadounidense

Prólogo

El crimen organizado es una de las más graves amenazas de las sociedades contemporáneas. Por las herramientas sofisticadas y por la violencia que utilizan las organizaciones criminales para lograr sus objetivos, no solo son un factor de inseguridad para los ciudadanos individuales, sino que contribuyen de manera significativa a socavar el Estado de derecho y a comprometer la integridad de las instituciones democráticas. Su capacidad para forjar alianzas transnacionales en todo el mundo les permite operar a través de las fronteras, y dificulta enormemente la detección y persecución de estos delincuentes. Además, al tratarse de delitos que en su gran mayoría no son ni denunciados ni detectados, especialmente en el caso de los delitos relacionados con el comercio ilícito y aquellos en los que no es fácil determinar la víctima real. De ahí que no se disponga de cifras precisas sobre el volumen, el impacto y los costes del crimen organizado.

Aun así, hay un dato que está fuera de toda duda: las organizaciones criminales que actúan de manera transnacional van de la mano de la corrupción. Dicho de forma clara: no hay crimen organizado sin corrupción, son realidades delictivas inseparables. Es la corrupción de funcionarios públicos la que facilita a estas organizaciones la comisión de delitos, la obtención de impunidad, o la posibilidad de infiltrarse en la economía legal a través del blanqueo de capitales. Este fenómeno se extiende a los más diversos sectores: políticos, burócratas, miembros de las fuerzas de seguridad e inteligencia, oficiales del ejército, gerentes del sector financiero, abogados, procuradores, industriales, empleados bancarios, periodistas y propietarios de medios de comunicación, o sus familiares y parientes cercanos.

Por ello, aun siendo imposible erradicar completamente el crimen organizado –como por lo demás ningún delito–, la lucha contra este fenómeno delictivo si quiere ser eficaz, debe tener como objetivo toda la estructura que permite operar a estas grandes "empresas criminales". Como estructuras organizadas cuentan con el apoyo de una amplia gama de profesionales que trabajan al servicio de la actividad delictiva y lucrándose de la misma. Sin toda esa estructura paralela, el crimen organizado transnacional no podría existir.

Este libro que tengo el honor de prologar afronta de manera decidida el reto de estudiar, desde la perspectiva del proceso penal, la lucha contra la corrupción vinculada al crimen organizado transnacional. Sus autores, plenamente conocedores de esta realidad, son reconocidos académicos y juristas que no requieren de presentación alguna. Forman parte de un ambicioso proyecto de investigación — dirigido por Agustina Alvarado, Héctor Hernández Basualto y Héctor Olasolo — que, lejos de mantenerse en la mera observación de los hechos, busca identificar posibles deficiencias legislativas en diversos sistemas jurídicos con el fin de proponer reformas que sirvan para combatir de forma más eficaz esta "gangrena" de nuestras sociedades. De ahí que su resultado sea un imponente estudio de derecho comparado que no se conforma en ofrecer información relevante: a partir de pormenorizados estudios del marco normativo de diferentes sistemas jurídicos, aporta interesantes conclusiones acerca de las reformas que debieran acometerse en el ámbito latinoamericano y, en particular, en Colombia.

Gran parte del interés de este libro radica en su perspectiva de derecho comparado, que incluye una pluralidad de países representativos de la cultura jurídica americana y europea: entre ellos, Chile, Argentina, España, Alemania, Estados Unidos, Perú y Colombia. Cada autor sigue un esquema semejante a la hora de abordar cada uno de los aspectos que se abordan en el libro, de tal modo que cada capítulo recoge un verdadero ejercicio de comparación jurídica sobre el cual se aportan conclusiones en forma de propuestas legislativas, con particular atención al ámbito latinoamericano y en especial en Colombia.

Si la elección del método comparado ya es en sí un signo de la excelencia de este proyecto de investigación, los concretos temas de estudio resultan igualmente acertados. Después de un capítulo introductorio en el que se describe la relevancia y magnitud del proyecto, el primer capítulo —escrito por Carlos Correa Robles— aborda con rigor un tema de tanta trascendencia como es el de la notificación temprana al sospechoso de la incoación de un proceso penal y las dificultades que representa permitir el acceso a las actuaciones de investigación en la lucha contra este tipo de delincuencia. Además, se adentra en el problema de las dilaciones de este tipo de investi-

gaciones, así como la prevención de las mismas con el desarrollo de planes de actuación efectivos por unidades especializadas.

Las llamadas técnicas especiales de investigación (o SITs por sus siglas en inglés) ocupan también un papel relevante en este libro. Es conocido que para obtener información sobre el crimen organizado y sus redes de corrupción es necesario recurrir a esos métodos especiales que se basan en necesidades operativas, aunque en realidad no está claro que el calificativo "especiales" continúe siendo apropiado, pues se utilizan prácticamente en cada investigación penal desde el momento en que la evolución tecnológica nos ha convertido en una sociedad digital. Desde todos los ámbitos se insta a aplicar estas técnicas de investigación del delito. A nivel internacional, por citar solo algún ejemplo, su utilización se alienta en el artículo 20 de la Convención de Palermo, mencionando expresamente —a título meramente ilustrativo— la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas. La misma línea sigue el artículo 7 del Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo de16 de mayo de 2005.

Aunque los convenios subrayan la importancia de recurrir a técnicas especiales de investigación para combatir el crimen organizado transnacional, todavía estamos muy lejos de alcanzar un estándar común o una comprensión uniforme sobre los requisitos y límites de estas medidas. Así se pone de manifiesto en los capítulos que escriben, respectivamente, Agustina Alvarado Urízar y Eduardo Alcaíno Arellano, quienes aportan una ingente información que refleja el rigor de este estudio y sustenta de forma sólida sus propuestas y conclusiones. Si bien puede debatirse si en el ámbito de la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada no deberían arbitrarse medidas de tipo proactivo, los autores se inclinan por descartarlas en el contexto estudiado. No es esa la tendencia general en el ámbito europeo, pero ello no obsta a que quizás descartar la investigación proactiva –como se prevé también en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española–, sea la opción más sensata en los países objeto de estudio en este libro.

La corrupción y el crimen organizado se caracterizan por ser *profit-led crimes*, por lo que cualquier sistema que pretenda combatirlos requiere que se persiga la localización y recuperación de esos bene-

ficios ilícitos. La experiencia muestra que es el más eficaz elemento disuasorio. Los ingresos económicos obtenidos a través de estas actividades delictivas son la fuerza esencial que induce a la corrupción, la cual a su vez posibilita la operación de las organizaciones criminales. Estas penetran en la economía para legitimar sus ganancias y utilizan entidades legalmente reconocidas como escudo e instrumento para llevar a cabo actividades ilegales. El ocio nocturno, el sector inmobiliario, la joyería, las casas de cambio, el sector financiero, el turismo, los casinos o la construcción son solo algunos de los sectores que resultan especialmente vulnerables a la infiltración de grupos del crimen organizado. Al reinvertir los beneficios ilícitos a través de medios económicos legales, y más recientemente criptomonedas, estos grupos socavan las actividades comerciales legítimas de un modo que va en contra del libre mercado y la competencia leal.

El capítulo de Héctor Hernández Basualto aborda de forma brillante diversos aspectos de las investigaciones relativas al lavado o blanqueo del producto del delito y a la corrupción que va asociada al crimen organizado transnacional. Después de estudiar cuáles son las medidas de investigación especiales que pueden autorizarse en la persecución del delito de blanqueo, analiza críticamente también cuestiones de derecho sustantivo, como el listado de delitos base, el autoblanqueo o la comisión de este delito mediante negligencia grave.

En suma, este libro contiene un serio y riguroso estudio comparado en materia de investigación y lucha contra la corrupción, con propuestas concretas para el contexto regional latinoamericano, y en especial para Colombia. El tema, y el modo de abordarlo, no puede ser más oportuno. No olvidemos que la lucha contra la corrupción debe ser una prioridad en cualquier sociedad contemporánea, pues, aunque la corrupción constituye en este contexto la utilización indebida de las funciones públicas en provecho propio, sus consecuencias incluyen también el deterioro de valores, usos y costumbres. Por eso el Diccionario de la Real Academia Española menciona como sinónimos los términos putrefacción, descomposición, degeneración y envilecimiento. Si no queremos que nuestra sociedad termine degenerada o podrida por la corrupción, es necesario que el ordenamiento jurídico cuente con herramientas adecuadas.

El presente estudio sirve como guía inestimable en esa tarea. Desde mi experiencia como presidente del *Expert Group on Transnational Organised Crime* que se estableció en el año 2012 en el Consejo de Europa, y como miembro del *Expert Group on Criminal Policy* de la Comisión Europea, llevo tiempo ocupándome de los temas que se abordan en esta publicación, y ello me permite valorar aún mejor el excelente trabajo desarrollado por este equipo de investigadores. Solo me queda felicitarles por la iniciativa y por los resultados del proyecto, y agradecerles que me hayan honrado con la posibilidad de escribir estas líneas de presentación. Queda ahora en las manos de quienes diseñan las políticas legislativas utilizar este estudio y, en su caso, hacer caso de sus acertadas propuestas. Desde luego, si no lo hacen, no será por falta de elementos de juicio para valorar cuáles son las mejores opciones legales.

LORENA BACHMAIER WINTER
Madrid, 1 de diciembre de 2024

Presentación del Programa de Investigación 70593, la Red sobre Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional, su grupo de Derecho Procesal 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, 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 Lucía 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 Suelt Cock (Colombia), adscrita a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

3. Las respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional 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 crimen organizado transnacional. 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 meca-

nismos 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 crimen organizado transnacional (la Red). La Red está conformada por alrededor de 300 investigadores de América Latina, Europa y Norteamérica, agrupados en los siguientes distintos grupos de investigación de entre 10 y 25 investigadores: (a) criminología; (b) narcotráfico marítimo y dinámicas de la ciudad-puerto; (c) derecho constitucional electoral; (d) derecho administrativo; (e) derecho discriplinario en los sectores justicia y seguridad; (f) derecho privado; (g) derecho financiero y tributario; (h) derecho penal 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 crimen organizado transnacional (en lo sucesivo,

también simplemente COT) dedicadas al narcotráfico marítimo que operan en el entorno de las ciudades-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-evoluctiva-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-fiinanciero-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-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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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.iberoamericaninstituteofthehague.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" (en adelante, "el concepto técnico"), el cual ha sido desarrollado en el marco de la colaboración mantenida con el CMCON 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* Netlogo 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, cómo el narcotráfico marítimo se manifiesta como un sistema social complejo y adaptativo en el contexto de una 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 conclusiones 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 II. 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 (u obtener que sean 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 obtenido que sean 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 privada (Proyecto 71848).

B. Una compresión 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, comprehensivos, detallados e interdisciplinares (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 Colombia en particular, la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de la 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 anticorrupción en materia de asuntos financieros: *Fintech*, *Regtech*, *KYC*, *AML/CFT*, *Blokchain* 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 trasparencia 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 trans-

nacional 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. SOBRE LA COMPOSICIÓN Y ACTUACIONES DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN SOBRE DERECHO PROCESAL PENAL

La presente obra ha sido elaborada por varios de los miembros del grupo de investigación sobre derecho procesal penal ("el Grupo") de la Red, en ejecución del Proyecto 71848 sobre respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho público comparado.

El Grupo ha sido coordinado por Héctor Olasolo (España/Colombia), investigador principal del Programa 70593, y Héctor Hernández Basualto (Chile), profesor titular de carrera de la Universidad Diego Portales (Chile). Así mismo, desde el comienzo de sus trabajos a finales de agosto de 2020, el Grupo ha contado con la colaboración en la coordinación administrativa de los jóvenes investigadores y consultores colombianos de la Universidad del Rosario, Juan José Romero, Luisa Villarraga Zschommler y Ana María Martínez Agudelo. Además, ha contado con el apoyo en el trabajo de edición de los miembros de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario, María Camila de la Peña Calderón y José Angel Sánchez Quintero.

El Grupo está conformado por los siguientes investigadores que han participado en la elaboración de los tres volúmenes que dan sustento analítico a las recomendaciones que aquí se exponen y que serán publicadas por la Editorial Tirant lo Blanch (España), el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos) y el Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil/España) como volúmenes 38 a 40 de la colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia:

1. Álvarez León, José Antonio (México): UNAM Acatlán (México)
2. Alcaíno Arellano, Eduardo (Chile): Universidad Diego Portales (Chile)
3. Alvarado Urízar, Agustina (Chile): Universidad Nacional Andrés Bello (Chile)
4. Chanjan Documet, Rafael (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)
5. Cheng, Dennis (Costa Rica): Instituto de Gobernanza de Basilea (Perú)
6. Correa Robles, Carlos (Chile): Universidad Adolfo Ibáñez (Chile)
7. Córdoba Pulido, Anamaria (Colombia): Universidad de Zúrich (Suiza)

8. Díaz Castillo, Ingrid Romina (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)
9. Dunayevich Morales, Enzo (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)
10. Fernández González, María Cristina (España): Universidad Europea (España)
11. Giudice Graña, Lucía Pilar (Uruguay): Universidad de la República (Uruguay)
12. González Monje, Alicia (España): Universidad de Salamanca (España)
13. González Reyna, José Alejandro (México): UNAM Acatlán (México)
14. Josistsch, Daniel (Suiza): Universidad de Zúrich (Suiza)
15. Morales Cortez, Luis Ángel (México): UNAM Acatlán (México)
16. Montoya Vivanco, Yvan (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)
17. Ortiz Pradillo, Juan Carlos (España): Universidad Complutense (España)
18. Remersaro Coronel, Lucía (Uruguay): Universidad de la República (Uruguay)
19. Segovia Arancibia, Antonio (Chile): invitado Universidad Adolfo Ibáñez (Chile)
20. Solis Curi, Erika (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)
21. Zubillaga Puchot, Daniel Rodrigo (Uruguay): Universidad de la República (Uruguay)

Desde su establecimiento en agosto de 2020, el Grupo ha realizado distintos encuentros virtuales para debatir entre sus integrantes sobre el desarrollo de las investigaciones y garantizar la cohesión de los capítulos de los dos volúmenes que ha llevado a cabo.

Además, el día 12 de octubre de 2022 se celebró un seminario híbrido abierto en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, para dar a conocer los resultados de las investigaciones del Grupo y avanzar las primeras conclusiones, cuya grabación se puede visionar en el siguiente enlace:

> 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.

El seminario fue coordinado académicamente por Héctor Olasolo y Héctor Hernández Basualto y administrativamente por Luisa Villarraga Zschommler, abordando las siguientes temáticas:

- Panel 1: Las normas especiales en materia de admisión y valoración de los elementos de prueba.
- Panel 2: Los aspectos procesales de la responsabilidad civil derivada del delito.
- Panel 3: La medidas especiales de investigación relativas a la interceptación de comunicaciones.
- Panel 4: Participación en el proceso penal y protección de victimas no testigos y terceros que no tienen la condición de victimas.

Las conclusiones preliminares, intermedias y finales del Grupo han sido expuestas por los coordinadores del Grupo en diversos seminarios internacionales, incluyendo: (a) IV Congreso de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (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), en concreto, en el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia Internacional, celebrado el 8 de junio de 2023 en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.

Así mismo, las conclusiones y recomendaciones finales del Grupo han sido expuestas en el Seminario de Presentación de Resultados

del Proyecto 71848 celebrado el 15 de agosto de 2023 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, y cuya grabación se puede visionar en el siguiente enlace:

> Seminario Internacional 19: Resultados del Proyecto 71848-Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional:
>
> https://www.iberoamericaninstituteofthehague.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.

Por último, las principales recomendaciones alcanzadas por el Grupo en relación con Colombia han sido socializadas con la Dirección General "Dirección de Política Criminal y Penitenciaria" del Ministerio de Justicia del Gobierno Nacional de Colombia el pasado 14 de noviembre de 2023, durante la reunión de trabajo que tuvo lugar en la Facultad de Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Javeriana.

3. SOBRE LA PRESENTE OBRA COLECTIVA

La presente obra colectiva se ocupa de ciertos elementos fundamentales en la persecución penal de delitos complejos, especialmente aquellos relacionados con la corrupción, sin los cuales, el éxito del procesamiento de los responsables de este tipo de conductas se vería sustancialmente reducido.

En el capítulo 1, Correa aborda la obligación de comunicación de la investigación penal y el plazo para su desarrollo, subrayando la necesidad de adoptar normativa especializada que considere las diferentes variables que rodean la persecución penal en los casos de corrupción, y haciendo especial énfasis en las desventajas que puede tener involucrar a terceros en las actuaciones sin algún tipo de restricción. Así mismo, el autor analiza también la utilidad de contar con disposiciones encaminadas a guiar técnicamente las investigaciones, proporcionando un marco de hipótesis a seguir y actividades a desarrollar.

Con base en lo anterior, el volumen analiza una serie de figuras o actividades investigativas especiales que pueden ser de utilidad para la investigación y enjuiciamiento de aquellas personas responsables por hechos de corrupción, especialmente cuando estos se encuentran asociados al COT. Así, Alvarado se ocupa en los capítulos 2 y 3 de las interceptaciones telefónicas y otras medidas intrusivas basadas en las nuevas tecnologías, que es posible agruparlas porque el marco reglamentario general de este tipo de medidas es común y no posee variaciones significativas. La autora analiza el alcance y utilidad que estás herramientas pueden tener en la investigación penal, al tiempo que presenta las tensiones que pueden existir cuando su uso es desproporcionado.

A continuación, Alcaíno estudia en el capítulo 4 los métodos de infiltración empleados para obtener información frente a las actividades, los integrantes y las diferentes dinámicas de las organizaciones criminales, haciendo énfasis en la cuestión relativa a cuál debería ser el manejo apropiado para los agentes encubiertos o colaboradores que, de una u otra manera, terminan por participar en las actividades delictivas. En estrecha conexión con lo anterior, el autor analiza también los beneficios judiciales que se derivaban del empleo de este tipo de figuras y el impacto social que su uso irregular podría ocasionar.

La obra finaliza con el estudio realizado por Hernández Basualto en el capítulo 5 sobre la implementación de las técnicas de investigación analizadas en casos de lavado de activos, sobre todo cuando afectan a bienes que han tenido contacto con conductas de corrupción. El autor muestra las limitaciones y alcances prácticos de las diferentes actividades investigativas analizadas, agregando además una capa de complejidad al abordar las consecuencias que pueden tener a estos efectos las distintas formas de estructurar el tipo penal de LA.

En cuanto a su estructura, cada capítulo comienza con el análisis de los instrumentos internacionales de ámbito universal o regional que son aplicables a la temática abordada, para, a continuación, centrarse 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, se toman como referencia España y EE.UU. (incluyéndose también, en ocasiones, Italia y/o Alemania, debido a su relevancia en la institución analizada), ya que, al tratarse

de países con sistemas jurídicos muy diferentes con una indudable influencia en América Latina, su estudio 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, que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región. Colombia merece un tratamiento individualizado más detallado en esta obra, al ser el resultado de un programa de investigación financiado por su Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación. Por eso, los capítulos dedican un apartado separado al análisis de su legislación, realizándose, además, una comparativa de las fortalezas y debilidades del sistema colombiano a la luz del resto de sistemas nacionales, tras lo cual, se recogen las conclusiones y recomendaciones para América Latina en general y para Colombia en particular.

Tras los cinco capítulos principales de los que se compone la obra, sus directores académicos realizan una exposición sistemática y unificada de las principales conclusiones (capítulo 6) y recomendaciones (capítulo 7) formuladas por los distintos autores para los ordenamientos jurídicos de la región, incluyendo Colombia.

Por último, se ha agregado como adéndum un trabajo que originalmente estaba previsto para otro volumen del programa de investigación. Se trata del análisis efectuado por Segovia y Cheng sobre el marco normativo internacional y supranacional existente en relación con la administración de bienes incautados y decomisados, también y significativamente respecto de delitos de corrupción. Se trata de un asunto ciertamente relacionado con varios de los capítulos recogidos en la obra, y que, a pesar de ser poco tenido en cuenta al diseñar las políticas de recuperación de activos, se ha revelado como uno de los principales desafíos prácticos de tales políticas; razón por la cual los autores identifican toda una serie de buenas prácticas a considerar en el establecimiento de los sistemas nacionales de la región.

En Bogotá (Colombia), a 1 de octubre de 2024,

HÉCTOR OLASOLO,
HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO
& AGUSTINA ALVARADO URÍZAR

1. La obligación de comunicación de la investigación penal, el plazo para su desarrollo y los planes de investigación

CARLOS CORREA ROBLES*

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de las investigaciones complejas seguidas por delitos vinculados al fenómeno de la corrupción, el proceso penal presenta importantes desafíos que lo alejan de las indagatorias y juzgamientos rutinarios. En este sentido, cabe ante todo tener presente que la corrupción es un fenómeno transversal que permea todos los estamentos de la sociedad y del Estado; la captura y cooptación de los organismos públicos y privados por parte de las redes de corrupción, configura un círculo vicioso que debilita la institucionalidad y que genera diversas consecuencias nocivas para la democracia. El proceso penal es especialmente sensible a este fenómeno, siendo, los tres tópicos que se expondrán a continuación, un fiel reflejo de ello.

En este capítulo se analizará, luego de una breve introducción, la normativa, jurisprudencia y estándares internacionales y de derecho comparado sobre la obligación de comunicación de la investigación penal y sus límites, el plazo de desarrollo de la investigación y los planes de investigación. Para concluir, se expondrán las propuestas de estrategias y medidas para optimizar la obligación de comunicación de la investigación penal, el plazo para su desarrollo y los planes de investigación en América Latina y Colombia.

---

* Abogado Universidad de Chile. Dr. Iur y LL.M. Universidad Libre de Berlín, Alemania. Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección de correo electrónico: c.correa@uai.cl Agradezco a los Profesores Héctor Olasolo y Héctor Hernández por las valiosas sugerencias, correcciones y comentarios efectuados al presente capítulo.

1.1. La obligación de comunicación de la investigación penal y el secreto de la investigación: aspectos generales

La comunicación de cargos, hito característico de los sistemas procesales penales reformados, corresponde a un acto de carácter garantista, cuya principal función es la de poner en conocimiento de el o los imputados los hechos que son investigados, la calificación jurídica que el Ministerio Público atribuye a dichos hechos y el grado de participación que al imputado le cabría en ellos. La comunicación de cargos, por regla general, constituye un requisito ineludible para el posterior ejercicio de la acción penal por medio de la formulación de un libelo acusatorio y —en algunos sistemas— para la imposición de medidas cautelares personales (Salas, 2019: 38; Duce & Riego, 2007: 219 et. seq.).

Como contrapartida, la comunicación de cargos permite al imputado conocer los alcances de la investigación vigente (o al menos del contenido concreto de la imputación), develando —total o parcialmente— el grado de conocimiento que el ente persecutor posee respecto del caso. Concretada dicha comunicación, tal como sucede con el genio fuera de la botella, resultará imposible revertir las consecuencias perniciosas que el conocimiento de la investigación por parte de los imputados y terceros podría acarrear. Paradigmáticamente, el éxito de ciertas medidas intrusivas, como por ejemplo la interceptación de telecomunicaciones, podría verse definitivamente frustrado desde el momento en que el imputado toma conocimiento del contenido de la investigación. Adicionalmente, la comunicación del contenido de la indagatoria puede activar en el imputado, o en sus redes, planes dirigidos a destruir o adulterar elementos de prueba aún no recabados. De este modo, el gran desafío que a este respecto la regulación legal presenta es el de generar reglas idóneas, que permitan armonizar la necesaria comunicación de cargos, con el éxito de las diligencias de investigación pendientes (Duce & Riego, 2007: 134 et. seq.).

En cuanto a la revelación del contenido mismo de la investigación, el fenómeno ya descrito se repite. Los sistemas procesales penales reformados consagran, como regla general, el secreto de las actuaciones del procedimiento para terceros ajenos a este, pero re-

conociendo la publicidad respecto de los intervinientes (en este sentido, por ejemplo, los arts. 182 inc. 2º del CPP chileno; art. 218 del Código Procesal Penal [CPP] federal mexicano y el art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [LECrim] española), entendida esta como un componente esencial del derecho a defensa. Ahora bien, la entrega de antecedentes de la investigación a la defensa, sin una adecuada regulación en cuanto a sus límites, podría igualmente poner en peligro el éxito de diligencias futuras, frustrando finalmente el éxito del proceso penal. La filtración de piezas de la investigación hacia las redes de corrupción puede terminar contaminando irremediablemente el proceso. Así, dado que la publicidad de la investigación (y en general del procedimiento) respecto de los intervinientes, puede efectivamente convertirse en un problema, resulta necesario establecer límites a dicho principio (Leturia, 2018: 653 et. seq.).

Las excepciones a la publicidad en el proceso penal pueden tener distintos alcances y fines. Ante todo, en contextos de lucha contra la corrupción resulta aconsejable —como ya se esbozó— que los ordenamientos consagren la posibilidad de decretar el secreto de ciertas actuaciones o diligencias de la investigación por un plazo variable, a efectos de no entorpecer el éxito de diligencias programadas y cuyo resultado podría verse afectado por el conocimiento que imputados y terceros podrían tener acerca de la indagatoria. La amplia capacidad operativa y recursos con los que las redes de corrupción cuentan (Moya & Paillama, 2022: 12,15), hace imprescindible restringir al máximo el conocimiento que terceros ajenos al procedimiento puedan tener acerca de diligencias cuya realización pudiera verse frustradas.

Los límites a la reserva se encuentran en el ejercicio del derecho a defensa del imputado. El secreto de ciertas actuaciones del procedimiento o bien de piezas de la investigación, no debiera ser utilizado por el Ministerio Público como una herramienta destinada a obtener un provecho injustificado sobre la defensa, mermando o constriñendo sus posibilidades de actuación (Leturia, 2018: 650,665). Su establecimiento deberá decretarse solo para cumplir con fines procesales legítimos, evitando su abuso o empleo para fines espurios.

1.2. El plazo para el desarrollo de la investigación: aspectos generales

La preocupación por la duración del proceso penal ha sido una constante histórica. Y ello porque, como ha señalado la jurisprudencia española, "existe […] un interés social en resolver con celeridad las causas penales, no solo para no perjudicar a quien ha de ser tratado como inocente, sino también para evitar su eventual reincidencia y reforzar los mecanismos de prevención general y especial" (AAP Madrid, Sección 4a, 14 septiembre 2016, JUR 2017, 242568). En este sentido, el equilibrio que subyace al plazo de duración del proceso penal es frágil: una investigación penal tiene que durar el tiempo necesario para practicar todas las diligencias que resulten imprescindibles para decidir fundadamente sobre la continuación del procedimiento o su término anticipado, pero sin lesionar el derecho del imputado ser juzgado dentro de un plazo razonable (Pascual, 2019: 396). En efecto, la duración de una investigación criminal, y en general del proceso penal, dependerá de diversos factores: uno de los que parecieran ser más evidente dice relación con la mayor o menor complejidad de la investigación encomendada.

Estadísticamente, una parte significativa de los procesos penales tendrán su punto de inicio en la detención de un individuo sorprendido en una situación de flagrancia. En estos casos rutinarios, donde la realización del delito y la participación criminal de uno o más sujetos resulta susceptible de ser percibida por los sentidos, las circunstancias que rodean la detención permitirán aportar los antecedentes probatorios suficientes como para enjuiciar adecuadamente dicha conducta. La constatación de una situación de flagrancia asegura, por regla general, una investigación rápida y concluyente, en la cual la comunicación de cargos, y el juicio mismo tendrán (o debiesen tener) lugar poco tiempo después de practicada la detención.

En contraposición a lo anteriormente expuesto, en el marco de la criminalidad compleja, en general, y en particular en las investigaciones vinculadas al fenómeno de la corrupción (sobre todo cuando se encuentran asociadas al crimen organizado transnacional [COT]), las indagatorias suelen tener su punto de inicio en información indiciaria, generalmente incompleta o superficial, y que necesariamente deberá ser complementada con diligencias de investigación poste-

riores, desarrolladas durante un transcurso de tiempo más o menos largo. En este tipo de investigaciones, es posible que las redes de protección de imputados y el ocultamiento de información determinen que los hechos delictivos no sean fáciles de verificar y no existan (al menos en un primer momento) suficientes elementos materiales que permitan la identificación del ilícito y/o de los involucrados. Para su adecuada resolución, es relevante que la Fiscalía disponga de la pronta realización de diligencias investigativas que permitan recopilar los elementos de prueba necesarios para la persecución de las conductas sindicadas, antes que éstos desaparezcan o puedan ser alterados. A estos efectos, resultará imprescindible contar con una policía judicial especializada (como, por ejemplo, la Policía Judicial de España) y altamente calificada técnicamente[1].

Atendidas sus dificultades inherentes, la investigación y juzgamiento de la criminalidad compleja requerirá no solo de grandes recursos materiales y humanos, sino además de la realización de sofisticadas diligencias investigativas, a efectos de poder develar estructuras delictivas complejas y muchas veces ocultas. Para ello, resultará comprensible y esperable que los órganos persecutores destinen una mayor cantidad de tiempo y recursos a este tipo de investigaciones que a investigaciones rutinarias de simple despacho (CEJA, 2013: 78; Riego, 2010: 215; Vera, 2020). En este sentido, resulta destacable lo dispuesto en el art. 38 de la Ley 2195 del 18 de enero de 2022 de Colombia, por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción, en tanto crea un fondo de fortalecimiento del Ministerio Público destinado a financiar las inversiones tendientes a robustecer el control disciplinario, la vigilancia superior con fines preventivos y las demás acciones destinadas a combatir la corrupción.

Otro factor relevante, al momento de determinar el plazo para el desarrollo de la investigación, corresponderá a la estructura, dota-

---

[1] En este sentido, resulta desaconsejable duplicar las labores investigativas en más de un cuerpo policial, sin existir motivos que justifiquen el empleo de una u otra policía en un caso concreto, tal como por ejemplo sucede en Chile, donde Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones auxilian conjuntamente al Ministerio Público en su investigación (art. 79 CPP chileno).

ción y carga de trabajo de los órganos persecutores en un país o localidad determinados, así como las instituciones que colaboran con el Ministerio Público, o que ejecutan aquellas órdenes que les han sido encomendadas en el marco de una investigación penal. El reparto de trabajo entre los distintos estamentos del ente persecutor, las policías y demás instituciones públicas y privadas, suele depender no solo de la estructura, dotación y presupuesto interno que cada país les asigne, sino que se supedita a las características demográficas y culturales del área geográfica en la cual desempeñan sus funciones[2]. Lo mismo puede señalarse respecto de la duración del proceso penal: este dependerá, entre otros factores, de la disponibilidad, dotación y carga de trabajo de los tribunales y funcionarios a cargo, en un momento y lugar determinado.

Por otro lado, en lo referido al plazo de duración de investigaciones criminales complejas, la premura en la búsqueda de resultados concretos por parte de los persecutores pareciera ser un elemento relevante a considerar. Esta característica puede estar motivada, a su vez, por distintos factores extrajurídicos, referidos especialmente a la percepción por parte de la opinión pública, la clase política y la sociedad en general, acerca de la gravedad y trascendencia de los hechos investigados. Hechos constitutivos de delitos vinculados al fenómeno de la corrupción suelen despertar un enorme interés por parte de la ciudanía, la cual, motivada por los medios de comunicación, puede generar una presión para los órganos persecutores en orden a obtener rápidos resultados. La premura en mostrar responsables en un corto plazo podría, sin embargo, atentar contra el éxito de la investigación y en definitiva del proceso penal, generando, entre otros efectos, imputaciones imprecisas o incompletas, sentencias absolutorias por insuficiencia probatoria, o juicios en los cuales se excluirá a imputados desconocidos, o bien, a sujetos respecto de los cuales no fue posible obtener elementos de cargo de la entidad necesaria para acusar (Vera, 2020).

---

[2] Así, por ejemplo, se ha criticado el escueto presupuesto asignado al Ministerio Público peruano para el año 2023 señalando que este no permitiría a la institución cumplir estándares de eficiencia. Vid.: https://www.gob.pe/institucion/mpfn/noticias/657587-ministerio-publico-presupuesto-2023-solo-cubre-el-31-de-su-demanda-globalm

En cuanto a la duración concreta del proceso penal, se debe considerar el plazo general consagrado por los distintos ordenamientos sustantivos para el ejercicio de la acción penal pública, vinculado, en último término, al plazo de prescripción de esta. Si bien los problemas que plantea la prescripción de la acción penal para el éxito de la investigación y del proceso penal en lo referido a las investigaciones seguidas por corrupción se abordan pormenorizadamente en otro capítulo de esta obra, resulta pertinente analizar brevemente esta institución en el presente capítulo. Muchas veces, un acotado plazo de prescripción consagrado por el legislador atentará contra las posibilidades de perseguir efectivamente ciertas conductas criminales, por ejemplo, en contextos en los cuales se busca indagar hechos vinculados al fenómeno de la corrupción. Ello se relaciona, en primer término, a la complejidad misma de las investigaciones seguidas por esta clase de delitos, cuyos entramados exigen una gran dedicación por parte de los órganos persecutores. Más relevante incluso que lo anterior, es el contexto político-institucional en el cual los casos de corrupción se generan y son investigados. Al respecto, resulta posible que, durante un largo periodo de tiempo, los hechos de corrupción no salgan a la luz pública o bien sean encubiertos por redes de poder, casos en los cuales el inicio, desarrollo o el éxito de la investigación podrían verse seriamente afectados. En este sentido, muchas veces el comienzo de investigaciones seguidas por casos ligados a la corrupción, o bien, la obtención de resultados concretos en estas, se vincularán a cambios políticos, institucionales o procesos de desconcentración del poder (Soto, 2003: 49) que precisamente manifiesten una voluntad que permita iniciar o llevar adelante este tipo de indagatorias.

La presencia (muchas veces justificada) de extensos plazos de investigación y, en general, de duración del procedimiento, si bien resulta necesaria a la luz de las complejidades propias que genera la investigación de hechos vinculados a la corrupción, debe ser contrastada con la vigencia del derecho a ser juzgado en un plazo razonable (Acuña, 2021: *passim*). Dentro de un proceso penal, la razonabilidad del plazo garantiza a las partes, ante todo, un proceso libre de dilaciones indebidas. En específico, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable podría, bajo una concepción limitada de este, constituir un obstáculo para la eficiente persecución de conductas

criminales vinculadas al fenómeno de la corrupción. Sin embargo, la consagración de un plazo razonable de duración del proceso penal no corresponde solo a un interés y derecho del procesado; el establecimiento de límites temporales a la investigación resulta igualmente aconsejable en aras de fomentar la eficiencia del sistema de justicia penal. La existencia de un plazo adecuado para la investigación y juzgamiento de conductas criminales no restringe las funciones investigativas del órgano persecutor, sino que, por el contrario, lo impulsa a desarrollarlas diligente y eficazmente. En efecto, la ausencia de cualquier plazo de investigación incidiría negativamente en su éxito al generar un desincentivo para que el órgano persecutor pueda desarrollar una investigación suficiente, fomentando su dilación; el transcurso del tiempo generará innegables perjuicios para el éxito de la investigación ante todo por razones de índole probatoria: al olvido de los testigos se sumará la posible desaparición o destrucción de evidencia física y la eventual muerte o incapacidad de imputados.

Igualmente, la razonabilidad del plazo no significa únicamente que este no debe ser demasiado largo, sino, además, que no debe ser demasiado corto: precisamente, una investigación apresurada impedirá una correcta recopilación de los antecedentes necesarios, o bien, reducirá las posibilidades fácticas de actuación de los intervinientes (especialmente de la defensa) en el proceso penal.

En conclusión, un procedimiento debe durar lo que resulte adecuado y razonable de acuerdo con su complejidad y características, no más, no menos. Por ello, es entendible y esperable que asuntos de mayor complejidad demanden más tiempo en su investigación y juzgamiento que aquellos de fácil despacho. En este sentido, como se ha señalado (Acuña, 2021: 273), la complejidad del caso se ve determinada, entre muchos factores, por la dificultad que pueda existir en orden a desentrañar un entramado organizativo criminal. Precisamente, el hecho de estar en presencia de un procedimiento seguido por delitos de corrupción reviste una notoria dificultad, utilizada para explicar y justificar cierta laxitud (en comparación con la duración usual de investigaciones rutinarias), en cuanto esta sea precisa y necesaria.

1.3. Los planes de investigación: aspectos generales

Generalmente, en aquellos sistemas procesales penales modernos en los cuales el Ministerio Público[3] dirige exclusivamente la investigación de los hechos constitutivos de delito (Langer, 2007: 618), la realización de las diligencias encaminadas a la recopilación de material probatorio suele encomendarse a la policía[4]. Idealmente, en el ejercicio de las labores investigativas asignadas a los órganos persecutores, la búsqueda de la verdad debe alcanzarse con apego a la legalidad vigente y mediando un plan de trabajo investigativo. Al respecto, toda investigación que pretenda ser exitosa debe contar con una adecuada planificación, que permita a quienes intervienen en ella delinear objetivos, plazos y estrategias dirigidas a obtener los mejores resultados posibles.

Para estos fines, algunos ordenamientos jurídicos, como el colombiano, imponen a fiscales la obligación de llevar a cabo la planificación y posterior desarrollo de un programa metodológico de investigación (o plan de investigación), herramienta de trabajo que permite organizar y explicar la indagatoria, con el fin de identificar y asegurar los medios cognoscitivos necesarios para demostrar la ocurrencia del delito y sus autores o partícipes. En definitiva, un adecuado plan de investigación permitirá organizar eficientemente el trabajo de fiscales, policías y demás intervinientes, con el fin primario de evaluar la información inicial e identificar, clasificar, priorizar, planear y ordenar los actos tendientes a determinar si existió o no la

---

[3] En el presente capítulo se utilizan indistintamente las denominaciones "Ministerio Público" y "Fiscalía". Sin embargo, dichos términos podrían no ser siempre sinónimos como sucede por ejemplo en Colombia. No se tiene conocimiento de otro país en donde existan las instituciones de la "Fiscalía General de la Nación" y el "Ministerio Público" de manera independiente. Incluso, en algunos lugares son tratados como sinónimos, como, por ejemplo, en Argentina, Ecuador, España, México, Chile, Panamá y Perú.

[4] En Brasil, como un caso excepcional, la investigación preliminar de conductas constitutivas de delito no es llevada adelante por el Ministerio Público sino directamente por la policía. El Ministerio Público de dicho país inicia su actuación solo después de la fase policial o de la realización de la confección por parte de la policía de un informe denominado "Inquérito Policial", o bien cuando solicita a la policía iniciar una investigación en casos en que la denuncia le fue presentada directamente.

conducta de la cual se tuvo noticia, si ella tiene las características de un delito y, de ser así, individualizar o identificar a sus responsables. La existencia de un programa metodológico de la investigación idóneo permitirá al fiscal identificar todos los problemas fácticos, probatorios y jurídicos que deben ser abordados en un determinado caso, en la búsqueda de soluciones razonables que puedan ser admitidas por el juez. En contextos de corrupción, la existencia y ejecución de estos planes de investigación resultará fundamental para el éxito del procedimiento.

2. LA OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL Y SUS LÍMITES

2.1. Estándares internacionales

La obligación de comunicación de la investigación penal se encuentra reconocida en diversos instrumentos internacionales. Así, el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) sostiene que, "[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) [a] ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella". Por su parte el artículo 8.2.b) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece que "[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: […] b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada".

En lo referido a dicho artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha determinado que "el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su

derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos". La Corte IDH ha considerado que la puntual observancia del artículo 8.2.b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa[5] (Montero & Salazar, 2013: 114). Por último, el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), referido al derecho a un proceso equitativo, establece en su numeral tercero, letra a) que "[t]odo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él".

La publicidad que caracteriza a la comunicación de la investigación en particular, y en general, al acceso al contenido de la investigación por parte de los intervinientes en el proceso penal, no constituye un principio absoluto, sino que se encuentra sujeto a límites reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, el art, 8º de la CADH limita la publicidad del procedimiento para "preservar los intereses de la justicia". Así, resultará admisible y justificada la restricción de la publicidad de ciertas actuaciones del procedimiento con el fin de garantizar el éxito de la investigación y la protección de bienes jurídicos superiores" (Leturia, 2018: 654).

2.2. Derecho comparado

2.2.1. Sistemas no latinoamericanos: Alemania, España y EE.UU.

En Alemania, la Ordenanza Procesal Penal (StPO) consagra como un imperativo el informar al imputado de sus derechos. Dentro de éstos, se encuentra el derecho a conocer el contenido de la imputación. Dicha comunicación forma parte de una compleja regulación legal, la cual (en síntesis) establece que esta puede tener lugar en distintos momentos del procedimiento: en la audiencia de control de la detención (§ 115 II StPO) o en algún momento antes del cierre de

---

5 Vid.: Apitz Barbera y otros c. Venezuela; caso López Álvarez c. Honduras; caso Palamara Iribarne c. Chile; caso Acosta Calderón c. Ecuador; caso Tibi c. Ecuador

la investigación (§ 163a I y § 243 II & V StPO). Este deber se ejercerá, dependiendo de las circunstancias en que deba efectuarse, por el juez (§ 136 StPO), el fiscal (§ 163a III StPO), o la policía (§ 163a IV StPO). Junto con la comunicación de la indagatoria, es un requisito común de la regulación alemana el deber de informar al imputado a su derecho a guardar silencio y, en caso de que así lo desee, de prestar declaración.

Por otro lado, en Alemania, el acceso a los registros de la investigación por parte de la defensa constituye un derecho reconocido, pero cuyo alcance es limitado. En efecto, si bien el § 147 I StPO consagra el derecho de la defensa a solicitar una copia de los registros de la investigación, antes del cierre puede el fiscal impedir a la defensa el acceso a determinadas piezas de la indagatoria, o a esta por completo, en aquellos casos en los cuales exista un peligro para el éxito del procedimiento (§ 147 II StPO). No resulta posible extender el secreto de las diligencias de investigación en las cuales el imputado ha participado o hubiere podido participar (§ 147 III StPO).

En España, la LECrim regula en sus arts. 118.1 y 520.2 el derecho de todo imputado a ser informado del contenido de la investigación. Así, la primera de estas disposiciones señala que el imputado tendrá derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa. Una vez que se incoa la investigación, la primera diligencia debe ser la citación del imputado para informarle de los hechos que se le imputan y de sus derechos. Cada vez que se incorporen hechos nuevos a la investigación hay que citarle para informarle y tomarle declaración sobre esos hechos nuevos (art. 775 LECrim). Por su parte, el art. 520 de la LECrim consagra dicho derecho respecto del detenido o preso.

Igualmente, en cuanto al reconocimiento del secreto de ciertas diligencias de investigación, el artículo 120.1 de la Constitución Española establece en general que la publicidad del proceso penal no constituye un valor absoluto, sino que se encuentra limitada a "las excepciones que prevean las leyes de procedimiento", y ellas, de acuerdo al Tribunal Constitucional de dicho país, deberán ser establecidas

haciendo uso de los criterios adoptados mediante un examen de ponderación de intereses (STC 57/2004, FJ 5). A nivel legal, el art. 302 de la LECrim establece como regla general que las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para, entre otras causas, prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. A este respecto, el Tribunal Supremo español ha declarado (STS núm. 857/2016, de 21 de noviembre) que la declaración del secreto de las actuaciones tiene por objeto evitar que las personas investigadas puedan interferir en la práctica en las pruebas y perjudicar así la acción de la Justicia.

Finalmente, en el sistema penal estadounidense, y sin perjuicio de la regulación específica que pueda existir a nivel estadual, la persecución penal del delito de corrupción pública a nivel federal se encuentra regulada en las *Federal Rules of Criminal Procedure*. Tras la investigación policial (que en este tipo de delitos la realiza fundamentalmente la *Federal Bureau of Investigation*) y el envío de un reporte a la fiscalía, esta debe decidir cómo usar la evidencia para la comunicación de cargos, lo cual se materializa en un documento escrito que suele denominarse *complaint*, y que contiene una descripción general de los hechos constitutivos del ilícito. De corresponder, es posible que se emita una orden de arresto, tras lo cual se realiza una primera audiencia, donde, si el tipo de ilícito es un delito o una falta, el tribunal debe velar porque el imputado cuente con la información necesaria respecto a la comunicación de cargos y al derecho a contar con un abogado. En esta oportunidad, además, el tribunal debe velar porque se cumpla con el deber de información, lo que no solo incluye aquellos datos que son fundamento de la comunicación de cargos y en consecuencia perjudicial para el imputado, sino también de aquella que le favorece. Así, en Estados Unidos bajo el *Federal Code of Criminal Prosecution*, el mismo juez durante la primera audiencia ha de verificar que la evidencia que le sea favorable al imputado debe haber sido puesta a su disposición en el evento de ser requerida[6].

---

6 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 5 (f).

En Estados Unidos, la disposición general en materia de acceso al contenido de la investigación se encuentra en la Regla 16 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*. En virtud de ella, el ente persecutor tiene el deber de dar acceso a información que posea relativa a testimonios brindados por el propio acusado, de su historia criminal previa, así como de cualquier documento u objeto que esté en poder del gobierno, siempre y cuando este sea relevante para preparar su defensa, el Estado pretenda usarla para sustentar la acusación en juicio o el documento en cuestión pertenezca al propio acusado. Se excepcionan de esta regla aquellos materiales internos creados o producidos por agentes gubernamentales en conexión con la investigación o persecución del caso[7]. Más allá de lo anterior, en virtud de las normas sobre debido proceso (en particular la 5a y 14a enmiendas) pesa sobre el ente persecutor el deber constitucional de brindar acceso al acusado a cualquier evidencia que tenga en su poder y que se considere como "favorable" para la defensa, siempre que esta resulte relevante para probar su inocencia. Así, en *Brady v. Maryland*, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que existe una violación a este deber cuando la defensa no tiene acceso a una evidencia que: (a) le permite probar su inocencia o desacreditar la prueba del gobierno por la vía de *impeachment*; (b) ha sido excluida del deber de ser revelada a la defensa por parte del ente persecutor; y (c) se causa un perjuicio. Luego, a partir de *United States v. Bagley*, este deber del Estado se genera, exista o no, una petición expresa por parte del acusado. Para determinar la relevancia de la evidencia a la cual se debe brindar acceso, se debe atender a la probabilidad razonable de que el acceso a ella pudiera o no haber cambiado el resultado del proceso.

Los tres sistemas analizados consagran como un derecho del imputado el ser informado de los cargos que se le atribuyen. En los EE.UU. la primera audiencia corresponde al momento en el cual dicha comunicación de cargos debe realizarse. El modelo alemán posee una estructura fragmentada en cuanto a la materialización de este derecho, consagrando distintas oportunidades y diferentes órganos encargados de cumplir —según cuales sean las circunstancias del caso— el deber de información. No se consagra una instancia formal

---

7 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 16.

de comunicación de cargos propiamente tal, como sucede paradigmáticamente —tal como lo veremos en su oportunidad— en varios sistemas latinoamericanos, sino que este derecho más bien se entiende como parte de una serie de deberes de comunicación dirigidos al imputado, ejercidos en diferentes momentos del procedimiento. En España, por el contrario, la comunicación de cargos debe materializarse por medio de una citación realizada en etapas tempranas del procedimiento, esto es, tras las pesquisas iniciales. Con ello, y siendo el objeto de la citación la comunicación de cargos, se diferencia este sistema de los ya mencionados, aislando dicha garantía del resto, para efectos de su materialización.

En cuanto al acceso a los registros de investigación, los tres sistemas analizados reconocen como un derecho del imputado el acceder al contenido de la indagatoria. Dicho derecho está sujeto a límites, cuyos alcances son precisamente el elemento que permite diferenciar los tres modelos aquí tratados. La regulación alemana pareciera ser la más restrictiva en cuanto al alcance de este derecho, en tanto permite al fiscal limitarlo cuando exista un peligro para el éxito del procedimiento. En España, las restricciones al ejercicio de este derecho son más limitadas, pues presuponen un examen de ponderación de intereses, como requisito para decretarlas. El peligro para la investigación corresponde igualmente a un criterio utilizado para mantener en secreto la indagatoria en España, lo cual debe decretarse mediante resolución judicial. En EE.UU. por último, la regulación del secreto o acceso a la investigación se estructura en base al respeto (constitucionalmente asegurado) del derecho a defensa del imputado. De este modo, el ejercicio de este derecho constituye un límite infranqueable que impide decretar el secreto de ciertas piezas de la investigación, en tanto su conocimiento por parte del imputado forme parte del ejercicio de su derecho a defensa.

2.2.2. Sistemas latinoamericanos: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

En términos generales, la obligación de comunicación de la investigación (más allá de las distintas denominaciones con que dicha institución es designada) corresponde a un rasgo característico e

inherente a prácticamente todos los sistemas procesales penales reformados del continente americano acá analizados. La excepción es Brasil, cuyo sistema, aún heredero de la tradición inquisitiva (Mendonça, 2016: 8), no contempla tal comunicación de cargos al imputado, sino únicamente a otras agencias vinculadas a la persecución penal[8].

En Argentina, el art. 254 del CPP federal argentino, regula la formalización de la investigación preparatoria, entendiéndola como el acto por el cual el representante del Ministerio Público Fiscal comunica en audiencia al imputado, en presencia del juez, el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica, su grado de participación y los elementos de prueba con que cuenta. En un sentido similar, en Chile, dicha actuación denominada formalización de la investigación (arts. 229 y siguientes del CPP chileno), se entiende como la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que se desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados. En México, el art. 307 del CPP federal mexicano establece que en la audiencia inicial —entre otras actuaciones— se formulará la imputación. El auto imputativo es denominado "formulación de la imputación" (arts. 309 et. seq. del CPP federal mexicano), la cual posteriormente da lugar a la dictación de una resolución judicial llamada "auto de vinculación al proceso" (arts. 316 et. seq. del CPP federal mexicano). Finalmente, en Perú, el art. 71Nr. 2 letra a) del CPP peruano establece como uno de los derechos del imputado, el cual puede hacerse valer desde las primeras diligencias de la investigación, el de conocer los cargos que se han formulado en su contra. Dicho derecho debe comunicarse por parte de los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional, quienes deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible esta información. En el numeral tercero de la mencionada disposición se establece que el cumplimiento de lo prescrito debe constar en acta, ser firmado por el imputado y por la autoridad correspondiente.

---

8 Se establece la obligación de comunicar el desarrollo de la investigación a otras unidades policiales con información o interés en ella (art. 22 CPP brasileño). Se debe además informar al Instituto de Identificación y Estadística la sospecha de quién es la persona identificada como sujeto activo del delito, así como, quién es el juez encargado de su procesamiento (art. 23 CPP brasileño).

En lo referido a otro componente de la publicidad del procedimiento, el acceso a los registros de investigación, la tendencia común en América Latina es a establecer como regla general la disposición de éstos para los intervinientes, excluyendo a terceros, y estableciendo además la posibilidad de que el Ministerio Público pueda decretar el carácter secreto de ciertas piezas de la indagatoria por un tiempo más o menos limitado. Así, en Chile, si bien se establece que el imputado y los demás intervinientes podrán examinar y obtener copias de dichos registros (art. 182 inc. 2º CPP chileno), resulta posible decretar el secreto de ciertas actuaciones, registros o documentos de la investigación cuando ello sea necesario para el éxito de la investigación. Esta facultad se encuentra principalmente reconocida por el art. 182 inc. 3º del CPP chileno, el cual permite declarar un secreto parcial de piezas determinadas de la carpeta de investigación, por un plazo no superior a 40 días, prorrogables por una vez. Sin embargo, y siguiendo de cerca la regla alemana antes mencionada, no resultará posible extender el secreto a resoluciones y actuaciones judiciales y actuaciones o declaraciones en las cuales el imputado ha participado o podido participar (art. 182 inc. 5º CPP chileno). De un modo más restrictivo, el art. 31 de la Ley 19.913 vigente en Chile (que crea la unidad de análisis financiero, modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos y regula la investigación de los delitos a que se refiere dicha ley), establece que la investigación será siempre secreta para los terceros ajenos al procedimiento y también para los terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público. Respecto del imputado y de los demás intervinientes, la investigación (completa) será secreta cuando así lo disponga el Ministerio Público, por un plazo máximo de ciento veinte días, renovables sucesivamente, con autorización del juez de garantía, por plazos máximos de sesenta días. Solo una vez formalizada la investigación por los delitos mencionados en la ley (lavado de activos y asociación ilícita para el lavado de activos), el imputado podrá solicitar al juez de garantía que limite el secreto en cuanto a las piezas o actuaciones abarcadas por él.

Por otro lado, resulta especialmente relevante para lograr una persecución eficiente de los delitos de corrupción, lo señalado en el art. 236 del CPP chileno, regla que permite otorgar, bajo ciertos requisitos, una autorización para practicar diligencias concretas de

investigación sin conocimiento del afectado. Dicho precepto dispone que las diligencias de investigación que conculcaren garantías del imputado podrán ser solicitadas por el fiscal antes o después de la formalización de la investigación y decretadas sin previa comunicación al afectado. Para que ello proceda, será necesario contar con una autorización judicial sustentada en que la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitieren presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito.

En Perú, el art. 324 del CPP peruano señala que la investigación tiene el carácter de reservada. Solo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos, pudiendo estos, en cualquier momento, obtener copia simple de las actuaciones. En cuanto a los límites a dicha facultad, el numeral segundo de la citada disposición sostiene que "el Fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor de veinte días, prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por un plazo no mayor de veinte días, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación".

Por otro lado, el art. 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que "[e]l proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación". A nivel legal, el art. 218 del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano señala que:

> [l]os registros de la investigación, así como todos los documentos, independientemente de su contenido o naturaleza, los objetos, los registros de voz e imágenes o cosas que le estén relacionados, son estrictamente reservados, por lo que únicamente las partes, podrán tener acceso a los mismos, con las limitaciones establecidas en este Código y demás disposiciones aplicables.

Como límites a la publicidad, el art. 220 del citado código señala que el Ministerio Público podrá solicitar excepcionalmente al Juez de control que determinada información se mantenga bajo reserva aun después de la vinculación a proceso, cuando sea necesario para evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación, amenaza o influencia a los testigos del hecho, para asegurar el éxito de la investigación, o para garantizar la protección de

personas o bienes jurídicos. Igualmente, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (México), y que resulta aplicable, entre otras conductas, a quienes cometan delitos vinculados al fenómeno de la corrupción (art. 2º)[9], regula en su artículo 13, un secreto relativo aplicable a los registros de la investigación por los delitos a que se refiere dicha Ley, a los cuales exclusivamente deberán tener acceso el imputado y su defensor, por lo que el agente del Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares guardarán la mayor reserva respecto de ellas.

El sistema argentino consagra el secreto de las actuaciones del procedimiento como excepcional. En efecto, el art. 12 del CPP federal dispone que está prohibido el secreto de las actuaciones. Solo en los casos y por motivos autorizados en dicho Código se podrá disponer la reserva de algún acto particular, siempre por un tiempo limitado.

En Brasil, por último, la Constitución de 1988 consagra en su artículo 5º LX que la ley podrá restringir la publicidad de actos procesales solo cuando lo exigiesen la defensa de la intimidad o el interés social. A nivel legal, el art. 20 del CPP brasileño de 1941 señala que "la autoridad garantizará en la investigación el secreto necesario para esclarecer el hecho o exigido por los intereses de la sociedad". Dicha disposición ha sido recurrentemente utilizada por la policía judicial para restringir el acceso de la defensa al contenido de la investigación, señalando que ello podría condicionar el éxito de la investigación (Schreiber, 2013: 142). La jurisprudencia brasileña ha respaldado dicha postura al señalar que el interés persecutorio, en caso de ser invocado, debiera primar en un examen de ponderación de intereses constitucionalmente asegurados, entre el derecho del defensor a acceder al registro de la investigación y el éxito de la investigación (RMS Núm. 17.691/SC, DJ 14/3/2005; RMS Núm. 12.516/PR, DJ 27/9/2004, citados por Schreiber, 2013: 143).

---

9 Por ejemplo, diversas hipótesis de defraudación fiscal (Art. 2º, VIII Bis.), o respecto de quien expida, enajene, compre o adquiera comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados (art. 2º VIII Ter).

Con la excepción de Brasil, los sistemas analizados en este acápite consagran la comunicación de cargos al imputado como un elemento presente, de distintas formas, en la regulación procesal penal latinoamericana. Un primer modelo regulativo (Chile y Argentina) se estructura en base al reconocimiento de una instancia formal en la cual dicha comunicación se materializa: una audiencia ante el juez, consagrada a efectos de dar lugar en primer término a esta comunicación de cargos. Otros sistemas, si bien consagran dicho derecho, lo subsumen como un componente más de ciertas instancias judiciales (México, donde la comunicación de cargos se materializa en la audiencia inicial), o bien, como sucede en Perú de manera similar a lo que acontece en Alemania, desformalizan la comunicación de cargos, permitiendo a distintas autoridades efectuarla de manera autónoma y sin la exigencia de contemplar una audiencia para tales fines.

Asimismo, como podemos apreciar, la regla general en los ordenamientos procesales penales latinoamericanos consiste en reconocer la publicidad de las actuaciones de la investigación exclusivamente respecto de los intervinientes, excluyendo a terceros de dicha garantía, y estableciendo además la posibilidad de consagrar el secreto de ciertas piezas de la indagatoria por motivos de eficacia persecutoria, esto es, para asegurar el éxito de la investigación. En los países analizados, la persecución de delitos de especial gravedad ha permitido la consagración de un régimen especial en torno al tratamiento de la publicidad y el secreto de la investigación. Así, en Chile, la regulación especial demuestra una voluntad del legislador en orden a ampliar los alcances del secreto de la investigación para ciertos delitos de corrupción, limitando justificadamente el régimen de publicidad que rige para la generalidad de los delitos. Una excepción lo constituye Argentina, país donde la regla general es la publicidad de las actuaciones del procedimiento, erigiéndose el secreto como excepcional. Por último, la escueta regulación brasileña que a nivel constitucional consagra el derecho a la publicidad de los actos judiciales, y que consagra el secreto a nivel legal para los intereses de la investigación eficiente, ha visto restringido el primero de los derechos por medio de una jurisprudencia propensa a privilegiar el interés persecutorio en desmedro del derecho al acceso al contenido de la investigación.

2.3. El sistema colombiano

En Colombia, el art. 286 del CPP de dicho país define la formulación de la imputación (comunicación de cargos) como el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías. Por su parte, el art. 287 del mismo cuerpo legal, define las situaciones que determinan la formulación de la imputación, señalando al respecto que el fiscal hará la imputación fáctica cuando, de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. La formulación de cargos debe contener fundamentalmente (art. 288 CPP colombiano) una individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo, el domicilio de citaciones y una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes. Cabe destacar que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, la comunicación de cargos en Colombia no constituye un requisito *sine qua non* para la imposición de medidas cautelares personales (llamadas medidas de aseguramiento), reguladas en los arts. 308 et. seq. del CPP colombiano.

En cuanto a la publicidad de las actuaciones del procedimiento, el art. 18 del CPP colombiano consagra una regla opuesta a la que caracteriza los otros ordenamientos ya analizados, en tanto dispone que la actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes, se afecte la seguridad nacional, se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir, se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo, o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

A diferencia de Alemania y Perú, el sistema procesal penal colombiano (siguiendo en esto a Chile), consagra una audiencia formal de comunicación de cargos ante el juez de garantías. Ello resulta destacable, en tanto permite una supervisión judicial de dicha comunicación de cargos, alejándose de aquellos modelos que le entregan

dicha actuación a los órganos persecutores para que estos actúen autónomamente, sin el resguardo jurisdiccional que la mencionada audiencia confiere.

Como podemos apreciar, el sistema colombiano se aleja de la regulación descrita en los demás sistemas latinoamericanos, consagrando como regla general la publicidad de las actuaciones del procedimiento, incluyendo expresamente a los medios de comunicación y la comunidad, sin perjuicio de los límites allí indicados. La posibilidad de que la sociedad y los medios de comunicación puedan acceder (por regla general) al contenido de las actuaciones de la investigación resulta especialmente preocupante en las investigaciones complejas seguidas por corrupción, pues dicha publicidad podría poner en alerta a potenciales imputados o partícipes, advirtiéndoles sobre el devenir de las pesquisas y poniendo finalmente en jaque la efectividad de la investigación.

3. EL PLAZO DE DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

Como señalamos previamente, una investigación penal debe extenderse por un término que sea razonable de acuerdo con las características del caso concreto. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable, garantía inherente a dicha idea, encuentra reconocimiento en diversos instrumentos internacionales, así como en algunas constituciones latinoamericanas.

3.1. Estándares internacionales

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. XXV establece que "todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho […] a ser juzgado sin dilación injustificada". Por su parte, el art. 6.1 del CEDH prevé que "[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, o bien sobre el fundamento de toda acusación penal dirigida contra esta". Asimismo, el art. 7.5. de

la CADH dispone que "[t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso […]". Además, el art. 8.1. de esta misma Convención prevé que "[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella […]".

Igualmente, el art. 9.3 del PIDCP, al referirse a los derechos de quien se encuentra provisionalmente privado de su libertad, establece que toda persona detenida "tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable". Asimismo, el art. 14 (3) de este mismo Pacto prevé que "[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas […]. A ser juzgado sin dilaciones indebidas". El art. 40.2.b.iii de la Convención sobre los Derechos del Niño señala también que a todo ser humano menor de edad sometido a proceso penal se le debe garantizar "que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente". Además, el principio ha sido objeto de regulación, especialmente en materia penal, en el art. 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en los artículos X y XI de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas y en los arts. 6, 12 y 13 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

En su jurisprudencia, desde las sentencias Wemhoff y Neumeister, de 1968, la Corte IDH se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance y consecuencias de una infracción al derecho a ser juzgado en un plazo razonable[10]. En concreto, en su sentencia del 1 de febrero del 2006 (López Álvarez c. Honduras), sostuvo que dicha garantía puede entenderse como parte integral del derecho de acceso a la justicia, lo cual "implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable; una demora prolongada puede lle-

---

[10] Sobre la jurisprudencia de tribunales supranacionales sobre lo razonable del plazo en el proceso penal, vid.: Acuña, 2021.

gar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales". La Corte IDH ha señalado que el derecho de acceso a la justicia "debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable" (caso Suárez Rosero c. Ecuador; caso García y Familiares c. Guatemala; caso Chitay Nech y otros c. Guatemala), ya que una demora prolongada o falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales (caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tobago; caso Masacre de Santo Domingo c. Colombia; caso Radilla Pacheco c. México; caso Masacre de las dos Erres c. Guatemala; caso Valle Jaramillo y otros c. Colombia; caso Anzualdo Castro c. Perú; caso Heliodoro Portugal c. Panamá; caso Salvador Chiriboga c. Ecuador). En cuanto a su finalidad, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido que el plazo razonable tiene como objeto impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente (caso Suárez Rosero). Concordante con dicho objetivo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su sentencia de 11 de marzo de 2004 en el caso Lenaerts c. Bélgica, ha sostenido que "el art. 6.1 del Convenio Europeo […] obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable".

En lo referido a la pregunta central de esta sección, acerca de los criterios de determinación de lo que puede o no ser considerado un plazo razonable, cabe destacar que ni la jurisprudencia de la Corte IDH, ni del TEDH, han llegado a establecer una duración determinada o absoluta en función de las normas que rigen el debido proceso (Rodríguez, 1998: 1302). En efecto, el plazo razonable no es cuantificable en términos de días, semanas, meses o años, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser evaluado por los jueces caso a caso para saber si la duración fue razonable o no lo fue (TEDH, caso Stögmüller c. Austria), teniendo en cuenta factores como la duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, la gravedad del hecho imputado, la actitud del inculpado, la conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes (Pastor, 2004: 57). En este sentido, el plazo razonable constituye una pauta interpretativa abierta para esti-

mar si la duración total de un proceso ha sido o no razonable, para lo cual debe procederse caso a caso, una vez finalizado el proceso y determinado globalmente.

Ante la ausencia (justificada, por cierto) de reglas cuantitativas que permitan responder binariamente la pregunta acerca de si se ha transgredido o no la garantía en cuestión, resulta esencial efectuar un análisis de las circunstancias de cada caso. Así, la razonabilidad del plazo de juzgamiento se debe establecer atendiendo a factores como la naturaleza, las circunstancias y el nivel de complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración del mismo tipo de procesos, la conducta asumida por las partes y demás intervinientes, y la actuación emprendida por los operadores jurídicos encargados de su sustanciación y definición. En concreto, a efectos de establecer la razonabilidad del plazo y los elementos que deben tomarse en cuenta para ello, la Corte IDH (caso Suárez Rosero c. Ecuador) ha hecho suyas las pautas previamente establecidas por el TEDH (caso Guincho c. Portugal; caso Robins c. Reino Unido; caso Silva Pontes c. Portugal; caso Di Pede c. Italia; caso Zappia c. Italia; caso Bouilly c. Francia; caso Pinto de Oliviera c. Portugal; caso Mocie c. Francia), señalando que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración de todo el procedimiento (incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse) hasta que se dicte sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (Acuña, 2021). Para dichos efectos, y retomando el desarrollo jurisprudencial del TEDH en varios de sus fallos (por todos: Caso Ruiz Mateos c. España), la Corte IDH ha establecido varios criterios para determinar, si en un caso en concreto, ha habido retardo injustificado o no, incluyendo: (a) la complejidad del asunto; (b) la actividad procesal del interesado; y (c) la conducta de las autoridades judiciales (caso Genie Lacayo c. Nicaragua).

Según la Corte IDH, la complejidad del caso (parámetro relevante en los casos de corrupción) puede evidenciarse en factores como la extensión de las investigaciones y de los expedientes, la cantidad y dificultad de las pruebas, el número de incidentes e instancias (caso Genie Lacayo c. Nicaragua; caso Masacre de Santo Domingo c. Colombia; caso Furlán y Familiares c. Argentina), la materia de la controversia (caso Ancejub-Sunat c. Perú), la pluralidad de imputados y

víctimas (caso Acosta Calderón c. Ecuador; caso Masacre de Mapiripán c. Colombia; caso Masacre de Santo Domingo c. Colombia), la imposibilidad de identificar o detener a los imputados (caso Valle Jaramillo y otros c. Colombia), el tiempo transcurrido desde la comisión de los delitos, las características del recurso en la legislación interna (caso Furlan y Familiares c. Argentina), el contexto en que ocurrió la posible violación a la garantía mencionada (caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia; caso de las Masacre de Ituango c. Colombia), la complejidad de los delitos que se investigan, la dificultad de acceder a la prueba, la exigencia de dictámenes y debates técnicos (caso López Mendoza c. Venezuela; caso Masacre de Santo Domingo c. Colombia), la duración de procesos similares; la trascendencia del asunto, sobre todo cuando el mismo requiera un cuidado especial (caso Juan Humberto Sánchez c. Honduras) y la existencia de cuestiones prejudiciales (Genera, 2018: 4 et. seq.).

3.2. Derecho comparado

3.2.1. Sistemas no latinoamericanos: Alemania, España y EE.UU.

En Alemania, la duración de la investigación penal no está sujeta a límites temporales establecidos por el legislador. Su duración dependerá más bien de la mayor o menor complejidad del asunto. De todos modos, en la mayoría de los casos, las investigaciones duran menos de un mes, siendo marginales los casos en los cuales la indagatoria se extiende por más de 6 meses[11].

En España, el establecimiento de límites temporales a la instrucción debe analizarse en relación con el art. 24.2 de la Constitución española, el cual sostiene que "todos tienen derecho (…) a un proceso público sin dilaciones indebidas (…)". De acuerdo con la referida

---

[11] Así, por ejemplo, en el Estado alemán de Renania del Norte-Westfalia, del total de casos ingresados al sistema penal el año 2020 (1.134.566 causas), 671.903, equivalentes al 59,2% del total tuvieron una investigación de menos de un mes de duración. Solo en alrededor del 15% del total de ingresos, las indagatorias se extendieron por más de 3 meses. Vid.: https://www.justiz.nrw/Gerichte_Behoerden/zahlen_fakten/statistiken/justizgeschaeftsstatistik/staatsanwaltschaften/dauer.pdf

garantía, la instrucción debe tramitarse en un tiempo razonable, el necesario y suficiente para cumplir la función que le es propia y, al mismo tiempo, con todas las garantías. En cuanto al plazo ordinario de instrucción, la legislación española establece a nivel legal (art. 324.1 de la LECrim) que "[l]a investigación judicial se desarrollará en un plazo máximo de doce meses desde la incoación de la causa (…)".

Por otro lado, el legislador español, después de establecer el plazo ordinario de doce meses para la realización de las diligencias de instrucción, prevé la posibilidad de ampliarlo atendiendo, entre otros criterios, a la "complejidad de la instrucción" (arts. 324.1 y 2 de la LECrim) o, excepcionalmente, por concurrir razones que lo justifiquen (art. 324.4 LECrim). Así, la legislación española consagra que si, con anterioridad a la expiración del plazo, se constata que no es posible finalizar la investigación, el juez, de oficio o a instancia de parte, oídas las partes, puede acordar prórrogas sucesivas por periodos iguales o inferiores a seis meses. Dentro de dicho plazo, en principio, deben realizarse las diligencias necesarias para resolver si procede el sobreseimiento o la continuación del procedimiento por contar el persecutor, en este último caso, con elementos suficientes para formular acusación en contra de una determinada persona.

Al respecto, el apartado 2º del art. 324 de la LECrim dispone que se considerará que la investigación es compleja cuando recaiga sobre grupos u organizaciones criminales, tenga por objeto numerosos hechos punibles, involucre a gran cantidad de investigados o víctimas, exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o requieran de un complicado análisis, implique la realización de actuaciones en el extranjero, o precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas. Igualmente, la declaración de instrucción compleja procederá cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, esta no puede razonablemente completarse en el plazo previsto. Como podemos apreciar, las circunstancias indicadas por la legislación española para la declaración de una investigación como compleja, suelen concurrir en aquellos casos en los cuales las pesquisas se vinculan a hechos delictivos relacionados con el fenómeno de la corrupción. En definitiva, si la instrucción es

calificada de este modo, el plazo de duración es prorrogado hasta alcanzar los dieciocho meses, los cuales el instructor de la causa puede extender por igual plazo o uno inferior a instancia de la Fiscalía y previa audiencia de las partes.

En todo caso, y de acuerdo con la jurisprudencia española, no cualquier circunstancia permite declarar la complejidad del caso. En concreto, se requiere: (a) estar en presencia de circunstancias relacionadas con la propia investigación; (b) que no pudieron tomarse en cuenta en el momento de programarla por insuficiencia de datos; (c) que afloran como consecuencia de la incorporación de nuevos datos; y (d) que, por su naturaleza, exigen la práctica de diligencias que a priori cabe descartar que puedan realizarse en el plazo inicial (AAP Barcelona, Sección 6ª, 26 junio 2017, ARP 2017, 1266). Lo que en ningún caso puede justificar la referida declaración es la sobrecarga estructural del órgano judicial. En este sentido, la ampliación del plazo no puede justificarse a partir de un déficit de organización o dotación de medios de la Administración de Justicia u otra causa atribuible a la institucionalidad (STC 63/2016; STC 142/2010).

En España no existen, sin embargo, criterios uniformes respecto a las consecuencias que genera una infracción al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Lo que sí resulta claro, es que la dilación indebida del proceso no puede traducirse en la inejecución de la sentencia con la que este haya finalizado, ni tampoco en que la responsabilidad criminal ha de quedar alterada por la vía de aplicación de eximentes o atenuantes por el hecho de eventuales dilaciones. Por ello, constatada judicialmente la comisión de un hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad penal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta en modo alguno a ninguno de los extremos en los que la condena se ha fundamentado, ni perjudica a la realidad de la comisión del delito ni a las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal (STC 35/1994). En efecto, el Tribunal Constitucional ha limitado las consecuencias que una dilación indebida en la sustanciación de un proceso penal podría producir para el éxito del procedimiento, señalando que ella no puede dar lugar al reconocimiento de un derecho a la prescripción si el procedimiento no ha estado paralizado el tiempo legalmente previsto para que se extinga la responsabilidad penal por

este motivo (STC 83/1989). Como resultado, la consecuencia debe limitarse a la reparación patrimonial del art. 121 de la Constitución Española, sirviendo la declaración judicial de título para acreditar el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en el que puede fundarse la reparación indemnizatoria (STC 50/1989).

Finalmente, en EE.UU., el derecho a ser juzgado en un plazo razonable se encuentra paradigmáticamente consagrado en la 6ª Enmienda de la Constitución de los EE.UU., según la cual "[e]n todos los juicios penales el acusado gozará del derecho a un proceso rápido". Su origen ha sido identificado con la Magna Carta de 1215, sobre todo en la interpretación de Sir Edward Coke en su famoso tratado "*Institutes of the Laws of England*" y estimado como una garantía de fundamental importancia en el sistema estadounidense, a pesar de que sus desarrollos jurisprudenciales y concreción legislativa son más bien recientes (Kerfoot, 2020: 328 et. seq.). En este sentido, como una manera de dar aplicación práctica a este derecho, en 1974 es aprobada en el Congreso de los Estados Unidos la "*Speedy Trial Act*", la que, a grandes rasgos, establece una obligación para que el tribunal lo antes posible y en consulta con la defensa y el órgano persecutor, tome las precauciones para que el caso sea llevado adelante sin demora. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina, esta ley no ha sido bien recibida por los tribunales y no necesariamente le han dado una vigorosa aplicación práctica. Por otro lado, a nivel jurisprudencial, el actual estándar de duración de la persecución penal está fijado por el denominado "*Barker test*", según el cual esta garantía se analiza de acuerdo con las circunstancias concretas del caso a partir de cuatro factores: (a) la duración efectiva del retardo en la investigación penal; (b) los motivos para dicho retardo; (c) la asertividad del imputado respecto de su derecho a ser juzgado prontamente; y (d) el perjuicio ocasionado a este último (*Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514, 530 (1972)).

3.2.2. Sistemas latinoamericanos: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú

En cuanto al tratamiento del plazo razonable en América Latina, el panorama pareciera ser disímil. Ni en Brasil ni en Chile existen reglas

relevantes respecto al plazo razonable. Por su parte, la Corte Suprema chilena solo se ha pronunciado respecto de los alcances de esta garantía en materia administrativa, especialmente en lo referido a cuestiones migratorias, no encontrándose sentencias penales sobre el tema[12].

Por el contrario, en Argentina, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable se ha entendido como un componente esencial de la Constitución de dicho país, la cual en su artículo 18 dispone en lo pertinente que "[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (…)". Para la Corte Federal Argentina, de acuerdo con lo señalado en el caso Mattei (C.S.J.N. Fallos, 272:188), se reputa incluido en la garantía mencionada "(…) el derecho de todo imputado a obtener luego de un juicio tramitado en forma legal un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal (…)"[13]. Además, a nivel legal, el nuevo CPP Federal argentino, cuya implementación piloto ya ha comenzado, consagra en su artículo 18 el derecho de toda persona a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable,

---

[12] Ello se aprecia tras una búsqueda de jurisprudencia referida a esta garantía en el buscador oficial de jurisprudencia del Poder Judicial chileno: https://www.pjud.cl/portal-jurisprudencia

[13] La fundamentación de los estándares sobre la cuestión del plazo razonable, han sido delineados por la Corte Suprema Argentina en los fallos Amadeo de Roth (Fallos: 323:982); Barra (Fallos: 327:327); Egea (Fallos: 327:4815); CSJ 2625/2004 (40-C)/CS1 Cabaña Blanca S.A. s/ infracción a la ley 23.771 -causa núm. 7621-, del 7 de agosto de 2007; Podestá (Fallos: 329:445); Acerbo (Fallos: 330:3640); Cuatrín (Fallos: 331:600), entre otros y, más recientemente, en lo que a la violación de la garantía en etapas recursivas se refiere, in re Santander (Fallos: 331:2319); CSJ 159/2008 (44-I)/CS1 Ibáñez, Ángel Clemente s/ robo calificado por el uso de armas, resuelta el 11 de agosto de 2009; Salgado (Fallos: 332:1512); Barroso (Fallos: 333:1639); CSJ 161/2012 (48-V)/CS1 Vilche, José Luis s/ causa núm. 93.249, resuelta el 11 de diciembre de 2012 y CSJ 1022/2011 (47-S)/CS1 Salazar, Ramón de Jesús s/ causa núm. 105.373 -disidencia del juez Maqueda y disidencia del juez Rosatti-, resuelta el 6 de febrero de 2018) y, más recientemente, en Espíndola (Fallos: 342:584) y Escudero (Fallos: 344:378); criterios que fijan una línea clara que debe regir en esta materia.

conforme a los plazos establecidos en dicho cuerpo legal. Como sanción a su infracción, señala la misma disposición que el retardo en dictar resoluciones o las dilaciones indebidas, si fueran reiteradas, constituyen falta grave y causa de mal desempeño de los magistrados.

La Constitución Política de México y el art. 113.X. del CPP Federal Mexicano se alejan de los criterios cualitativos y ponderables que orientan la extensión del procedimiento en los sistemas argentino y, como se verá, peruano, estableciendo parámetros cuantitativos, los cuales disponen que una persona deberá de ser juzgada en un tiempo menor a 124 días (4 meses), siempre y cuando se traten de delitos en los que la pena máxima no exceda de 2 años de prisión. Si, en todo caso, la pena llegase a sobrepasar dicho tiempo, este proceso puede incrementar su duración si el imputado lo requiere y pide un mayor tiempo para proceder a su defensa. De manera más general, la Constitución mexicana prescribe plazos de entre cuatro meses y un año como máximos para la duración de los procesos penales (art. 20 VIII).

Para el ordenamiento jurídico peruano el fundamento de garantía se encuentra en el art. 139.3 de la Constitución de dicho país, que consagra la garantía procesal genérica del debido proceso, habiéndose interpretado por la jurisprudencia que el plazo razonable constituye una manifestación implícita de dicho derecho fundamental (Tribunal Constitucional peruano, STC Expediente 00295-2012-PHC/TC; Pastor, 2004: 55). Al respecto, la Corte Suprema peruana, ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante que: "(…) todo justiciable tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable y a no ser sometido de manera indefinida a un proceso penal sin que se resuelva su situación jurídica" (Sentencia de Casación Núm. 54-2009, La Libertad, de 20 de julio de 2010). En dicha sentencia se considera que el análisis de razonabilidad del plazo debe tomar en consideración, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano (en la sentencia recaída en el Exp. Núm. 5350-2009-PHC/TC, caso Salazar Monroe; y posteriormente en Exp. Núm. 01535-2015-PHC/TC PIURA) ha establecido como criterios para el análisis de una eventual vulneración a dicha garantía, entre otros, la complejidad de los hechos investigados y la prueba de estos, la cual puede ser difícil, necesariamente

prolongada o de complicada actuación. Además, señala, resulta necesario verificar si la conducta del imputado ha sido obstruccionista o dilatoria, y si ha trascendido o influido en la resolución de dicho proceso, para lo cual debe tenerse presente si se han usado abusiva e innecesariamente los instrumentos que la ley pone a su disposición bajo la forma de recursos o de otras figuras. En síntesis, el sistema peruano ha establecido que el plazo razonable en el proceso penal no es único y depende fundamentalmente de si la materia a tratar es compleja, siendo relevante al respecto determinar si se trata de una investigación de crimen organizado o por delitos comunes. Así, el plazo de la investigación preliminar no tiene ni puede tener en abstracto un único cómputo para todos los casos, sino que este debe ser establecido según las circunstancias concretas de cada investigación.

Por otro lado, una vez comunicada una imputación, es usual que los ordenamientos jurídicos latinoamericanos asignen efectos sobre el transcurso de la prescripción de la acción penal, y consecuentemente, consagren un nuevo plazo esta vez para el cierre de la investigación y la consiguiente formulación de la acusación. Así, en Argentina, el CPP Federal consagra que a partir de la formalización comenzará a correr el plazo de duración del proceso, el cual (art. 119) tendrá una duración máxima de tres años contados desde el acto de la formalización de la investigación preparatoria. Al respecto, resulta especialmente relevante para el presente capítulo el hecho de que el nuevo CPP Federal argentino consagre en sus arts. 334 y siguientes una serie de reglas aplicables a los procedimientos complejos y que inciden directamente en el plazo de duración de la investigación y del procedimiento. Como un criterio determinante para estar en presencia de delitos complejos, el art. 334 de dicho cuerpo legal sostiene, precisamente, el estar en presencia de casos de delincuencia organizada o transnacional. Ante esta situación de hecho, íntimamente vinculada a la corrupción, a solicitud de cualquiera de las partes, el juez puede autorizar fundadamente la aplicación de los plazos especiales previstos en el respectivo título.

Una vez autorizada la aplicación de las referidas reglas especiales (art. 335 CPP argentino) se producen diversas consecuencias procesales, entre las que destacan las siguientes: (a) el plazo máximo de duración de todo el procedimiento se extiende a seis años; (b) el pla-

zo máximo de duración de la investigación preparatoria se extiende a dos años, el cual puede ser prorrogado por única vez por un plazo no superior a un año; (c) los plazos para la intervención, grabación o registro de comunicaciones se duplican; (d) el plazo máximo de reserva total del legajo de investigación puede extenderse hasta treinta días, pudiéndose prorrogar por un período igual; (e) los plazos de duración del debate, la deliberación e interposición de las impugnaciones se duplican; y (f) los plazos establecidos a favor de las partes para realizar alguna actuación y aquellos que establecen un determinado tiempo para celebrar audiencia se duplican.

En cuanto a Chile, a partir de la comunicación de cargos, el plazo para el cierre de la investigación no puede ser superior a dos años (art. 247 CPP chileno).

Por su parte, en México el art. 113 del CPP Federal, que regula los derechos del imputado, en su numeral X establece el derecho a ser juzgado en audiencia por un Tribunal de enjuiciamiento, antes de cuatro meses —contados desde la audiencia inicial— si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa. Por su parte, el artículo 321 inciso 2º, al regular el plazo de duración de la investigación complementaria, señala que "el Ministerio Público deberá concluir la investigación complementaria dentro del plazo señalado por el Juez de control, mismo que no podrá ser mayor a dos meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda los dos años de prisión, ni de seis meses si la pena máxima excediera ese tiempo o podrá agotar dicha investigación antes de su vencimiento".

Asimismo, en Perú, el art. 342 del CPP dispone —como regla general— que el plazo de la Investigación Preparatoria es de ciento veinte días, el cual, por causas justificadas, podrá prorrogarse por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales. La misma disposición establece en su inciso 2º que, tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de ella, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis meses. Vinculado a la corrupción, la

misma disposición permite al fiscal declarar la investigación como compleja, entre otros motivos, cuando se revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; se demande la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos, o bien, cuando comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

Finalmente, un modelo diferente a los expuestos con relación al plazo de duración de la investigación se consagra en el sistema brasileño, en el cual, como ya se mencionó, la investigación inicialmente está a cargo de la policía, y no del Ministerio Público. Para que la policía pueda emitir un informe en el cual se autorice al ente persecutor a proseguir la investigación, establece el art. 10 del CPP brasileño un tiempo de 10 días para realizar la investigación policial si hay un indiciado preso en flagrancia o preventivamente, y 30 días en los demás casos, siendo dicho plazo prorrogable. Al respecto, el art. 514 del CPP brasileño (regla sin parangón en el contexto comparado aquí analizado) establece que el funcionario público procesado por delitos cometidos en el ejercicio de la función debe ser notificado de dicho informe, para que pueda presentar su defensa. Por ello, la gran particularidad del proceso brasileño en lo referido al juzgamiento de los delitos que involucran a funcionarios públicos es el requisito de notificación previa al imputado, antes incluso de que el Poder Judicial haya recibido la denuncia, siendo obligatoria no solo la notificación de dicha resolución, sino además la respuesta de ella por parte de la defensa (Greco & de Freitas, 2020). Esta exigencia legal, además de absurda, tiene como resultado práctico, en la gran mayoría de los casos, la impunidad, en tanto su materialización puede tardar años. La experiencia demuestra que los procesos penales por delitos iniciados contra funcionarios públicos permanecen paralizados por años, a la espera de su ubicación para la citación y presentación de esta respuesta evidentemente innecesaria que precede a la recepción de la denuncia (Greco & de Freitas, 2020). La ausencia de otros plazos de duración del proceso penal en Brasil incide igualmente en la ineficiencia y duración excesiva del procedimiento.

El examen comparado de los distintos sistemas analizados demuestra que el plazo de duración de un proceso penal debe ser fijado atendiendo a diversos criterios, entre los cuales destaca la complejidad del caso indagado. De este modo, distintos ordenamientos —Argentina, Perú y España paradigmáticamente— consagran reglas que expresamente permiten extender los plazos ordinarios de duración del procedimiento, cuando nos encontremos frente a investigaciones complejas como las que caracterizan el fenómeno de la corrupción. Por el contrario, la existencia de plazos demasiado acotados para la conclusión de la investigación resulta desaconsejable en tanto podría frustrar la completitud de indagatorias que requieren de esfuerzos técnicos que exceden con creces a las causas rutinarias. Lo anterior resulta además coherente con la recta interpretación de la garantía del plazo razonable, en tanto ella no solo debe invocarse frente a una duración excesiva del procedimiento, sino además cuando su duración pareciera ser insuficiente dadas las complejidades del caso.

Podemos concluir que la ausencia de regulación legal y jurisprudencial sobre la concreción de la garantía del plazo razonable en materia penal, como sucede en Chile, puede transformarse en un problema que eventualmente podría llevar a dicho Estado ante los tribunales supranacionales. En efecto, las reglas de duración de la investigación penal formalizada no parecieran ser suficientes para considerar satisfecha la mencionada garantía, pues en Chile, tanto la investigación no formalizada, como el juicio oral, no se encuentran regidos por plazo alguno. En este sentido, parece aconsejable seguir el ejemplo argentino, en donde dicha garantía cuenta con un amplio desarrollo jurisprudencial. Los problemas que a este respecto mantiene el sistema brasileño son tal vez más profundos, y confluyen en la necesidad de consagrar un Código moderno que permita superar la arcaica regulación vigente. Por último, en aquellos casos en los cuales podría efectivamente constatarse una lesión a la garantía del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, la respuesta de los tribunales de Argentina y de España pareciera ser la adecuada, en tanto no consideran la conclusión del procedimiento como una consecuencia de dicha infracción, sino que buscan la responsabilidad más bien en sede disciplinaria y/o civil.

3.3. El sistema colombiano

En lo referido al plazo de investigación en Colombia, el art. 29 de la Constitución de dicho país dispone que, "el sindicado tiene derecho (…) a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas". Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha resuelto reiteradamente que cuando la legislación no prevé un plazo específico para la indagación preliminar, "este coincide con el término de prescripción de la acción penal" (sentencias C-1194 de 2005, C-025 de 2009 y C-127 de 2011). De este modo, se ha sostenido que el plazo de duración máxima de la indagatoria dependerá del plazo fijado por el legislador para la prescripción del delito, determinado este por la gravedad del ilícito investigado (art. 83 CP colombiano). En cuanto a la duración total del procedimiento penal, la Fiscalía tendrá un término máximo de dos años, contados a partir de la recepción de la *notitia criminis,* para formular una imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado (entre los cuales se encuentran delitos vinculados a la corrupción como figuras agravadas de extorsión, de lavado de activos y de enriquecimiento ilícito de particulares, entre otros), el término máximo será de cinco años (art. 49 Ley 1453 de 2011).

Tal como acontece en Chile y Argentina, uno de los efectos que genera la comunicación de cargos en Colombia es, precisamente, el de interrumpir el curso de la prescripción de la acción penal (art. 292 CPP colombiano). Producido dicho efecto, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el art. 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres años. Una vez comunicados los cargos, el artículo 175 del CPP colombiano establece que (por regla general) el término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación o solicitar la preclusión no podrá exceder de noventa días contados desde dicha comunicación, extendiéndose a ciento veinte días cuando se presente concurso de delitos, cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados. Es precisamente dentro de ese plazo en que el Ministerio Público

deberá proceder a la realización de las diligencias de investigación pendientes.

Al igual que en los casos de Argentina, Perú y España, la legislación colombiana distingue para efectos del plazo de duración del procedimiento entre delitos comunes y delitos complejos que por su naturaleza requieren de un plazo más amplio de investigación para lograr resultados. La existencia de estos plazos más amplios de prescripción de la acción penal respecto de delitos complejos, como lo son ciertas figuras típicas vinculadas a la corrupción, se muestra como una herramienta loable adoptada por el ordenamiento colombiano para lograr la eficiente persecución de hechos de compleja indagatoria.

Asimismo, en comparación con otros ordenamientos, como el chileno, el plazo de duración de la indagatoria tras la formulación de la imputación y tras el cual la fiscalía deberá deducir acusación o solicitar la preclusión (90 días) pareciera ser breve. Lo anterior, sin embargo, a la luz de la estructura del proceso penal colombiano, no parece ser un problema. En efecto, la formulación de la imputación, en el derecho colombiano, pareciera ser una institución pensada para ser aplicada una vez que la indagatoria se encuentra avanzada, o incluso cerca de su conclusión, en tanto su efecto más relevante desde el ámbito procesal, es el de interrumpir el cómputo de la prescripción. En efecto, dado que la solicitud e imposición de medidas de aseguramiento (paradigmáticamente la detención preventiva) no se encuentra supeditada a la formulación de cargos, no se vislumbra un apremio por formalizar, como si sucede en Chile cuando se desea solicitar una medida cautelar personal.

4. LOS PLANES DE INVESTIGACIÓN

No existen estándares internacionales en cuanto a los planes de investigación, y el panorama de derecho comparado muestra un incipiente desarrollo, tanto en América Latina como fuera de ella. No se encuentra, regulación sobre esta cuestión en Alemania, Argentina, Brasil, España, Estados Unidos México o Perú. Así, exceptuando Colombia (como se expondrá en su momento), el único país en el

cual se ha regulado, de alguna manera el tema, aunque a nivel administrativo por parte del Ministerio Público, es Chile.

De todos modos, cabe tener presente las diferencias entre ambas regulaciones: los planes de investigación, como se expondrá en detalle al analizar el derecho colombiano, persiguen identificar desde el primer momento los objetivos a alcanzar, determinados por las circunstancias específicas del caso del que se trate, estando presente en relación con toda investigación. Por otro lado, las instrucciones generales propias del sistema chileno corresponden a lineamientos internos, generados por el Ministerio Público y que indican, como su nombre lo indica, el modo general en el cual una investigación debe ser llevada a cabo, no refiriéndose al caso concreto. Hecha la prevención, pasaremos a analizar ambos sistemas.

4.1. La figura de las instrucciones generales en Chile

En Chile, dentro de las atribuciones que conforme a la ley corresponde al Fiscal Nacional (art. 17 de la Ley Orgánica Constitucional Núm. 19.640 del Ministerio Público), se encuentra la de dictar instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delitos, el ejercicio de la acción penal, y la protección de víctimas y testigos. Los instructivos son, precisamente, aquellos lineamientos de carácter general que el Fiscal Nacional, en tanto jefe superior de la Fiscalía de Chile y responsable de su funcionamiento, en uso de sus facultades y atribuciones legales, dicta para el cumplimiento de dichas finalidades. En concreto, la Fiscalía Nacional de dicho país ha regulado a nivel interno, por medio de una instrucción general (Oficio FN Núm. 472/2020)[14], los planes de investigación que las fiscalías regionales y locales deben seguir en lo referido a investigaciones penales relativas, entre otros delitos, a hechos de corrupción. Dicha reglamentación imparte instrucciones en la materia, estableciendo, entre otras, un catálogo de diligencias investigativas mínimas que todo fiscal debe seguir al momento de enfrentarse a una investigación de es-

---

[14] Vid.: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=46070&pid=283&tid=1&d=1

tas características. Al respecto, se consagran como las actuaciones más relevantes que deben llevarse a cabo en investigaciones seguidas por corrupción las siguientes: (a) oficiar a ciertos organismos públicos a efectos de determinar el carácter de funcionario público que revestiría el o los involucrados en los hechos; (b) requerir los antecedentes referidos a las eventuales investigaciones administrativas seguidas contra el imputado; y (c) solicitar el levantamiento patrimonial del imputado, su grupo familiar y societario, en la medida que sea pertinente al tipo de delito indagado. La existencia de reglas mínimas de actuación referidas a este tipo de investigaciones, dada su complejidad inherente, constituye un elemento que, como se indicará en su momento, debe ser promovido a nivel regional.

4.2. La regulación de los planes de investigación en el sistema colombiano

En el derecho colombiano, los programas metodológicos de investigación constituyen una herramienta esencial para el trabajo de fiscales y policías, especialmente tratándose de investigaciones complejas vinculadas a la corrupción (Avella, 2012: 17 et. seq.). Dichos programas, entendidos como documentos de trabajo del fiscal a cargo de la investigación, permiten la generación de planes de investigación dirigidos a identificar desde el primer momento los objetivos a alcanzar, partiendo desde la hipótesis que tiene por propósito convertirse en teoría del caso. De esta manera, todos quienes concurren a la investigación, pueden tener claridad de la conducta que es objeto de indagación, permitiendo una investigación enfocada y eficaz. Asimismo, dichos programas permiten generar un esquema de organización aplicando un método a la investigación criminal, favoreciendo en último término la óptima planificación del caso. En definitiva, toda vez que la planificación se estructure sobre los elementos del delito (hipótesis delictiva a corroborar), facilita la demostración de la teoría del caso y la judicialización efectiva de las conductas, sin que se omita elemento alguno del comportamiento (Varios Autores, 2009: 23). En el ordenamiento colombiano, la Guía de investigación para los delitos asociados a la corrupción de noviembre de 2018, generada por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el

Delito (UNODC), y la Fiscalía General de la Nación (FGN)[15], tiene por objeto dotar a sus participantes de herramientas especializadas para conocer, aprender y reflexionar sobre los avances y retos del marco legal e institucional anticorrupción en Colombia, con el fin de fortalecer sus competencias en la investigación y judicialización de los delitos asociados a la corrupción, proyectándose como una herramienta de aplicación y consulta permanente para los operadores a cargo de la investigación de este tipo de casos.

A este respecto, como sostiene dicha guía, el programa metodológico debe contener, entre otros elementos, los siguientes:

1. La descripción del equipo de trabajo, en tanto componente de trascendental importancia en la realización del programa metodológico. Ello requiere una coordinación entre los distintos órganos y personas partícipes, y que permita finalmente adoptar decisiones coherentes dirigidas a encauzar la investigación y el proceso penal hacia la realización de sus objetivos.

2. La hipótesis. De acuerdo con la presentación fáctica, se hace un primer acercamiento en torno a la que sería la hipótesis delictiva. Sobre ella es que se estructura la planeación, de manera que es sustancial esta etapa y supone el entendimiento cabal de las conductas posibles.

3. Los objetivos. La planeación en sentido estricto importa identificar desde el primer momento los objetivos a alcanzar, partiendo desde la hipótesis que tiene por propósito convertirse en teoría del caso. De esta manera, todos quienes concurren a la investigación tienen claridad de la conducta que es objeto de indagación, facilitando una búsqueda enfocada y eficaz. Lo anterior permite generar un esquema de organización aplicando un método a la investigación criminal y favoreciendo las actividades de planeación. Por último, se debe partir de la estructura jurídica del delito, respecto de cada uno de los siguientes elementos determinar: (a) los medios cognoscitivos a recaudar; (b) su utilidad probatoria; (c) las actividades investigativas a seguir; (d) quién es el responsable; (e) el tiempo o término para su desarrollo; (f) un espacio para evaluar las actividades que se lleven a cabo.

---

15 https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Guia_Investigacion.pdf

5. CONCLUSIONES: RECOMENDACIONES PARA OPTIMIZAR LEGÍTIMAMENTE LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL, PLAZO PARA SU DESARROLLO Y PLANES DE INVESTIGACIÓN EN AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

5.1. Sugerencias para América Latina

Se sugiere, en primer lugar, consagrar la oportunidad y modalidad en la cual se produce la comunicación de cargos como una instancia autónoma dentro del proceso penal (tal como sucede en Argentina, Colombia y Chile), esto es, una audiencia convocada para tales efectos, ante el juez. Con ello, se propone abandonar los modelos que, como Alemania o Perú, contemplan distintas oportunidades y autoridades encargadas de dar cumplimiento a dicha obligación, pues su control y seguimiento resulta difícil de acreditar o bien, su realización puede resultar tardía.

En contextos de corrupción (especialmente si está vinculada al COT), resulta relevante no solo mantener en secreto cierto contenido de la investigación referido a información particularmente sensible, sino además limitar el acceso a esta al mínimo de personas que sea posible. La presencia de redes de corrupción en el aparato jurisdiccional y en las entidades a cargo de la persecución de delitos, podría fácilmente entorpecer los planes de investigación en aquellos casos en los cuales cierta información sensible pudiera llegar a manos de los involucrados. De este modo, el mantener la reserva (bajo ciertos requisitos) de ciertas secciones de la indagación, o de esta completa, cuando se trate de grupos criminales organizados, contribuirá de manera efectiva al desmantelamiento de organizaciones delictivas y a una eficaz sanción de sus integrantes.

Al respecto, se sugiere seguir de cerca la regulación chilena en al menos dos aspectos. En primer término, se recomienda adoptar una regla similar al art. 236 del CPP chileno, que permita otorgar una autorización para practicar diligencias concretas de investigación, sin conocimiento del afectado, antes o después de la formalización de la investigación. En segundo lugar, se recomienda seguir los linea-

mientos del art. 31 de la Ley 19.913 de dicho país, estableciendo que la investigación por corrupción sea siempre secreta para los terceros ajenos al procedimiento y para los terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público. Además, respecto del imputado, podrá ser secreta, por un plazo máximo renovable, cuando así lo disponga el Ministerio Público, y siempre que cuente con autorización judicial. Dado que el secreto de la investigación completa podría poner en entredicho el ejercicio del derecho a defensa, resulta aconsejable que este sea decretado no por medio de la mera voluntad del fiscal, sino que por medio de una resolución judicial.

En cuanto a los mecanismos para regular el secreto de la investigación, se sugiere consagrar a nivel legal las excepciones al derecho al acceso al contenido a la investigación, consagrando su procedencia solo en casos calificados pues su abuso —si bien justificado en ciertos casos— podría poner en entredicho el ejercicio del derecho a defensa. Tal como sucede en Alemania y Chile, pareciera razonable excluir del secreto aquellas actuaciones o diligencias de la investigación en las cuales el imputado participó o pudo haberlo hecho.

La normativa presentada demuestra que, en los sistemas latinoamericanos, la comunicación de cargos genera nuevos plazos para el cierre de la investigación, los cuales, dado su carácter generalmente acotado, podrían conspirar en contra de una eficiente persecución penal en el caso de los delitos complejos. Por otro lado, la tardanza en denunciar este tipo de hechos o bien, las complejidades propias de la investigación, unido a plazos breves de prescripción de la acción penal, podrían generar una presión perniciosa sobre los órganos persecutores en orden a comunicar la investigación para, de este modo, impedir que el cómputo de la prescripción continúe su transcurso, generando un riesgo de imputaciones imperfectas o incompletas.

Por lo anterior, se recomienda consagrar plazos extensos de prescripción de la acción penal en delitos de corrupción (sobre todo cuando están asociados al COT). En este sentido, debiera seguirse como modelo el art. 83 del CPP colombiano, el cual amplía en la mitad el término de prescripción en los casos en los que un servidor público, en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas, realiza una conducta punible o participa en ella. Otro ejemplo por seguir a este respecto es Chile, país donde el art. 260 bis del Có-

digo Penal, introducido en noviembre de 2018 por medio de la Ley Núm. 21.121 (que modifica normas sobre corrupción y otros delitos, crea nuevos tipos penales y amplía la responsabilidad penal de las personas jurídicas) ha consagrado la suspensión de la prescripción del delito mientras el respectivo funcionario ejerza el cargo, para evitar la impunidad por el transcurso del tiempo. Igualmente, en Perú los delitos de corrupción prescriben en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito[16].

En lo referido al plazo de desarrollo de la investigación, las complejidades inherentes a las investigaciones seguidas por corrupción (especialmente, si están relacionadas con el COT) aconsejan consagrar estatutos especiales para la persecución de esta clase de delitos, tal como sucede en la nueva regulación procesal penal argentina. Lo anterior sería indicativo de una loable intención por parte del legislador en orden a interiorizar las dificultades que la persecución de este tipo de conductas implica, generando reglas especiales para tales efectos. En concreto, se aconseja consagrar plazos amplios de duración del proceso penal. Así, la complejidad del caso (elemento característico de los procesos penales seguidos por corrupción y COT) no solo debe constituir un parámetro esencial para determinar si el plazo del juzgamiento ha sido o no razonable, de acuerdo con los estándares internacionales ya revisados, sino que ha de erigirse como un criterio decisor para la determinación de los plazos de duración de un procedimiento penal, incidiendo concretamente en su eventual ampliación.

Por último, a efectos de hacer compatible el derecho a ser juzgado en un plazo razonable con una investigación completa y suficiente, el foco para lograr una mayor eficiencia debe estar puesto a nivel regulatorio. Los distintos ordenamientos jurídicos latinoamericanos han de ser capaces de adoptar reglas procedimentales que permitan

---

16 Igualmente, parece desaconsejable mantener como regla de interrupción o suspensión del plazo de la prescripción penal exclusivamente la formulación de cargos. Resulta entonces pertinente, excepcionalmente para ciertas categorías de delitos de compleja indagatoria entre los que se encuentran aquellos vinculados al fenómeno de la corrupción, permitir la suspensión del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal por medio de la interposición de una querella.

un juzgamiento eficiente y dentro de un plazo razonable de casos complejos, eliminando ritualidades y formalismos innecesarios a lo largo de las distintas etapas del procedimiento penal. La existencia de plazos de duración de la investigación consagrados en todos los sistemas latinoamericanos aquí analizados no obsta a la necesidad de establecer parámetros normativos para el juzgamiento en un plazo razonable. Dichos parámetros debieran ser impuestos por el legislador o bien, como es el caso de Argentina, EE.UU. y España, por la jurisprudencia. Para ello, los lineamientos de los tribunales internacionales en la materia constituyen un excelente punto de partida, en tanto atienden a criterios cualitativos para su establecimiento, entre los cuales destaca la complejidad de la investigación. Lo anterior pareciera ser especialmente necesario en Chile y Brasil, países en los cuales la referida garantía no cuenta con un desarrollo importante en materias penales y que, al menos en Chile, no poseen una regulación expresa de duración de la investigación penal no formalizada, ni del juicio oral.

La existencia de prácticas disímiles entre las distintas unidades investigativas pertenecientes a un mismo país y la (aún pendiente) consolidación del Ministerio Público como órgano investigador exclusivo en los sistemas post-inquisitivos de América Latina (paradigmáticamente en el caso de Brasil, cuyo sistema es fuertemente heredero de la tradición inquisitiva), sumado a la cultura burocrática que ha acompañado históricamente a esta región del globo, hacen necesario propender a la uniformidad de criterios persecutorios. De este modo, en lo referido a los planes de desarrollo de la investigación, resulta *a priori* recomendable consagrar en los ordenamientos latinoamericanos (al menos a nivel reglamentario) directrices que permitan organizar de un modo coherente el desarrollo de las indagatorias. Lo anterior resulta especialmente aconsejable en el contexto de casos complejos, como lo son aquellos seguidos por corrupción (en particular, cuando están vinculados al COT). Un programa de desarrollo de investigaciones con un contenido mínimo, que todo fiscal, policía y personeros involucrados en la persecución penal deben seguir, permite organizar de manera más eficiente el trabajo de los órganos persecutores, uniformando y posteriormente optimizando los criterios que conducen a una eficiente averiguación de la verdad. Seguir el modelo colombiano, en el cual los programas de investigación regu-

lados mediante distintos instrumentos se erigen como herramientas indispensables para el efectivo combate a la delincuencia, constituye un punto de partida aconsejable.

Finalmente, en el desarrollo de planes de investigación, la Fiscalía no puede desarrollar sus funciones sin apoyo institucional externo. Ya sea por los escasos conocimientos especializados (paradigmáticamente en criminalística) de los cuales los fiscales (en tanto abogados) suelen adolecer, o bien, por razones de dotación funcionaria, la Fiscalía necesita ante todo del auxilio de la policía para el éxito de sus investigaciones. Una policía judicial o investigativa ideal, debiera contar con altos grados de autonomía en el ejercicio de sus funciones, debiendo sus funcionarios contar con ciertas cualificaciones técnicas que les permitan afrontar adecuadamente las complejidades propias de una investigación penal. Del mismo modo, se requiere, a nivel institucional, contar con unidades especializadas y en algunos casos con dedicación exclusiva, destinadas a investigar los delitos de corrupción (especialmente, si están vinculados al COT). Lo anterior resulta aconsejable con carácter general tanto para el Ministerio Público, como respecto para la policía[17].

5.2. Sugerencias para Colombia

En cuanto a la publicidad, se recomienda modificar la regulación vigente en el sistema colombiano, excluyendo a los medios de comunicación y a la comunidad general de la posibilidad de conocer el contenido de las actuaciones del procedimiento, al menos en los casos vinculados a corrupción.

---

17 En Chile, la Fiscalía cuenta con la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Medioambientales y Crimen Organizado (ULDECCO), y además con una Fiscalía de delitos complejos, especializada en la persecución de este tipo de conductas. Por su parte la Policía de Investigaciones de dicho país cuanta con la Brigada Investigadora Anticorrupción Metropolitana (BRIACMET), dirigida a apoyar las investigaciones de alta complejidad relativa a los principales delitos de corrupción económica, especializando a sus funcionarios en materia de auditoría, contabilidad y análisis financiero.

Se sugiere además incluir como regla la ya mencionada disposición chilena, que permite otorgar una autorización para practicar diligencias concretas de investigación, sin conocimiento del afectado, antes o después de la formalización de la investigación. Como se señaló, la difusión de la investigación a terceros, e incluso al imputado, podría en ciertos casos poner en entredicho el éxito de las diligencias pendientes. Por ello, se propone reconocer que la investigación por corrupción (especialmente, cuando está vinculada al COT) sea siempre secreta para los terceros ajenos al procedimiento, para los terceros afectados por una investigación preliminar del Ministerio Público y respecto del imputado, cuando así lo disponga el Ministerio Público, por un plazo máximo renovable, con autorización judicial.

La actual existencia de plazos acotados para concluir la investigación, una vez efectuada la comunicación de cargos podría muchas veces frustrar la realización de las diligencias necesarias para lograr una completa averiguación de los hechos y, consecuentemente, obtener una sentencia condenatoria. En este sentido, resulta aconsejable incorporar al ordenamiento colombiano reglas que, tal como sucede en España o Argentina, permitan en determinados casos, y bajo el estricto cumplimiento de requisitos legales, la declaración de la investigación como "compleja", permitiendo ello extender los plazos de duración de la investigación una vez comunicados los cargos.

Por último, cabe destacar que la regulación colombiana contiene lineamientos adecuados que regulan el contenido general de los planes de investigación. Sin perjuicio de ello, se sugiere propender hacia la especialización de dichos planes, por medio de la creación de una regulación particular de éstos para distintas categorías de delitos (entre ellos los vinculados a la corrupción, sobre todo si está vinculada al COT). En efecto, resulta altamente aconsejable regular un "programa de desarrollo de la investigación" específico, referido a los delitos de corrupción, estableciendo entre otros puntos, las diligencias mínimas de investigación que la fiscalía y en general quienes participen de las indagatorias deberán llevar a cabo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Acuña Silva, M. (2021). *El derecho a ser juzgado en un plazo razonable*. Santiago: DER Ediciones.

Avella Franco, P. (2012). *Programa Metodológico en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá D.C.: Escuela De Estudios E Investigaciones Criminalísticas Y Ciencias Forenses. https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/ProgramaMetodologicoenelSistemaPenalAcusatorio.pdf.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA. (2013). *Persecución de delitos complejos, experiencia en la investigación criminal*. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31455.pdf.

Duce, M. & Riego, C. (2007, reimpresión 2021). *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Genera, A. (2018). "El derecho a ser juzgado en un plazo razonable: aspectos constitucionales y convencionales". *Revista Pensamiento Penal*. Pp. 1-12. https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46207-derecho-ser-juzgado-plazo-razonable-aspectos-constitucionales-y-convencionales.

Greco, R. & de Freitas, P. (2020). "Corrupção: Prevenção e tratamento punitivo à luz do direito e do processo penal". https://www.rogeriogreco.com.br/post/corrup%C3%A7%C3%A3o-preven%C3%A7%C3%A3o-e-tratamento-punitivo-%C3%A0-luz-do-direito-e-do-processo-penal.

Kerfoot, R. (2020). "The Speedy Trial Clause and Parallel State-Federal Prosecutions". *Case Western Reserve Law Review*. Vol. 71(1). Pp. 325-350.

Langer, M. (2007). "Revolution in Latin American criminal procedure: Diffusion of legal ideas from the periphery". *American Journal of Comparative Law*. Vol. 55(4). Pp. 617-677. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1026778.

Leturia, F. (2018). "La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 45(3). Pp. 647-673.

Mendonça, L. (2016). "Problemas de la investigación penal de delitos de cierta complejidad en Brasil". https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3146/problemasdelainvestigacionpenaldedelitos_brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Montero, D. & Salazar, A. (2013). "Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Inteamericana de Derechos Humanos". *Revista judicial, San*

José Costa Rica. Núm. 110. Pp. 101-127. https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf.

Moya, E. & Paillama, D. (2022). "Sentido, redes y prácticas. percepciones de la corrupción en gobiernos locales de la Macrozona Sur (Chile)". *Revista Iberoamericana de Estudios Municipales (RIEM)*. Vol. 13(25). Pp. 1-25.

Pascual, R. (2019). "Medidas de agilización del proceso penal: fijación de plazos máximos para la instrucción". *Revista Boliviana de Derecho*. Núm. 28. Pp. 368-401. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7026839.

Pastor, D. (2004). "Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal". *REJ-Revista de Estudios de la Justicia*. Núm. 4. Pp. 51-76. https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/15031/15452/.

Riego, C. (2010). "Nuevos desafíos del sistema de justicia penal". En: Ministerio de Justicia (Dir.). *A 10 años de la Reforma Procesal Penal: Los Desafíos del Nuevo Sistema*. Santiago: Ministerio de Justicia.

Rodríguez, V. (1998). "El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas-Universidad Central de Venezuela*. Núm. 110. Pp. 325-372. https://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf.

Salas, J. (2019). *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales*. Tercera Edición. Santiago: Librotecnia.

Schreiber, S. (2013). "Notas sobre o princípio da publicidade no processo penal". *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Vol. 20(36). Pp. 133-148.

Soto, R. (2003). "La corrupción desde una perspectiva económica". *Estudios Públicos*. Núm. 89 Pp. 23-62. http://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1275931953.raimundo_soto.pdf.

Tracz, E. (2019). "Revisiting the Right to a Speedy Trial: Reconciling the Sixth Amendment with the Speedy Trial Act". *Capital University Law Review*. Vol. 47(1). Pp. 1-26.

Varios Autores. (2009). *Plan estratégico de investigación para El Salvador*. https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/PLAN_ESTRATEGICO_DE_INVESTIGACION_EL_Salvador.pdf.

Vera, J. (2020). "Los problemas de la rapidez o ultraceleridad de las audiencias en los procedimientos penales de "menor importancia" para el sistema de justicia penal". *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)*. Vol. 27. Pp. 1-34. https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v27/0718-9753-rducn-27-03.pdf.

2. Las medidas especiales de investigación relativas a la interceptación de comunicaciones

AGUSTINA ALVARADO URÍZAR*

1. INTRODUCCIÓN

Sin perjuicio del debate sobre la autonomía de los delitos relativos a la corrupción, es indiscutible que por su intermedio pueden vulnerarse los más distintos intereses penalmente protegidos, sea que se encuentren o no vinculados al crimen organizado (Manganaro, 2012: 127 et. seq.; Vannucci, 2010: 16). De ahí la necesidad de hacer procedentes diligencias especiales de investigación para su eficaz persecución (Lavacchini, 2014: 24 et. seq.; Nieva, 2013 *passim*), en virtud del carácter clandestino de los actos de corrupción (Nieva, 2013: 10) así como de su dimensión "internacional" de cara al desarrollo económico y la globalización. En efecto, la utilización de nuevas tecnologías también posibilita nuevas formas de actuación en el ámbito de las actividades criminales corruptivas a partir de la existencia de empresas multinacionales, inversión extranjera y "paraísos fiscales". Así, esta constatación:

> […] proporciona una primera explicación a la existencia de regulación internacional de las relaciones económicas acompañada de distintos instrumentos jurídicos, que en el ámbito regional o global pretenden servir de base a una política criminal que aborde con eficacia la lucha contra lo que se ha calificado como «explosión» del contenido de la corrupción al incorporar nuevas formas y nuevos sujetos. (Gómez de La Torre, 2015: 232).

* Doctora en Ciencias Jurídicas, mención Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Estatal de Milán y Universidad de Girona. Profesora Asistente de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Andrés Bello, Quillota 980, Viña del Mar, Chile. ORCID: 0000-0003-3520-054X.

En materia de criminalidad ordinaria suelen apuntarse los diversos problemas que trae consigo la implementación de nuevas herramientas investigativas tecnológicas en relación con las exigencias de legitimidad que su incorporación al proceso debe ofrecer en cuanto medidas intrusivas (*v.gr.* legalidad, jurisdiccionalidad y proporcionalidad), por su injerencia, entre otros, en el derecho a la intimidad, consagrado en los arts. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), en la parte en que se prohíben injerencias arbitrarias, ilegales o abusivas en la vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia. Así, suele indicarse que el ámbito potencialmente afectado por las denominadas técnicas especiales de intervención de comunicaciones, en general, es la faz intangible o inmaterial de la intimidad, es decir, aquella concerniente al ámbito que el sujeto requiere mantener libre de intrusiones de terceros, de la publicidad, del gobierno, lo que en principio conlleva a rechazar los medios insidiosos de vigilancia policial, tales como las intervenciones de comunicaciones y las vigilancias electrónicas.

Con todo, a nivel de regulación internacional también es posible identificar un cuadro normativo que sustenta la legitimidad de la procedencia e implementación de esta clase de medidas en materia de corrupción, no solo como diligencias de investigación por o para hechos determinados en el ámbito de la persecución penal propiamente tal; sino que, incluso, como medida predelictual o de prospección, destinada a descubrir actos delictivos de corrupción en general, bajo la justificación de una necesaria prevención cuando la misma se encuentra conectada con el crimen organizado, el narcotráfico o el terrorismo como diligencias propias de las agencias de inteligencia nacional.

Por lo anterior este capítulo se dedica, en primer término, a ofrecer una base conceptual sobre el contenido de cada una de estas medidas de investigación para clarificar su preciso alcance y conducir el estudio comparado que corresponde al objetivo central de este trabajo. En este sentido, a continuación, las secciones siguientes estarán dirigidas a delinear el cuadro normativo internacional aplicable así como los diversos marcos regulatorios internos de las legislaciones de

referencia (tanto en el ámbito latinoamericano como no latinoamericano) como aspecto imprescindible para analizar el modo en que podrían operar los requerimientos de información que se soliciten a título de asistencia judicial (art. 46 Núm. 3 letra e] e i] de la Convención de Mérida) y de cooperación internacional (art. 43 Convención de Mérida) en lo que respecta al tratamiento que debiera tener la información transmitida y al cumplimiento del requisito de doble incriminación. A continuación de dicha exposición se estará en condiciones de ofrecer un análisis comparativo de las diversas regulaciones examinadas con el fin de puntualizar sus fortalezas y debilidades de cara a la lucha eficaz en contra del flagelo de la corrupción.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL PRELIMINAR

Corresponde iniciar definiendo los extremos de la diligencia intrusiva de "interceptación de comunicaciones". Según el Diccionario, "interceptar" significa "apoderarse de una cosa antes de que llegue a su destino"; "detener una cosa en su camino"; "interrumpir, obstruir una vía de comunicación". Sin embargo, la lógica de la investigación no apunta a constituirse en un mecanismo obstructivo que impida la realización de la comunicación. Por el contrario, se trata de tomar conocimiento del contenido de la conversación ajena a partir de un acceso no consentido de un tercero (Politoff et. al., 2006: 235; Matus & Ramírez, 2018: 214). Así, la finalidad de esta diligencia supone una "intervención" que exige la transmisión (retransmisión), grabación o reproducción de lo captado por medios técnicos, haya sido escuchado o no y, sin perjuicio de que la intervención deba ser operada para conocer el contenido de la comunicación (Serrano, 2004: 268).

"Comunicación", por su parte, en cuanto acción y efecto de comunicar, en sus dos primeras acepciones alude a "hacer a una persona partícipe de lo que se tiene" y a "descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo". Solo la tercera acepción se concreta en la acción de "conversar, tratar con alguien de palabra o por escrito". En un sentido más amplio, un cuarto significado, también alude al hecho de "transmitir señales mediante un código común al emisor y al receptor". La diferencia conceptual entre "comunicación" y "conversación" consiste en la existencia o no de un medio o vía que con-

duzca el mensaje hacia el interlocutor (Matus & Ramírez, 2018: 215; Politoff et. al., 2006: 236). De este modo, la conversación no es sino una manera directa de comunicarse, que requiere la presencia de los interlocutores, mientras que, todo lo demás podría quedar comprendido dentro del término "comunicaciones" (Etcheberry, 1999: 276). Ahora bien, dentro de las comunicaciones, debemos distinguir a su vez, entre aquellas donde el medio es simplemente el telefónico, sea móvil o fijo; y aquellas en que las líneas de comunicación son operadas por sistemas informáticos, que serán abordadas en el capítulo siguiente relativo a las medidas investigativas basadas en nuevas tecnologías.

En este orden de cosas, el presente capítulo se dedica a tratar tan solo la intervención de comunicaciones telefónicas, descartando la correspondencia escrita, y, dejando para el capítulo siguiente la intervención de comunicaciones a través de mecanismos informáticos e internet y la denominada videovigilancia, conjuntamente con el uso de videoconferencias, sin perjuicio de que todas ellas, más las comunicaciones telefónicas, configuren la denominada "vigilancia de las comunicaciones", en que ciertamente se incluyen también la interceptación de conversaciones entre presentes.

3. NORMATIVA INTERNACIONAL

Como se indicó, el derecho fundamental a la intimidad goza de reconocimiento internacional, sea que se considere desde la perspectiva de la protección de la vida privada y/o desde la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada[1]. El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades Fundamentales, o simplemente Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1958 dispone en su art. 8.1, bajo la rúbrica, "Derecho al respeto a la vida privada y familiar" que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su corres-

---

1 Existen múltiples discrepancias sobre el contenido del derecho a la intimidad y su sinonimia o no con el derecho a la vida privada. Al respecto puede revisarse, Fernández-Delgado (2009), p. 34; Moreno (2016), p. 188 y Etcheberry (1999), p. 251.

pondencia. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en los casos Halford c. Reino Unido, 1997 y Copland c. Reino Unido, 2007, se ha encargado de efectuar una interpretación actualizada, que más allá de la voz "correspondencia", comprende como interés protegido toda comunicación privada, cualquiera que sea su forma o el medio utilizado para ello. Luego, el apartado N 2 de la citada disposición establece que:

> No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En el ámbito americano, por su parte, el reconocimiento del derecho a la intimidad se encuentra previsto en el art. 11.2 de la CADH, al señalar que: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". Se añade en el numeral 3 que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. En similares términos se pronuncia el art. 17 del PIDCP. De este modo, la actualización del objeto de protección de este derecho fundamental ha sido precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso Escher y otros v. Brasil, sentencia 6 de julio de 2009, Serie C N 200, párr. 114, al señalar que el art. 11.2 CADH también debe entenderse referido tanto a las conversaciones telefónicas como a las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones (CIDH, 2009: 34). En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos al alero del Pacto, en la Observación General Núm. 16, art. 17, Derecho a la intimidad, párr. 8, ha sostenido que este derecho también proscribe la realización de vigilancia por medios electrónicos o de otra índole

y la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como otras clases de intervenciones en la vida privada y familiar de las personas.

A pesar de que la normativa americana no explicite la posibilidad de injerir legítimamente en el ejercicio de este derecho, la CIDH en el caso Escher supra citado señala como requisitos mínimos para la legitimidad de las escuchas telefónicas operadas por el Estado, en conformidad con la CADH el que la medida se encuentre prevista en la ley, persiga un fin legítimo, y sea idónea, necesaria y proporcional[2]. En esta línea también se ha manifestado la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la OEA en 2013 en la Declaración Conjunta sobre Programas de Vigilancia y su Impacto en la Libertad de Expresión. En sus puntos 9 y 10, al referirse a la necesidad de limitar tales programas, reitera los requisitos que debe cumplir toda limitación al derecho a la privacidad ya enunciadas por la CIDH y agrega que tal actividad vulneratoria de los derechos a la privacidad y libertad de expresión debe ser vigilada por un organismo de control independiente y que en ella deben contarse con las garantías mínimas del debido proceso y supervisión judicial.

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó en junio de 2014 al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General un detallado informe sobre la protección y la promoción del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones digitales. Este informe señala expresamente que dichas actividades son aceptables en

---

[2] Idéntica interpretación ha adoptado en el caso Tristán Donoso v. Panamá, sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C N 193, párr. 55, sigue los criterios del TEDH en Uzun v. Alemania, Caso N 35623/05, sentencia 2 de septiembre de 2010, párr. 61; Weber y Sarabia v. Alemania, Caso N 54934/00, sentencia 29 junio de 2006, párr. 93, estableciendo que, para una intervención legítima, la vigilancia de comunicaciones solo puede darse con orden de autoridad legítima, para lo cual debe estar prevista en la ley, ser proporcional y para esto debe cumplir un fin legítimo, ser idónea para alcanzar ese fin, ser necesaria y ser proporcional en estricto sentido. En la misma dirección se encuentra la posición sostenida por el Comité de Derechos Humanos, donde se agrega que la injerencia debe estar en consonancia con las disposiciones, propósitos y objetivos del PIDCYP, y que debe ser razonable a la luz de las circunstancias del caso concreto.

el derecho internacional siempre que se encuentren previstas expresamente en la ley; sean necesarias para alcanzar un fin legítimo; sean proporcionales en los términos del objetivo trazado; y, proporcionen salvaguardas efectivas contra el uso indebido, esto es, exigencias propias del test de proporcionalidad.

En este contexto, también son de destacar el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el impacto de internet en el derecho a la libertad de expresión; el Informe del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y expresión de la ONU y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y la protección del derecho a la privacidad en la era digital. Por último, desde la sociedad civil y la academia resulta relevante el aporte de los Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones, elaborado por distintos expertos académicos y activistas, que, según Rivera y Rodríguez (2015:11), ya ha empezado a ser reconocido por organismos internacionales como doctrina autorizada para interpretar el sentido y alcance de los derechos humanos en el marco de la vigilancia de las comunicaciones.

Sobre la procedencia y requisitos para la legitimidad de esta clase de diligencias, resultan relevantes los énfasis desarrollados por el TEDH sobre la valoración de la concurrencia de la habilitación legal, la necesidad requerida para justificar la interceptación de las comunicaciones y la previsión de garantías adecuadas y efectivas frente a posibles abusos (Klass y otros c. Alemania, 1978). En este sentido, a juicio del TEDH, no basta una norma legal general para ordenar escuchas telefónicas, si ella no incluye con claridad sus fines y el modo de ejercer tal facultad por parte de las autoridades (Kruslin c. Francia, 1990; Huvig c. Francia, 1990; Kopp c. Suiza, 1998; Prado Bugallo c. España, 2003). Mismas exigencias legales que deben aplicarse a los controles sobre las comunicaciones telefónicas que, aunque sin revisar su contenido, afecten sus elementos esenciales, como el destinatario y su duración (Malone c. Reino Unido, 1984; Valenzuela Contreras c. España, 1988; Copland c. Reino Unido, 2007).

Desde esta perspectiva, la sentencia Núm. C-746/2018 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 2 de

marzo de 2021[3], identificó dos límites de compatibilidad para la procedencia legítima de esta clase de diligencias: de una parte, el que el acceso a los datos relativos al tráfico telefónico y electrónico deba limitarse a los procedimientos destinados a combatir las formas graves de delincuencia o prevenir amenazas graves a la seguridad pública (básicamente actividades de terrorismo), de acuerdo con el principio de proporcionalidad; y, por otra, que el acceso a los datos no pueda tener lugar directamente por el Ministerio Público (en adelante MP) como parte del proceso penal durante la fase de investigación preliminar. Para la Corte, el acceso a los datos debe estar sujeto a un control previo realizado por un juez o por una entidad administrativa independiente. Se requiere que la autoridad encargada del control previo lo efectúe de manera objetiva e imparcial, libre de cualquier influencia externa, para lo cual debe tener la calidad de tercero respecto del que solicita el acceso a los datos, cualquiera sea el sistema procesal concreto de que se trate.

Ahora bien, sobre la procedencia de esta clase de diligencias para la persecución de la corrupción, es preciso tener presente la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción suscrita en Mérida en 2003[4], en virtud de Resolución 58/4 de la Asamblea General, de

---

[3] El caso se suscita en Estonia, donde un acusado de robo, uso ilegal de tarjetas de crédito y de violencia contra personas que participan en procedimientos judiciales, habían sido condenado sobre la base de datos personales obtenidos de proveedores de servicios de comunicación. Para esta decisión se tiene presente el marco normativo constituido por el art. 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, sobre tratamiento de datos personales y protección de la privacidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre privacidad y comunicaciones electrónicas), modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, a la luz de los artículos 7, 8 y 11, así como del art. 52 (1), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

[4] Sin perjuicio de su antecesora Convención de Viena contra el blanqueo (1988), así como del marco regional constituido por: (a) La Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la OEA el 29 de marzo de 1996; (b) El Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999; (c) La Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, aprobada el 12 de julio de 2003; (d) El Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales de la OCDE

31 de octubre; y la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo y sus Protocolos de 2000, en virtud de Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre. En ambos instrumentos se constata una referencia general a la utilización de técnicas especiales de investigación y su admisión como pruebas, en la medida en que así lo permitan los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos internos y conforme a las condiciones prescritas por éstos. Así, el uso de técnicas tales como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, asumen el carácter de recomendación, mas no de obligación específica entre los Estados Parte. Se insta a la cooperación internacional a través de la celebración de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales, o sobre la base de cada caso en particular (como apuntan los art. 50 y 20, respectivamente).

En el ámbito americano, en cuanto *soft law,* es de destacar el Reglamento Modelo sobre Delito de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros delitos graves, aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1992 y cuya última modificación fue aprobada oficialmente en el mes de noviembre de 2011, en el Quincuagésimo Período Ordinario de sesiones celebrado en Buenos Aires, Argentina. Su texto ha ido paulatinamente haciendo hincapié en la aplicación de técnicas de investigación propias de la persecución de la delincuencia organizada, tales como intervenciones telefónicas, entre otras (art. 5).

Sin embargo, a pesar de este abundante cuadro normativo, lo cierto es que la referencia a la intervención y vigilancia de las comunicaciones para combatir la corrupción no constituye un imperativo para los Estados miembros ni cuenta con lineamientos tendientes a colmar un desarrollo orgánico y detallado en caso de que se opte por implementar este recurso investigativo. Por tanto, para evaluar la eficacia de su utilización para afrontar el fenómeno de la corrupción,

---

en 1997; y los Convenios de la Unión Europea contra la corrupción de los funcionarios comunitarios de 1996 y 1997, en relación con la Decisión Marco del Consejo Europeo de 22 de julio de 2003 relativo a la lucha contra la corrupción en el sector privado, potenciada con la Comunicación titulada, «Una política global de la Unión Europea contra la corrupción».

solo queda sumergirse en los regímenes propios del derecho interno de cada Estado, tal como se procede a continuación.

4. EXPERIENCIAS COMPARADAS EN LOS ORDENAMIENTOS NO LATINOAMERICANOS: ESPAÑA, ITALIA Y ESTADOS UNIDOS

4.1. España

En España el secreto de las comunicaciones se encuentra previsto en los arts. 18.3 y 55.2 de la Constitución Política. Mientras la primera disposición exceptúa tal secreto en los casos en que se cuente con resolución judicial; la segunda, establece que corresponde a una ley orgánica determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en el art. 18.2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

A pesar de que la primera regulación legal —sistemática y detallada— de las intervenciones telefónicas date de 1988, solo recién desde el año 2015 con la reforma procesal penal introducida por la Ley Orgánica 13/2015 se cuenta con un marco normativo más exhaustivo, donde se regulan tanto las interceptaciones de comunicaciones telefónicas y telemáticas, así como diversas diligencias basadas en nuevas tecnologías.

Los aspectos comunes a todas ellas se encuentran normadas en los arts. 588 bis a) a 588 bis k) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que se encarga de consagrar las exigencias propias del principio de proporcionalidad para la autorización judicial respectiva[5].

---

[5] Es de destacar el principio de especialidad, según el cual la diligencia debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, no pudiendo autorizarse "medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva" (art. 588 bis a] Núm. 2). El principio de idoneidad, por su parte, sirve para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad (art. 588 bis a] Núm.

La adopción de estas medidas podrá ser acordada directamente de oficio por el juez, o a solicitud del Ministerio Fiscal (en adelante MF) o la Policía Judicial (en adelante PJ). En tales casos, la petición debe contener una serie de datos, que han de servir al juez para valorar la proporcionalidad en sentido amplio de la medida (art. 588 bis b)[6]. Luego, el juez de instrucción debe autorizarla o denegarla mediante auto motivado, oído el MF, en el plazo máximo de 24 horas desde la presentación de la solicitud (art. 588 bis c] Núm. 1). En caso de dudas sobre la concurrencia de alguno de sus requisitos, o considere que la petición es incompleta, el juez puede requerir una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud, con interrupción del plazo indicado (art. 588 bis c] Núm. 2).

Según el art. 588 bis c] Núm. 3, la resolución judicial autorizante debe contener los siguientes extremos:

1. el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que se funde la medida;

2. la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido[7];

---

3). Los principios de excepcionalidad y necesidad permiten que la medida solo sea procedente cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho; o, cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida (art. 588 bis a] Núm. 4).

6 Estos datos son: (a) La descripción del hecho investigado y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos; (b) La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud; (c) Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida; (d) La extensión de la medida con especificación de su contenido; (e) La unidad investigadora de la Policía Judicial a cargo de la intervención; (f) La forma de su ejecución; (g) La duración de la misma; y (h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.

7 Se señala expresamente que, la medida puede acordarse aun cuando afecte a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas (art. 588 bis h).

3. la extensión de la medida, especificando su alcance, así como la motivación de que es proporcionada;

4. la unidad investigadora de PJ que se hará cargo de la intervención;

5. la duración de la medida;

6. la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida[8];

7. la finalidad perseguida por esta; y

8. el sujeto obligado de llevarla a cabo, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

Tratándose de la interceptación de comunicaciones telefónicas o telemáticas, la duración máxima inicial de la intervención, que se computa desde la fecha de autorización judicial, es de 3 meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de 18 meses (art. 588 ter g). Así, destacablemente, se resuelven normativamente dos aspectos que suelen ser polémicos: el inicio del cómputo del plazo para desarrollar la intervención y un límite temporal máximo de prórrogas. Sobre estas últimas se indica que la PJ, para fundamentar tal solicitud debe aportar la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida, sin perjuicio de las aclaraciones o complementos que puede solicitar el tribunal para resolver, incluido el contenido íntegro de las mismas (art. 588 ter h).

En caso de hallazgos casuales, o cuando pueda existir acceso a información que pueda ser relevante para otro proceso ya en curso, deben aplicarse las reglas del art. 579 bis LECrim, sobre intervención

---

8 Este aspecto, relevante en materia de control sobre la ejecución de la medida se reitera en el art. 588 bis g) LECrim, al establecer el deber de la PJ de informar al juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la diligencia, en la forma y con la periodicidad que este determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma.

de comunicaciones postales. Así, la información obtenida puede ser utilizada como medio de investigación o prueba en otro proceso penal y para ello se deben incluir, entre los antecedentes indispensables, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen. Luego, la continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, este comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo, se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce.

La interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas se encuentran reguladas conjuntamente en el Capítulo V de la LECrim, previéndose su procedencia solo respecto de los delitos indicados en el art. 579.1, esto es: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, 3 años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; y, delitos de terrorismo. También procede respecto de delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación (art. 588 ter a).

Como se sabe, en España el fenómeno de la corrupción se encuentra abordado en el Código Penal (CP) a través de diferentes figuras delictivas, a saber: la prevaricación urbanística (arts. 320 y 322); la prevaricación administrativa (arts. 404, 405 y 408); la infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (arts. 413, 414, 415, 416, 417 y 418); el cohecho (arts. 419, 420, 421 y 422); el tráfico de influencias (arts. 428, 429 y 430); la malversación (arts. 432, 432 bis, 433 y 433 bis); fraudes y exacciones ilegales (arts. 436, 437, 438 y 438 bis); negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función (arts. 439, 441, 442 y 443); y corrupción en las transacciones comerciales internacionales (arts. 286, incisos 3º y 4º). Luego, aplicado el criterio penológico de procedencia de esta clase de diligencias, resultan ser susceptibles de ellas únicamente los siguientes delitos: infidelidad en la custodia de

documentos del art. 413; violación de secreto del art. 417; aprovechamiento de información privilegiada del art. 418; las figuras de cohecho de los arts. 419 a 421; todos los supuestos de malversación; fraude y exacciones ilegales de los art. 436, 438 y 438 bis; y en las figuras de abuso de los arts. 442 y 443.

Además de los requisitos generales, la solicitud de autorización judicial debe contener: (a) la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica; (b) la identificación de la conexión objeto de la intervención, o (c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate (art. 588 ter d] Núm. 1). Luego, para determinar la extensión de la medida, la solicitud podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos: (a) el registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta; (b) el conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza; (c) la localización geográfica del origen o destino de la comunicación; o (d) el conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación. En este caso, la solicitud debe especificar los datos concretos que han de ser obtenidos (art. 588 ter b] Núm. 2).

Excepcionalmente, en casos de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos en que actúen bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida, esta puede ser ordenada directamente por el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. En estos casos, la medida debe ser comunicada inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, haciendo constar las razones que justificaron su adopción, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, motivadamente, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fuere ordenada (art. 588 ter b] Núm. 3).

Para la ejecución de la medida se establece el deber de colaboración de todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, guardando debido secreto sobre las actividades requeridas por las autoridades, so pena de incurrir en delito de desobediencia (art.

588 ter e). Además, durante la ejecución de la medida, se prevé su control judicial a través de la obligación de la PJ de poner a disposición del juez, con la periodicidad que este determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas. Para ello se debe indicar el origen y destino de cada una de ellas, asegurando, mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas (art. 588 ter f).

También se contemplan mecanismos para que las partes afectadas puedan desplegar un control sobre la diligencia ya ejecutada. Así, una vez alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se debe entregar a las partes copia de las grabaciones y sus transcripciones, salvo aquellas que se refieran a aspectos de la vida íntima de las personas. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción se hará constar de modo expreso. Luego, una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado por el juez, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, cualquiera de las partes puede solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones excluidas y que entienda relevantes. El juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa (art. 588 ter] Núm. 1 y 2).

Esta clase de control externo también se contempla en el evento de que no se continúe adelante con la judicialización de la causa. En este caso, el juez de instrucción debe notificar a los partícipes de las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia, informándoles de las concretas comunicaciones en las que hayan participado, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones. Si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción, en la medida que no se afecte el derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en que se hubiere adoptado tal medida (art. 588 ter i] Núm. 3).

4.2. Italia

El art. 15 de la Constitución italiana establece la inviolabilidad de la libertad y el secreto de la correspondencia y cualquier otra forma de comunicación. Las limitaciones a su respecto solo pueden fundarse en un acto motivado de la autoridad judicial y con las garantías establecidas por la ley. Sobre la base de estos principios, la Ley Núm. 517 de 1955, entre otras cosas, modificó aquellas partes del código penal y procesal penal de 1930 que no atribuían exclusivamente a la autoridad judicial la facultad de operar las interceptaciones, principalmente comunicaciones telefónicas. Además, se asentaron los siguientes principios:

1. la reafirmación de la atribución de la autorización de interceptaciones exclusivamente a la autoridad judicial;

2. la restricción de la posibilidad de operar interceptaciones solo en los casos de delitos más graves o para los que el legislador haya decidido admitir esta forma de investigación;

3. la obligación de realizar operaciones para impedir, interrumpir o interceptar las comunicaciones telefónicas o telegráficas exclusivamente en los sistemas instalados en las Procuradurías de la República hasta que se instalen los equipos necesarios en los sistemas de servicio público;

4. la regulación de la disciplina para la ejecución física de los procedimientos de interceptación;

5. la obligación de extraer los resultados de las interceptaciones sobre temas o hechos ajenos al procedimiento y la prohibición de su uso ilícito; y

6. la introducción del art. 615 bis del código penal con la que por primera vez se sanciona directa y explícitamente el obtener indirectamente, mediante el uso de instrumentos de grabación visual o sonora, noticias o imágenes relativas a la vida privada del ciudadano.

Con todo, igualmente se conservó un amplio margen para una serie de abusos relacionados con la falta de observancia del rigor necesario en la autorización de las interceptaciones y en el control de su ejecución. La Corte Constitucional italiana en sentencia Núm.

34 de 1973, al declarar la legitimidad de la legislación vigente en la materia, recordó al legislador la necesidad de dictar una disciplina capaz de proteger mejor los derechos reconocidos por el art. 15 de la Constitución, conduciendo a la dictación de la Ley Núm. 98 de 1974, sobre Protección de la confidencialidad y la libertad y el secreto de las comunicaciones.

Recientemente se ha iniciado un proceso de sucesivas reformas sobre la materia, en que se cuenta la Ley Núm. 103 de 23 de junio de 2017, sobre "Reformas al Código Penal, al CPP y al Sistema Penitenciario". En lo pertinente, esta ley abordó el plazo para la emisión de un decreto legislativo para la reforma de las escuchas telefónicas, la provisión de una audiencia "filtro" obligatoria y la regulación del acceso de los defensores a las escuchas telefónicas "sensibles". Así, con fecha 26 de enero de 2018, entra en vigor el Decreto Legislativo N 216, de 29 de diciembre de 2017 titulado "Disposiciones sobre la interceptación de conversaciones o comunicaciones", dictado en cumplimiento de la delegación a que se refiere el art. 1, incisos 82, 83 y 84, letras a), b), c), d) y e), de la Ley Núm. 103, de 23 de junio de 2017". Esta reforma, confirma el rol de las interceptaciones como herramienta fundamental de investigación y pretende crear un justo equilibrio entre el secreto de la correspondencia y cualquier otra forma de comunicación y el derecho a la información[9].

---

9 Entre sus principales modificaciones se encuentra: (a) la introducción del delito de difusión de filmaciones y grabaciones de comunicaciones fraudulentas; (b) una mayor protección de la confidencialidad en las comunicaciones entre abogado defensor y cliente; (c) la introducción de la prohibición de transcripción, incluso resumida, de las comunicaciones o conversaciones que se consideren irrelevantes para las investigaciones, así como las relativas a datos personales definidos como sensibles por la ley, siempre que no se estimen pertinentes a efectos probatorios, sin perjuicio de la facultad del Ministerio Fiscal de ordenarlas igualmente con decreto motivado, cuando las estime pertinentes para efectos de prueba; (d) una nueva disciplina para el archivo de documentos relacionados con interceptaciones y la selección del material recolectado, previendo un procedimiento de dos etapas al efecto; (e) una nueva regulación sobre *trojan horse*, o la interceptación de comunicaciones o conversaciones mediante la colocación de detectores informáticos en dispositivos electrónicos portátiles; (f) la simplificación de las condiciones para la utilización de escuchas telefónicas y comunicaciones telefónicas y telemáticas en los procesos por los delitos más graves cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, median-

Sucesivamente, con el Decreto Ley Núm. 161 de 30 de diciembre de 2019, que contiene "Cambios urgentes a la disciplina de la interceptación de conversaciones o comunicaciones" publicado en la Gaceta Oficial Núm. 305 de 31 de diciembre, y convertido en Ley Núm. 7 de 28 de febrero de 2020[10], se introducen cambios significativos en las normas del CPP con respecto a los métodos para realizar escuchas telefónicas y conservar su documentación relacionada.

Por último, el Decreto Ley Núm. 132/2021, que modifica las reglas para la adquisición de registros telefónicos y electrónicos dictadas por el art. 132 del Decreto Legislativo Núm. 196/2003 (denominado Código en materia de protección de datos personales) es el encargado de adaptar la normativa procesal penal a la disciplina europea en materia de interceptaciones, según los lineamientos de la decisión Núm. C-746/2018, del TJUE, de 2 de marzo de 2021. Como se indicó, de una parte, esta orientación cuestionaba el hecho de que la regulación italiana atribuyese al MP, en lugar del juez, la facultad de adquirir los datos de tráfico de dispositivos telefónicos y telemáticos externos; y, de otra, apuntaba a limitar su empleo respecto de formas graves de delincuencia, siempre bajo el control de una autoridad judicial. Como se verá, la nueva legislación prevé una disciplina ordinaria y una de urgencia, siendo comunes a ambos los requisitos previos exigidos para proceder a la adquisición de los tabuladores, según las nuevas reglas establecidas en el art. 132, párrafo 3, del Decreto Legislativo Núm. 196/2003.

En virtud de lo expuesto, en Italia, la regulación de las interceptaciones de comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación, está prevista en el Capítulo IV del Título III sobre Medios

---

te el establecimiento de condiciones menos restrictivas para la correspondiente autorización; (g) el aumento del plazo para que las defensas puedan examinar el material interceptado, una vez que este ha sido depositado, en razón de su cantidad y complejidad; y, (h) la anticipación de la entrega de una copia de los informes sumarios de transcripción (realizado por la policía judicial en el curso de las operaciones).

10 Se establece que estas nuevas disposiciones, así como las introducidas por el Decreto Legislativo núm. 216/2017, entran en vigencia a partir del 1 de septiembre de 2020; de modo que, para las investigaciones en curso hasta ese momento, siguen siendo válida la normativa anterior, aplicándose la nueva disciplina solo respecto de los delitos que se registren después del 31 de agosto de 2020.

de búsqueda de la prueba, del Libro III sobre Pruebas, del CPP (arts. 266 a 271), presentando la siguiente fisionomía. En primer lugar, su ámbito de procedencia se encuentra circunscrito a un detallado listado de delitos, dentro del cual se ubican expresamente los delitos contra la administración pública penados con reclusión no inferior en el máximo a 5 años; los delitos cometidos valiéndose de las condiciones previstas en el art. 416-bis del Código Penal sobre asociaciones de tipo mafioso o con el objeto de facilitar la actividad de las asociaciones indicadas en la misma disposición (art. 266 bis Núm. 1, letras b y f-quinquies, respectivamente)[11]; y los delitos cometidos a través del empleo de tecnologías informáticas o telemáticas. En todos estos casos, siempre es permitida la interceptación del flujo de comunicaciones de sistemas informáticos o telemáticos o entre más de un sistema.

En Italia, los delitos contra la Administración Pública se encuentran regulados en el Título II del Libro Segundo "De los delitos en particular" del CP, en los arts. 314 a 360. Entre los delitos cometidos por funcionarios públicos, cumplen el requisito penológico para hacer procedente esta clase de diligencias de investigación las siguientes figuras delictivas: el delito de *concussione* del art. 317; los delitos de corrupción por el ejercicio de la función del art. 318, de corrupción por un acto contrario a los deberes del cargo del art. 319 (mismo delitos que el art. 320 hace aplicables a la corrupción de persona encargada de un servicio público);

---

[11] También se encuentran enunciados los siguientes delitos: (a) delitos culposos para los que se encuentre prevista la pena de presidio perpetuo o reclusión superior en el máximo de 5 años; (b) delitos relativos a sustancias estupefacientes o psicotrópicas; (c) delitos referidos a armas y sustancias explosivas; (d) delitos de contrabando; (e) delitos de injuria, amenaza, usura, actividad financiera abusiva, abuso de informaciones privilegiadas, manipulación del mercado, molestia o disturbio a las personas a través del teléfono; (f-bis) delitos relativos a la distribución de material pornográfico infantil previstos en el art. 600-ter, inciso 3 del Código Penal; (f-ter) delitos consagrados en los arts. 444 (Comercio de sustancias alimentarias nocivas), 473 (Falsificación, alteración o uso de marcas distintivas de propiedad intelectual o productos industriales), 474 (Introducción y comercio de productos con marcas falsas), 515 (Fraude en el ejercicio del comercio), 516 (Venta de sustancias alimenticias no genuinas como genuinas), 517-quater (Falsificación de indicaciones geográficas correspondientes a denominaciones de origen de productos agroalimentarios) y 633, inciso 2 (Invasión de terrenos o edificios) todos del Código Penal; (f-quater) delito del art. 612-bis del Código Penal sobre actos persecutorios.

de corrupción en los actos judiciales del art. 319-ter, de inducción indebida a dar o prometer utilidad del art. 319-quater; de utilización de invenciones o descubrimientos conocidos en razón del cargo del art. 325; la revelación y utilización de secretos del cargo del art. 326; así como la interrupción de un servicio público o de pública necesidad del art. 331. En lo que respecta a los delitos cometidos por privados en contra de la Administración Pública, cumplen la pena requerida los siguientes delitos: la violencia o amenaza a un oficial público del art. 336; la resistencia a un oficial público del art. 337; la ocultación, custodia o alteración de medios de transporte del art. 337 bis; la violencia o amenaza a un órgano político, administrativo o judicial o a sus componentes individuales del art. 338; la interrupción de una oficina o servicio público o de un servicio de necesidad pública por parte de los principales promotores u organizadores del art. 340 i. 2; tráfico de influencias del art. 346; violación de la custodia pública de cosas del art. 351; ciertas figuras relacionadas con procesos de licitación de los arts. 353 y 353 bis y de fraude en contratos de suministro del art. 356.

En cuanto al procedimiento ordinario para proceder con estas diligencias, el art. 267 establece que la solicitud debe ser presentada por el MP ante el Juez para la investigación preliminar, quien debe concederla con decreto motivado solo cuando existan graves indicios de delito y la interceptación sea absolutamente indispensable para los fines de la prosecución de las investigaciones. El decreto del MP que formula la solicitud debe indicar la modalidad y duración de las operaciones, las que no pueden superar los 15 días, sin perjuicio de que el juez pueda decretar su prórroga con decreto motivado por periodos sucesivos de 15 días, siempre que se mantengan los presupuestos que la autorizaron (art. 267.3).

Como se anticipó, paralelamente también se regula un procedimiento de urgencia, para los casos en que exista fundado motivo para considerar que del retardo pudiera derivar un grave perjuicio para la investigación. En tal supuesto, el MP debe disponer la interceptación con decreto motivado, que debe ser comunicado inmediatamente al juez, en no más de 24 horas. El juez, debe decidir sobre su convalidación dentro de 48 horas desde el requerimiento, con decreto motivado, de lo contrario, la interceptación no puede continuar y sus resultados no pueden ser utilizados (art. 267.2).

En lo que respecta a la ejecución de las interceptaciones en general, el MP puede proceder con las operaciones personalmente o valiéndose de un oficial de la PJ (art. 267.4). El detalle sobre su desarrollo se encuentra previsto en el art. 268, según el cual, las comunicaciones interceptadas deben ser registradas, levantándose acta de ellas (apartado 1)[12]. Tales operaciones pueden ser ejecutadas exclusivamente a través de los sistemas instalados en la Procuraduría de la República, salvo que dichos sistemas resulten insuficientes o inidóneos y existan excepcionalmente razones de urgencia. En este caso, el MP puede disponer, con orden motivada, el cumplimiento de las operaciones mediante sistemas de servicio público o suministrados por la PJ (art. 268.3). Incluso se admite que el MP pueda ordenar que tales operaciones se realicen a través de sistemas pertenecientes a particulares (art. 268.3 bis).

Las actas y los registros deben ser inmediatamente remitidas al MP para su conservación y archivo. Dentro de los 5 días siguientes a la conclusión de las operaciones, deben ser depositadas en el citado archivo, junto con los decretos que hubiesen dispuesto, autorizado, convalidado o prorrogado la interceptación, manteniéndose por el tiempo fijado por el MP, salvo que se considere necesaria una prórroga (art. 268.4). Así, el juez puede autorizar al MP a retardar dicho depósito, no más allá del cierre de las investigaciones preliminares, cuando del mismo pueda derivar un grave perjuicio para la investigación (art. 268.5).

Como parte del control sobre la ejecución de estas operaciones, el art. 267.5 establece la existencia de un registro reservado especial gestionado, también con métodos informáticos, mantenido bajo la dirección y vigilancia del Procurador de la República, donde deben ser anotados, en orden cronológico, los decretos que autoricen, convaliden o prorroguen las interceptaciones y, por cada interceptación, el inicio y el término de las mismas. En este sentido, una vez deposi-

---

[12] En dicha acta deben trascribirse, aunque sea sumariamente, el contenido de las comunicaciones interceptadas (apartado 2), cuidando el MP de que en ellas no consten expresiones lesivas a la reputación de las personas o relativas a datos personales definidos como sensibles por la ley, salvo que sean pertinentes para los fines de las investigaciones (apartado 2 bis) a efectos probatorios.

tadas las actas y registros, los defensores de las partes deben ser avisados inmediatamente de su derecho de examinar, por vía telemática, la documentación y escuchar las grabaciones, así como tomar conocimiento de los flujos de comunicaciones informáticas o telemáticas. Vencido el plazo, el juez debe disponer la incorporación de las conversaciones y flujos de comunicaciones informáticas o telemáticas indicadas por las partes relevantes, procediendo incluso de oficio a la destrucción de las grabaciones y actas cuya utilización se encuentre prohibida y de aquellas que se refieran a categorías particulares de datos personales, siempre que no se haya demostrado su relevancia. El MP y los defensores tienen derecho a participar de dicha cancelación, para lo cual deben ser notificados con al menos 24 horas de anticipación (art. 268.6).

También es importante destacar que, aun en el curso de la formación del expediente para el juicio oral, para la inclusión de este material, el juez debe ordenar la transcripción íntegra de las grabaciones, observando los métodos y garantías previstos para la realización de las pericias[13]. El juez, con el consentimiento de las partes, podrá ordenar la utilización de las transcripciones realizadas por la PJ en el curso de las investigaciones (art. 268.7).

En términos generales, la conservación de la documentación relativa a las interceptaciones (actas, grabaciones, y cualesquiera otros actos relacionados), se encuentra regulada en el art. 269, según el cual han de mantenerse en su totalidad en un archivo especial administrado y custodiado bajo la dirección y vigilancia del MP que solicitó y realizó las operaciones. Tal conservación, salvo el material que sea declarado inutilizable, debe mantenerse hasta que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, sin perjuicio de la solicitud de destrucción que pueden plantear los interesados, cuando la documentación no sea necesaria para el procedimiento. Esta solicitud debe presentarse ante el juez que autorizó o convalidó la interceptación,

---

13 Según el art. 268.8, los defensores también pueden extraer una copia de las transcripciones y hacer que se realice la grabación en un medio adecuado. En caso de interceptación de flujos de comunicaciones informáticas o telemáticas, los defensores pueden solicitar copia de los flujos interceptados en soporte adecuado, o copia de las impresiones a que se ha hecho referencia.

quien decide en cámara de consejo. En caso de decretarse la destrucción, esta debe ser ejecutada bajo el control del juez, levantándose acta de la misma.

En Italia, se encuentra expresamente regulada la utilización del resultado de las interceptaciones en otros procedimientos, diversos de aquel en que fueron dispuestas. Según el art. 270 la regla es su inutilizabilidad, salvo que resulten relevantes e indispensables para la acreditación de delitos por los cuales fuese obligatorio el arresto en caso de flagrancia y de los delitos que admiten este tipo de diligencia. Para su utilización, las actas y grabaciones deben ser depositadas ante la autoridad competente para el procedimiento diverso (art. 270.2), teniendo el MP y los defensores de las partes el derecho de examinar las actuaciones que hayan sido anteriormente depositadas en el procedimiento en que las interceptaciones fueron autorizadas (art. 270.3).

Según el art. 270 bis, en los casos en que la autoridad judicial haya adquirido, a través de interceptaciones, comunicaciones de servicio pertenecientes al Departamento de informaciones para la seguridad y de los Servicios de Información para la seguridad, debe ordenar el secreto inmediato y la custodia en lugar protegido de los documentos, soportes y documentos relativos a dichas comunicaciones (Núm. 1). Una vez concluidas las interceptaciones, la autoridad judicial debe transmitir al Presidente del Consejo de Ministros copia de la documentación que contenga las informaciones que se pretenden hacer valer en el proceso, para comprobar si alguna de dichas informaciones se encuentra cubierta por el secreto de Estado (Núm. 2). En el intertanto, las informaciones que les hayan sido remitidas pueden ser utilizadas solo si existe peligro de contaminación de las pruebas, o peligro de fuga, o cuando sea necesario intervenir para prevenir o interrumpir la comisión de un delito para el cual se encuentre prevista la pena de reclusión no inferior en el máximo a 4 años (Núm. 3). Si dentro de los 60 días contados desde la notificación de la solicitud, el Presidente del Consejo de Ministros no opone el secreto, la autoridad judicial adquiere la información y provee para la ulterior continuación del procedimiento (Núm. 4). Si, por el contrario, opone el secreto de Estado, la autoridad judicial queda impedida de utilizar las noticias cubiertas por este (Núm. 5), sin perjuicio de estar

habilitada para proceder sobre la base de elementos autónomos e independientes de la información amparada por el secreto (Núm. 6).

De plantearse ante el Presidente del Consejo de Ministros un conflicto sobre la calificación de secreto de Estado, si este se resuelve por su inexistencia, no podrá oponerlo después con referencia al mismo objeto. Si, en cambio, se determina la subsistencia del secreto de Estado, la autoridad judicial no puede adquirir o utilizar, directa o indirectamente, hechos o documentos sobre los cuales se haya opuesto el secreto de Estado (Núm. 7). Con todo, en ningún caso puede oponerse el secreto de Estado a la Corte Constitucional, quien debe adoptar las garantías necesarias para el secreto de las actuaciones (Núm. 8).

La regulación italiana también se encarga de determinar los casos en que la utilización de los resultados de las interceptaciones resulta prohibida, a saber: cuando las interceptaciones hayan sido realizadas fuera de los casos permitidos por la ley o con inobservancia de los presupuestos y formas prescritas para su autorización y ejecución (art. 271 Núm. 1); y, cuando recaigan sobre conversaciones o comunicaciones de personas amparadas por el secreto profesional, siempre que se trate de hechos conocidos por razón de su ministerio, oficio o profesión, a menos que las mismas personas hayan depuesto sobre esos hechos o los hayan divulgado de otro modo (art. 271 Núm. 3). En todos estos casos, en cualquier estado y etapa del juicio, el juez debe ordenar la destrucción de la documentación de las interceptaciones correspondientes, salvo que constituyan el cuerpo del delito (art. 271 Núm. 4).

4.3. Estados Unidos

Ya en 1967, la Corte Suprema estableció que las escuchas telefónicas y la vigilancia electrónica estaban sujetas a las limitaciones de la Cuarta Enmienda[14], que protege a los ciudadanos de un registro y

---

[14] El razonamiento de la Corte reconduce este tipo de diligencias al concepto de "registro" y "búsqueda e incautación" en el sentido dispuesto en la Cuarta Enmienda. Vid.: Berger v. N.Y., 388 U.S. 41, 63 (1967); Katz v. U.S., 389 U.S. 347,

allanamiento poco razonable, disponiendo que para su procedencia se requiere orden judicial previa decretada por un juez y fundamentadas en una causa probable.

Como consecuencia de dicha posición jurisprudencial, el Congreso aprobó el Título III de la Ley de Control de la Delincuencia en Omnibuses y calles seguras de 1968[15], en cuya virtud se prohíbe la interceptación y divulgación de comunicaciones por cable, orales y comunicaciones electrónicas[16], excepto en los casos previstos por la Ley de Registro de llamadas que regula la interceptación en tiempo real de números marcados u otras transmisiones a la línea telefónica a la que ese teléfono esté vinculado. La denominada *Pen Registers and Trap and Trace Devices,* en general, prohíbe el uso de esta clase de registros y rastreos por parte de las fuerzas de orden público sin una orden judicial, que puede ser solicitada por cualquier abogado de gobierno, debiendo identificar al solicitante y la agencia que realiza la investigación[17].

La Secc. 2516 Núm. 1 contiene un detallado listado de los delitos cuya investigación admite esta clase de diligencias. Se alude a cualquier delito punible con la pena de muerte o con prisión por más de un año taxativamente señalados en la misma disposición, todos de importante gravedad tales como la piratería, la esclavitud, el secues-

---

353 (1967); y recientemente: Jones v. U.S. 400, 404 (2012) y Carpenter v. U.S., 138 S. Ct. 2206, 2220 (2018).

15 Es de destacar el hecho de que ya en la exposición de motivos de este cuerpo normativo se consideraba el uso extensivo que los delincuentes organizados hacían de las comunicaciones orales y por cable en sus actividades delictivas, de modo que la intercepción de tales comunicaciones se estimaba indispensable para obtener pruebas de la comisión de delitos o para prevenir su comisión (Sec. 801, letra c).

16 La Sec. 2510 se encarga de definir "comunicación por cable", "comunicación oral", "interceptación" y "dispositivo mecánico, electrónico o de otro tipo", entre otros conceptos relevantes para los efectos de la presente ley.

17 Según la Secc. 2516 N 1 del Título III, la autorización para la interceptación de comunicaciones por cable, orales o electrónicas puede ser solicitada por el Fiscal General, el Fiscal General Adjunto, el Fiscal General Adjunto, o cualquier Fiscal General Auxiliar, cualquier Fiscal General Auxiliar interino, o cualquier Fiscal General Auxiliar Adjunto o Fiscal General Auxiliar interino de la División Criminal o la División de Seguridad Nacional designado especialmente por el Procurador General.

tro, la extorsión, pornografía infantil, tráfico de drogas, tráfico de armas y delitos relativos al terrorismo, uso de armas nucleares y biológicas, entre otros. Es de destacar la referencia explícita a distintas clases de soborno (soborno de funcionarios públicos y testigos; soborno de funcionarios bancarios; soborno en competencias deportivas), así como a ciertas actividades de crimen organizado, organizaciones corruptas y el blanqueo de capitales.

La solicitud respectiva debe presentarse por escrito e indicar la relevancia de la información que probablemente se espera obtener para el proceso criminal en curso. En efecto, según la Secc. 2518, la solicitud de una orden de vigilancia debe incluir una declaración sobre los hechos y circunstancias que la fundamentan, específicamente debe contener:

1. la identidad del oficial de investigación o de aplicación de la ley que hace la solicitud, y el oficial que autoriza la solicitud;

2. los detalles del presunto delito;

3. una descripción de las instalaciones desde las cuales se interceptarán las comunicaciones;

4. una descripción particular del tipo de comunicaciones que se busca interceptar;

5. la identidad de las personas que cometen el delito, si se conoce, y de las personas cuyas comunicaciones van a ser interceptadas;

6. una declaración cabal y completa sobre si se han intentado y fallado otros procedimientos de investigación, o por qué aparece que sea poco probable que éstos tengan éxito o si son demasiado peligrosos;

7. una declaración del período de tiempo durante el cual se mantendrá la intercepción; y

8. una declaración completa y cabal de los hechos relativos a todas las solicitudes anteriores que sean conocidas por la persona que autoriza y que se refieran a cualquiera de las mismas personas, instalaciones o lugares.

Adicionalmente, si la solicitud es para la extensión de una orden, se debe adjuntar una declaración que establezca los resultados ob-

tenidos hasta el momento de la interceptación, o una explicación razonable de la imposibilidad de obtener tales resultados (Núm. 1 letra f).

Para acceder a una solicitud, el tribunal puede basarse en declaraciones de hecho contenidas en ella, así como en declaraciones juradas de respaldo, sin necesidad de verificar dicha información, sin perjuicio de poder exigir que el solicitante proporcione información adicional al efecto. En lo sustancial, para emitir la orden, el tribunal debe estimar que se configura una causa probable de que: (a) una persona está cometiendo, ha cometido o está a punto de cometer un delito particular de los enumerados en la Secc. 2516 del Título III; (b) las comunicaciones relativas al delito que serán obtenidas a través de la interceptación; y (c) que las instalaciones desde las cuales se operará la interceptación estén siendo utilizadas en relación con la comisión del delito. También debe determinar que las técnicas normales de investigación han fallado, que parezca poco probable su éxito, o que su ejecución sería demasiado peligrosa. Todos estos aspectos deben analizarse conjuntamente bajo el denominado "requisito de necesidad".

De considerar que existe una causa probable y que las técnicas normales de investigación son inadecuadas, el tribunal debe emitir una orden especificando la identidad, si se conoce, de las personas cuyas comunicaciones van a ser interceptadas, así como la naturaleza y ubicación del lugar donde se va a producir la interceptación. La orden también debe describir el tipo de comunicación a ser interceptada, el delito particular con el que se relaciona y el período durante el cual se autoriza la interceptación, incluida una declaración sobre si la interceptación terminará automáticamente o no cuando se haya obtenido por primera vez la comunicación descrita. Además, se debe identificar a la persona que autoriza la solicitud y la agencia autorizada para ejecutarla. En caso de haber sido requerido por el solicitante, la orden también puede disponer que un proveedor de servicios de comunicación por cable o electrónica, arrendador, custodio u otra persona proporcione al solicitante de inmediato toda la información, las instalaciones y la asistencia técnica necesarias para llevar a cabo la intercepción discretamente y con una mínima interferencia para los servicios que se están prestando a la persona cuyas

comunicaciones se van a vigilar. En todo caso, tal colaboración debe ser compensada por el solicitante con los gastos razonables incurridos para proporcionar dichas instalaciones o asistencia (Secc. 2518 Núm. 4).

Una vez emitida, la orden que autorice la vigilancia electrónica debe ejecutarse "tan pronto como sea posible", debiendo terminar una vez que se alcancen los objetivos o, en caso de no existir prórroga, no más allá de 30 días. Este plazo se computa desde el primer día de la interceptación o 10 días después de dictada la orden, lo que ocurra primero. Un tribunal puede conceder prórrogas de una orden por períodos adicionales de hasta 30 días y solo cuando el juez lo considere necesario para lograr los fines para los cuales se otorgó.

En general, los tribunales tienen amplia discreción para emitir órdenes que permitan continuar con la vigilancia. Aunque un Estado no puede aplicar requisitos menos estrictos que los impuestos por el Título III, sí pueden imponer mayores restricciones a la misma. En este contexto, en general, los tribunales federales admitirán las pruebas obtenidas por funcionarios federales en violación de una ley estatal más restrictiva, siempre que la evidencia se haya obtenido de acuerdo con el Título III. Los circuitos, sin embargo, están divididos sobre si aplicar un estatuto más restrictivo a la vigilancia en los procedimientos federales cuando los agentes del orden público del Estado hayan llevado a cabo la vigilancia.

De todos modos, el Título III prevé expresamente en la Secc. 2518 Núm. 7, la posibilidad de que la interceptación sea autorizada directamente por cualquier agente investigador o encargado de hacer cumplir la ley, especialmente designado por el Fiscal General, el Fiscal General Adjunto, el Fiscal General Adjunto o por el fiscal principal de cualquier Estado o subdivisión del mismo que actúe de conformidad con una ley de ese Estado, siempre que se determine razonablemente que exista una situación de emergencia que implique: (a) un peligro inmediato de muerte o lesiones físicas graves para cualquier persona; (b) actividades conspirativas que amenacen el interés de la seguridad nacional, o (c) actividades conspirativas características del crimen organizado, que requiera que una comunicación por cable, oral o electrónica sea interceptada antes de que pueda obtenerse, con la debida diligencia, una orden que autorice tal interceptación;

o bien, que existan motivos por los cuales se podría dictar una orden en virtud de esta normativa. En tales casos es posible interceptar dicha comunicación siempre que se presente una solicitud para una orden que apruebe la interceptación dentro de las 48 horas posteriores a que haya ocurrido o comience a ocurrir la interceptación. A falta de orden, dicha interceptación cesará inmediatamente cuando se obtenga la comunicación solicitada o cuando se deniegue la solicitud de la orden, lo que ocurra primero. En caso de denegación, o en cualquier otro caso en el que se termine la interceptación sin que se haya emitido una orden, el contenido de cualquier comunicación por cable, oral o electrónica interceptada se considerará como obtenida en violación de esta y se hará el inventario correspondiente para ponerlo a disposición de la persona nombrada en la solicitud.

Respecto de la ejecución de la diligencia, la interceptación puede ser realizada en su totalidad o en parte por personal del Gobierno, o por una persona que opere bajo un contrato con este, actuando bajo la supervisión de un oficial de investigación o de aplicación de la ley autorizado para realizar la interceptación, sin perjuicio de la colaboración de los servicios de comunicación que se requiera. En caso de que la comunicación interceptada esté en un código o idioma extranjero, y un experto en ese idioma o código extranjero no esté razonablemente disponible durante el período de interceptación, se puede proceder con ello una vez terminada la interceptación tan pronto como sea posible (Secc. 2518 Núm. 5).

En materia de control sobre la ejecución de la diligencia, el Núm. 6 de la Secc. 2518, establece que el tribunal siempre que dicte una orden que autorice la interceptación, puede requerir, con la periodicidad que el juez determine, que se presenten informes que muestren el progreso de la vigilancia respecto del logro del objetivo autorizado y la necesidad de continuar con la interceptación. Con ocasión de este punto, es relevante destacar el control dispuesto por la Secc. 2519 al regular los informes sobre comunicaciones telefónicas, orales o electrónicas interceptadas que anualmente debe informar el tribunal que haya emitido la orden a la Oficina Administrativa de Tribunales de los EE.UU., respecto de aquellas que hayan sido concedidas o rechazadas en el año anterior, así como sus respectivas prórrogas. En el mismo sentido, en marzo de cada año, el Fiscal General, un Fiscal

General Auxiliar especialmente designado por el Fiscal General, o el fiscal principal de un Estado, o el fiscal principal de cualquier subdivisión política de un Estado, debe informar al Tribunal Administrativo de la Oficina de Tribunales de los EE.UU. antecedentes relativos a las solicitudes tramitadas el año calendario anterior. En efecto, en junio de cada año, el Director de la Oficina Administrativa de Tribunales de los EE.UU. debe transmitir al Congreso un informe cabal y completo sobre el número de solicitudes de órdenes que autoricen o aprueben la interceptación de comunicaciones por cable, orales o electrónicas, así como el número de órdenes y prórrogas otorgadas o denegadas durante el año calendario anterior.

Según la Secc. 2518 Núm. 8, letra a), el contenido de cualquier comunicación por cable, oral o electrónica interceptada por cualquier medio autorizado por el Título III, si es posible, debe ser grabado en cinta o cable u otro dispositivo comparable. La grabación del contenido debe efectuarse de manera de proteger la grabación de edición u otras alteraciones. Inmediatamente después de la expiración del período de la orden, o sus respectivas prórrogas, dichas grabaciones se deben poner a disposición del juez que dicte la orden para ser selladas bajo sus instrucciones. La custodia de las grabaciones estará donde lo ordene el juez y no se destruirán sino por orden del juez que los expide o deniegue y en todo caso se conservarán durante 10 años. Se podrán hacer grabaciones duplicadas para uso o divulgación conforme dispone el mismo cuerpo normativo en Secc. 2517 Núm. 1 y 2. La presencia del sello dispuesto por esta subsección, o una explicación satisfactoria de la ausencia de este, será un requisito previo para el uso o divulgación del contenido de cualquier comunicación por cable, oral o electrónica o evidencia derivada de la misma.

Para el desarrollo de la diligencia, la Secc. 2518 Núm. 8 del Título III impone ciertos deberes a quienes actúen bajo una orden de vigilancia electrónica, una vez que ella se haya verificado, cuyo incumplimiento puede incluso conducir a la supresión de la evidencia obtenida de conformidad con la orden. En primer lugar, la policía debe minimizar la interceptación de comunicaciones fuera del alcance de la autorización. El esfuerzo por minimizar debe ser objetivamente razonable a la luz de las circunstancias que enfrente el interceptor. Así, si las comunicaciones interceptadas se refieren a delitos no enu-

merados en la orden de interceptación, el gobierno puede usar el contenido de la comunicación como evidencia solo si la somete al tribunal "tan pronto como sea posible" para que determine si la interceptación cumplió con los requisitos del Título III. El tribunal de primera instancia tiene discreción para determinar la necesidad de celebrar una audiencia probatoria sobre la suficiencia del esfuerzo para minimizar la intervención.

En segundo lugar, para proteger la confidencialidad y evitar la manipulación, el tribunal debe sellar la solicitud de orden del Título III y la orden misma, así como todas las grabaciones realizadas conforme a ella, inmediatamente después de que haya expirado el período de vigilancia especificado o cualquier prórroga pertinente. Las comunicaciones interceptadas son admisibles en un proceso penal, solo si las comunicaciones estaban debidamente selladas. Para cumplir con este deber, el gobierno debe demostrar por qué ocurrió la demora y por qué es excusable en su caso.

En tercer lugar, el Título III requiere que ciertas personas reciban un aviso sobre la realización de la vigilancia, una vez finalizada esta. Así, completada la interceptación, se debe realizar un "inventario" que debe expedirse a las personas nombradas en la orden de vigilancia y, si el juez lo requiere, a otras personas cuyas conversaciones hayan sido interceptadas. El aviso de inventario debe ser notificado dentro de un tiempo razonable que no puede exceder de 90 días desde la terminación del período de vigilancia especificado en la orden o la correspondiente prórroga. El inventario debe incluir el aviso de la orden o solicitud de autorización, las fechas de la vigilancia y si se produjo alguna interceptación. La falta de notificación del inventario no es motivo de supresión de la evidencia a menos que el incumplimiento haya causado un perjuicio irreparable.

Por último, según el Núm. 9 de la Secc. 2518, si el gobierno desea revelar el contenido de las comunicaciones interceptadas en un juicio, audiencia u otro procedimiento, debe proporcionar a cada parte una copia de la demanda y del auto judicial al menos 10 días antes del procedimiento. El juez puede dispensar el cumplimiento de dicho plazo si no es posible proporcionar tales antecedentes a la parte y siempre que esta no se vea perjudicada por la demora.

La Secc. 2515 establece una especial regla de exclusión de prueba de cualquier comunicación por cable u oral, así como de toda evidencia derivada de la misma que impide que puedan recibirse como evidencia en ningún juicio, audiencia u otro procedimiento en o ante cualquier tribunal, gran jurado, departamento, oficial, agencia, organismo regulador, comité legislativo u otra autoridad de los EE.UU., un estado o una subdivisión política del mismo si la divulgación de esa información viola en cualquier modo el Título III.

En relación con ello, la autorización para la divulgación y uso de comunicaciones telefónicas, orales o electrónicas interceptadas se encuentra expresamente regulada en la Secc. 2517 que, en términos generales, dispone que las comunicaciones interceptadas obtenidas de forma autorizada y en cumplimiento con estos requisitos pueden usarse legalmente en la medida en que dicha divulgación sea apropiada para el desempeño adecuado de las funciones oficiales del funcionario que hace o recibe la divulgación; para dar testimonio bajo juramento o afirmación en cualquier procedimiento llevado a cabo bajo la autoridad de los EE.UU. o de cualquier Estado o subdivisión política del mismo; y para comunicar a ciertos funcionarios federales información relevante en materia de inteligencia o contrainteligencia extranjera.

La Sec. 2518 Núm. 10, se encarga de regular el procedimiento de supresión de la información obtenida a través de esta clase de diligencias. Se permite a cualquier agraviado solicitar la supresión del contenido de comunicaciones orales y por cable interceptadas, o pruebas derivadas de ellas, obtenidas en violación del estatuto. La regla de exclusión legal se aplica a todos los procedimientos federales y estatales pero no cubre las comunicaciones electrónicas interceptadas ilegalmente. La legitimación para impugnar las pruebas obtenidas en virtud del Título III se limita a las personas cuyos derechos de la Cuarta Enmienda fueron violados por la vigilancia, por lo que es preciso haber sido parte de la conversación interceptada ilegalmente o una persona con un interés posesorio en los locales donde la interceptación ilegal ha ocurrido[18].

---

[18] Vid.: Alderman v. U.S., 394 U.S. 165, 171-76 & n.9 y 176-78 (1969).

Las personas agraviadas pueden solicitar la supresión de las comunicaciones orales o por cable interceptadas ilegalmente por motivo de que la orden que autorizó la vigilancia era insuficiente a primera vista o que la interceptación violó los requisitos de la orden. El sellado inadecuado de evidencia interceptada también puede constituir motivo de supresión. Sin embargo, la violación del Título III no requiere supresión si la disposición violada no es central para el propósito legislativo del estatuto de protección de la privacidad de la comunicación oral y por cable.

En concreto, para que un acusado pueda impugnar la validez de la declaración jurada del gobierno debe efectuar una demostración preliminar sustancial de que en la orden se incluyó una declaración falsa a sabiendas e intencionalmente o con desprecio imprudente por la verdad[19]. Si bien la Corte Suprema no se ha pronunciado sobre este tema, una serie de tribunales han sostenido que las omisiones imprudentes también son impugnables[20]. Si la declaración impugnada fue necesaria para respaldar la causa probable del registro, el tribunal debe celebrar una audiencia probatoria sobre el punto[21]. Si en la audiencia probatoria el acusado prueba, por preponderancia de la evidencia, que una declaración falsa fue deliberadamente incluida a sabiendas o imprudentemente en la declaración jurada de la orden, de modo que la misma carecería de causa probable sin la declaración falsa, cualquier evidencia incautada de conformidad con esa orden debe ser suprimida. De todos modos, se prevé la posibilidad de recurrir de apelación en contra de la resolución que conceda una moción para suprimir dicha evidencia.

El procedimiento de autorización judicial previa antes descrito no es aplicable en los casos en que un operador de un conmutador, o un funcionario, empleado o agente de un proveedor de servicios de comunicación por cable o electrónica, cuyas instalaciones se utilicen en la transmisión de una comunicación por cable o electrónica, in-

---

19 Vid.: Franks v. Del., 438 U.S. 154, 171-72 (1978); U.S. v. Brown, 631 F.3d 638, 650 (3 Cir. 2011); U.S. v. Rice, 478 F.3d 704, 711 (6 Cir. 2007).

20 Vid.: U.S. v. Rajaratnam, 719 F.3 139, 146, 153-56 (2 Cir. 2013); U.S. v. González, Inc., 412 F.3 1102, 1109-11 (9 Cir. 2005), enmendada por 437 F.3 854 (9 Cir. 2006); U.S. v. Small, 423 F.3 1164, 1172-77 (10 Cir. 2005).

21 Así, Franks v. Del., 438 U.S. 154, 171-72 (1978).

tercepte, divulgue o use esa comunicación en el curso normal de su empleo mientras se dedica a cualquier actividad que sea un incidente necesario para la prestación de su servicio o para la protección de los derechos o la propiedad del proveedor de ese servicio. Con todo, se prohíbe que pueda utilizar la observación del servicio o el monitoreo aleatorio, salvo para las verificaciones mecánicas o de control de calidad del servicio que sean pertinentes (Secc. 2511 Núm. 2, letra a). En el mismo sentido, los agentes de orden público tampoco requieren seguir el procedimiento de orden judicial del Título III cuando controlan las llamadas telefónicas de los reclusos siempre que el seguimiento se produzca "en el curso ordinario" de sus obligaciones[22].

Quedan también excluidos del procedimiento de autorización judicial, los casos en que el interceptor sea una parte de la conversación o una de las partes de su consentimiento previo a la interceptación (Secc. 2511 Núm. 2, letra c). Con todo, en tal caso, el gobierno tiene la carga de probar que el consentimiento de una parte fue voluntario, y puede hacerlo demostrando que la parte procedió con la conversación sabiendo que los agentes de orden estaban monitoreando o grabando la misma. El punto es especialmente relevante toda vez que admite la legitimidad de la prueba obtenida a través de informantes del gobierno que actúen como interlocutores de la respectiva comunicación[23].

4.4. Análisis comparado

Los tres sistemas observados conciben esta clase de diligencia intrusiva como fundamental herramienta de investigación de delitos concretos en procesos criminales, debidamente enumerados dentro del ámbito de procedencia objetiva de la medida para aquellos es-

---

22 Respecto de la situación de los reclusos es preciso considerar el formulario de consentimiento de monitoreo para revisar sus comunicaciones, U.S. v. Hammond, 286 F.3d 189, 192 (4th Cir. 2002) y U.S. v. Novak, 531 F.3d 99, 103 (1 Cir. 2008).

23 Véase: U.S. v. White, 401 U.S. 745, 751-53 (1971); U.S. v. Diaz-Diaz, 433 F.3d 128, 134 (1 Cir. 2005); U.S. v. Brathwaite, 458 F.3d 376, 380-81 (5 Cir. 2006); U.S. v. Cooper, 893 F.3d 840, 845 (6 Cir. 2018); U.S. v. Thompson, 811 F.3d 944, 949 (7 Cir. 2016).

timados de especial gravedad en consonancia con el principio de proporcionalidad. No obstante, y sin perjuicio de la gravedad de los títulos de castigo que se contienen en la regulación estadounidense, llama la atención la permisión de la medida respecto de penas que cuantitativamente alcancen el mínimo de solo un año de privación de libertad, si se considera que en el caso español e italiano la exigencia cuantitativa es significativamente superior (de tres y cinco años de privación de libertad, respectivamente).

Sin perjuicio de los diversos rangos penológicos en que cada ordenamiento hace consistir esta expresión de gravedad del delito susceptible de ser investigado a través de esta clase de diligencias, el criterio basado en un determinado rango de pena dificulta la identificación de los delitos que admiten su procedencia y obstaculiza la cooperación internacional en la medida que diluye la compatibilización de los distintos tramos penales autorizados en los diversos ordenamientos para ejecutar o utilizar la evidencia obtenida en un Estado diverso. Un tercer aspecto crítico en este sentido radica en la previsión de penas distintas a la privación de libertad para el castigo de variadas hipótesis relacionadas con la corrupción, tales como la inhabilitación o la multa, con lo que se reduce, por tanto, el ámbito de aplicación de estas técnicas de investigación.

Por lo anterior, parecería ser más adecuado explicitar la procedencia de la interceptación de comunicaciones respecto de los delitos de corrupción, o un cierto grupo de ellos, sin que tal referencia se encuentre asociada a un específico rango de pena privativa de libertad, sin perjuicio del examen de proporcionalidad que deba operar la autoridad judicial en el caso concreto.

De todos modos, con independencia del *quantum* abstracto de pena, los delitos asociados al fenómeno de la corrupción pueden ser investigados a través de estas técnicas de investigación en la medida que ellas se verifiquen en el marco del crimen organizado, tal como se autoriza en los tres sistemas analizados.

Un cuarto aspecto crítico surge de advertir que ninguna de estas legislaciones prevé un tratamiento diferenciado que proporcione autonomía a la reglamentación de la diligencia de intervención de comunicaciones telefónicas en materia de corrupción, sujetándolas a las

mismas reglas de persecución de delincuencia común o general, aspecto que puede afectar negativamente al no considerar especificidades propias de esta forma de criminalidad. En efecto, en lo que respecta a la regulación general de procedencia de esta diligencia, los tres ordenamientos previamente expuestos cuentan con un marco normativo explícito que somete la interceptación de comunicaciones telefónicas, por regla general, a la necesidad de contar con autorización judicial previa sujeta al cumplimiento de los estándares propios del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso. En este sentido, es de destacar la criticable adopción de procedimientos de urgencia, en que la intervención judicial deba ser tramitada *a posteriori* con el objetivo de obtener la convalidación judicial de la medida, pues se pone en tensión con el principio de juridicidad que la procedencia de la medida ha adoptado desde los estándares internacionales. Ahora bien, a pesar de que los tres ordenamientos contemplen esta opción, es peligrosa la cláusula general italiana que admite su promoción siempre que de lo contrario pueda derivarse un grave perjuicio para la investigación, sin más. En efecto, tanto en España como en EE.UU. el supuesto es más restringido, pues se circunscribe a la persecución de hechos de especial gravedad, siendo común a ambos su procedencia solo en caso de actividad terrorista o de grupos armados.

En lo que respecta a los habilitados para solicitar la medida, es necesario apuntar críticamente el caso español, puesto que, al permitir su ordenación oficiosa por parte del mismo tribunal, incumple la exigencia de independencia e imparcialidad que debe revestir al órgano encargado de practicar el control previo en los términos exigidos por el TJUE, y que son respetados en el marco italiano y norteamericano. En este sentido, se enarbola una exigencia que se pone por sobre la figura del juez instructor, pues se apunta a sujetar la procedencia y el control de la medida a una autoridad diversa de la interesada en obtener la evidencia.

En lo concerniente al procedimiento de solicitud de orden judicial propiamente tal, los tres ordenamientos asumen con buen detalle los requisitos necesarios para someter la procedencia de la diligencia a la decisión judicial. A pesar de que solo el sistema norteamericano requiera expresamente su formulación escrita, es posible deducir que se trata de una exigencia común al caso español e italia-

no. En este sentido, podría sugerirse la adopción de la posibilidad de proceder en forma verbal, por cualquier medio idóneo, en casos de urgencia, como alternativa sustentada en varios sistemas latinoamericanos que se analizarán en los siguientes apartados. De hecho, tal opción podría reducir los plazos para la emisión de la autorización judicial que, en el caso español, se establece en 24 horas desde la presentación de la solicitud con el objetivo de agilizar su tramitación. Por el contrario, ni el sistema italiano ni el norteamericano prevén en forma expresa un plazo para la emisión de la respuesta judicial.

Desde este último extremo, esto es, para efectos de facilitar la tramitación de la diligencia, se muestra particularmente dúctil la opción legislativa española y norteamericana de permitir que el tribunal, previo a resolver, pueda solicitar aclaraciones o mayores informaciones complementarias, como alternativa inexistente en el ámbito italiano.

En materia de diferencias, se advierten distintos niveles de especificidad en lo que respecta al ámbito de procedencia de la diligencia, a su ejecución y su correspondiente control. Como se adelantó, los tres ordenamientos contienen una disciplina más o menos exhaustiva de los requisitos que debe contener la solicitud que se somete al control jurisdiccional. Idéntica pormenorización se contempla respecto del contenido que debe tener la resolución judicial que la autorice. En este sentido, si bien todos ellos requieren la fijación judicial del plazo de duración de la medida, su indeterminación concreta en el caso de EE.UU. e Italia podría ser objeto de cuestionamientos que obstaculicen la utilización de sus resultados. Solo el ordenamiento español contiene un límite máximo específico, que incluye las respectivas prórrogas, fijándolo en 18 meses, como cuestión que parece ser una solución prudente de cara a la naturaleza de los derechos fundamentales involucrados. De otra parte, y aún respecto de la determinación del plazo, parece necesario uniformar criterios de duración, pues parece criticable el exiguo plazo inicial contenido en el ámbito italiano, de tan solo 15 días, sin perjuicio de las sucesivas prórrogas, considerando que en el abordaje del fenómeno corruptivo debe tenerse presente el factor transnacional que puede ameritar la necesidad de contar con la colaboración de empresas de servicios de comunicaciones ubicadas en el extranjero.

Un aspecto de especial importancia se encuentra constituido por la reglamentación del uso de informaciones obtenidas a través de esta clase de diligencias para otros procedimientos. Así se advierte en España con la regulación de los hallazgos casuales y en EE.UU. con la regulación de la autorización para la divulgación y el uso de comunicaciones telefónicas, orales o electrónicas interceptadas. Con todo, es Italia la que presenta una más específica disciplina sobre la utilización del resultado de las interceptaciones en otros procedimientos, diversos de aquel en que fueron dispuestas, al indicar expresamente los delitos que permiten esa fórmula, así como por la provisión de las garantías necesarias para acceder al control de los requisitos de procedencia de la interceptación obtenida en el procedimiento original.

En relación con el control general, el rol de la Oficina Administrativa de Tribunales de los EE.UU. es ejemplar para la sistematización de la información necesaria para evaluar la eficacia de esta clase de medidas, permitiendo a su vez la debida supervigilancia por parte del Congreso, como aspecto no previsto en los restantes ordenamientos analizados.

Desde la perspectiva del control judicial en que la diligencia ha sido decretada, los tres ordenamientos disponen mecanismos detallados de seguimiento (que incluyen transcripción y grabación) que no solo inciden en la legitimidad de la mantención de la diligencia (y sus eventuales prórrogas), sino también en aspectos claves para asegurar la autenticidad e integridad de la evidencia recabada. En este sentido, se advierte que también existe una preocupación por procurar el control por parte de los propios afectados por la medida a través de un sistema de destrucción de la información. Desde este extremo es importante la consideración que al respecto formula el sistema español en orden a promover dicho control incluso cuando no se continúa adelante con la judicialización de la investigación, a pesar del recurso a una cláusula judicial amplia que justificaría no proceder con la información y entrega de antecedentes a las personas afectadas con la medida cuando ello sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o pueda perjudicar futuras investigaciones. Más exigente se demuestra el caso norteamericano al exigir que se dé aviso a las personas sometidas a la intervención una vez finalizada la vigilancia.

5. EXPERIENCIAS COMPARADAS EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

5.1. Argentina

El art. 18 de la Constitución argentina consagra la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, haciendo referencia en este último caso a la "correspondencia epistolar" y los "papeles privados", por lo que toda forma de comunicación, para ser intervenida legítimamente, debe cumplir con los requisitos y justificativos establecidos por la ley para su "allanamiento y ocupación".

A nivel legal, el tema se encuentra abordado en dos cuerpos normativos paralelos. De una parte, en el Código Procesal Penal Federal[24] (en adelante CPPF), vigente íntegramente en las provincias de Salta y Jujuy; y, de otra parte, por el Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN), aun en vigencia para las restantes provincias argentinas hasta la implementación del CPPF a su respecto, sin perjuicio de su actual aplicación en ciertas materias para todo el resto del territorio federal, por disposición de la Comisión Bicameral, como es el caso de la regulación de las medidas de coerción y la conciliación, entre otros. En ambos cuerpos normativos, el art. 13 dispone la protección de la intimidad y privacidad, estableciendo que las comunicaciones de toda índole solo pueden ser afectadas con autorización del juez y de conformidad con las disposiciones de estos Códigos.

En este sentido, en Argentina, la diligencia intrusiva de interceptación de comunicaciones se encuentra regulada en el art. 236 del CPPN, cuyo párrafo 1 dispone que para la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedirlas o conocerlas, debe contar con orden judicial, mediante auto fundado. Paralelamente, el art. 150 CPPF estable-

---

[24] Con esta denominación se sustituye la anterior de Código Procesal Penal de la Nación, por mandato del art. 1 de la Ley Núm. 27.482 de 2019 y que efectúa nuevas modificaciones a las ya introducidas por la Ley N 27.063 de 2014 que derogó dicho cuerpo normativo.

ce esta diligencia con carácter general para delitos federales, siempre que resulte útil para la comprobación del delito. No hay, por tanto, una referencia explícita a los delitos de corrupción ni un marco penológico para su procedencia.

La excepción de contar con orden judicial previa está prevista para la investigación de los delitos de secuestro (arts. 142 bis y 170 CPN), o que se tramiten en forma conexa con aquellos, cuando exista peligro en la demora, debidamente justificado. En tales casos, según el párrafo 2, la intervención puede ser ordenada por el representante del Ministerio Público Fiscal (MPF), mediante auto fundado, con inmediata comunicación al Juez, quien decide su convalidación en el término improrrogable de 24 horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba obtenida a partir de él.

A nivel federal, se indica que el juez puede ordenar, a petición de parte, la interceptación y secuestro de la correspondencia postal, telegráfica, electrónica o cualquier otra forma de comunicación o de todo otro efecto remitido por el imputado o destinado a este, aunque sea bajo nombre supuesto, debiéndose proceder de modo análogo al allanamiento (art. 150 párrafo 2 CPPF). Con todo, según su párrafo 3, la intervención debe tener un carácter excepcional, pudiendo efectuarse solo por un plazo máximo de 30 días, sin perjuicio de su renovación cuando se expresen los motivos que justifican su extensión conforme la naturaleza y circunstancias del hecho investigado. No hay, por tanto, un límite expreso respecto del número de prórrogas. De todos modos, si los elementos de convicción considerados para ordenar la medida desaparecieren, hubiere transcurrido su plazo de duración o esta hubiere alcanzado su objeto, deberá ser interrumpida inmediatamente (párrafo final). Por último, en la solicitud debe indicarse el plazo de duración que se estime necesario según las circunstancias del caso y el juez debe controlar la legalidad y razonabilidad del requerimiento, resolviendo fundadamente (párr. 4), aunque no se especifican los criterios que se deben considerar para su procedencia.

Rige para los magistrados, funcionarios, agentes y empleados que tengan participación en la intervención y/o responsabilidad sobre los elementos probatorios, el deber de confidencialidad y secreto respecto de la información obtenida por estos medios, so pena de

incurrir en responsabilidad penal (párr. 5). Del mismo modo, las empresas que brinden el servicio de comunicación deberán posibilitar el cumplimiento inmediato de la diligencia, bajo apercibimiento de incurrir en dicha responsabilidad (párr. 6).

El art. 153, como norma de clausura, se encarga de reglamentar el procedimiento para el registro y conservación de las intervenciones comprendidas en los artículos anteriores de este Título, siendo por tanto aplicable tanto a la intervención de comunicaciones telefónicas como a la vigilancia de comunicaciones basadas en nuevas tecnologías que se tratarán en el capítulo siguiente. Se indica que dichas intervenciones deben ser registradas mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos similares que aseguren la fidelidad del registro. La grabación será entregada o conservada por el representante del MPF, quien dispondrá las medidas de seguridad correspondientes, aplicándose los recaudos previstos para el secuestro y la cadena de custodia. El representante del MPF deberá guardar secreto de su contenido y asegurar que no sea conocido por terceros. Al finalizar el procedimiento por sentencia o auto de sobreseimiento, los registros de sonido de las comunicaciones y sus transcripciones deben ser puestos a resguardo del acceso público, no pudiéndose acceder a este a ningún fin, sino por orden judicial y por razones justificadas.

En materia de corrupción, por su parte, aunque no existe norma especial directa, existe la posibilidad de que la Unidad de Información Financiera, creada para la persecución e investigación de lavado de dinero, pueda solicitar estas medidas intrusivas al MPF, a fin de que proceda con la tramitación ya descrita, esto es, requiera al juez competente la autorización respectiva. El art. 14 inciso 6 de la Ley Núm. 25.246 del año 2000 permite esta solicitud al contemplar, como cláusula general, la opción de solicitar al MPF que arbitre todos los medios legales necesarios para la obtención de información de cualquier fuente u origen.

Con todo, un claro caso excepcional en que es posible advertir la procedencia de intervención a partir del solo requerimiento del MPF se encuentra en la Ley Núm. 25.891 de Servicios de Comunicaciones Móviles de 2004. Esta normativa instituye un Registro de Usuarios de teléfonos móviles con el objetivo de detectar actividades ilícitas

realizadas a través de estos dispositivos. En esta base de datos se registran los teléfonos móviles hurtados, robados o extraviados, a la que el Estado puede acceder "de manera inmediata, a toda hora y todos los días del año", ante requerimiento del Poder Judicial y/o el MPF (art. 3°), sin delimitación sobre los límites o las finalidades a las que responde dicha intervención.

5.2. Brasil

En Brasil, el apartado XII del art. 5 de la Constitución Federal de 1988 consagra el carácter inviolable del secreto de la correspondencia, de las comunicaciones telegráficas, de las informaciones y de las comunicaciones telefónicas, salvo, en el último caso, por orden judicial, en la hipótesis y en la forma que la ley establezca para fines de investigación criminal o instrucción penal. De este modo, la Ley Núm. 9.296/96 de Interceptación Telefónica que Regula el inciso XII, parte final, del art. 5 de la Constitución Federal, trata justamente la intercepción de comunicaciones telefónicas como diligencia de aplicación general, de cualquier naturaleza, para servir de prueba en una investigación y proceso penal. Su art. 1° sujeta la procedencia de esta medida a la existencia de orden judicial previa, bajo secreto de justicia, sea de oficio o petición de la autoridad policial o del representante del Ministerio Público, en adelante MP (art. 3°). En vista de ello, está prohibida la interceptación solicitada por autoridades que no hayan sido designadas de manera expresa, como la *Agência Brasileira de Inteligência* (ABIN).

Por regla, la solicitud debe formularse por escrito. Excepcionalmente, el juez puede admitir que la solicitud sea verbal, siempre que concurran los presupuestos que autorizan la interceptación, en cuyo caso la concesión quedará sujeta a su reducción de plazo (art. 4°, § 1). La solicitud debe describir claramente la situación objeto de la investigación, incluyendo la indicación y calificación de los investigados, salvo que sea manifiestamente imposible, lo que debe justificarse debidamente (art. 2°, párrafo único)[25].

---

[25] Sobre la necesidad de fundamentación de la medida: *"É exigida da gravosa decisão de quebra de sigilo telefónico a concreta indicação dos requisitos legais de justa causa*

La concesión de la orden se hace depender de un test de proporcionalidad, consagrado en modo implícito en el art. 2° y en forma directa en el art. 4° de la citada Ley. En efecto, el art. 2°, redactado en términos negativos, prohíbe la interceptación de comunicaciones telefónicas cuando: (a) no hay evidencia razonable de autoría o participación en un delito; (b) la prueba puede realizarse por otros medios disponibles (necesidad); y (c) el hecho investigado constituye una infracción penal punible, como máximo, con pena privativa de la libertad (proporcionalidad en sentido estricto). Luego el art. 4° exige que la solicitud de interceptación contenga la demostración de que su ejecución es necesaria para la investigación de un delito, con indicación de los medios a emplear.

Así, en Brasil, en lo que respecta particularmente a los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos, todas ellas tienen aparejada una pena privativa de libertad, por lo que son susceptibles de esta clase de diligencia de investigación. En efecto, sus formas más graves reguladas en el Código Penal, como son los delitos de *peculato* (art. 312), la *concussao* (art. 316), la corrupción activa y pasiva (art. 317), tienen asignadas penas que, en general, van de los 2 a 12 años de reclusión. También quedarían comprendidas figuras de menor penalidad, tales como el caso de la *prevaricação* (art. 319 y 319 A), *emprego irregular de verbas ou rendas públicas* (art. 315), *condescendência criminosa* (art. 320), *advocacia administrativa* (art. 321) o *violação do*

---

e imprescindibilidade desta prova, que por outros meios não pudesse ser feita. Diante da ausência de fundamentação casuística, em genérico decreto de quebra cabível a qualquer procedimento investigatório, é reconhecida a nulidade dessa decisão e das decisões subsequentes de prorrogação e de ampliação, assim como das provas derivadas, estas a serem aferidas pelo juiz do processo, oportunidade em que também realizará análise acerca da existência de elementos outros à justificar a manutenção da prisão preventiva do recorrente. Tendo em vista o quadro fático extraído dos autos, dispensa-se a análise acerca de eventual ilegalidade na primeira decisão da interceptação telefônica, por ter sido baseada unicamente em denúncia anônima e matéria jornalística do ano de 2006, tudo diante da ausência de fundamentação da decisão que determinou a medida de quebra de sigilo telefônico. Recurso em habeas corpus provido para declarar nula a decisão inicial de quebra de sigilo telefônico, assim como das prorrogações e ampliações subsequentes, bem assim das provas consequentes, estas a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser desentranhado dos autos" Vid.: Recurso ordinário en Habeas Corpus RHC 66887 SP y 2015/0325925-3 (STJ), Superior Tribunal de Justicia (Brasil), sentencia de 07 de diciembre de 2016.

sigilo de proposta de concorrência (art. 326), que, en general, presentan tramos mínimos de días o meses de privación de libertad.

El juez cuenta con un plazo máximo de 24 horas para resolver la solicitud (Art. 4, § 2), debiendo fundamentar su decisión, bajo pena de nulidad, indicando también la forma de ejecución de la diligencia y su duración, que no podrá exceder de 15 días, renovable por igual período una vez comprobada la indispensabilidad de los medios de prueba (art. 5°). Según su tenor literal, debiese corresponder una única prórroga, como cuestión que podría desfavorecer la eficacia de la medida[26], sin embargo, la jurisprudencia imperante ha sostenido la procedencia de tantas prórrogas como se requieran[27].

Una vez concedida la solicitud, la autoridad policial realizará los trámites de interceptación, informando al MP, que podrá vigilar su ejecución (art. 6°). Si el trámite permite registrar la comunicación interceptada, se determinará su transcripción (art. 6° §1).

Sobre la ejecución de esta medida, a nivel legal, no hay mayor reglamentación, más allá de indicar que para procedimientos de interceptación, la autoridad policial puede solicitar servicios y técnicos especializados a los concesionarios de servicios públicos (art. 7°). Se dispone también que la interceptación de comunicaciones telefónicas, cualquiera sea su naturaleza, se debe producir en registros separados, anexados a los registros de la investigación policial o del proceso penal, preservando la confidencialidad de los procesos, grabaciones y transcripciones respectivas (art. 8°)[28].

---

26 Según Magalhães (2013:163): "*existe motivação ad relationem quando sobre um ponto decidido o juiz não elabora uma justificação autônima ad hoc, mas se serve do reenvio à justificação contida em outra decisão*".

27 A modo ejemplar, véase: Corte Suprema Federal, con fecha 09 de noviembre de 2004, Habeas corpus 84.301-SP, presentado por Juez Joaquim Barbosa y Corte Suprema Federal, con fecha 16 de septiembre de 2005, Habeas Corpus 83.515-RS, presentado por el Juez Nelson Jobim.

28 *"Sobre interceptación telefónica y prueba prestada A jurisprudencia desta Corte firmou o entendimento de que, de, de acordo com o artigo 8 da Lei 9.296&96, os autos da interceptação telefônica seão juntados aos principais antes do relatório final da autoridade policial, ou antes de prolatada sentença. Na espécie, apesar de ter tramitado em outros autos, a prova emprestada sequer foi juntada ao processo, considerando-se válida, porém, a análise do quanto expendido pelos policiais que participaram das diligências, mas consideradas tais declarações como prova testemunhal e não como interceptação telefônica.*

Una vez finalizada la diligencia, la autoridad policial debe remitir al juez el resultado de la interceptación, acompañando un informe detallado, que deberá contener un resumen de las operaciones realizadas (art. 6 § 2°).

Mayores pormenores sobre el procedimiento para solicitar la interceptación, los estándares para las resoluciones judiciales, la forma en que se debe notificar a las compañías de interés, y la responsabilidad de los jueces para proteger la privacidad de la información, se encuentran a nivel administrativo a través de la *Resolução num. 59/08* del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) y de la *Resolução num. 36/09* del Consejo Nacional del MP (CNMP). En general, se establece que los miembros de la Fiscalía General y los jueces deben informar mensualmente, a efectos estadísticos, tanto al Inspector General de la Fiscalía General (*Corregedoria-Geral do Ministério Público*) como al Inspector General del Consejo Nacional de Justicia (*Corregedoria Nacional da Justiça*), sobre el número de operaciones de interceptación en curso (art. 10 y 18, respectivamente).

Para el crimen organizado, el art. 17 de la Ley de Organizaciones Criminales establece que "las concesionarias de telefonía fija y móvil mantendrán, por 5 años, y a disposición de las autoridades mencionadas en el art. 5 (esto es, el jefe de la Policía Civil y la Fiscalía General), los registros para identificar los números de terminales entrantes y salientes de llamadas internacionales, de larga distancia o locales". Su art. 15 dispone que estas autoridades "tendrán acceso, sin necesidad de que medie una orden judicial, solamente a la información de cuenta de la persona acusada que indique aptitudes personales, sus padres y la dirección retenida por las Cortes Electorales, compañías

---

Ademais, consoante os depoimentos dos próprios policiais, foi através de interceptações telefônicas que tomaram conhecimento de crimes praticados pelos acusados e então passaram a realizar investigações, o que também implica impossibilidade da utilização de tais depoimentos e das provas derivadas para a condenação. Recurso especial provido para anular as provas obtidas mediante interceptação telefônica e as dela decorrentes, a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser extraído dos autos, procedendo-se à prolação de nova sentença com base nas provas remanescentes e, de ofício, estendo os efeitos desta decisão ao corréu Benedito Aparecido Pereira, nos termos do art. 580 do CPP" En: Superior Tribunal de Justiça (Brasil), con fecha 20 de junio de 2020, Recurso Especial N 1869749 SP 2018/0074326-5 (STJ).

telefónicas, instituciones financieras, proveedores de Internet y administradores de tarjetas de crédito". Con ello se reitera lo dispuesto en el art. 17-B de la Ley Núm. 9.613/99 de Crímenes de Lavado de Dinero. A su vez, el art. 21 penaliza que las compañías se rehúsen o no cumplan con la entrega de "información de cuenta, registros, documentos e información que exija la Corte, la Fiscalía General o el jefe de la policía civil en el curso de una investigación o proceso penal", e impone sanciones que varían desde 6 meses hasta 2 años de prisión, y multa[29].

5.3. Chile

La Constitución Política de 1980 consagra el respeto y la protección a la vida privada de la persona y su familia, así como la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, en el art. 19 Núm. 4 y 5, respectivamente. El resto de la normativa destinada a la protección de estos derechos fundamentales se encuentra repartida entre leyes y regulación administrativa de difícil seguimiento y control. En lo pertinente, la parte final del numeral 5 ya citado, expresa que el hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. De este modo, el sistema procesal chileno contiene dos tipos de regulación para la vigilancia de las comunicaciones contenida en fuentes de rango legal.

En primer lugar, se encuentra el sistema general de intervención de comunicaciones contenido en los arts. 222 a 225 del CPP, aplicable a crímenes comunes, esto es, sancionados con pena privativa de libertad de 5 años y un día en adelante; y, en segundo lugar, los regímenes especiales contenidos en la Ley Núm. 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad; y la Ley Núm. 20.000 que

---

[29] La *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADI 5063/DF), en virtud de la cual la *Associação Nacional de Operadoras Celulares* (ACEL) dedujo un recurso de constitucionalidad ante la Corte Suprema Federal para solicitar la nulidad de los arts. 15, 17 y 21 de la Ley N 12.850/2013 de Organizaciones Criminales por violar el derecho a la privacidad y el principio de legalidad, fue desestimado por dicho tribunal con fecha 13 de diciembre de 2013.

sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, régimen que es también aplicable para la investigación de las conductas referidas en la Ley Núm. 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

El régimen general es también aplicable en materia de delitos de pornografía infantil, prostitución infantil, y obtención de servicios sexuales de mayores de 14 pero menores de 18 años de edad (art. 369 ter CP); y en los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas (art. 411 octies CP, aunque en subsidio también hace aplicable el régimen especial de la ley de drogas). Recientemente, se suma su utilización respecto de ciertos delitos informáticos en virtud de la Ley Núm. 21.459 que, si bien somete la procedencia de la diligencia al estatuto general contemplado en el CPP, amplía su marco de aplicación respecto de delitos que no tienen aparejada una pena de crimen. Paralelamente, el Decreto Núm. 142 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, de septiembre de 2005, también conocido como "Reglamento sobre Interceptación y Grabación de Comunicaciones Telefónicas y de otras formas de Comunicaciones", regula el procedimiento que deben seguir los prestadores de servicios de telecomunicaciones frente a los requerimientos judiciales para proceder a la interceptación y a la grabación de las comunicaciones sostenidas por los usuarios de servicios telefónicos y de todo tipo de telecomunicaciones en general.

La norma de aplicación general está contenida en el art. 222 CPP, al admitir la intercepción de comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación, en los casos en que "existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible". Se indica que, en estos casos, el juez de garantía (en adelante JG), a petición del MP, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

Como se advierte, al tratarse de una diligencia lesiva de derechos fundamentales, se observa el principio de legalidad y jurisdiccionali-

dad. En lo que respecta al control judicial previo, con ello se reitera el principio básico ya expresado en el art. 9 del CPP como criterio aplicable a toda actuación del procedimiento que prive, restrinja o perturbe al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura. Luego, la legitimidad de la autorización de esta medida se encuentra condicionada al cumplimiento del denominado principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso, aunque no existe mayor pormenorización sobre el contenido de la resolución ni de la solicitud. A partir de esta misma disposición se desprende una especie de procedimiento de urgencia, en que se permite que tanto la solicitud como la resolución autorizante se otorguen de manera verbal (por cualquier medio idóneo), cuando la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente.

Como explica Horvitz (2008: 529), en virtud de la referencia normativa a la existencia de sospechas fundadas, basada en hechos determinados, respecto de hechos que merezcan pena de crimen y siempre que la investigación lo haga imprescindible, es posible identificar la consagración del principio de intervención mínima o de subsidiariedad, como derivaciones del principio de prohibición de exceso, que imponen rechazar las medidas cuyo fin pueda ser alcanzado por otras menos gravosas. En definitiva, ello significa que el JG deberá ponderar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de esta medida en relación con sus fines, frente a la afectación de derechos que se pueda producir.

Con todo, la regulación legal de tales requisitos se efectúa de un modo más bien inorgánico y carente de sistematización. En este orden de cosas, una manifestación del principio de proporcionalidad en sentido estricto se encuentra en la exigencia de que el hecho que se pretenda investigar a través de esta diligencia tenga asignada pena de crimen (esto es, igual o superior a los 5 años y un día de presidio o reclusión mayor en su grado máximo), salvo que se trate de delitos contemplados en la Ley Núm. 17.798, sobre control de armas, en el art. 190 de la Ley Núm. 18.290, sobre tránsito, o de ciertos simples delitos contra la propiedad cometidos por una asociación ilícita, o por una agrupación u organización de personas (art. 226 bis inciso

1) y los delitos informáticos enumerados en la Ley Núm. 21.459. En Chile, los delitos de corrupción regulados en el Código Penal son los siguientes: delitos de soborno (art. 250), cohecho (art. 248, 248 bis y 249), cohecho a funcionarios públicos extranjeros (art. 251 bis), fraude al fisco (art. 239), violación de secretos (art. 246, 247 y 247 bis), prevaricación (judicial en los arts. 223 a 225; administrativa en el art. 228 y del abogado en los arts. 231 y 232), y malversación en donde se incluyen los delitos de peculado doloso (art. 233), peculado culposo (art. 234), distracción o desfalco (art. 235), aplicación pública diferente (art. 236) y negativa al pago o entrega (art. 237). En general, la gran mayoría de estas figuras no cumple con el requisito penológico aludido, de modo que, tal como anota Hernández (2021: 230), aun cuando con el aumento de penas, "algunos delitos han pasado a ser crímenes, respecto de los cuales, en cuanto tales, proceden las interceptaciones telefónicas de acuerdo con las reglas generales", sería preferible —como también lo indica la Comisión Engel[30]— que estas medidas estuvieran disponibles para la investigación de todos los supuestos de corrupción, sin restricciones penológicas. Al respecto, el único efecto de ampliación que habría tenido la Ley Núm. 21.577, de 15 de junio de 2023, que estableció un completo estatuto de investigación especial respecto del crimen organizado, es que, en virtud del inciso tercero del nuevo art. 226 A CPP, sería aplicable la interceptación de comunicaciones respecto de delitos no constitutivos de crimen ni previstos en disposiciones especiales sobre interceptación, entre ellos varios delitos de corrupción, pero con tal de que "existan fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la intervención en una asociación delictiva o criminal y su uso sea imprescindible para el éxito de la investigación".

Así, la procedencia de esta diligencia intrusiva respecto de los delitos de corrupción solo aparece de manera expresa en el Oficio FN 060/2014, de enero de 2014, del MP. En este documento, consta que el órgano persecutor contempla el uso de esta medida en la investiga-

---

30 Es el nombre con el cual se suele denominar al Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, establecido por la presidenta de Chile Michelle Bachelet en el año 2015 para diseñar y proponer un marco institucional para la regulación de los negocios y las actividades políticas.

ción de casos complejos: secuestro, homicidio, tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero, determinados delitos económicos, corrupción pública, delitos sexuales y, en general, la investigación vinculada a determinadas agrupaciones o casos de criminalidad organizada.

Se entiende que la interceptación de comunicaciones autorizada judicialmente, en forma legal, posibilita al agente desarrollar su investigación sin cometer alguno de los delitos previstos en los arts. 36 B letra c) de la Ley general de telecomunicaciones o 161 A del CP. En caso contrario, además de la consecuencia penal, el art. 225 CPP anota el efecto procesal, cual es la inutilizabilidad de sus resultados como medios de prueba en el procedimiento.

Según el inciso 2 del art. 222 CPP, la orden que autorice esta medida solo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios. Con todo, las comunicaciones entre el imputado y su abogado no pueden ser interceptadas, a menos que el juez de garantía lo ordene, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados. El inciso 4, señala que la orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y la duración de la misma, la que no podrá exceder de 60 días. Dicho plazo es susceptible de prórrogas por períodos de hasta igual duración, debiéndose examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en los incisos precedentes. Por último, el inciso final prescribe que, si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma, ella deberá ser interrumpida inmediatamente. Esta norma deriva del carácter instrumental de la medida y de la regla *rebus sic stantibus*, conforme a la cual solo debe mantenérsela mientras subsista el fundamento que la hizo procedente.

Lamentablemente, como indican van Weezel y Darricades (2011: 40-43), a pesar del carácter restrictivo con que aparecen descritos los requisitos de procedencia de la medida sobre el papel, la técnica

legislativa empleada es precaria en la delimitación precisa de su contenido. Ello, particularmente, en lo que respecta al carácter "imprescindible" de la medida, así como de la presencia o no de "fundadas sospechas basadas en hechos determinados". El Instructivo Núm. 16 del año 2000 elaborado por el MP, a propósito del criterio de proporcionalidad, dota de contenido a las llamadas "sospechas fundadas" haciendo referencia a la sentencia de 8 de febrero de 1997 del Tribunal Supremo español, esto es, las concibe como datos objetivos que deben ser conocidos y valorados por el propio juez y no solo por la Policía o el MP. Si bien con ello se descartan las denominadas "escuchas predelictuales o de prospección", y la posibilidad de decretar una interceptación telefónica para tratar de descubrir actos delictivos en general, sin la adecuada precisión, la realidad práctica de la aplicación de la medida parece decir otra cosa. En efecto, lo señalado impacta en una laxa utilización práctica de la medida, con criticable mérito, que por lo demás escapa al control de los intervenidos debido a que, por regla, se autoriza la ejecución de la medida sin el conocimiento del afectado, por considerarse que su naturaleza propia exige omitir su notificación para obtener resultados exitosos (art. 224 en relación con el art. 236 CPP). De este modo, no se prevé un adecuado sistema de control externo, pues si bien el art. 224 CPP dispone que la medida deba ser notificada al afectado por la misma con posterioridad a su realización, en cuanto el objeto de la investigación lo permitiere, y en la medida que ello no pusiere en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas, lo cierto es que en la práctica no se da cumplimiento a esta exigencia.

En este contexto crítico, es oportuno destacar la falta de limitación temporal en la procedencia de prórrogas, así como la ausencia de todo tipo de control respecto de la ejecución de la medida (no se prevé seguimiento judicial ni durante ni al término de la diligencia) y la destrucción de los antecedentes que por esta vía se recopilen (el art. 223 inciso 4 tan solo hace referencia a la entrega a los afectados y a la destrucción de informaciones irrelevantes por parte del Ministerio Público, sin mayor detalle).

El art. 222 CPP, a propósito de la colaboración ordenada entre empresas de telecomunicaciones y órganos de investigación criminal, establece que los proveedores de tales servicios deberán mantener,

en carácter reservado, a disposición del MP, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a un año, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento.

En cuanto al régimen especial contenido en la Ley de drogas, aplicable por remisión a los delitos de lavado y blanqueo de activos, en tanto delitos base de actos de corrupción, es relevante destacar que el art. 24 Ley Núm. 20.000 permite la aplicación de medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, respecto de todos los delitos previstos en dicha ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad con las disposiciones del CPP. Su inciso 2, señala que, sin perjuicio de lo anterior, no regirá lo dispuesto en el inciso 4 del art. 222 CPP, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren[31]. Del mismo modo se excluye lo prevenido en el art. 167 del CPP relativo a la facultad de archivo del MP. Es decir, aun cuando en estos casos haya existido intervención del JG, si las diligencias ordenadas no dieren resultado, se permite al fiscal poder archivar provisionalmente la investigación hasta que aparezcan mejores y nuevos antecedentes. Este extremo es el que potencia la escasa posibilidad de control por parte de los afectados con esta medida.

---

31 Esta excepción, se contiene en el primer informe de la Comisión de Constitución del Senado, en segundo trámite constitucional, y fue incorporada a iniciativa del MP. Este último, argumentó que: "en las investigaciones preliminares en este tipo de ilícitos es de común ocurrencia que sea imposible recabar dicha información, ya que se trata de sujetos que intervienen con apodos, por lo que podría aplicarse el mismo criterio del art. 154 del CPP, en el sentido de estimar suficientes las circunstancias que lo individualicen o determinen".

5.4. México

La intervención de comunicaciones privadas y correspondencia se encuentra prevista, de manera genérica, en el art. 16 de la Constitución Federal, que consagra la obligación de fundar y motivar por escrito los actos de molestia. De manera particular, se prevé en el art. 252 del Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014 (en adelante CNPP), dentro del listado meramente ejemplar de aquellos actos de investigación que, por implicar una afectación a derechos establecidos en la referida Constitución, requiere de autorización judicial previa. En idéntico sentido se pronuncia el art. 278 ter del Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 (en adelante CFPP), aunque este último numeral tiene aplicación solamente para procedimientos federales iniciados antes de la entrada en vigor del actual sistema de justicia penal de corte acusatorio[32].

El art. 16 del Pacto Federal, luego de consignar el carácter inviolable de las comunicaciones privadas, señala que excepcionalmente, la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal competente (esto es, el Titular de la Procuraduría General de la República, actual Fiscalía General de la República y los servidores públicos facultados en términos de su ley orgánica, y los Procuradores de las Entidades federativas, hoy denominados Fiscales Generales de Justicia) o del MP del Estado correspondiente, puede autorizar la interceptación de una comunicación privada. El cumplimiento de este requisito de jurisdiccionalidad de la autorización previa es crucial

---

[32] Analizado este acto de investigación desde la justicia federal mexicana, es prudente hacerlo también desde la justicia local, ya que no debe pasarse por alto que aun y cuando las normas que rigen el procedimientos han alcanzado uniformidad en México (a través de un Código Nacional de Procedimientos Penales y a través de leyes especiales, como la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada); las competencias siguen siendo delimitadas entre asuntos de carácter federal, asuntos de carácter local y asuntos de carácter castrense. De este modo, en lo que respecta a la justicia local, existen 32 tribunales de los Estados, Entidades o Departamentos (que sería un concepto equivalente en otros países de América Latina), correspondiendo a las fiscalías locales el cumplimiento de los mismos requisitos y procedimientos que la Fiscalía General de la República debe seguir. En este sentido, la competencia de las fiscalías locales se circunscribe a la investigación de delitos correspondientes a las Entidades, cuando la misma no ha sido delegada a la Federación.

para el valor probatorio de los antecedentes recabados con esta diligencia; pues, si la intervención es realizada sin la correspondiente autorización o si se ejecuta fuera de los términos en ella ordenados, carecerá de valor probatorio, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal a que haya lugar (art. 299 inciso 2 del CNPP y 278-bis inciso final del CFPP) y de la destrucción de los registros correspondientes (art. 300 inciso 2).

Esta solicitud puede ser dirigida por cualquier medio (generalmente a través de una plataforma electrónica de gestión judicial), expresando el objeto y necesidad de la intervención (art. 291 inciso 1). En este sentido, se exige que la solicitud de intervención sea fundada y motivada, que precise la persona o personas que serán sujetas a la medida; identifique el lugar o lugares donde se realizará, si fuere posible; el tipo de comunicación a ser intervenida; su duración; el proceso que se llevará a cabo y las líneas, números o aparatos que serán intervenidos, y en su caso, la denominación de la empresa concesionada del servicio de telecomunicaciones a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención (art. 292 inciso 1 y en similares términos el art. 278 ter inciso 2 del CFPP). En todo caso se proscribe expresamente la intervención de comunicaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su Defensor (art. 294 inciso 2 CNPP).

Como se advierte, la reglamentación que ofrece el citado cuerpo legal debe caracterizarse por su nivel de detalle, haciéndose cargo de aspectos que son omitidos en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos que se analizan en este apartado. En este sentido, se ordena que la resolución de la solicitud proceda de manera inmediata, por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con la sola comparecencia del MP, en un plazo que no exceda de las 6 horas siguientes a su recepción. Luego, en caso de que la resolución se registre por medios diversos al escrito, se requiere que los puntos resolutivos de la autorización judicial sean transcritos y entregados al MP, lo que resulta muy relevante para una adecuada estructuración del sistema de control externo sobre la legalidad de dicha autorización (art. 291 inciso 2). Según el art. 278 ter inciso 2 CFPP, la autorización judicial debe indicar las características de la

intervención, sus modalidades, límites y, en su caso, ordenar a las instituciones públicas o privadas los modos específicos de su colaboración. Mismos extremos se reiteran en el art. 293.

Con todo, a pesar de la minuciosa reglamentación, nada se dice sobre el estándar que debe verificar el órgano jurisdiccional para acceder a la autorización solicitada. El mismo art. 278 ter ya citado se limita tan solo a indicar que, cuando la solicitud de intervención de comunicaciones privadas sea formulada por el Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue esta facultad, la autoridad judicial debe otorgar la autorización cuando constate la existencia de indicios suficientes que acrediten la probable responsabilidad en la comisión de delitos graves (inciso 1°). En virtud de la implementación del sistema de justicia penal de corte acusatorio que, en la inmensa mayoría de los procesos activos eliminó el estándar de prueba tasada para instalar el sistema racional de sana crítica, ha de concluirse la exigencia de contar con adecuada fundamentación judicial.

Como se advierte, no existe un criterio objetivo para determinar la procedencia de esta clase de medida de investigación, más allá de que se utilice para la persecución de delitos graves. En México, el Código Penal Federal establece como delitos por hechos de corrupción, los siguientes: Ejercicio ilícito de servicio público (art. 214), Abuso de autoridad (art. 215), Coalición de servidores públicos (art. 216), Uso ilícito de atribuciones y facultades (art. 217), Pago y recibo indebido de remuneraciones (art. 217 ter y quater), Concusión (art. 218), Intimidación (art. 219), Ejercicio Abusivo de Funciones (art. 220), Tráfico de Influencia (art. 221), Cohecho (art. 222), Peculado (art. 223), y Enriquecimiento Ilícito (art. 224). Sin embargo, las penas asociadas a cada uno de ellos son disímiles, y pueden incluso comprender tan solo penas privativas de libertad de meses en su rango inferior, hasta 14 años de prisión en su marco superior, con lo que se dificulta la determinación a priori sobre la procedencia de esta clase de diligencias de investigación a su respecto.

Por lo anterior, conviene tener presente la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996, recientemente modificada el año 2021. Esta ley es aplicable a las operaciones con recursos de procedencia ilícita, y por esa vía, indirectamente, podría utilizarse para la

persecución de delitos de corrupción. En todo caso, la regulación que este cuerpo normativo ofrece para la intervención de las comunicaciones privadas en su capítulo VI, arts. 15 a 21 es muy similar, salvo contados aspectos que destacaremos oportunamente, a la regulación general contenida tanto en el CNPP como en el CFPP, compartiendo la necesidad de contar con autorización judicial previa. Así, resulta criticable que una regulación especial no contenga mayores diferencias de orden sustancial con la reglamentación general de la medida.

En lo que respecta a los límites temporales de la medida, se prescribe que el plazo de intervención, incluyendo sus prórrogas, no podrá exceder de 6 meses, de modo que después de dicho plazo, solo podrán autorizarse nuevas intervenciones cuando el MP acredite nuevos elementos que así lo justifiquen (art. 292 inciso 2 CNPP, y art. 278 ter inciso 2 CFPP).

Uno de los pocos aspectos novedosos reglados por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se refiere al caso en que el juez de control niegue la intervención de comunicaciones o su ampliación. En tal hipótesis, se indica que el agente del MP de la Federación, puede subsanar las deficiencias y solicitar nuevamente la orden, sin perjuicio de la procedencia del recurso de apelación en contra de la negativa a la solicitud o a la ampliación de la orden de intervención, la cual debe ser resuelta en un plazo no mayor de 12 horas a partir de su interposición (art. 19). Por su parte, el CNPP, no hace pronunciamiento expreso en cuanto a la apelación, ya que el art. 303, que contiene una disposición similar a la del art. 19 ya citado, solo es aplicable de manera explícita en los casos de negativa del juez de control a una orden de localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados, que no es lo mismo que la intervención de comunicaciones privadas.

En materia de delitos susceptibles de ser investigados al amparo de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la ejecución de la intervención es realizada por una unidad especializada en la investigación y procesamiento de estos delitos. Dicha unidad está integrada por agentes del MP de la Federación, quienes tendrán bajo su mando y conducción a las policías y peritos. Esta unidad también cuenta con un cuerpo técnico de control que ejecutará los mandatos de la autoridad judicial que autoricen las intervenciones de comuni-

caciones privadas y verificará la autenticidad de sus resultados; establecerá lineamientos sobre las características de los aparatos, equipos y sistemas a autorizar; así como sobre la guarda, conservación, mantenimiento y uso de éstos (art. 8°).

La normativa general prescribe que las intervenciones deben ser registradas por cualquier medio que no altere su fidelidad, autenticidad y contenido, por la Policía o por el perito que intervenga, a efecto de que aquella pueda ser ofrecida como medio de prueba en los términos que señala el mismo Código (art. 297). Este registro debe contener las fechas de inicio y término de la intervención, un inventario pormenorizado de los documentos, objetos y los medios para la reproducción de sonidos o imágenes captadas durante ella, cuando no se ponga en riesgo a la investigación o a la persona, la identificación de quienes hayan participado en su ejecución, así como los demás datos que se consideren relevantes para la investigación. El registro original y el duplicado, y los documentos que los integran, deben numerarse progresivamente y contener los datos necesarios para su identificación (art. 298).

Si en la práctica de una intervención se tuviera conocimiento de la comisión de un delito diverso de aquellos que motivaron la medida, se debe hacer constar esta circunstancia en el registro para dar inicio a una nueva investigación (art. 295). La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, por su parte, profundiza la regulación de esta hipótesis, al señalar que en caso de que la intervención tenga como resultado el conocimiento de hechos y datos distintos de los que pretendían probarse conforme a la autorización correspondiente podrá ser utilizado como medio de prueba, siempre que se refieran al propio sujeto de la intervención y se trate de alguno de los delitos referidos en esta Ley en su art. 2°. Si se refieren a una persona distinta solo podrían utilizarse, en su caso, en el procedimiento en que se autorizó dicha intervención. De lo contrario, se indica que el agente del MP de la Federación debe iniciar la investigación correspondiente o debe ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes, según corresponda (art. 21 inciso 2°).

Por último, en general, se señala que, durante el desarrollo de la medida, quienes participen en ella deben observar el deber de guardar secreto sobre su contenido (art. 302). Desde esta perspectiva, el art. 28

de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada prevé como delito la revelación, divulgación o utilización indebida o en perjuicio de otro de la información obtenida en el curso de una intervención, sea esta autorizada o no, sancionándolo con la pena de prisión de 6 a 12 años y con una multa de 500 a 1.000 días, así como con la destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, por el mismo plazo que la pena de prisión impuesta.

El cuadro normativo descrito da cuenta de la entrega a la autoridad judicial de mayores posibilidades de control sobre la ejecución de la medida y su desarrollo. En efecto, durante la ejecución de las intervenciones, el juez puede verificar, en cualquier momento, si estas están siendo realizadas en los términos autorizados y, en caso de incumplimiento, decretar su revocación parcial o total (art. 294 inciso 3 CNPP y art. 278 ter inciso 5 CFPP). Por otra parte, cuando dentro de la intervención de comunicaciones privadas, se advierta la necesidad de ampliar a otros sujetos o lugares la intervención, el MP competente debe presentar la solicitud respectiva al propio Juez de control (art. 296 del CNPP y art. 278 ter inciso 5 del CFPP). Luego, al concluir la intervención, el MP debe informar al Juez de control, inmediatamente una vez que haya recibido el informe policial o pericial sobre el desarrollo y los resultados de la medida (art. 299 inciso 1 CNPP). Según el art. 278 ter inciso 5 CFPP, el juez debe ordenar que al concluir cada intervención se levante un acta que contenga un inventario pormenorizado de las cintas de audio y video de los sonidos o imágenes captados durante la intervención, y que se le entregue un informe sobre sus resultados, a efecto de constatar el debido cumplimiento de la autorización otorgada. Por último, el juez de control también tiene a su cargo la destrucción de aquellos registros de intervención que no se relacionen con los delitos investigados o con otros delitos que hayan ameritado la apertura de una investigación diversa, salvo que la defensa solicite que sean preservados por considerarlos útiles para su labor (art. 300 inciso 1 CNPP).

En caso de no ejercicio de la acción penal y una vez transcurrido el plazo legal para impugnarlo, sin que ello suceda, el juez que autorizó la intervención ordenará que se pongan a su disposición las cintas resultantes de las investigaciones, los originales y sus copias, y ordenará su destrucción en presencia del MP.

Una vez terminada la ejecución de la medida, el CNPP dispone la destrucción de los registros en caso de que se decrete el archivo definitivo, el sobreseimiento o la absolución del imputado. Cuando el MP decida archivar temporalmente la investigación, en cambio, los registros pueden ser conservados hasta que el delito prescriba.

5.5. Perú

En Perú, el art. 2 de la Constitución Política de 1993 establece el derecho de todos los ciudadanos a que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar; a la intimidad personal y familiar; a la inviolabilidad del domicilio; y, al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. En lo que respecta a la privacidad de las comunicaciones en particular, se indica que "las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley".

Así, el procedimiento general aplicable a cualquier tipo de intervención de las comunicaciones está descrito en la Ley Núm. 27.697 y detallado en los Códigos Penal y Procesal Penal, así como en el Protocolo de Actuación Conjunta para la Intervención o Grabación de Registro de comunicaciones Telefónicas o de Otras Formas de Comunicación, aprobado por Resolución Ministerial Núm. 0243-2014-JUS.

La Ley Núm. 27.697 que otorga facultades al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional del año 2002, en su art. 1, señala expresamente que dicha Ley tiene por finalidad desarrollar legislativamente la facultad constitucional otorgada a los jueces para conocer y controlar las comunicaciones de las personas que son materia de investigación preliminar o jurisdiccional. Se indica que solo podrá hacerse uso de dicha facultad en los delitos de secuestro; trata de personas; pornografía infantil; robo agravado; extorsión; tráfico ilícito de drogas; tráfico ilícito de migrantes; delitos contra la humanidad; atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria; peculado; corrupción de funcionarios; terrorismo; delitos tributarios y aduaneros; y lavado de activos.

El CPP de 2004 (Decreto Legislativo Núm. 957), recientemente modificado en abril del año 2021, es el cuerpo legal encargado de contemplar la reglamentación de las intervenciones telefónicas en los arts. 230 y 231. Se indica que el Fiscal, en caso de delitos sancionados con pena superior a 4 años de prisión (proporcionalidad en sentido estricto), y siempre que la intervención sea absolutamente necesaria para las investigaciones (necesidad), puede solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria (JIP) la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación (art. 230.1). Más específicamente, el art. 2 Núm. 6 Ley Núm. 27.697 establece que la solicitud de autorización judicial puede ser presentada por el Fiscal de la Nación (en los casos materia de su investigación), los Fiscales Penales y los Procuradores Públicos. Esta facultad se entiende concedida a tales funcionarios, en tanto que encargados de los procesos por los delitos enumerados en el apartado anterior.

Así, en los que respecta a los delitos de corrupción regulados en el Título XVIII del Código Penal peruano bajo el título "Delitos contra la Administración Pública", la penalidad requerida para la procedencia de esta clase de diligencia de investigación comprende a la totalidad de los tipos comprendidos en la Sección IV, a saber: los tipos de cohecho pasivo propio (art. 393), soborno internacional pasivo (art. 393 A), cohecho pasivo impropio (art. 394), cohecho pasivo específico (art. 395), cohecho pasivo propio e impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395 A y 395 B), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (art. 396), cohecho activo genérico (art. 397), cohecho activo transnacional (art. 397 A). cohecho activo específico (art. 398); cohecho activo en el ámbito de la función policial (art. 398 A), negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (art. 399), tráfico de influencias (art. 400), y el delito de enriquecimiento ilícito (art. 401). También quedan cubiertos los tipos penales contenidos en la Ley Núm. 27.765 contra lavado de activos. En lo que respecta a las hipótesis de peculado reguladas en la Sección III, y autorizadas en la Ley Núm. 27.697, por requisito de pena, en cambio, serían susceptibles de esta medida tan solo las figuras de peculado doloso y culposo (art. 387) y ciertas formas agravadas de malversación (art. 389).

Los requisitos que debe cumplir la solicitud se encuentran detallados en el art. 2 Núm. 7 de la Ley Núm. 27.697, indicándose que la misma debe estar debidamente sustentada y contener todos los datos necesarios. Adicionalmente, debe acompañarse como anexo los elementos indiciarios que permitan al Juez emitir bajo su criterio la respectiva autorización.

El JIP, por su parte, debe resolver la solicitud en forma inmediata y mediante trámite reservado, teniendo a la vista los recaudos que justifiquen el requerimiento fiscal. El art. 2 Núm. 12 Ley Núm. 27.697 establece que el Juez debe dar atención preferente e inmediata a las solicitudes que se fundamenten en una urgencia sustentada por el Fiscal Recolector.

Para resolver la solicitud, el JIP debe verificar la concurrencia de los requisitos establecidos en el art. 2 Núm. 7 ya citado, concediéndola, en su caso, hasta por el plazo estrictamente necesario, el que no puede exceder los 60 días, excepcionalmente prorrogables por plazos sucesivos a solicitud del Fiscal y mandato judicial debidamente motivado. En iguales términos se pronuncia el CPP en su art. 230.6, siendo cuestionable que, a través del mecanismo de la prórroga, no exista un límite temporal cierto para la continuación de la medida.

Al igual que en el caso mexicano, la denegación de la medida es susceptible de ser apelada por el Fiscal, debiendo tramitarse igualmente en forma reservada por el Superior Tribunal, sin trámite alguno e inmediatamente (remisión al art. 226 Núm. 4). Asimismo, la parte final del art. 2 Núm. 6 Ley Núm. 27.697 establece que de la denegatoria de la autorización procede recurso de apelación ante el superior jerárquico, dentro del día siguiente de enterado o notificado.

Según el CPP, la orden judicial puede dirigirse contra el investigado o contra personas de las que cabe estimar fundadamente, en mérito a datos objetivos, que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación (art. 230.2). Más precisamente, el requerimiento del Fiscal y, en su caso, la resolución judicial que la acuerde debe indicar el nombre y dirección del afectado por la medida, así como, de ser posible, el señalamiento del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir y grabar o registrar. También indica-

rá la forma de la interceptación, su alcance y duración, al igual que la autoridad o funcionario, policial o de la propia Fiscalía, que se encargará de la diligencia y grabación o registro (art. 230.3).

El contenido de la resolución judicial que autoriza la interceptación también es desarrollado por el art. 2 Núm. 8 Ley Núm. 27.697, indicando que tanto la solicitud como su concesión deben contener las especificaciones que sean necesarias para distinguir las distintas clases de recolección y de control que la naturaleza de las comunicaciones intervenidas o intervenibles exijan. Dentro de estas especificaciones se tomarán en cuenta, entre otros factores:

1. si la comunicación es una determinada; si se va a dar probablemente dentro de un conjunto indeterminado de comunicaciones; o si es una comunicación cierta que sucederá dentro de circunstancias determinadas;

2. si la comunicación se dará en el futuro o ya se dio en el pasado;

3. si la comunicación es accesible a toda persona que la perciba, a ella o su medio, o si se encuentra cerrada o encriptada; y

4. si se han hecho uso de medios destinados a encubrir la identidad del emisor o receptor de la comunicación, o de cualquier otra persona, hecho o circunstancia que se mencionen en la comunicación; así como la puesta de cualquier dificultad destinada a impedir el acceso o la identificación de la comunicación, de sus partes, o de la información en ella mencionada.

Para estos efectos, es importante destacar que la Ley Núm. 27.697 distingue dos etapas en la intervención de las comunicaciones: la recolección y el control. En la primera se alude a los procesos mediante los cuales se recoge o registra la comunicación, mientras que la segunda comprende la toma de conocimiento oficial del contenido de la comunicación y la eliminación de las partes que no revisten interés para la investigación (art. 2 Núm. 3). El encargado de ambas fases es el Fiscal a cargo de la investigación, que para efectos de esta Ley se denominará "Fiscal Recolector" (art. 2 Núm. 4). Con el solo hecho de mencionarlo en su solicitud, el Fiscal Recolector estará facultado para ir haciendo controles de modo periódico, sobre lo que se vaya

recolectando parcialmente, si es que el modo de recolección fuese compatible con esa metodología (art. 2 Núm. 10).

El JIP debe comunicar al Fiscal que solicitó la medida el mandato judicial de levantamiento del secreto de las comunicaciones y encargarse de notificar a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, a efectos de cautelar la reserva del caso, mediante oficio en que se transcribirá la parte concerniente (art. 230.3 inciso 2). El Juez también debe ordenar a su personal auxiliar, el Fiscal Recolector así como el personal auxiliar del MP, de la Policía Nacional del Perú, peritos, los Procuradores Públicos y demás personas naturales o jurídicas autorizadas en el proceso de investigación que guarden reserva sobre la información que obtengan. El incumplimiento de este deber se sanciona con inhabilitación para el ejercicio de la función pública, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles y administrativas previstas por la ley (art. 2 Núm. 13 Ley Núm. 27.697).

Para la ejecución de la medida se dispone que el Fiscal Recolector pueda contar con el auxilio del personal del MP, de la Policía Nacional del Perú y de personas naturales o jurídicas expertas en la actividad de recolección o de control, si las características de la comunicación así lo requiriesen. Todas estas personas están obligadas a guardar reserva sobre la información de que lleguen a tomar conocimiento a propósito de la intervención, bajo responsabilidad penal, civil y administrativa (art. 2 Núm. 5 Ley Núm. 27.697). En este sentido, según el CPP, las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deben posibilitar la diligencia de intervención y grabación o registro, bajo apercibimiento de ser denunciados por delito de desobediencia a la autoridad. Los encargados de realizar la diligencia y los servidores de las indicadas empresas deben, además, guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento (art. 230.4).

La intervención (sea telefónica, radial u otra) debe ser registrada mediante la grabación y aseguramiento de su fidelidad. Luego, las grabaciones, indicios y/o evidencias recolectadas durante el desarrollo de la ejecución de la medida dispuesta por mandato judicial y el Acta de Recolección y Control deben ser entregados al Fiscal, quien dispone su conservación con todas las medidas de seguridad al alcance, cuidando que no sean conocidas por personas ajenas al pro-

cedimiento (art. 231.1). A continuación, el Fiscal o el Juez podrán disponer la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar la grabación completa de la comunicación. Las grabaciones deben conservarse hasta la culminación del proceso penal correspondiente, ocasión en la que la autoridad judicial competente dispondrá la eliminación aquellas que se estimen irrelevantes. Igual procedimiento adoptará el Fiscal cuando la investigación no se judicialice, previa autorización del Juez competente (art. 231.2 inciso 1°).

Cuando se aprecie la comisión de presuntos delitos ajenos a los que son materia de la investigación, el Fiscal los debe comunicar al Juez que autorizó la medida, con la celeridad e inmediatez que el caso amerite (art. 231.2 inciso 2°). Según el art. 2 Núm. 11 Ley Núm. 27.697, de descubrirse indicios de otros hechos delictivos, se comunicará el descubrimiento al Juez competente, para que este disponga la pertinencia o no de su utilización en la investigación en curso (en vía de ampliación) o para que el MP evalúe si hay mérito para iniciar investigación penal sobre el tema descubierto.

Por último, las Actas de Recolección y Control de las Comunicaciones deben ser incorporadas a la investigación, al igual que la grabación de las comunicaciones relevantes (art. 231.2 inciso 3°).

Al igual que en el caso chileno, la regulación peruana prevé expresamente la notificación de la medida al afectado por ella —siempre que la investigación lo permita y no pusiere en peligro la vida o integridad corporal de terceras personas—, una vez que haya sido ejecutada la medida de intervención y realizadas las investigaciones inmediatas en relación con el resultado de aquella. Con todo, la novedad en este caso es que, a diferencia de la opción chilena, se prevé expresamente la posibilidad de que el afectado pueda instar el reexamen judicial, dentro del plazo de 3 días de notificado, para verificar sus resultados y hacer valer sus derechos, incluida la facultad de impugnar las decisiones dictadas en ese acto (art. 231.3 y art. 231.4). Según el art. 2 Núm. 9 Ley Núm. 27.697, hecha la recolección, se procederá a efectuar el control por parte del Fiscal Recolector y sobre el control y su resultado, la persona interesada que se sienta afectada puede ejercer su derecho de contradicción y defensa, según estime conveniente.

El art. 231.5 CPP contempla un caso en que es posible proceder sin autorización judicial previa, sin perjuicio de requerir la posterior convalidación judicial, cuando durante la ejecución de la intervención y control de las comunicaciones en tiempo real, a través de nuevos números telefónicos o de identificación de comunicaciones, se tomara conocimiento de la comisión de delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas. En tales casos, el Fiscal, excepcionalmente y dando cuenta en forma inmediata al Juez competente para su convalidación, podrá disponer la incorporación de dicho número al procedimiento de intervención de las comunicaciones ya existente, siempre y cuando el Juez en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.

En noviembre de 2014 se aprobó el Protocolo de Intervención o Grabación de Registro de Comunicaciones, mediante Resolución Ministerial Núm. 0243-2014-JUS, que buscar ordenar el procedimiento en etapas más claras para su mejor implementación por parte de la Policía Nacional, el MP y el Poder Judicial. Como sintetiza Morachimo (2016: 20), este Protocolo divide el procedimiento en siete etapas y detalla sus requisitos: (a) informe policial inicial determinando la necesidad de la medida; (b) solicitud o requerimiento fiscal; (c) resolución judicial; (d) notificación de la resolución al fiscal; (e) ejecución de la medida; (f) transcripción de las grabaciones; (g) control o reexamen a pedido del afectado.

5.6. Análisis comparado

Al igual como se indicó respecto de los ordenamientos no latinoamericanos, los sistemas recién expuestos dan cumplimiento general a la exigencia del principio de reserva de ley al contemplar un marco regulatorio sobre la interceptación de comunicaciones en consonancia con el principio de jurisdiccionalidad al someter su procedencia a la exigencia de autorización judicial previa.

Dentro de los aspectos críticos de la regulación en examen, es posible señalar, en primer lugar, lo que respecta al ámbito de procedencia de esta clase de diligencias de investigación, pues, a diferencia de lo advertido en los sistemas no latinoamericanos, en general no

se plantea un catálogo cerrado de delitos susceptibles de aquellas, salvo el caso de Perú y Chile. Por el contrario, se consagra una cláusula de general aplicación sujeta a los requisitos propios del test de proporcionalidad (sea que sus elementos se consignen o no de manera expresa en la ley para los efectos de acceder a la autorización judicial respectiva). En este sentido, destaca la normativa peruana al contemplar explícitamente el uso de esta clase de diligencias respecto de delitos de corrupción y otros relacionados. El resto, en cambio, no contiene una referencia expresa, de modo que habrá que estar al caso concreto, atendiendo si según su gravedad penológica puede o no satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad, salvo el estatuto general chileno que circunscribe su aplicación a las investigaciones de delitos constitutivos de crimen, esto es, sancionados con una pena privativa de libertad desde los 5 años y un día. Otra opción, es reconducir la procedencia de estas diligencias en el evento de que los supuestos de corrupción estén asociados a criminalidad organizada, como es el caso de Brasil en que se contiene una regulación especial de mantención de datos por parte de las concesionarias de telefonía fija y móvil para identificar los números de terminales entrantes y salientes de llamadas internacionales, de larga distancia o locales, poniéndolos a disposición de los agentes de persecución penal en forma directa, sin necesidad de orden judicial previa. En sentido similar puede ubicarse el caso mexicano en que la utilización de esta diligencia en materia de delitos de corrupción puede analizarse desde la aplicación de la normativa contra la delincuencia organizada, al referirse a la investigación de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Con todo, salvo los mencionados supuestos, lo cierto es que la alternativa de recurrir al ámbito de la criminalidad organizada para perseguir casos de corrupción es vacía, toda vez que no se advierte un tratamiento especial que facilite la utilización de esta clase de diligencias para la investigación de este particular fenómeno delictivo. Un atisbo de tratamiento especial puede identificarse en la normativa mexicana, al permitirse que el agente del Ministerio Público de la Federación pueda subsanar las deficiencias y solicitar nuevamente la orden, sin perjuicio de la procedencia del recurso de apelación en contra de la negativa a la solicitud o a la ampliación de la orden de intervención de comunicaciones privadas, cuando su solicitud recaiga

en investigaciones por delincuencia organizada, el que en todo caso, no representa suficiente especialidad.

En segundo lugar, a diferencia de los sistemas no latinoamericanos, no existe un sistema paralelo que, en general, exima de autorización judicial en casos de urgencia tendiente a diferir el control jurisdiccional al efecto, salvo el caso argentino. En este último, se contempla un procedimiento de urgencia para la investigación de delitos de secuestro o que se tramiten en forma conexa con aquellos, cuando exista peligro en la demora, debidamente justificado, de modo que el mismo no cubre los delitos de corrupción, ni siquiera por la vía de la persecución de crimen organizado. En el mismo sentido, si bien la normativa peruana contiene una hipótesis de convalidación judicial posterior, lo cierto es que su ámbito de procedencia, para delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas, es difícilmente extensible al ámbito de los delitos de corrupción. Ahora bien, especial mención crítica merece el caso argentino, pues se prevé una hipótesis que pugna con el principio de jurisdiccionalidad al permitirse la intervención a partir del solo requerimiento del Ministerio Público o la Policía Judicial en el Registro de Usuarios de teléfonos móviles, hurtados, robados o extraviados, para detectar actividades ilícitas realizadas a través de estos dispositivos, sin delimitación sobre los límites o las finalidades a las que responde dicha intervención.

En lo que atañe a la habilitación para proceder con la solicitud de autorización judicial, en general, se dispone que esta sea sustentada por la policía o por el Ministerio Público, salvo el caso de Brasil en que se admite que sea la propia autoridad jurisdiccional la que pueda proceder de oficio, como punto cuestionable desde la perspectiva de los sistemas de corte acusatorio.

Contrario a la exigencia de modalidad escrita de la solicitud adoptada en el ámbito no latinoamericano, es de destacar la posibilidad expresa de proceder de manera verbal, como aspecto que puede favorecer la tramitación eficaz de la solicitud en casos de urgencia, como es el caso de Brasil y Chile. Con todo, la desformalización de la opción chilena, que admite su tramitación por cualquier medio idóneo (teléfono, fax, correo electrónico u otro), es criticable desde

la perspectiva del adecuado control externo de la medida en caso de que ella sea concedida. En este sentido, México alcanza un parámetro ejemplar, por cuanto, por una parte, junto con admitir que la solicitud pueda ser dirigida por cualquier medio, se encarga de regular detalladamente el contenido de la misma, haciéndose cargo de aspectos que son omitidos en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos que se analizan en este apartado; y, por otra, a pesar de admitir que la autorización se formule por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con la sola comparecencia del Ministerio Público, exige que la autorización sea transcrita en sus puntos resolutivos cuando se registre por medios diversos al escrito, con lo cual se supera la crítica expuesta sobre el sistema chileno.

Si bien los ordenamientos latinoamericanos no contienen la posibilidad de que el juez pueda solicitar aclaraciones o mayores informaciones complementarias al efecto antes de resolver, es de destacar como punto favorable a la utilización de estas medidas de investigación el que la normativa peruana y mexicana contemple un recurso de apelación (de tramitación simplificada) en contra de la resolución que rechace su procedencia. De todos modos, un aspecto positivo es el menor plazo que los sistemas latinoamericanos disponen para la resolución sobre la autorización, de manera tal que esta deba dictarse inmediatamente (como el caso mexicano, peruano y chileno cuando es verbal), o en el plazo de 24 horas (caso brasileño y chileno cuando la solicitud se formula por escrito). De modo criticable el ordenamiento argentino, no entrega un rango de tiempo para la respuesta judicial.

En materia de duración de la medida, los ordenamientos latinoamericanos de referencia, en general, coinciden con la concesión de un plazo máximo de vigencia, aunque susceptible de prórrogas indeterminadas. Una excepción aparente se encuentra en el sistema mexicano donde, a pesar de fijar un plazo máximo de intervención de 6 meses incluidas sus prórrogas, se permite igualmente la ampliación de la medida siempre que se invoquen nuevos antecedentes que la justifiquen. Resulta criticable el reducido plazo de 15 días que el sistema brasileño contempla tanto para la primera autorización de la medida como para las sucesivas prórrogas, en relación con el plazo de 60 días contenidos en los casos chileno y peruano, y la solución

argentina que lo fija en 30. Ciertamente, de cara a la colaboración internacional que puede llegar a requerir la persecución transnacional de la corrupción, sería deseable contar con un plazo uniforme y más amplio, para facilitar las gestiones correspondientes.

Sobre la falta de limitación temporal en la procedencia de prórrogas, no obstante ser una cuestión importante para promover la espera de resultados exitosos de investigación, puede estimarse censurable si ello no se acompaña de un adecuado seguimiento jurisdiccional destinado a controlar las operaciones de interceptación. Este reproche puede formularse al sistema chileno al no proveer ningún control sobre la ejecución de la medida ni sobre la destrucción o eliminación de los antecedentes que por esta vía se recopilen y, que, en cambio sí se consagran con cierto detalle en los ordenamientos argentino, mexicano, brasileño y peruano (aunque en este último el mayor control provenga del denominado "fiscal recolector"). En el caso de Brasil, se considera la exigencia de informar al juez los resultados de la interceptación una vez que ella haya finalizado, contemplando, a su vez, un sistema de reporte a efectos estadísticos con la información que debe ser remitida por los miembros de la Fiscalía General y los jueces, de manera mensual, al Inspector General de la Fiscalía General y al Inspector General del Consejo Nacional de Justicia.

En relación con lo anterior, desde la perspectiva del control externo, esto es, aquel que es posible desplegar por parte de quienes resulten afectados por la medida de interceptación, se advierte que los ordenamientos latinoamericanos descuidan dicho aspecto en los casos en que no se continúe adelante con la tramitación judicial de la causa. En este sentido, si bien Chile contiene una disposición expresa al efecto, la misma no suele ser efectivamente aplicada por los tribunales. En esta línea también se advierte escaso desarrollo sobre el procedimiento de eliminación de datos, que efectivamente prevea el ejercicio del derecho de defensa por parte de quienes se hubiesen visto afectados por la medida. Desde este último extremo, solo el sistema mexicano se refiere expresamente a un procedimiento de destrucción a cargo del juez de control, respecto de aquellos registros que no se relacionen con los delitos investigados o con otros delitos que hayan ameritado la apertura de una investigación diversa, salvo que la defensa solicite que sean preservados por considerarlos útiles para su labor.

6. EL SISTEMA COLOMBIANO

6.1. Desarrollo normativo

La legislación colombiana en materia de vigilancia de las comunicaciones es dispersa e incompleta y la falta de un marco normativo claro e integral dificulta el control ciudadano de su desarrollo. En palabras de Rivera y Rodríguez (2015: 6), más grave aún, ello puede constituir un incumplimiento de tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Colombia.

El régimen legal colombiano diferencia la interceptación de comunicaciones del monitoreo del espectro electromagnético. Como explica Cortés (2014: 13): "Mientras la primera actividad se enmarca en investigaciones penales concretas, a partir de una noticia criminal y con el propósito de buscar pruebas para identificar a los autores de un delito, la segunda hace parte de las actividades de inteligencia del Estado; no se hace con el fin de perseguir a una persona en concreto, sino con el objetivo de prevenir usos ilegítimos del espectro". Dentro de la regulación procesal penal, también se contiene la hipótesis de interceptación de comunicaciones en caso de que se declare estado de conmoción interior. La Ley Núm. 137 de junio de 1994, en su art. 38 letra e) faculta al gobierno nacional para disponer, con orden de autoridad judicial competente, la interceptación o registro de comunicaciones con el único fin de buscar pruebas judiciales o prevenir la comisión de delitos.

En lo que respecta a la interceptación de comunicaciones propiamente tal, el Decreto Núm. 1704 de 2012, que reglamenta el art. 52 de la Ley Núm. 1453 de 2011, en su art. 1°, ofrece una definición de interceptación legal de comunicaciones señalando que: "La interceptación de las comunicaciones, cualquiera que sea su origen o tecnología, es un mecanismo de seguridad pública que busca optimizar la labor de investigación de los delitos que adelantan las autoridades y organismos competentes, en el marco de la Constitución y la Ley".

El art. 15 de la Constitución colombiana, luego de reconocer el derecho a la intimidad personal y familiar, declara el carácter inviolable de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, señalando que estas últimas "solo pueden ser interceptadas o regis-

tradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley". Sin embargo, la intervención no siempre tiene lugar "mediante" una orden judicial. Constitucionalmente, también es posible que la orden judicial sea posterior a la ejecución de la medida, pues según lo dispuesto en su art. 250 Núm. 2 de la carta fundamental, la Fiscalía General de la Nación puede realizar registros, allanamiento, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, sin orden judicial previa. En tales casos, se establece en forma excepcional, un control posterior sobre lo realizado por el juez que ejerza las funciones de control de garantías, a más tardar dentro de las 36 horas siguientes. Esta excepción, como se ha indicado por Corte Constitucional C-1092, 19 de noviembre de 2003 —que en cuanto tal debe ser interpretada restrictivamente—, se justificaría por referirse a realidades fácticas que están propensas a cambios repentinos o que pueden ser alteradas fácilmente, lo que podría perjudicar la investigación criminal. En efecto, como se ha sostenido en Corte Constitucional SU-414 de 2017, según la misma disposición, en caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, debe obtenerse la respectiva autorización del juez que ejerza funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

En este orden de cosas, el art. 235 CPP cumple el mandato constitucional al ofrecer el marco regulatorio de esta medida al señalar que el fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones que se cursen por cualquier red de comunicaciones, en donde curse información o haya interés para los fines de la actuación. Así, la audiencia de control de legalidad posterior de esta orden, que debe fundamentarse por escrito, debe verificarse, según el art. 237 CPP, dentro de las 24 horas siguientes a la recepción del informe de Policía Judicial sobre las diligencias de las órdenes de retención de correspondencia o interceptación de comunicaciones. Con todo, la orden no puede dirigirse en contra de las comunicaciones de un acusado con su defensor.

Una primera cuestión a este respecto sería determinar que, para ser respetuosos de los plazos indicados en el texto constitucional, el

mencionado informe sobre la diligencia debería ser evacuado dentro de un plazo que, unido a las 24 horas indicadas en esta disposición no exceda —en total— de las 36 horas que constitucionalmente se disponen para revisar la legalidad de lo ejecutado desde la emisión de la orden. En efecto, esta interpretación tendría confirmación en lo dispuesto en el art. 14 del CPP, según el cual si fuere necesario interceptar comunicaciones se precisa de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo a las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Su inciso final señala que: "En estos casos, dentro de las 36 horas siguientes deberá adelantarse la respectiva audiencia ante el juez de control de garantías, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación". Con todo, la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana, en cuanto precedente jurisprudencial, en Corte Constitucional sentencia C-014 de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, en relación con lo señalado en la sentencia C-131 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, ha indicado que: "conforme a lo dispuesto en los arts. 228 CPP, sobre registros y allanamientos, 223 ídem, relativo a retención de correspondencia, 235 ídem, relacionado con interceptación de comunicaciones y 236 ídem, sobre recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios tecnológicos, el término máximo del que dispone la Policía Judicial para informar a la Fiscalía y hacer entrega de lo recabado es de 12 horas". En este sentido, consideró que el plazo de 24 horas para el ejercicio del control de garantías no infringía las 36 horas previstas en el art. 250.2. de la Constitución Política.

El mismo art. 237 regula las facultades que tiene el juez en esta audiencia, señalando que, si lo estima conveniente, puede interrogar directamente a los comparecientes. Entiéndase por comparecientes, al fiscal, los funcionarios de la Policía Judicial, así como los testigos o peritos que hubiesen prestado declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que hubiesen intervenido en la diligencia. Una vez escuchados los argumentos del fiscal, el juez debe decidir de plano sobre la validez del procedimiento. Conviene tener presente lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU-414 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos, en orden a distinguir que la Ley Núm. 906 de 2004 prevé cuatro disposiciones relativas a la interceptación a las comunicaciones, a saber: (a) el art. 14 que establece como principio rector de la actuación procesal el derecho a la intimidad;

(b) el art. 154.1 que regula las distintas modalidades de audiencia preliminar; (c) el art. 235 sobre la finalidad de la interceptación a las comunicaciones y, por último, (d) el art. 237 que regula la audiencia de control de legalidad posterior a cargo del juez de control de garantías. Más precisamente, destaca que a propósito de la audiencia preliminar la citada disposición ordena "poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las 36 horas siguientes".

Como se advierte, en este control, por regla, no se contará con la presencia del imputado y su defensor. Su comparecencia se encuentra prevista únicamente cuando el cumplimiento de la orden tiene lugar luego de formulada la imputación, para que puedan realizar el contradictorio, aplicándose analógicamente las reglas previstas para la audiencia preliminar (art. 237, inciso final). Luego, si la defensa se hubiese abstenido de intervenir en dicha audiencia, conforme al art. 238 podrá solicitar en otra audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria la exclusión de las evidencias obtenidas. Por último, según esta misma disposición la decisión del juez de control de garantías sobre la legalidad de la medida es inimpugnable, salvo los casos previstos en la ley.

El art. 235 dispone que la respectiva interceptación, así como su procesamiento técnico, está a cargo de las "autoridades competentes", quienes tienen la obligación de realizar la interceptación inmediatamente después de la notificación de la orden, siendo todos los costos de cargo de la autoridad que la ejecute, quedando las personas que participen en estas diligencias obligadas a guardar la debida reserva.

Se ha discutido la legitimidad del encargo de la ejecución técnica del proceso de interceptación a "las autoridades competentes". A pesar de la vaguedad de la ley en este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que la norma ha especificado que la autoridad que da la orden y dirige la interceptación es la Fiscalía General de la Nación, dejándole a ella la posibilidad de determinar las autoridades que deben realizar la tarea de interceptación y su procesamiento. Una interpretación sistemática así lo avalaría si, a juicio de la Corte, se considera lo dispuesto en el art. 46 Ley Núm. 938 de 2004 que establece

que la mencionada competencia recae en las autoridades de policía judicial, esto es, actualmente, el Cuerpo Técnico de Investigaciones y la Policía Nacional.

Así, en el marco de la ejecución de la medida, sin perjuicio de los mayores detalles que se pueden revisar en el Manual Único de Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación, Versión Núm. 2, p. 12 y siguientes, es pertinente relevar las precisiones impartidas por la Corte Constitucional en orden a que todas las interceptaciones, independientemente de cuál sea la autoridad que las realice, deben estar sujetas a una serie de límites materiales, derivadas de la ley y de los principios que rigen la restricción del derecho a la intimidad. En este sentido la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, ha señalado que:

1. las autoridades encargadas de la operación técnica no podrán actuar de manera autónoma, sino que han de realizarlas con estricta sujeción a las formalidades de la orden y de la Ley;

2. requieren un control posterior del juez de control de garantías como máximo en las 36 horas siguientes a su realización en virtud de lo dispuesto en el art. 250 de la Constitución;

3. en virtud del principio de finalidad deben realizarse exclusivamente para efectos de la investigación. En esta línea, el art. 235 de la Ley Núm. 906 de 2004 señala que: "el fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético";

4. de acuerdo con el principio de necesidad no pueden divulgarse para fines distintos al proceso, lo cual es igualmente consagrado en la parte final del art. 235 de la Ley Núm. 906 de 2004 que permite la interceptación de comunicaciones "cuya información tenga interés para los fines de la actuación". Sobre el punto en cuestión, la Corte Constitucional, en sentencia C-1490 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, ha señalado que esa legitimación no alcanza para justificar la divulgación o uso abusivo de la información almacenada, la cual, en tanto privada, mantiene la garantía de protección que le brinda la Constitución a su titular, cosa distinta es que quepa dentro de lo dispuesto en el último

inciso del artículo 15 de la Carta, que establece que para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

También se ha agregado por la Corte Constitucional C-594 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y SU-414 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos que:

5. en virtud del principio de veracidad, los datos personales que se puedan divulgar en el proceso deben corresponder a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos; y, por último,

6. de acuerdo con el principio de integridad, la información que sea objeto de divulgación en el proceso debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registren y divulguen datos parciales, incompletos o fraccionados.

Se señala, además que, en todo caso, la orden de interceptación deberá fundamentarse por escrito, y que la misma contará con una vigencia máxima de 6 meses, prorrogables si a juicio del fiscal subsisten los motivos fundados que la originaron. La orden del fiscal de prorrogar la interceptación deberá someterse al control previo de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías.

Es de destacar que antes de la modificación introducida por el art. 52 de la Ley Núm. 1453 de 2011, la vigencia máxima de duración no solo era de 3 meses, sino que la posibilidad de prórroga se encontraba prevista por una sola vez ("hasta por otro tanto"), en circunstancias de que actualmente no tiene límite temporal, aunque su prolongación se somete a control judicial previo. Especialmente positiva resulta la novedad incorporada por el art. 13 Ley Núm. 1908 de 2018 a esta disposición, al agregar un nuevo inciso final, según el cual los funcionarios de Policía Judicial deberán rendir informes parciales de los resultados de la interceptación de comunicaciones cuando dentro de las mismas se establezcan informaciones que ameriten una actuación inmediata para recolectar evidencia o elementos materiales probatorios e impedir la comisión de otra u otras conductas delictivas. En todo caso, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías a efectos de legalizar las actuaciones cuando finalice la actividad investigativa.

El control jurisdiccional está orientado a determinar si la actuación de la Fiscalía se ha adecuado a los derechos fundamentales de los ciudadanos, esto es, si ha dado cumplimiento al requisito de proporcionalidad. En palabras de la Corte Constitucional, C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, debe verificarse "si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (a) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (b) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (c) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad". Según Cortés (2014: 25), "este control puede tener dos resultados: si se determina que hubo alguna vulneración en contra de los sujetos investigados, esa actuación de la Fiscalía pierde legitimidad, y las pruebas recaudadas, en la mayoría de los casos, se vuelven inválidas en el proceso penal. Por el contrario, si el juez determina que la Fiscalía no desbordó los límites, aprueba lo actuado".

Por su parte, el art. 38 Ley Núm. 137 de 1994 por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia, dispone en su letra e) que, durante el Estado de Conmoción Interior, el Gobierno tiene la facultad de disponer, con orden de autoridad judicial competente, la interceptación o registro de comunicaciones con el único fin de buscar pruebas judiciales o prevenir la comisión de delitos. Se indica que esta autorización judicial previamente escrita podrá ser comunicada verbalmente cuando existan circunstancias de urgencia insuperables y sea necesario proteger un derecho fundamental grave e inminente peligro. Además, de toda orden, sea verbal o escrita, deberá llevarse registro en un libro especial por parte de la autoridad judicial, indicando la hora, el lugar, el motivo, los nombres de las personas afectadas con dicha orden y la autoridad que lo solicita.

Como sea, se advierte que la existencia de autorización judicial sea previa o posterior, dependiendo de la autoridad que la solicite (Fiscalía General de la Nación o el Gobierno u organismos de inteligencia o contrainteligencia[33]) y los supuestos concretos que la jus-

---

[33] El Decreto Núm. 857 de 2014, por el cual se reglamenta la Ley Estatutaria Núm. 1621 del 17 de abril de 2013, "por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de

inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones", establece los organismos y dependencias que están facultados para realizar actividades de inteligencia y contrainteligencia así: (a) En las Fuerzas Militares: - En el Comando General de las Fuerzas Militares: La Jefatura de Inteligencia y Contrainteligencia Militar Conjunta, sus Direcciones, Divisiones y/o equivalentes y demás unidades o dependencias de inteligencia y contrainteligencia subordinadas a ella. Las unidades o dependencias de inteligencia y contrainteligencia en cada uno de los Comandos Conjuntos o Comandos de Fuerza de Tarea conjunta. - Las unidades o dependencias especiales creadas por el Comandante General de las Fuerzas Militares, mediante acto administrativo, para realizar actividades de Inteligencia y Contrainteligencia, previo concepto de la Jefatura de Inteligencia y Contrainteligencia Militar Conjunta, de acuerdo con su misión, competencias y funciones. (b) En el Ejército Nacional: - La Jefatura de Inteligencia y Contrainteligencia del Ejército Nacional, las dependencias y unidades de inteligencia y contrainteligencia subordinadas a ella. - Las dependencias de inteligencia y contrainteligencia en cada División, Brigada, Batallón y unidades que por su naturaleza y misión desarrollen estas actividades en sus diferentes niveles. - Las unidades especiales creadas por el Comandante del Ejército, mediante acto administrativo, para realizar actividades de Inteligencia y Contrainteligencia, previo concepto de la Jefatura de Inteligencia y Contrainteligencia Militar, de acuerdo con su misión, competencias y funciones. (c) En la Armada Nacional: - La Jefatura de Inteligencia Naval, las dependencias y unidades de inteligencia y contrainteligencia subordinadas a ella. - Las dependencias de inteligencia y contrainteligencia en cada una de las unidades de la Armada Nacional, que por su naturaleza, misión y organización desarrollen estas actividades en sus diferentes niveles. - Las unidades especiales creadas por el Comandante de la Armada Nacional, mediante acto administrativo, para realizar actividades de Inteligencia y Contrainteligencia, previo concepto de la Jefatura de Inteligencia Naval, de acuerdo con su misión, competencias y funciones. (d) En la Fuerza Aérea Colombiana: - La Jefatura de Inteligencia Aérea, las dependencias y unidades de inteligencia y contrainteligencia subordinadas a ella. - Las dependencias de inteligencia y contrainteligencia en cada una de las unidades de la Fuerza Aérea Colombiana, a nivel estratégico, operacional y táctico, que por su naturaleza y misión desarrollen estas actividades en sus diferentes niveles. - Las unidades especiales autorizadas por el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, mediante acto administrativo, para realizar actividades de Inteligencia y Contrainteligencia, previo concepto de la Jefatura de Inteligencia Aérea, de acuerdo con su misión, competencias y funciones. (e) En la Policía Nacional: - La Dirección de Inteligencia Policial con sus dependencias subordinadas, la cual dirigirá, coordinará e integrará la función de inteligencia y contrainteligencia en la Policía Nacional. - Los grupos especializados de la Policía Nacional que sean creados por el Director General de la Policía Nacional, previo concepto de la Dirección de Inteligencia Policial, de acuerdo con su misión, competencias y funciones. (f) En el Departamento Administrativo "Dirección Nacional de Inteligencia": - Todas las dependencias orgánicas a ella. (g) En la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) - Todas las dependencias orgánicas a ella.

tifiquen (orden originaria o prórroga), constituye una exigencia de validez de esta diligencia intrusiva. En efecto, en consonancia con el relevante rol que se asigna a la autorización u orden judicial, el art. 269 CPP colombiano sanciona al que, sin orden judicial previa intercepte datos informáticos en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, o las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que los transporte con la pena de prisión de 36 a 72 meses.

Recientemente, en el mes de noviembre de 2021, la Fiscalía general de la Nación ha emitido una Directiva por medio de la cual se unifican los criterios para la interceptación de comunicaciones y seguimientos de correos electrónicos en las investigaciones judiciales, para evitar abusos y violaciones al derecho a la intimidad de las personas procesadas y sospechosas que están bajo investigación penal, con fin de reforzar su control y ajustar su procedencia a los criterios de proporcionalidad.

6.2. Fortalezas y debilidades del sistema colombiano a la luz de la normativa internacional y comparada

En esta sección se efectuará una evaluación de la situación colombiana a la luz de los criterios que ya han sido desarrollados a propósito de los sistemas latinoamericanos y no latinoamericanos de referencia. Como cuestión general es necesario apuntar el carácter precario de la normativa colombiana para la procedencia e implementación de la diligencia de interceptaciones telefónicas en sentido amplio, y respecto de los delitos de corrupción en concreto.

Así, en primer lugar, es de apuntar como una debilidad del ordenamiento colombiano, el no contener un catálogo detallado o un marco penológico objetivo para determinar la procedencia de esta clase de diligencias de investigación, tal como lamentablemente ocurre en el caso argentino y brasileño. Resulta igualmente censurable que se admita la interceptación como medida prospectiva, es decir, con la sola finalidad de prevenir la comisión de delitos (sin indicación de cuáles ellos sean), a pesar de que tal autorización se conceda únicamente en el contexto de estados excepcionales de conmoción interna.

En segundo lugar, es de destacar favorablemente que, en el régimen general, la legitimidad para solicitar la autorización judicial previa esté entregada a organismos distintos del jurisdiccional, a saber, la Fiscalía o el Gobierno (en caso de estado de conmoción interna). Con todo, se echa en falta una mayor reglamentación sobre el contenido de la solicitud, sin perjuicio de que el mismo pueda deducirse de los criterios definidos por la Corte Constitucional para fundamentar la concesión de la medida y que, en términos generales, reconocen las exigencias del test de proporcionalidad.

En tercer lugar, el sistema colombiano contempla la posibilidad de proceder con esta diligencia por requerimiento directo del fiscal, sin perjuicio de convalidación judicial posterior dentro de las 36 horas siguientes. Se trata, por tanto, de un procedimiento de urgencia (aunque en la práctica constituye la regla general) destinado a abordar aquellos casos en que los medios de prueba estén propensos a cambios repentinos o que pueden ser alteradas fácilmente, lo que podría perjudicar la investigación criminal. Si bien es una opción que también se adopta en los sistemas argentino y peruano, en ambos casos su procedencia se encuentra reducida a un catálogo preciso de delitos, como pormenorización inexistente en el caso colombiano. De todos modos, los tres ordenamientos reseñados se ponen en tensión con los criterios establecidos por TJUE, que necesariamente requiere orden judicial previa. En este sentido, como se dirá en la sección siguiente, es posible promover otros mecanismos que afronten situaciones de urgencia como la descrita, tales como la formulación verbal de la solicitud, por cualquier medio, y la reducción de los tiempos de respuesta judicial, entre otros.

En cuarto lugar, otra debilidad, también presente en el marco argentino, se identifica en la ausencia de un plazo para la emisión de la decisión judicial previa. En efecto, tan solo se establece un plazo de respuesta de 24 horas para el procedimiento de urgencia de convalidación judicial posterior, contado desde la recepción del informe policial correspondiente, el que a su vez debe haber sido remitido al Ministerio Público en el plazo de 12 horas para proceder con la tramitación pertinente.

Por último, se valora positivamente el señalamiento expreso de una duración máxima de la medida, así como la procedencia de

prórrogas sujetas a autorización judicial previa. Con todo, el fijar el plazo original en una extensión máxima de 6 meses, tal como sucede en el caso mexicano, es criticable si se considera que en este caso el estándar de control judicial es débil e inexistente desde el punto de vista externo. En este sentido, en materia de control judicial se prevé únicamente la existencia de un registro especial por parte de la autoridad judicial, en el que debe indicarse la hora, el lugar, el motivo, los nombres de las personas afectadas con dicha orden y la autoridad que solicita la respectiva medida. No existen mecanismos destinados a poner en conocimiento de la persona afectada acerca de la existencia de la medida, ni un procedimiento de destrucción del material recabado, ni tampoco una regulación de la utilización de sus resultados respecto de delitos diversos de aquellos que justificaron la concesión de la medida. De este modo, sujetar las diversas prórrogas a plazos tan extendidos puede considerarse contraria a la consideración de esta clase de diligencias como medidas excepcionales. De otra parte, debe además tenerse presente que el procedimiento de ejecución de la medida también presenta una exigua regulación, que más bien queda circunscrita a la obligación de guardar debida reserva por parte de todos quienes intervengan en su desarrollo.

7. ESPECIFICIDADES EN MATERIA DE CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL EN AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

En primer lugar, tal como ocurre con las normativas latinoamericanas de referencia, la legislación colombiana cuenta con una consagración normativa expresa respecto de la intervención de comunicaciones, aunque con escaso desarrollo puntual sobre las diversas tecnologías que se pueden utilizar en este sentido. Desde esta perspectiva no se contempla un catálogo de delitos que sean susceptibles de la misma, o parámetros objetivos que permitan un análisis al respecto, ni se advierte la mención de los delitos de corrupción como ámbito de la criminalidad merecedora de una regulación especial. De todos modos, a pesar de dar cumplimiento al principio de reserva de ley, no existe una disciplina orgánica

y sistematizada que puntualice las exigencias que debe revestir la solicitud respectiva ni la resolución que sobre ella se pronuncie. En consonancia con su sistema normativo interno, tales aspectos son entregados a la definición jurisprudencial sobre la base del precedente judicial. Idénticos vacíos se advierten en la reglamentación de la ejecución de la medida, su control interno y externo, así como la ausencia de toda referencia a los trámites de eliminación del material obtenido.

En segundo lugar, corresponde destacar la opción de proceder directamente a la intervención por parte de los órganos de persecución penal en casos de urgencia, con control jurisdiccional posterior, con lo que se enmarca en la línea adoptada por los ordenamientos no latinoamericanos de referencia, sin perjuicio de su tensión con los lineamientos del TJUE. Con todo, es preciso reparar en la falta de implementación de otros mecanismos tendientes a la mayor facilitación en el uso de esta clase de diligencias, como es la posibilidad de requerir antecedentes complementarios previos a resolver la concesión de la medida o la previsión de un recurso de apelación en caso de negativa, como opciones vigentes en algunos ordenamientos latinoamericanos.

En tercer lugar, es necesario enfatizar en que la diferencia más prominente del ordenamiento colombiano radica en el reconocimiento normativo de la posibilidad de recurrir a diligencias de vigilancia de las comunicaciones de manera prospectiva, en el marco excepcional de los estados de conmoción interna, aspecto que será tratado el capítulo siguiente.

8. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE ACCIÓN

Con base en el análisis desarrollado en este capítulo se plantean a continuación las propuestas de actuación tanto para América Latina en general (de acuerdo a las tendencias generales identificadas), como para el sistema colombiano en particular.

8.1. Sugerencias para América Latina

En relación con los sistemas latinoamericanos, se recomiendan adoptar las siguientes medidas a la luz de las tendencias generales identificadas.

En primer lugar, es necesario fortalecer la exigencia del principio de reserva de ley, en los dos sentidos que se indican a continuación. De una parte, en términos generales, avanzar hacia un catálogo detallado o un marco penológico objetivo para determinar la procedencia de esta clase de diligencias de investigación, como aspecto ausente en el marco argentino, brasileño y colombiano. De otra parte, hacer procedente esta medida en términos explícitos para los delitos de corrupción, sea que se enmarque o no en actividades de delincuencia organizada, y sin perjuicio de que pueda acordarse un marco penológico mínimo al respecto. La medida propuesta es imprescindible para avanzar en cuestiones tales como la necesaria colaboración internacional que requiere el combate de la corrupción.

En segundo lugar, es preciso eliminar la posibilidad de que la autorización pueda ser concedida de oficio, de manera de resguardar el principio de jurisdiccionalidad, entregando el control de su procedencia a una autoridad jurisdiccional diversa de aquella que formule la solicitud, como debilidad que aún se admite en el sistema brasileño y español, sin perjuicio de las especificidades de la regulación de su proceso penal.

En tercer lugar, se estima conveniente prescindir de procedimientos de urgencia, de carácter general, que admitan la intervención por requerimiento directo de los organismos de persecución penal, aun cuando se difiera el control judicial a una etapa posterior de convalidación posterior. Ello en consonancia con los lineamientos internacionales tendientes a un mayor control de esta clase de medidas intrusivas. En efecto, no basta una cláusula indeterminada que sustente la urgencia en el mero peligro para la obtención de resultados exitosos en la investigación. Si bien podría comprenderse en los casos de secuestro o de peligro inminente para la vida o salud de las personas, parece, de una parte, excesivo intentar su utilización respecto de todo tipo de criminalidad, y, de otra, innecesaria de cara al fenómeno corruptivo, por la mayor complejidad del mismo. En

este sentido, con el objetivo de hacer frente a los casos de urgencia, se recomienda la implementación de otras medidas destinadas a consolidar la eficacia de esta diligencias, tales como: procedimiento de solicitud verbal, con resolución inmediata o en el más breve plazo posible; la posibilidad de que el tribunal, previo a resolver, pueda solicitar mayores informaciones o aclaraciones; y, el establecimiento de un procedimiento de impugnación simplificado, de vista preferente y urgente. Para la satisfacción de este objetivo, también es posible recomendar trabajar en una mayor pormenorización legal sobre el contenido de la solitud de autorización judicial, así como de los criterios a ponderar por el tribunal, con el objetivo de facilitar el razonamiento judicial de cara al cumplimiento de las exigencias del test de proporcionalidad.

En cuarto lugar, parece razonable auspiciar mayor uniformidad en lo que respecta a los tiempos de duración de la medida y sus diversas prórrogas. En este sentido, un plazo máximo de 6 meses parece excesivo, mientras que uno de 15 días se muestra como potencialmente infructífero. De este modo, se muestra dúctil la opción legislativa de aquellos sistemas que lo determinan en un plazo de 60 días. En relación con este punto, y atendido lo criticable que resulta la permisión de prórrogas indeterminadas, su compensación debería reparar en mayores niveles de control judicial sobre la ejecución de la medida a través de informes periódicos, así como ahondar en las particularidades de su grabación y/o almacenamiento, lugar de ejecución y personal especializado a su cargo. Misma atención debería ponerse en el aseguramiento del control externo *ex post*, por parte de los afectados con la injerencia. Desde este extremo, resulta imprescindible el establecimiento de un procedimiento de destrucción de materiales impertinentes o de contenido sensible a cargo de la autoridad judicial, así como una solución normativa expresa para los hallazgos casuales que se produzcan con ocasión de la práctica de estas medidas, con el objeto de esclarecer su utilización en procedimientos diversos.

8.2. Propuesta de acción para Colombia

En relación con el sistema colombiano, se recomiendan adoptar las siguientes medidas a la luz de las tendencias generales identificadas.

1. Señalar legalmente la procedencia de esta clase de diligencia de investigación expresamente para los delitos de corrupción, sea que opte por su inclusión en términos generales, o se asocie a un determinado marco penológico.

2. Que la admisibilidad de la interceptación de comunicaciones se permita respecto de los delitos de corrupción, sea que estos se encuentren o no asociados al espectro de la delincuencia organizada.

3. Eliminar la procedencia de esta diligencia como medida prospectiva.

4. Eliminar la posibilidad de recurrir a un procedimiento de urgencia con convalidación judicial posterior.

5. Mantener la legitimidad de formular la solicitud de autorización judicial previa a organismos distintos del jurisdiccional, a saber, la Fiscalía o el Gobierno (en caso de estado de conmoción interna).

6. Detallar normativamente el contenido de la solicitud de autorización judicial previa.

7. Detallar a nivel legal los criterios de proporcionalidad a que debe sujetarse el órgano jurisdiccional para la concesión de la medida.

8. Permitir expresamente la formulación verbal de la solicitud en casos de urgencia.

9. Regular expresamente los plazos de respuesta judicial, en términos de inmediatez o a más tardar dentro de las 24 horas siguientes a la recepción de la solicitud, con posibilidad de requerir mayores antecedentes o aclaración, con suspensión del plazo indicado.

10. Admitir el recurso de apelación, con tramitación expedita, para los casos en que judicialmente se rechace la procedencia de la medida.

11. Reducir el plazo general de duración de la diligencia, sin perjuicio de una mayor extensión en casos de delitos de corrupción.

12. Pormenorizar las exigencias del procedimiento de ejecución de la medida, así como la regulación del uso de la evidencia en procedimientos diversos en caso de hallazgos casuales.

13. Fortalecer el control judicial de la medida a través de informes periódicos sobre sus resultados, así como la creación de un sistema general de control, a fin de evaluar el impacto de la medida.

14. Fortalecer el control externo de la medida por parte de quienes puedan resultar afectados por la injerencia, conjuntamente con el establecimiento de un procedimiento de destrucción de los elementos impertinentes y/o sensibles que correspondan.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Cortés Castillo, C. (2014). *Vigilancia de las comunicaciones en Colombia. El abismo entre la capacidad tecnológica y los controles legales*. Colombia: Dejusticia-Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Etcheberry, A. (1999). *Derecho Penal. Tomo III Parte especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Fernández-Delgado, L. (2009). *El Descubrimiento y Revelación de Secretos Documentales y de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson S.L.

Gómez de La Torre, I. (2015): "La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española". *Estudios de Deusto*. Vol. 63(1). Pp. 229-265.

Hernández, H. (2021). "Capítulo IV. Chile". En: Olasolo et. al. (eds.). *Respuestas Nacionales e Internacionales al fenómeno de la Corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano. Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Volumen 12*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 195-236.

Horvitz, M. & López, J. (2002). *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Lavacchini, M. (2014): "La lotta allá corruzione nel sistema penale inglese. Il Bribery Act del 2011 tra scelte di diritto sostanziale e discrezionalità aplicativa". *Diritto Penale Contemporaneo*. Pp. 1-27.

Magalhães, A. (2013): *A motivação das decisões penais. 2ª Ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

Manganaro, F. (2012). "Corruzione e criminalità organizzata". *L'area grigia della ndranheta.* Núm. 4. Pp. 119-132.

Matus, J. & Ramírez, M. (2018). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial.* 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Morachimo, M. (2016). "Vigilancia Estatal de las Comunicaciones y Derechos Fundamentales en Perú". *Hiperderecho y Electronic Frontier Foundation.* Pp. 1-38.

Moreno, M. (2016). "La intervención de las comunicaciones telefónicas y la interceptación de comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas como medios de prueba en el nuevo proceso penal". *Revista de Derecho.* Núm. 1. Pp. 173-200.

Nieva, J. (2013). "Proceso penal y delitos de corrupción (Algunas bases para la reforma estructural del proceso penal)". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho.* Núm. 22. Pp. 1-23.

Politoff, S., Matus, J. & Ramírez, M. (2006). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2ª ed.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Serrano, A. (2004). *Derecho Penal. Parte Especial.* 9ª ed. Madrid: Editorial Dikinson.

Van Weezel, A. & Darricades, T. (2011). "Interceptaciones telefónicas. Oportunidad para avanzar". *Revista del Abogado del Colegio de Abogados de Chile.* Núm. 52. Pp. 40-43.

Vannucci, A. (2010). "L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empírica, fattori facilitante, politiche di contrasto". En: Merloni & Vandello (eds.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi.* Firenze: Passigli.

Informes, resoluciones y otros documentos

Necessary and Proportionate Coalition. (2014). "Principios Internacionales sobre la aplicación de los Derechos Humanos a la vigilancia de las comunicaciones". *Necesario & Proporcionados.* https://necessaryandproportionate.org/es/principios/.

Rivera, J. & Rodríguez, K. (2015). "Vigilancia de las comunicaciones por la autoridad y protección de los derechos fundamentales en Colombia". *Informe Comisión Colombiana de Juristas.* https://www.eff.org/es/document/vigilancia-de-las-comunicaciones-por-la-autoridad-y-proteccion-de-los-derechos.

3. Las medidas especiales de investigación basadas en nuevas tecnologías

AGUSTINA ALVARADO URÍZAR*

1. INTRODUCCIÓN

En estrecha vinculación con las medidas especiales de investigación relativas a la interceptación de comunicaciones tratadas en el capítulo anterior, corresponde ahora delinear el cuadro normativo de las denominadas medidas especiales de investigación basadas en nuevas tecnologías desde la perspectiva de la lucha contra la corrupción. Como se verá, esta clase de diligencias ha comenzado a introducirse en las diversas legislaciones con distintos grados de especificidad, con frecuente remisión al estatuto previsto para la interceptación de comunicaciones telefónicas.

Para comenzar, y siguiendo el mismo esquema ya ofrecido, es necesario apuntar que, en su carácter de medidas intrusivas, suele indicarse que, en esta clase de medidas, también resulta eventualmente afectado el derecho fundamental a la protección de datos, directamente relacionado con el derecho a la intimidad, aunque más amplio que este, pues se discute si tal derecho comprende cualquier tipo de información o solo aquella de carácter sensible. En efecto, el derecho a la protección de datos se identifica con el derecho que tiene todo individuo a controlar el flujo de información relativa a su persona y familia, sin importar si las comunicaciones o documentos estén referidos a un aspecto de la "intimidad". Más precisamente, en lo que respecta al registro informático, en tanto acceso al contenido de un ordenador o dispositivo de almacenamiento masivo de infor-

* Doctora en Ciencias Jurídicas, mención Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Estatal de Milán y Universidad de Girona. Profesora Asistente de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Andrés Bello, Quillota 980, Viña del Mar, Chile. ORCID: 0000-0003-3520-054X.

mación, surge un nuevo derecho fundamental amparado en el derecho al propio entorno virtual que empieza recién a delinearse. En virtud de este último, como señala Arrabal (2019: 137), se apunta a "proteger la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos".

En lo que respecta al reconocimiento normativo de este derecho fundamental, se entiende que él goza de protección a partir de la consagración internacional del derecho a la intimidad expuesta en el capítulo anterior. De este modo, la procedencia y legitimidad de estas medidas cuenta con el mismo respaldo normativo referido con ocasión de las diligencias de intervención de comunicaciones telefónicas, por lo que nos remitimos a lo ya señalado a su respecto. En extrema síntesis, su aceptación, desde el derecho internacional, supone siempre que ellas se encuentren previstas expresamente en la ley; sean necesarias para alcanzar un fin legítimo; sean proporcionales en los términos del objetivo trazado; y, se proporcionen salvaguardas efectivas contra su uso indebido, siendo todas exigencias propias del test de proporcionalidad.

En lo que respecta a la procedencia de esta clase de diligencias para la persecución de la corrupción, nuevamente deben citarse los arts. 50 y 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción suscrita en Mérida en 2003[1], en virtud de Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre; y la Convención de Naciones

---

[1] Sin perjuicio de su antecesora Convención de Viena contra el blanqueo (1988), así como del marco regional constituido por: (a) La Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la OEA el 29 de marzo de 1996; (b) El Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999; (c) La Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, aprobada el 12 de julio de 2003; d) El Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales de la OCDE en 1997; y los Convenios de la Unión Europea contra la corrupción de los funcionarios comunitarios de 1996 y 1997, en relación con la Decisión Marco del Consejo Europeo de 22 de julio de 2003 relativo a la lucha contra la corrupción en el sector privado, potenciada con la Comunicación titulada, «Una política global de la Unión Europea contra la corrupción».

Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo y sus Protocolos de 2000, en virtud de Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre, respectivamente. Tales disposiciones formulan una referencia general a la utilización de técnicas especiales de investigación y su admisión como pruebas, en la medida en que así lo permitan los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos internos y conforme a las condiciones prescritas por éstos. De este modo, el uso de técnicas tales como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, asumen el carácter de simple recomendación para los Estados Parte, instándose a la celebración de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales, o bien acuerdos particulares para su ejecución y utilización en el marco de una necesaria cooperación internacional.

Así, para abordar las diligencias basadas en nuevas tecnologías, este capítulo se dedica a ofrecer primeramente una base conceptual sobre las mismas, para luego avanzar hacia el análisis de las legislaciones de referencia (tanto en el ámbito latinoamericano como no latinoamericano) que las contienen. Todo, como ejercicio previo necesario para conducir la reflexión comparada en que se enfoca la presente obra.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL PRELIMINAR

El que las medidas de investigación basadas en nuevas tecnologías se encuentren tan íntimamente relacionadas con las diligencias de interceptación de "comunicaciones", se debe justamente al contenido atribuido a esta última expresión, cuestión que permite englobarlas dentro de un más amplio espectro constituido por la denominada "vigilancia de las comunicaciones". En este sentido, según los Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones, por "comunicaciones" habrá de comprenderse "todas las actividades, interacciones y transacciones transmitidas por medios electrónicos, tales como el contenido, la identidad de las partes, información de rastreo de ubicación incluyendo direcciones IP; momento y duración de las comunicaciones, e identificadores de los equipos utilizados". Como se advierte, en el entorno moderno, la vigilancia de estas comprende el monitorear,

interceptar, recoger, analizar, usar, preservar, guardar, interferir u obtener información que incluya o refleje las comunicaciones pasadas, presentes o futuras de una persona, sea que derive o surja de ellas.

De este modo, dentro de las comunicaciones, se vuelve necesario distinguir entre aquellas donde el medio es simplemente el telefónico, sea móvil o fijo, ya tratadas en el capítulo anterior; y aquellas en que las líneas de comunicación son operadas por sistemas informáticos. En este último grupo debe incluirse la interceptación de la transmisión de correos electrónicos y otros sistemas de comunicación a través de Internet con destinatarios determinados personalizados como sucede con *Skype, Line, WhatsApp*, etc., así como la denominada videovigilancia. Se trata entonces de analizar el conjunto de técnicas de investigación que van desde el acceso a las comunicaciones por internet que, en tanto interceptaciones telemáticas, incluye la comunicación oral y/o combinada con imágenes o datos a través de diversos dispositivos, como computadores, *tablets,* o incluso cámaras fotográficas con sistemas de *wifi* capaces de transmitir datos con los que se operen comunicaciones vía *WhatsApp* u otra aplicación de mensajería instantánea o correo electrónico; hasta la utilización de técnicas de captación y grabación de conversaciones y/o imágenes mediante la utilización de dispositivos electrónicos, entre las que se incluye la videovigilancia y la vigilancia electrónica, así como los sistemas de seguimiento y localización mediante internet.

La videovigilancia como proceso mecánico de obtención de imágenes y/o sonidos que, por sí solas no tienen entidad suficiente para poder ser consideradas datos personales, adquieren este carácter cuando se organizan en forma adecuada, pudiendo revelar información privada de los individuos. Con todo, estos medios técnicos pueden dirigirse únicamente a la captación de imágenes (también llamada videovigilancia autónoma), donde entra en juego el derecho a la intimidad y a la propia imagen; o bien, pueden utilizarse juntamente con medios técnicos de captación de las comunicaciones orales sostenidas en forma directa (también llamada videovigilancia complementaria), con lo que se ve comprometido el secreto de las comunicaciones. El complejo análisis de cada una de estas situaciones, además, dependerá del lugar en que se encuentre el sujeto sometido a la medida, según se encuentre en lugares públicos, abiertos,

cerrados o privados, entrando en debate la cuestión del domicilio y su inviolabilidad con ocasión de las denominadas "intrusiones virtuales", en contraposición a las clásicas entradas materiales.

3. EXPERIENCIAS COMPARADAS EN LOS ORDENAMIENTOS NO LATINOAMERICANOS: ESPAÑA, ITALIA Y ESTADOS UNIDOS

3.1. España

En España, es la Ley Orgánica 13/2015 la que introduce una regulación exhaustiva de diversas diligencias basadas en nuevas tecnologías. En efecto, además de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se tipifican y regulan: (a) la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; (b) la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen; (c) el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; y (d) los registros remotos sobre equipos informáticos.

Como se indicó en el capítulo anterior, los aspectos comunes a todas ellas se encuentran normadas en los arts. 588 bis a) a 588 bis k) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que se encarga de consagrar las exigencias propias del principio de proporcionalidad a que debe ajustarse la autorización judicial respectiva. Con todo, es preciso reiterar que su ámbito de aplicación se circunscribe a los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, 3 años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos de terrorismo; y, delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación (art. 579.1 y art. 588 ter a). Particularmente, con arreglo a la prohibición de exceso, las medidas de investigación tecnológica solo se reputan proporcionadas cuando, consideradas todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración

del interés público se basa en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho (art. 588 bis a] Núm. 5). Del resto, nos remitidos a lo ya señalado en el capítulo anterior, para ahora abordar su regulación específica.

Según el art. 588 ter b) el objeto de la intervención son los terminales o medios de comunicación que son habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado (sin perjuicio de que también puedan intervenirse los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad). Incluso puede acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información; cuando el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad; o cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular (art. 588 ter c).

En particular, la autorización de intervención judicial puede versar sobre el acceso al contenido de las comunicaciones, a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o como receptor, y podrá afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario. Para estos efectos, se define como datos electrónicos de tráfico o asociados todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga (art. 588 ter b).

Para la ejecución de la diligencia se establece el deber de colaboración de todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier

modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, guardando el debido secreto sobre las actividades requeridas por las autoridades, so pena de incurrir en delito de desobediencia (art. 588 ter e).

En concreto, la forma de llevar a cabo la intervención se desarrolla en el art. 39 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. En este sentido, se detalla que el deber de facilitación se encuentra referido a cualquier comunicación que tenga como origen o destino el punto de terminación de red o el terminal específico que se determine a partir de la orden de interceptación legal, incluso aunque esté destinada a ser dispositivo de almacenamiento o procesamiento de la información; asimismo, la interceptación podrá realizarse sobre un terminal conocido y con unos datos de ubicación temporal para comunicaciones desde locales públicos. Cuando no exista una vinculación fija entre el sujeto de la interceptación y el terminal utilizado, este podrá ser determinado dinámicamente cuando el sujeto de la interceptación lo active para la comunicación mediante un código de identificación personal (art. 39.3). A continuación, se indica que el acceso se facilitará para todo tipo de comunicaciones electrónicas, en particular, por su penetración y cobertura, para las que se realicen mediante cualquier modalidad de los servicios de telefonía y de transmisión de datos, se trate de comunicaciones de video, audio, intercambio de mensajes, ficheros o de la transmisión de facsímiles. El acceso facilitado servirá tanto para la supervisión como para la transmisión a los centros de recepción de las interceptaciones de la comunicación electrónica interceptada y la información relativa a la interceptación, y permitirá obtener la señal con la que se realiza la comunicación (art. 39.4).

El art. 39 en sus numerales 5 a 7 señala los datos que los sujetos obligados deben facilitar al agente facultado, salvo que por las características del servicio no estén a su disposición, y que deben estar indicados en la orden de interceptación legal[2]. Con carácter previo a

---

[2] Se alude a los siguientes datos: (a) Identidad o identidades del sujeto objeto de la medida de la interceptación. Se entiende por identidad: etiqueta técnica que puede representar el origen o el destino de cualquier tráfico de comunica-

la ejecución de la orden de interceptación, los sujetos obligados también deben facilitar al agente facultado información sobre los servicios y características del sistema de telecomunicación que utilizan los sujetos objeto de la medida de interceptación y, si obran en su poder, los correspondientes nombres de los abonados con sus números de documento nacional de identidad, tarjeta de identidad de extranjero o pasaporte, en el caso de personas físicas, o denominación y código de identificación fiscal en el caso de personas jurídicas (art. 39 Núm. 9). Adicionalmente, los sujetos obligados deberán mantener en todo momento preparadas una o más interfaces a través de las cuales las comunicaciones electrónicas interceptadas y la información relativa a la interceptación se transmitirán a los centros de recepción de las interceptaciones. Las características de estas interfaces y el formato para la transmisión de las comunicaciones interceptadas a estos centros estarán sujetas a las especificaciones técnicas que se establezcan por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (art. 39 Núm. 10). Por último, en caso de que los sujetos obligados apliquen a las comunicaciones objeto de interceptación legal algún procedimiento

---

ciones electrónicas, en general identificada mediante un número de identidad de comunicaciones electrónicas físico (tal como un número de teléfono) o un código de identidad de comunicaciones electrónicas lógico o virtual (tal como un número personal) que el abonado puede asignar a un acceso físico caso a caso; (b) Identidad o identidades de las otras partes involucradas en la comunicación electrónica; (c) Servicios básicos utilizados; (d) Servicios suplementarios utilizados; (e) Dirección de la comunicación; (f) Indicación de respuesta; (g) Causa de finalización; (h) Marcas temporales; (i) Información de localización; (j) Información intercambiada a través del canal de control o señalización. Además, deberán facilitar al agente facultado los siguientes datos de cualquiera de las partes que intervengan en la comunicación que sean clientes del sujeto obligado: (a) Identificación de la persona física o jurídica; (b) Domicilio en el que el proveedor realiza las notificaciones. Y, aunque no sea abonado, si el servicio de que se trata permite disponer de alguno de los siguientes: (c) Número de titular de servicio (tanto el número de directorio como todas las identificaciones de comunicaciones electrónicas del abonado); (d) Número de identificación del terminal; (e) Número de cuenta asignada por el proveedor de servicios Internet; (f) Dirección de correo electrónico. También se comprende la entrega de información relativa a la situación geográfica del terminal o punto de terminación de red origen de la llamada, y de la del destino de la llamada. En caso de servicios móviles, se proporcionará una posición lo más exacta posible del punto de comunicación y, en todo caso, la identificación, localización y tipo de la estación base afectada.

de compresión, cifrado, digitalización o cualquier otro tipo de codificación, deberán entregar aquellas desprovistas de los efectos de tales procedimientos, siempre que sean reversibles. Luego, las comunicaciones interceptadas deben proveerse al centro de recepción de las interceptaciones con una calidad no inferior a la que obtiene el destinatario de la comunicación (art. 39 Núm. 11).

Como cuestión general, aplicable a todas las medidas de investigación basadas en nuevas tecnologías, es preciso considerar que, dado que su ejecución puede generar la elaboración de registros que contengan la información (*v.g.*, grabaciones de voz, de imagen, de datos de localización), el art. 588 bis k) LECrim dispone expresamente el procedimiento para la destrucción de los registros una vez terminado el procedimiento mediante resolución firme. De este modo, el juez debe ordenar a la Policía Judicial (en adelante PJ) el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida, conservándose una copia bajo custodia del secretario judicial. Se acordará la destrucción de las copias conservadas cuando hayan transcurrido 5 años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal.

Otro aspecto general que merece ser apuntado dice relación con el establecimiento de los plazos de duración de esta clase de diligencias. Según lo dispuesto en el art. 588 bis e) no existe un límite concreto, pues se exige que el juez especifique su duración, con el límite genérico de que no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos ni, tampoco, el tiempo máximo de duración de la instrucción que, según el art. 324.1 LECrim, es de 12 meses desde la incoación de la causa. Sin embargo, también cabe la posibilidad de prorrogar la investigación sin límite de tiempo[3]. De otra parte, la medida puede ser prorrogada, mediante auto motiva-

---

[3] Según el art. 324.1 LECrim, "Las prórrogas se adoptarán mediante auto donde se expondrán razonadamente las causas que han impedido finalizar la investigación en plazo, así como las concretas diligencias que es necesario practicar

do, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaron. La solicitud de prórroga debe ser dirigida por el Ministerio Fiscal (en adelante MF) o la PJ al juez competente con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido y debe incluir: (a) un informe detallado de sus resultados; y (b) las razones que justifiquen su continuación. El juez debe resolver la solicitud dentro de los 2 días siguientes a su presentación, pudiendo también pedir aclaraciones o mayores informaciones al efecto. Concedida la prórroga, su cómputo se inicia desde la fecha de expiración del plazo inicial (art. 588 bis f). Una vez transcurrido el plazo de la medida (original o su prórroga) o una vez que desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de ella no se están obteniendo los resultados pretendidos (art. 588 bis j), esta debe cesar a todo evento.

La LECrim regula de forma singular el acceso a la identidad de quien figura asociado a una dirección IP en su art. 588 ter k). Así, cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de la PJ tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión de algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el art. 588 ter e), la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso. Según Gascón (2020: 157), "esta identificación puede servir de base, en función de las circunstancias, para intervenir las comunicaciones telemáticas, hacer un registro remoto o directamente proceder a un registro domiciliario".

En términos similares, el art. 588 ter i) regula la identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes. Se indica que, siempre que en el marco de una investigación no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y este resulte indispensable a los

---

y su relevancia para la investigación. En su caso, la denegación de la prórroga también se acordará mediante resolución motivada".

fines de la investigación, los agentes de PJ podrán valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración de identidad internacional de abonado móvil o IMSI por sus siglas en inglés (*International Mobile Subscriber Identity*) o la identidad internacional del equipamiento móvil o IMEI por sus siglas en inglés (*International Mobile Station Equipment Identity*)[4] y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones. Una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, los agentes de la PJ podrán solicitar del juez competente la intervención de las comunicaciones en los términos establecidos en el art. 588 ter d), debiendo indicar en dicha solicitud la circunstancia de haber utilizado los mentados artificios técnicos. El tribunal, por su parte, debe dictar resolución motivada concediendo o denegando la solicitud de intervención en el plazo máximo de 24 horas desde presentada la solicitud. En otras palabras, como explica Gascón (2020: 157), "para llevar a cabo estas operaciones no será precisa la autorización judicial, aunque a la hora de solicitar con posterioridad la intervención de las comunicaciones será preciso poner en conocimiento del juez que se utilizaron para identificar el número en cuestión".

También se regula expresamente el caso en que sea necesario obtener la identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad. Para estos efectos, el art. 588 ter m) señala que, cuando en el ejercicio de sus funciones, el MF o la PJ necesiten conocer la

---

[4] Mientras el IMSI es un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, sea que se encuentre o no adosado a la tarjeta SIM, que contiene hasta 15 dígitos asignado a cada conexión del sistema global para comunicaciones móviles (GSM) que se puede usar para identificar la ubicación y localización de un dispositivo móvil, incluso en tiempo real; el IMEI, en cambio, si bien también es un código de 15 cifras, este es asociado por los fabricantes de teléfonos a cada móvil de manera exclusiva para que se envíe automáticamente cada vez que se conecta a una red por motivos de seguridad con el objetivo de que el operador pueda identificar terminales válidos y que, por tanto, pueden conectarse a la red.

titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia. Como anota Gascón (2020: 157), "nuevamente, pues, se prescinde de la autorización judicial para acceder a esta información".

En lo que respecta a los datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios, el art. 588 ter j) señala que los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial. Luego, cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación, se solicitará del juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precisen la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión.

En relación con este último punto, resulta relevante traer a colación lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, aprobada para dar trasposición a la Directiva europea 2006/24 de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o relativos a comunicaciones electrónicas y telefónicas, de modo que puedan usarse para la investigación de delitos graves. Para Gascón (2020: 160), "resulta así paradójico que mantenga su vigencia una norma nacional que tiene su origen en una Directiva que, en cierto modo, ha sido declarada «inconstitucional» a nivel europeo (pues lo que im-

puta el TJUE a la Directiva es la infracción de derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)". En efecto, "el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 8 de abril de 2014 (asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12) estableció la nulidad de la Directiva por considerar que comporta una injerencia desproporcionada en la privacidad. A juicio del Tribunal de Justicia de Europa (JUE) el conjunto de los datos que se obliga a conservar por los operadores permitiría obtener datos relativos a circunstancias de la vida privada de las personas (hábitos, lugares de residencia, relaciones sociales), sin que la Directiva incluya medidas ni garantías suficientes que permitan controlar que la intrusión se limita a lo estrictamente necesario (principio de proporcionalidad). El TJUE señala igualmente que en la Directiva no figuran criterios objetivos que permitan garantizar que las autoridades nacionales solo accederán a los datos que sean necesarios para cumplir con los fines de investigar los delitos graves que justifican dicha intrusión, en infracción de las reglas sobre protección de datos".

De otra parte, el art. 3 de esta Ley se encarga de especificar los datos que en cada caso deben ser conservados[5]. Sobre la obligación

---

[5] Art. 3. Datos objeto de conservación. 1. Los datos que deben conservarse por los operadores especificados en el artículo 2 de esta Ley, son los siguientes: (a) Datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación: 1 Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: (i) Número de teléfono de llamada.(ii) Nombre y dirección del abonado o usuario registrado. 2 Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet: (i) La identificación de usuario asignada. (ii) La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía. (iii) El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono; (b) Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación: 1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: (i) El número o números marcados (el número o números de teléfono de destino) y, en aquellos casos en que intervengan otros servicios, como el desvío o la transferencia de llamadas, el número o números hacia los que se transfieren las llamadas. (ii) Los nombres y las direcciones de los abonados o usuarios registrados. 2.º Con respecto al correo electrónico por Internet y la telefonía por Internet: (i) La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet. (ii) Los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación

de conservar dichos datos, su art. 4 indica que los sujetos obligados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los datos indicados en el art. 3 citado se conserven de conformidad con lo dispuesto en ella, en la medida en que sean generados o tratados por

---

de usuario del destinatario de la comunicación; (c) Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación: 1 Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: la fecha y hora del comienzo y fin de la llamada o, en su caso, del servicio de mensajería o del servicio multimedia. 2 Con respecto al acceso a Internet, al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: (i) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a Internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación, y la identificación de usuario o del abonado o del usuario registrado. (ii) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por Internet o del servicio de telefonía por Internet, basadas en un determinado huso horario; (d) Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación. 1 Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: el servicio telefónico utilizado: tipo de llamada (transmisión de voz, buzón vocal, conferencia, datos), servicios suplementarios (incluido el reenvío o transferencia de llamadas) o servicios de mensajería o multimedia empleados (incluidos los servicios de mensajes cortos, servicios multimedia avanzados y servicios multimedia). 2 Con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: el servicio de Internet utilizado; (e) Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación: 1º Con respecto a la telefonía de red fija: los números de teléfono de origen y de destino. 2 Con respecto a la telefonía móvil: (i) Los números de teléfono de origen y destino. (ii) La identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada. (iii) La identidad internacional del equipo móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada. (iv) La IMSI de la parte que recibe la llamada. (v) La IMEI de la parte que recibe la llamada. (vi) En el caso de los servicios anónimos de pago por adelantado, tales como los servicios con tarjetas prepago, fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (el identificador de celda) desde la que se haya activado el servicio. 3 Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet: (i) El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números. (ii) La línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación; (f) Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil: 1 La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación. 2 Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el período en el que se conservan los datos de las comunicaciones. 2. Ningún dato que revele el contenido de la comunicación podrá conservarse en virtud de esta Ley.

aquellos en el marco de la prestación de los servicios de comunicaciones de que se trate. En ningún caso, los sujetos obligados podrán aprovechar o utilizar los registros generados, fuera de los supuestos de autorización fijados en el art. 38 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. Esta obligación de conservación se extiende a los datos relativos a las llamadas infructuosas, en la medida que los datos son generados o tratados y conservados o registrados por los sujetos obligados. Se entenderá por llamada infructuosa aquella comunicación en el transcurso de la cual se ha realizado con éxito una llamada telefónica, pero sin contestación, o en la que ha habido una intervención por parte del operador u operadores involucrados en la llamada. Por último, los datos relativos a las llamadas no conectadas están excluidos de las obligaciones de conservación contenidas en esta Ley, entendiéndose por tal aquella comunicación en el transcurso de la cual se ha realizado sin éxito una llamada telefónica, sin que haya habido intervención del operador u operadores involucrados.

En lo que respecta al plazo para la conservación de los datos, el art. 5 establece que ellos deben mantenerse por 12 meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación. Reglamentariamente, previa consulta a los operadores, se podría ampliar o reducir dicho plazo para determinados datos o una categoría de ellos hasta un máximo de 2 años o un mínimo de 6 meses, tomando en consideración el coste de su almacenamiento y conservación, así como de su interés para los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave, previa consulta a los operadores. Todo, sin perjuicio de lo previsto en el art. 16.3 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, sobre la obligación de conservar datos bloqueados en los supuestos legales de cancelación.

Según el art. 6°, los datos conservados de conformidad con esta Ley solo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial (Núm. 1). La cesión de la información se efectuará mediante formato electrónico únicamente a los agentes facultados[6], y deberá limitarse a la infor-

---

[6] Para estos efectos, se consideran "agentes facultados": (a) los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando desempeñen funciones de PJ, de

mación que resulte imprescindible para la consecución de los fines indicados en su art. 1.

En segundo lugar, en lo que respecta a la captación y grabación de comunicaciones orales directas regulada en el capítulo VI LECrim, establece en su art. 588 quater a) LECrim la posibilidad de que el Juez de Instrucción autorice la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados. La escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes siempre que así se autorice expresamente en la resolución respectiva.

Dado el carácter invasivo de esta medida respecto del derecho fundamental a la intimidad del investigado, la misma se somete a estrictos requisitos previstos en el art. 588 quater b): (a) La medida debe estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación; (b) Solo procede respecto de hechos constitutivos de delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, 3 años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o delitos de terrorismo; y siempre que pueda preverse racionalmente que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor. Según el art. 588 quater a), como los dispositivos pueden ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado, si fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante debe extender su

---

acuerdo con lo previsto en el art. 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; (b) los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como PJ, de acuerdo con el apartado 1 del art. 283 de la LECrim; (c) el personal del Centro Nacional de Inteligencia en el curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades, de acuerdo con lo previsto en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares, con expresa mención al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia (art. 588 quater c).

Para el control de la medida, la PJ debe poner a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones que considere de interés, debiendo además indicar a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida (art. 588 quater d]). Cesada la medida por alguna de las causales generales antes expuestas (art. 588 bis j]), la grabación de conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros o la captación de imágenes de tales momentos exigirán una nueva autorización judicial.

En tercer lugar, el capítulo VII de la LECrim se dedica a reglamentar la utilización de dispositivos técnicos de captación de imagen en espacios públicos. El art. 588 quinquies a), permite a la PJ, sin necesidad de autorización judicial previa, obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos. Esta medida puede llevarse a cabo aun cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que se considere necesario o cuando existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de investigación. Como explica Gascón (2020: 162), el que "el investigado y los terceros afectados por la grabación se encuentren en un espacio público legitima la actuación directa de la PJ: en los espacios públicos no existe una expectativa legítima de privacidad, sin la cual no puede entenderse que exista derecho fundamental a la intimidad que pueda considerarse restringido".

A continuación, el art. 588 quinquies b) LECrim se refiere a la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización (v.g., balizas ocultas en coches o en efectos personales del investigado), para lo cual se requiere que autorización judicial previa que especifique el medio técnico que va a utilizarse. En caso de que concurran razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no co-

locarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación, la PJ podrá proceder a colocar directamente el dispositivo, con el deber de dar cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de 24 horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso.

En lo que respecta a la duración de esta medida, la misma no puede exceder de 3 meses a partir de la fecha de su autorización. Excepcionalmente, el juez podrá acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de 18 meses, si así estuviera justificado a la vista de los resultados obtenidos. Durante su desarrollo, la PJ debe entregar al juez los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida cuando este lo solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones. La información obtenida a través de esta medida debe ser debidamente custodiada para evitar su utilización indebida (art. 588 quinquies c]).

Por último, el cuadro normativo se cierra con la regulación en los capítulos VIII y IX de la LECrim del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y el registro remoto sobre equipos informáticos. En caso de registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, se distingue según si la incautación de los dispositivos electrónicos se produce dentro o fuera del domicilio. En caso de registro domiciliario, el art. 588 sexies a) dispone que, cuando con ocasión del mismo sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción debe extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en ellos. Precisa que, la simple incautación de cualquiera de estos dispositivos practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente. Misma lógica corresponde aplicar a los casos en que la incautación se produzca fuera del contexto de un

registro domiciliar (como cuando el sujeto detenido los porte consigo) o cuando simplemente se produce en un registro para el que no existía autorización específica respecto de estos dispositivos, siendo todos casos en los que no será posible el acceso a su contenido hasta la obtención de la autorización judicial que estime indispensable su acceso (art. 588 sexies b]).

La resolución del juez de instrucción que autorice el acceso a la información contenida en estos dispositivos debe fijar los términos y alcance del registro, así como las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial, pudiendo además autorizar la realización de copias de los datos informáticos (art. 588 sexies c] Núm. 1). Se debe evitar la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos, salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen (art. 588 sexies c] Núm. 2).

Se prevé también la posibilidad de ampliar el registro cuando quienes lo lleven a cabo o tengan acceso al sistema de información o a una parte del mismo tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte de él. La ampliación es procedente siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para este. Esta ampliación del registro debe ser autorizada por el juez, salvo que ya lo hubiera sido en la autorización inicial. En caso de urgencia, la PJ o el fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al juez inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de 24 horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la interceptación (art. 588 sexies c) Núm. 3).

La LECrim también permite la procedencia directa del registro en casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida. En estos casos, la PJ podrá

llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, dentro del plazo máximo de 24 horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que ella fuera ordenada (art. 588 sexies c] Núm. 4).

Para la ejecución del registro se establece que las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Se excepciona de este deber de colaboración al mismo investigado o encausado y a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco y a aquellas que, de conformidad con el art. 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional (art. 588 sexies c] Núm. 5).

Por último, en lo que atañe al registro remoto sobre uno o varios equipos informáticos, el art. 588 septies a) Núm. 1 admite que el juez competente pueda autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de *softwares*, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos. Esta diligencia es procedente únicamente en los casos en que se persiga la investigación de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos de terrorismo; delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente; delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional; y delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación. La

medida tendrá una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales períodos hasta un máximo de 13 meses (art. 588 septies c])[7].

También se autoriza expresamente la ampliación del registro remoto cuando los agentes a cargo tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte de él, debiendo poner este hecho en conocimiento del juez, quien podrá autorizar una ampliación de los términos del registro (art. 588 septies a] Núm. 3).

De otra parte, la afectación del secreto de las comunicaciones en el marco de actividades de inteligencia se encuentra prevista en la Ley Orgánica Núm. 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (CNI). Este cuerpo normativo es complementario de la Ley Orgánica Núm. 11/2002, de 7 de mayo, reguladora del CNI, y modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los efectos de establecer un control judicial de las actividades del citado Centro que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.2 y 3 de la Constitución española, que en todo caso no serán analizadas en este trabajo por exceder sus objetivos.

3.2. Italia

En Italia, la regulación de las medidas de investigación basadas en nuevas tecnologías comparte el marco normativo de las interceptaciones de conversaciones o comunicaciones telefónicas, previsto en el Capítulo IV del Título III sobre Medios de búsqueda de la prueba,

---

7 La resolución judicial que autorice el registro debe especificar: (a) Los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de los mismos, medios informáticos de almacenamiento de datos o bases de datos, datos u otros contenidos digitales objeto de la medida; (b) El alcance de la misma, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el software mediante el que se ejecutará el control de la información; (c) Los agentes autorizados para la ejecución de la medida; (d) La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos; (e) Las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso (art. 588 septies a) N 2).

del Libro III sobre Pruebas, del Código Procesal Penal (CPP) (arts. 266 a 271). Como se indicó en el capítulo anterior, su ámbito de procedencia se encuentra circunscrito a un detallado listado de delitos, dentro del cual se ubican expresamente los delitos contra la administración pública penados con reclusión no inferior en el máximo a 5 años y los delitos cometidos valiéndose de las condiciones previstas en el art. 416-bis del Código Penal sobre asociaciones de tipo mafioso o con el objeto de facilitar la actividad de las asociaciones indicadas en la misma disposición (art. 266 bis Núm. 1, letras b] y f-quinquies], respectivamente)[8], así como a aquellos delitos cometidos a través del empleo de tecnologías informáticas o telemáticas. En todos estos casos, siempre es permitida la interceptación del flujo de comunicaciones relativo a sistemas informáticos o telemático o entre más de un sistema.

En este contexto es de destacar el Decreto Legislativo Núm. 216, de 29 de diciembre de 2017 titulado "Disposiciones sobre la interceptación de conversaciones o comunicaciones", en virtud del cual se introduce una nueva regulación sobre los denominados *trojan horses*, o la interceptación de comunicaciones o conversaciones mediante la colocación de detectores informáticos en dispositivos electrónicos portátiles[9]. En este sentido, en lo que atañe particularmente a los

---

8 También se encuentran enunciados los siguientes delitos: (a) delitos culposos para los que se encuentre prevista la pena de presidio perpetuo o reclusión superior en el máximo de 5 años; (b) delitos relativos a sustancias estupefacientes o psicotrópicas; (c) delitos referidos a armas y sustancias explosivas; (d) delitos de contrabando; (e) delitos de injuria, amenaza, usura, actividad financiera abusiva, abuso de informaciones privilegiadas, manipulación del mercado, molestia o disturbio a las personas a través del teléfono; (f-bis) delitos relativos a la distribución de material pornográfico infantil previstos en el art. 600-ter, inciso 3 del Código Penal; (f-ter) delitos consagrados en los arts. 444 (Comercio de sustancias alimentarias nocivas), 473 (Falsificación, alteración o uso de marcas distintivas de propiedad intelectual o productos industriales), 474 (Introducción y comercio de productos con marcas falsas), 515 (Fraude en el ejercicio del comercio), 516 (Venta de sustancias alimenticias no genuinas como genuinas), 517-quater (Falsificación de indicaciones geográficas correspondientes a denominaciones de origen de productos agroalimentarios) y 633, inciso 2 (Invasión de terrenos o edificios) todos del Código Penal; f-quater) delito del art. 612-bis del Código Penal sobre actos persecutorios.

9 La inserción de un captador informático en un dispositivo electrónico portátil, también conocido como *trojan horse,* consiste en la instalación de un *malware*, en

delitos de corrupción, el Decreto Ley Núm. 161 de 30 de diciembre de 2019, que contiene "Cambios urgentes a la disciplina de la interceptación de conversaciones o comunicaciones", convertido en Ley Núm. 7 de 28 de febrero de 2020[10], introduce explícitamente el uso de los *trojan horses* para delitos contra la Administración Pública, pues se extiende su procedencia no solo a los delitos cometidos por funcionarios públicos, sino también a los cometidos por funcionarios de servicios públicos. En este contexto, especial importancia reviste la Ley Núm. 3, de 9 de enero de 2019, también llamada Ley de "barrido-corrupción" o "anticorrupción", entrada en vigor el 31 de enero de 2019. En virtud de esta normativa se introdujeron diversas medidas encaminadas a abordar de manera efectiva el fenómeno de la corrupción y, en general, para asegurar una mayor intensidad en la actuación para combatir los delitos contra la administración pública, tanto en términos de derecho penal sustantivo (especialmente con el endurecimiento de las sanciones en relación con determinados tipos delictivos y la provisión de un régimen más severo en materia de penas accesorias), como desde el punto de vista investigativo procesal, con la modificación de algunas disposiciones del CPP y de la Ley Núm. 146, de 16 de marzo de 2006, en tema de operaciones encubiertas.

En virtud de lo señalado, el apartado 2 del art. 266 regula expresamente la interceptación de comunicaciones entre presentes, permitiéndola en los mismos casos supra señalados, admitiéndose, además, su ejecución mediante la inserción de un captador informático en un dispositivo electrónico portátil. Es más, esta operación está siempre consentida en procedimientos por delitos del art. 51, incisos 3-bis y 3-quater, previa indicación de las razones que justifican su utilización en los lugares señalados en el art. 614 del Código Penal (CP) (esto es, casa ajena, o en otro lugar de residencia particular, o en sus perte-

---

forma clandestina por parte del investigador, en un dispositivo electrónico con una conexión a Internet activa.

10 Se establece que estas nuevas disposiciones, así como las introducidas por el Decreto Legislativo n. 216/2017, entran en vigencia a partir del 1 de septiembre de 2020; de modo que, para las investigaciones en curso hasta ese momento, siguen siendo válida la normativa anterior, aplicándose la nueva disciplina solo respecto de los delitos que se registren después del 31 de agosto de 2020.

nencias), para los delitos de los oficiales públicos o de los encargados de servicios públicos contra la administración pública para los que se encuentre prevista la pena de reclusión no inferior en el máximo a 5 años (apartado 2 bis).

Para estos efectos, se prevé un procedimiento ordinario de solicitud de autorización judicial previa presentada por el Ministerio Público (en adelante MP) ante el Juez para la investigación preliminar (en adelante JIP); y un procedimiento de urgencia de convalidación judicial posterior dentro de 48 horas, para los casos en que exista fundado motivo para considerar que del retardo pudiera derivar un grave perjuicio para la investigación (art. 267). En ambos casos, se requiere decreto judicial motivado enfatizando la necesidad de contar con graves indicios de delito y que la diligencia sea absolutamente indispensable para los fines de la prosecución de las investigaciones, por una duración que no puede superar los 15 días, prorrogables judicialmente con decreto motivado por periodos sucesivos de 15 días, siempre que se mantengan dichos presupuestos.

Sin embargo, respecto de la "delincuencia común", tratándose de interceptación de comunicaciones entre presentes en los lugares privados *supra* indicados, la autorización judicial debe, además, constatar la existencia de motivo fundado para considerar que en ellos se está desenvolviendo una actividad criminal (art. 266, apartado 2 bis). El decreto que autorice esta clase de interceptación a través de la inserción de un captador electrónico en un dispositivo electrónico portátil debe indicar las razones específicas que hacen necesaria tal modalidad para el desarrollo de las investigaciones; así como también, si se procede por delitos diversos de aquellos previstos por el art. 51, incisos 3-bis y 3-quater, y por delitos de oficiales públicos o de los encargados de servicio público contra la administración pública para los que se encuentre prevista la pena de reclusión no inferior en el máximo a 5 años, determinada en conformidad con el art. 4°, los lugares y el tiempo, incluso indirectamente determinados, en relación con los cuales se encuentra permitida la activación del micrófono (art. 267.1).

No obstante, estos requisitos se ven morigerados cuando se trata de la autorización para interceptaciones domiciliarias por delitos graves en contra de la Administración Pública. La novedad es que su

empleo, además de estar siempre permitido, exime a la autorización judicial de la exigencia de que se argumente el actual desarrollo de una actividad criminal en el lugar donde se esté verificando la interceptación entre presentes; que –en cambio– es indispensable para la autorización de escuchas telefónicas en lugares domiciliarios, si se procede por delitos que no estén incluidos en la lista contenida en el estatuto especial de delincuencia organizada.

En lo que respecta a la motivación del decreto de autorización conforme al art. 267, en los casos en que se persigan delitos "comunes", el juez de instrucción deberá indicar, además de las razones que motivaron el uso de la captación informática, también "los lugares y tiempos" de activación del micrófono, con el fin de garantizar un control judicial más significativo sobre los movimientos del dispositivo de destino. Sin embargo, tratándose de delitos contra la Administración Pública, se prescinde de la necesidad de predeterminar las coordenadas espacio-temporales, dentro de las cuales se supone que se producirán los movimientos del dispositivo electrónico bajo control, con independencia que se trate de delitos relacionados con delincuencia organizada o terrorismo.

El fundamento que subyace a la yuxtaposición de estas últimas hipótesis penales a la disciplina de "manga ancha", dictada para el crimen organizado y el terrorismo, parece atribuirse a la necesidad de mejorar las herramientas de investigación para determinar y contrastar el fenómeno de la corrupción desenfrenada. Según Camaldo

> (…) este proceso de equiparación, sin embargo, ya se había emprendido a través de la simplificación de las condiciones para el uso de la herramienta de interceptación para los delitos de funcionarios públicos contra la administración pública, operada por el art. 6 del Decreto Legislativo n. 216/2017, donde, en el primer párrafo, se hace referencia a lo dispuesto en el art. 13 del Decreto Ley N. 152/91, que contemplan una serie de excepciones a la disciplina ordinaria en materia de escuchas telefónicas (2019: 5).

Se detecta, así, una asimilación de los delitos contra la Administración Pública respecto de delitos de criminalidad organizada y terrorismo, que se fundamenta en su similar gravedad. En este contexto, como consecuencia de la referencia que efectúa el primer párrafo del art. 6 del Decreto Legislativo 216/17 a la disciplina *ad hoc* conte-

nida en el art. 13 del D.L. Núm. 152/1991, dictada (originalmente) para los delitos de delincuencia organizada y (posteriormente) para los que tengan por finalidad el terrorismo o la subversión del orden constitucional, se extiende la aplicación de condiciones menos estrictas para autorizar operaciones de interceptación respecto de delitos contra la Administración Pública.

Los aspectos de especialidad residen, ante todo, en los requisitos que, sin perjuicio de la disciplina ordinaria a que se refiere el art. 267 CPP, son necesarios para disponer las interceptaciones. Así, basta la mera necesidad (en lugar de la absoluta indispensabilidad) de los medios de investigación para llevar a cabo las investigaciones (no para proseguirlas), y la presencia de indicios suficientes (y no graves) de un delito. También se aumenta la duración de las operaciones a 40 días, en lugar del plazo tradicional de 15 días, prorrogable por períodos posteriores de 20 días (y no de 15), con decreto motivado del juez, siempre que permanezcan las condiciones para su aplicación. Asimismo, se prevé que el MP y el funcionario público delegado para operar las escuchas puedan ser asistidos por agentes de la PJ. En cuanto a la interceptación de comunicaciones o conversaciones entre presentes en los lugares a que se refiere el art. 614 del CP, por medios ordinarios, como ya se adelantó, éstos se permiten incluso en ausencia de razón fundada para creer que la actividad delictiva se está desarrollando allí. Por último, en los supuestos de urgencia, si las operaciones de interceptaciones ambientales se van a realizar mediante la instalación de "*bugs*" estáticos, se concede al MP la facultad de actuar directamente, adoptando una medida justificada, que se someterá al juez para su validación a más tardar dentro de las 24 horas siguientes (según el art. 267, párrafo 2 CPP).

En lo que respecta a las especificidades del procedimiento de urgencia para interceptaciones entre presentes (también llamadas interceptaciones ambientales) mediante la inserción de captador informático en un dispositivo electrónico portátil, el MP debe indicar, además del peligro en la demora, las razones de urgencia que hacen imposible esperar la resolución judicial. El decreto debe serle transmitido al JIP para que decida sobre su convalidación en los términos, con las modalidades y efectos generales, de modo que la falta

o negativa de convalidación vuelve inutilizables los resultados de la diligencia (art. 267.2 bis).

De otra parte, la ejecución de estas operaciones sigue las mismas reglas previstas para las intervenciones telefónicas, esto es, pueden ser conducidas directamente por el Ministerio Público o mediante un oficial de la PJ, debiendo ser ejecutadas exclusivamente a través de los sistemas instalados en la Procuraduría de la República, salvo que se estimen insuficientes o inidóneos y existan razones de urgencia. En este caso, el MP puede disponer, con orden motivada, su cumplimiento por sistemas de servicio público o suministrados por la PJ (art. 268.3), e incluso pertenecientes a particulares (art. 268.3bis). En la misma línea, para la iniciación y término de los registros con detector informático en dispositivo electrónico portátil, respecto de comunicaciones y conversaciones entre presentes, el oficial de PJ puede valerse de personas idóneas al efecto (art. 268.3bis).

Todas las operaciones señaladas deben ser registradas –con transcripción sumaria–, levantando el acta correspondiente (art. 267.4 y 268), cuidando el uso de expresiones lesivas a la reputación o datos personales sensibles de los involucrados, salvo que sean pertinentes para los fines de las investigaciones a efectos probatorios (apartado 2 bis). Estas actas y registros deben ser inmediatamente remitidas al MP para su conservación y archivo, dentro del plazo de 5 días desde su conclusión, incluyendo todos los decretos judiciales dictados en dicho contexto. Este archivo debe mantenerse por el tiempo que disponga el Ministerio Público, salvo que se requiera una prórroga (art. 268.4). El juez también puede autorizar al MP a retardar dicho depósito, no más allá del cierre de las investigaciones preliminares, cuando del mismo pueda derivar un grave perjuicio para la investigación (art. 268.5). Una vez efectuado el depósito, los defensores deben ser avisados inmediatamente de su derecho de examinar los mismos por vía telemática y efectuar las solicitudes que correspondan para que el juez pueda disponer la incorporación del material que corresponda (con transcripción íntegra), así como su correspondiente destrucción, incluso de oficio, para la conformación del expediente para el juicio oral. La conservación del material aludido debe mantenerse hasta la ejecutoriedad de la sentencia.

Sin embargo, la regla de inutilizabilidad según la cual los resultados obtenidos no pueden ser empleados en procedimientos diversos, salvo que resulten relevantes e indispensables para la acreditación de delitos por los cuales fuese obligatorio el arresto en caso de flagrancia y de los delitos que admiten este tipo de diligencia, se ve alterada tratándose de interceptaciones entre presentes. En efecto, los resultados de las interceptaciones entre presentes operadas con un detector informático en un dispositivo electrónico portátil, también pueden utilizarse para la prueba de delitos distintos de aquellos para los que se haya emitido el decreto de autorización si son indispensables para la constatación de los delitos que específicamente admiten la procedencia de esta diligencia de investigación. Para ello, las actas y grabaciones deben ser depositadas ante la autoridad competente para el procedimiento diverso (art. 270.2), teniendo el MP y los defensores de las partes el derecho de examinar las actuaciones que hayan sido anteriormente depositadas en el procedimiento en que las interceptaciones fueron autorizadas (art. 270.3).

Como se indicó en el capítulo anterior, la normativa italiana se refiere expresamente a los supuestos de utilización prohibida, en todos aquellos casos en que las operaciones hubiesen sido realizadas fuera del marco legal o con inobservancia de los presupuestos y formas prescritas para su autorización y ejecución (art. 271 Núm. 1). En particular, tampoco pueden utilizarse los datos adquiridos durante las operaciones preliminares a la inserción del sensor informático en el dispositivo electrónico portátil y los datos adquiridos fuera de los límites de tiempo y lugar indicados en el decreto de autorización respectivo (art. 271 Núm. 2). En lo demás son aplicables las normas relativas a la interceptación telefónica entre personas amparadas por el secreto profesional (art. 271 Núm. 3).

Por último, en lo que respecta a las diligencias destinadas a efectuar un seguimiento de los movimientos de los investigados mediante el uso de medios de acecho a través de sistemas de detección por satélite (GPS), no existe regulación normativa. De este modo, es la jurisprudencia la encargada de determinar si, tanto la localización remota de los movimientos de un sujeto mediante estos sistemas, y el control a distancia de la presencia de este sujeto en un lugar determinado con los mismos medios, constituyen el producto de una acti-

vidad de investigación atípica similar al acecho y no a las operaciones de interceptación, con lo que consecuentemente, el resultado de tales actividades podría ser utilizado en el proceso penal sin necesidad siquiera de autorización judicial previa.

3.3. Estados Unidos

Como se indicó en el capítulo anterior, la vigilancia electrónica se encuentra sujeta a las limitaciones de la Cuarta Enmienda, por lo que su procedencia requiere orden judicial previa decretada por un juez y fundamentadas en una causa probable.

Concretamente, para la realización de vigilancia electrónica, el Título III de la Ley Ómnibus de Control de la Delincuencia y calles seguras de 1968, requiere que la solicitud solo pueda ser formulada por agentes de orden público federal o estatales y por abogados. Con todo, los primeros deben requerir autorización de un alto funcionario designado en el Departamento de Justicia para solicitar al tribunal una orden que autorice la interceptación de comunicaciones por cable, orales o electrónicas en relación con la investigación de ciertos delitos expresamente enumerados. En lo demás, solo el Fiscal General del Estado o ciertos adjuntos del Fiscal General pueden autorizar una solicitud de intercepciones telegráficas u orales. Sin embargo, cualquier abogado del gobierno puede autorizar una solicitud de interceptación de comunicaciones electrónicas. Dicha solicitud debe identificar al solicitante y a la persona que lo autoriza, y, una vez autorizado, debe presentarse ante un tribunal para obtener la orden judicial necesaria.

Su ámbito objetivo de aplicación se detalla en la Secc. 2516 Núm. 1, refiriéndose a cualquier delito punible con pena de muerte o con prisión por más de un año taxativamente señalados en la misma disposición. En lo pertinente, como se anotó, la norma hace mención explícita a distintas clases de soborno (soborno de funcionarios públicos y testigos; soborno de funcionarios bancarios; soborno en competencias deportivas), así como a ciertas actividades de crimen organizado, organizaciones corruptas y el blanqueo de capitales.

La normativa estadounidense trata conjuntamente las intervenciones telefónicas y otras diligencias de vigilancia electrónica, por lo

que nos remitimos al capítulo anterior, en lo que respecta a los requisitos de la solicitud y de la autorización judicial correspondiente, así como a la regulación de la ejecución de la medida y sus mecanismos de control.

En lo que respecta a cuestiones específicas de las diligencias de vigilancia electrónica, cabe apuntar lo previsto en la Sec. 2510 Núm. 12 letra c) del Título III, en cuanto excluye expresamente los dispositivos de buscapersonas de solo tono y dispositivos electrónicos de transmisión que rastrean movimientos de personas u objetos. Sin perjuicio de ello, sostenida jurisprudencia ha estimado procedente su utilización en la me dida que las mismas queden sometidas a la tutela general de la Cuarta Enmienda[11]. De otra parte, varios circuitos federales han afirmado que el Título III no cubre el uso de cámaras de video que solo graban imágenes y no sonido, sin perjuicio de regir a su respecto la tutela general de la Cuarta Enmienda[12].

En este contexto, para efectos de la Cuarta Enmienda, cuando el gobierno utiliza dispositivos que generalmente no están disponibles para uso público para explorar detalles privados que sería imposible conocer sin medios físicos de intrusión, la vigilancia se constituye en un medio de búsqueda, por lo que no sería razonable hacer procedente tales diligencias sin una orden judicial previa[13].

En el mismo sentido, la Ley de Comunicaciones Almacenadas (*Stored Communications Act*) prohíbe el acceso a las mismas, tales como el correo electrónico, y la divulgación de sus contenidos[14]. Durante los primeros 180 días de almacenamiento de la información, el gobierno

---

11 Vid.: *United State v. Jones*, 565 U.S. 400, 404-05 (2012); *Carpenter v. U.S.*, 138 S. Ct. 2206, 2212 (2018); *U.S. v. Baez*, 744 F.3d 30, 31 (1 Cir. 2014).

12 Vid.: *U.S. v. Larios*, 593 F.3d 82, 90 (1 Cir. 2010); Estados Unidos contra Biasucci, 786 F.2d. 504, 508 (2º Cir. 1986); *U.S. v. Torres*, 751 F.2d 875, 885 (7 Cir. 1984); EE.UU. v. Corona-Chavez, 328 F.3d 974, 979-80 (8 Cir. 2003); Estados Unidos v. Shryock, 342 F.3d 948, 977-79 (9 Cir. 2003).

13 En este sentido, *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27, 40 (2001) sobre el uso ilegal de dispositivo de imágenes térmicas para observar el interior de domicilio del sospechoso sin orden judicial.

14 En 2018, el Congreso promulgó la denominada Ley de la Nube, para modernizar las leyes de vigilancia electrónica ampliando el alcance de esta Ley respecto de todas las comunicaciones que se encuentren en posesión de un proveedor de servicios, incluida la información ubicada fuera de los Estados Unidos.

solo podrá obtener acceso a las mismas en virtud de una orden de allanamiento. Si, por el contrario, los mensajes se encuentran almacenados durante más de 180 días, el acceso puede verificarse a través de una orden de allanamiento o, después de dar aviso al suscriptor del servicio de comunicaciones electrónicas, en virtud de una orden administrativa, citación del gran jurado o una orden judicial.

Con todo, se entiende que no se verifica una infracción a la Cuarta Enmienda cuando la policía utiliza la vigilancia electrónica para mejorar su capacidad de monitorear movimientos. De este modo, no hay búsqueda o incautación en el sentido de la Cuarta Enmienda, siempre que se obtengan los mismos resultados que podrían haberse logrado mediante la vigilancia ordinaria utilizando los sentidos humanos sin ayuda. Por ejemplo, la policía no puede usar un beeper para monitorear los movimientos dentro de los confines de una residencia privada no visible por los sentidos humanos sin ayuda[15], ni tampoco puede obtener la información relativa a la localización de un celular, sin orden judicial previa[16].

En este orden de ideas, se entiende que las intrusiones resultantes de la instalación de dispositivos de vigilancia con el consentimiento del entonces propietario al momento de su instalación, no afectan necesariamente a la Cuarta Enmienda[17]. En cambio, las intrusiones

---

15 En *U.S. v. Karo*, 468 U.S. 705, 714 (1984) se concluyó la violación de la Cuarta Enmienda cuando los agentes usaron un beeper para ubicar una lata de éter en una casa privada sin orden judicial porque la vigilancia visual no pudo haber obtenido la ubicación de la lata dentro de las paredes de la casa. Con todo, en este caso, la Corte se negó a decidir si una orden de allanamiento para controlar un beeper requería de una causa probable o una sospecha razonable. A nivel de tribunales inferiores, en cambio, es sostenida la exigencia de contar con una causa probable para monitorear a los buscapersonas dentro de un lugar privado. En este sentido, a modo ejemplar: *U.S. v. Mixon*, 977 F.2d 921, 923 (5 Cir. 1992); *U.S. v. Cooper*, 682 F.2d 114, 115-16 (6 Cir. 1982); U.S. v. Ellery, 678 F.2d 674, 677-78 (7 Cir. 1982).

16 Así: *Carpenter v. U.S.*, 138 S. Ct. 2206, 2218 (2018); *U.S. v. Goldstein*, 914 F.3d 200, 203 (3 Cir. 2019); *U.S. v. Curtis*, 901 F.3d 846, 848 (7 Cir. 2018); *U.S. v. Korte*, 918 F.3d 750, 758 (9 Cir. 2019).

17 Vid.: Karo, 468 U.S. en 711-13 donde se determinó no haber violado la Cuarta Enmienda la actuación de los agentes que instalaron un localizador en un contenedor de productos químicos con el consentimiento del propietario original para luego ser transferido al comprador sin conocimiento de la presencia del localizador.

resultantes de la instalación de un dispositivo de vigilancia en un vehículo para rastrear el movimiento de un sospechoso sí se estiman constitutivas de un "registro" que afecta la Cuarta Enmienda si no se cuenta con el consentimiento de su propietario[18].

Por último, y solo para agotar el cuadro normativo relativo a la vigilancia electrónica, es preciso tener presente que desde 1978 rige en EE.UU. la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera que autoriza al gobierno a realizar vigilancia electrónica de potencias extranjeras o agentes de potencias extranjeras en los Estados Unidos cuando un "propósito significativo" de la vigilancia es recopilar información de inteligencia extranjera que no puede ser razonablemente obtenida a través de técnicas de investigación normales.

3.4. Análisis comparado

Como primera observación, corresponde señalar que los tres ordenamientos tratados cuentan con un marco normativo que explícitamente se refiere a diligencias propias de la vigilancia electrónica y/o informática. Sin embargo, distan entre sí en lo que respecta a la diversa especificidad con que cada uno de ellos las tratan.

En efecto, como se anticipó, todos utilizan el estatuto de la intervención de comunicaciones telefónicas como parámetro, luego de lo cual se procede a introducir una regulación particular para las medidas de investigación basadas en nuevas tecnologías. Así, en lo que respecta al cuadro normativo general, la regla, es que la procedencia de estas diligencias esté sometida a la necesidad de contar con autorización judicial previa sujeta al cumplimiento de los estándares propios del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso. Paralelamente, tanto en España como en Italia se contempla un procedimiento de urgencia, en que se prevé una intervención judicial *a*

---

18 Así, *U.S. v. Jones*, 565 U.S. 400, 404-05 (2012) en que se estimó que la instalación de un dispositivo GPS en el vehículo del sospechoso para monitorear sus movimientos constituyó un registro en el sentido de la Cuarta Enmienda. También *U.S. v. Petruk*, 929 F.3d 952, 959 (8 Cir. 2019) donde el seguimiento a partir de un rastreador GPS instalado en el vehículo del acusado contaba con orden de allanamiento en el sentido de la Cuarta Enmienda.

posteriori con el objetivo de evaluar la convalidación de la medida. El sistema estadounidense no prevé esta posibilidad.

No obstante lo señalado, es de criticar el caso español al permitir la disposición oficiosa de estas medidas por parte del mismo tribunal, así como el hecho de contener ciertos casos en que simplemente se prescinde de toda intervención judicial, como ocurre en materia de identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes, y en la obtención de la identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad. Con todo, como aspecto positivo, en cambio, el ordenamiento español es el que trasluce un mayor reconocimiento expreso de esta clase de diligencias, al nominar y tipificar a cada una de ellas por separado.

Ahora bien, para ahondar en las diferencias observadas según el diverso nivel de especificidad que cada sistema contempla para el tratamiento de ellas, es preciso establecer los énfasis que se colocan en materia de procedencia, ejecución y control.

En primer lugar, en lo que respecta al ámbito de procedencia objetivo de estas medidas, las tres legislaciones requieren que los delitos de cuya persecución se trata, respondan a una cierta gravedad. Así, en consonancia con el principio de proporcionalidad y sin perjuicio de los diversos rangos penológicos en que cada ordenamiento hace consistir esta expresión de gravedad, es de destacar el caso italiano, al contemplar expresamente los delitos cometidos por funcionarios públicos o encargados de servicios públicos en contra de la Administración Pública, sancionados con la pena de reclusión no inferior en el máximo a 5 años. Como se indicó en su oportunidad, el ordenamiento italiano opera una asimilación de los delitos en contra de la Administración Pública con los delitos relacionados al crimen organizado y el terrorismo, como cuestión que desempeña un relevante rol en la morigeración de los requisitos y condiciones para la procedencia y ejecución de la medida respecto de la regulación contenida para los delitos de criminalidad ordinaria. En este sentido, el mayor rendimiento de esta clase de medidas en materia de corrupción en el sistema español se verifica a través de su consideración dentro de los delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; mientras que, en el sistema estadounidense, además de esta vía,

es posible identificar una referencia parcial a delitos propios de la actividad corruptiva a través de la consideración expresa de ciertas hipótesis de soborno. Con todo, ni España ni EE.UU. prevén un tratamiento diferenciado que proporcione autonomía o cierta especialidad a la reglamentación de las diligencias de vigilancia de las comunicaciones en materia de corrupción.

En lo que respecta a la tipificación expresa de las diligencias comprendidas dentro del espectro de la vigilancia de las comunicaciones, el sistema español es aquel que responde en mejor modo al cumplimiento de la exigencia de reserva de ley, pues, además de un estatuto general, aborda los requisitos específicos que han de seguirse tanto para la intervención de comunicaciones telefónicas o telemáticas como para otras diligencias relacionadas con obtención de direcciones IP, identificación de terminales o dispositivos de almacenamiento, incluyendo la obtención de datos almacenados. Se valora positivamente la tipificación de la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales entre presentes y la captación de imágenes en lugares públicos, con el objeto de evitar cuestionamientos respecto de la legitimidad de esta clase de operaciones. Misma consideración merece el tratamiento expreso de la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización y de almacenamiento masivo de información y registro remoto. En efecto, en lo que respecta a las diligencias destinadas a efectuar un seguimiento de los movimientos de los investigados mediante el uso de medios de acecho a través de GPS, se trata de una materia omitida en la normativa italiana (cuya configuración se encuentra entregada a la jurisprudencia) y solo parcialmente abordada en el sistema estadounidense.

En segundo lugar, en lo concerniente al procedimiento de solicitud de orden judicial, el mismo no dista mayormente del cuadro descrito con ocasión de la diligencia de intervención de comunicaciones telefónicas, por lo que nos remitidos a los comentarios formulados a su respecto en el capítulo anterior. Bastaría reiterar la sugerencia relativa a la admisión de una fórmula que permita el planteamiento verbal de la solicitud de diligencia, como aspecto previsto en varios sistemas latinoamericanos, que contribuiría a reducir los plazos de espera para contar con el pronunciamiento judicial correspondiente. Cabe igualmente insistir en la conveniencia que representa

la opción legislativa española y norteamericana de permitir que el tribunal, previo a resolver, pueda solicitar aclaraciones o mayores informaciones complementarias al efecto.

En tercer lugar, si bien todos estos ordenamientos establecen un plazo legal para la ejecución de la medida, cuya concreción es entregada al órgano jurisdiccional, lo cierto es que todos admiten prórrogas indefinidas, sin que aquello se encuentre siempre cubierto por un control judicial exhaustivo sobre el avance de las diligencias. Esta carencia se advierte principalmente en el caso español, donde no se contempla de manera expresa el envío de informes periódicos sobre el progreso y avance en la ejecución de la diligencia a cargo del juez que emite la autorización, sin perjuicio de que pueda exigirse indirectamente a partir de la regulación general de la interceptación de comunicaciones.

4. EXPERIENCIAS COMPARADAS EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

4.1. Argentina

En Argentina, la Corte Suprema ha extendido el ámbito de protección dispuesto en el art. 18 de la Constitución –referido a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones en términos de "correspondencia epistolar" y "papeles privados"– a todo tipo de comunicación, incluyendo aquella desarrollada a través de Internet. Así, según esta interpretación, la intervención de estas debe cumplir con los requisitos y justificativos establecidos por la ley para su "allanamiento y ocupación", para ser considerada legítima. Es de lamentar que el cuadro normativo aplicable sea mayormente el mismo que se analizó en el capítulo anterior con ocasión de las medidas de investigación de interceptaciones telefónicas, esto es, de carácter exiguo y marcado por abundantes remisiones normativas.

De este modo, la legitimidad de las diligencias de investigación basadas en nuevas tecnologías requiere –por regla general– contar con autorización judicial previa, debidamente fundada (art. 13 CPP

Federal y art. 13 en relación con el art. 236 CPP de la Nación). Sin embargo, tratándose de delitos de secuestro (arts. 142 bis y 170 Código Penal de la Nación), o que se tramiten en forma conexa con aquellos, cuando exista peligro en la demora, debidamente justificado, se permite que la intervención sea ordenada directamente por el representante del Ministerio Público Fiscal (en adelante MPF), mediante auto fundado, con inmediata comunicación al Juez, a fin de que este resuelva sobre su convalidación en el término improrrogable de 24 horas (bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba obtenida a partir de él).

En este contexto, debemos reiterar que, según dispone el art. 150 CPP Federal, esta clase de diligencias procede con carácter general respecto de delitos federales, siempre que ellas resulten útiles para la comprobación del delito. En estos casos, el juez puede ordenar, a petición de parte, la interceptación y secuestro de la correspondencia postal, telegráfica, electrónica o cualquier otra forma de comunicación o de todo otro efecto remitido por el imputado o destinado a este, aunque sea bajo nombre supuesto, debiéndose proceder de modo análogo al allanamiento (párrafo 2°). En lo que respecta a la duración de estas medidas, se establece un plazo máximo de 30 días, sin perjuicio de su renovación cuando se expresen motivos que así lo justifiquen de acuerdo con la naturaleza y circunstancias del hecho investigado. Luego, una vez transcurrido el plazo fijado o alcanzado su objeto, la medida debe ser interrumpida inmediatamente. Por último, todos quienes deban intervenir en la tramitación y ejecución de esta clase de diligencias deben guardar estricto secreto y confidencialidad respecto de la información obtenida, so pena de incurrir en responsabilidad penal. Las empresas que brinden servicios de comunicaciones deben, además, posibilitar el cumplimiento inmediato de la diligencia, bajo apercibimiento de incurrir en dicha responsabilidad.

En lo que atañe a las diligencias de investigación basadas en nuevas tecnologías en particular, es necesario tener presente que el párrafo 3 del art. 43 de la Constitución Nacional argentina consagra el derecho de *habeas data* y la protección de datos personales, por lo que su afectación también habrá de ceñirse a la reglamentación vigente sobre la materia, que en el caso argentino se encuentra pre-

vista en el art. 151 CPP Federal referido a la incautación de datos. Según la citada norma, el juez podrá ordenar, a requerimiento de parte y por auto fundado, el registro de un sistema informático o de una parte de este, o de un medio de almacenamiento de datos informáticos o electrónicos, con el objeto de secuestrar los componentes del sistema, obtener copia o preservar datos o elementos de interés para la investigación, bajo las condiciones establecidas en el art. 136 referido a la inspección del lugar del hecho. En lo pertinente, resulta que la procedencia de la diligencia requiere la existencia de motivo suficiente y fundado para presumir que se encontrarán elementos útiles para la investigación, conforme las reglas que establece este Código (párr. 1°). Además, de la diligencia se deberá levantar un acta firmada por dos testigos que no pertenezcan a la fuerza de seguridad que llevó adelante el procedimiento y adicionalmente, por otro medio idóneo que garantice su inalterabilidad y fidelidad. Bajo esas formalidades, podrá ser incorporada al juicio con posterioridad a que quienes hubieran intervenido en la diligencia hayan sido interrogados por las partes y con el acuerdo de estas (párr. 2°). También por aplicación del art. 136, aparece que solo las fuerzas de seguridad serán las encargadas de realizar esta diligencia, sin perjuicio de la presencia del representante del MPF en los casos en que este la considerase oportuna (párr. 3°).

Adicionalmente, el párr. 2° del art. 151 somete la incautación de datos a las mismas limitaciones reguladas para el secuestro de documentos. Así, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 149 relativo a los objetos no sometidos a secuestro, esto es, la imposibilidad de incautar datos que correspondan a comunicaciones entre el imputado y las personas que deban abstenerse de declarar como testigos; así como las notas que hayan tomado los nombrados anteriormente sobre comunicaciones confiadas por el imputado, o sobre cualquier circunstancia a la cual se extienda el derecho o el deber de abstenerse de declarar.

Por mandato del art. 151 párr. 3°, el examen de los objetos, documentos o el resultado de la interceptación de comunicaciones, se hará bajo la responsabilidad de la parte que lo solicitó. Luego, según el párr. 4°, una vez secuestrados los componentes del sistema, u obtenida la copia de los datos, se aplicarán las reglas de apertura y examen de

correspondencia previstas en el art. 152. Según esta norma, recibida la correspondencia o efectos interceptados, el representante del MPF procederá a su apertura, examinará los objetos y leerá el contenido de la correspondencia. El representante del MPF en audiencia unilateral explicará los fundamentos por los cuales solicita mantener el secuestro de los objetos que tuvieran relación con el proceso. Del resto de los efectos el juez mantendrá la reserva del contenido y dispondrá la entrega al destinatario o a sus representantes o parientes próximos, bajo constancia, rigiendo las limitaciones del secuestro de cosas y de preservación de la cadena de custodia. Según el art. 151 párr. 5°, además, se debe disponer la devolución de los componentes que no tuvieran relación con el proceso, procediéndose con la destrucción de las copias de los datos. El interesado, por su parte, puede recurrir al juez para obtener la devolución de los componentes o la destrucción de los datos.

Sobre el registro y conservación de los resultados de esta clase de diligencia rige igualmente el art. 153 ya analizado en el capítulo anterior, de modo que estas intervenciones deben ser registradas mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos similares que aseguren su fidelidad, los que deben ser conservados por el representante del MPF, con todas las medidas de seguridad que correspondan, hasta la finalización del procedimiento por sentencia o auto de sobreseimiento.

En materia de corrupción, por su parte, aunque no existe norma especial directa, existe la posibilidad de que la Unidad de Información Financiera, creada para la persecución e investigación de lavado de dinero, pueda solicitar estas medidas intrusivas al MPF, a fin de que proceda con la tramitación ya descrita, esto es, requiera al juez competente la autorización respectiva. En efecto, el art. 14 inciso 6 de la Ley Núm. 25.246 del año 2000 permite esta solicitud al contemplar, como cláusula general, la opción de solicitar al MPF que arbitre todos los medios legales necesarios para la obtención de información de cualquier fuente u origen.

La lógica que se viene exponiendo se ve reiterada en el ámbito de las telecomunicaciones, pues la Ley Núm. 27.078, Argentina Digital, de 2014, en su art. 5°, establece la inviolabilidad de las comunicaciones realizadas a través de las redes y servicios de telecomunicaciones, admitiendo su interceptación como posterior registro y análisis, solo

mediante el requerimiento de un juez competente. Para estos efectos, el art. 60 señala que los usuarios de los denominados servicios de tecnologías de la información y comunicación deberán permitir el acceso del personal que trabaja en las empresas que proveen los servicios de telecomunicaciones y a la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y la Comunicación en cuanto organismo público encargado de implementar este marco regulatorio para realizar todo tipo de trabajo o verificación necesaria. Según el art. 2 del Reglamento de Calidad de los Servicios de Telecomunicaciones, Resolución Núm. 5/2013 de la Secretaría de Comunicaciones, los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán garantizar el libre acceso de esta autoridad a las instalaciones y sistemas vinculados a la prestación del servicio, y brindar toda la información que les sea requerida en las formas y en los plazos que ella establezca. Específicamente, en cuanto a retención de los datos, el art. 8 dispone que los prestadores de telecomunicaciones deben conservar, en archivos electrónicos y por un plazo mínimo de 3 años, los datos recogidos por sus sistemas que sirvieran de base para el cálculo de los indicadores de calidad establecidos por esta normativa. Asimismo, señala que la autoridad de aplicación podrá requerir "la entrega total o parcial de los mismos y proceder a su almacenamiento durante el lapso que considere conveniente". Para Ferrari y Schnidrig (2015: 16), este aspecto resulta discrecional y podría ser contrario a los estándares internacionales. Además, a su juicio, a pesar de que se indique que la medición de la calidad del servicio deberá efectuarse en concordancia con el marco de protección de los datos personales, la confusa redacción de estas disposiciones podría llevar a un trato inadecuado de los datos de los usuarios, echando por tierra la necesidad de autorización judicial en el marco de una investigación.

Con todo, un claro caso excepcional en que es posible advertir la procedencia de intervención a partir del solo requerimiento del MPF se encuentra en la Ley Núm. 25.891, de Servicios de Comunicaciones Móviles, de 2004. En efecto, esta normativa instituye un Registro de Usuarios de teléfonos móviles con el objetivo de detectar actividades ilícitas realizadas a través de éstos cuando hayan sido reportados como hurtados, robados o extraviados, al que el Estado puede acceder "de manera inmediata, a toda hora y todos los días del año", ante requerimiento del Poder Judicial y/o el MPF (art. 3°), sin delimitación sobre los límites o las finalidades a las que responde dicha intervención.

En materia de actividades de inteligencia, el marco regulatorio argentino se encuentra integrado fundamentalmente por la Ley Núm. 25.520 de Inteligencia Nacional de 2001 y por la Ley Núm. 27.126 de 2015 de creación de la Agencia Federal de Inteligencia (AFI), que modifica la primera en muchos de sus aspectos más sustanciales. A nivel reglamentario se encuentran, por su parte, los decretos que promulgan y reglamentan ambas leyes, siendo particularmente relevante el Decreto Núm. 1311/15 de 6 de julio de 2015, en virtud del cual se establece la denominada "Nueva Doctrina de Inteligencia Nacional para el proceso de reforma y modernización del Sistema de Inteligencia" que, en gran medida, apunta a definir los nuevos objetivos y tareas de la AFI. Dentro de la visión integral del concepto de inteligencia introducida por esta Nueva Doctrina, se ha entendido que la misma se define como una actividad institucional de "recolección, gestión y análisis de la información" que se inscribe dentro del marco del Estado constitucional social y democrático de derecho y que apunta a dar cuenta de los desafíos, coacciones y conflictos que ponen en riesgo la defensa nacional y la seguridad democráticas del pueblo argentino, como acciones fundamentales para la estabilidad y protección del sistema democrático. Así, para esta nueva doctrina la seguridad interior apunta a fenómenos delictivos violatorios de las libertades y derechos de las personas y del Estado constitucional social y democrático de derecho. Por ello las actividades de inteligencia en ese ámbito deben atender cuestiones como el terrorismo, la criminalidad organizada, con especial énfasis en el narcotráfico y la trata de personas, incluyéndose las actividades de grupos económicos o financieros que realicen corridas bancarias y cambiarias, desabastecimientos, y que puedan derivar en un "golpe de mercado", por lo que por esta vía resulta ser una herramienta adicional en contra del fenómeno corruptivo. En efecto, la Ley Núm. 25.520 de Inteligencia Nacional establece que la AFI —como autoridad máxima en materia de inteligencia en Argentina que dirige al resto de los organismos que lo integran[19]— tiene la potestad de producir inteligencia crimi-

---

[19] La autoridad superior del Sistema de Inteligencia Nacional es el Presidente de la Nación y es quien tiene a su cargo la formulación de la política de Inteligencia Nacional. La AFI, por su parte, depende directamente del Poder Ejecutivo Nacional y es conducida por un Director General, con rango de ministro cuya

nal, pudiendo, por ende, solicitar la interceptación de comunicaciones referida a los delitos federales complejos relativos a terrorismo, narcotráfico, tráfico de armas, trata de personas, ciberdelitos. También puede hacerlo contra delitos atentatorios del orden económico y financiero, así como delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, con medios propios de obtención y reunión de información, por lo que habría de comprenderse la persecución de hechos constitutivos de corrupción.

Según el art. 3° de este cuerpo normativo, el funcionamiento del sistema de inteligencia en Argentina debe ajustarse estrictamente a las previsiones que aparecen en la Constitución Nacional y en las normas legales y reglamentarias vigentes. En este sentido, la misma disposición proscribe que los organismos de inteligencia puedan cumplir, por sí, funciones policiales, con especial referencia a las funciones de investigación criminal, salvo ante requerimiento específico y fundado realizado por autoridad judicial competente en el marco de una causa concreta sometida a su jurisdicción, o que se encuentre, para ello, autorizado por ley, en cuyo caso le serán aplicables las reglas procesales correspondientes (art. 4). Fuera de este contexto, según el art. 5 bis de la Ley Núm. 27.126, las autoridades máximas de cada organismo del sistema de inteligencia son las encargadas de ordenar estas actividades, salvo hipótesis de urgencia, en cuyo caso podrían ser iniciadas sin dicha orden previa, debiendo ser informadas de manera inmediata a esas máximas autoridades.

En cuanto a la interceptación y captación de comunicaciones privadas, el art. 18 de la Ley Núm. 25.520 establece que las mismas solo pueden ser procedentes mediante autorización judicial. Dicha auto-

---

designación está a cargo del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Los otros organismos que componen el sistema de inteligencia argentino son: la Dirección Nacional de Inteligencia Criminal (DINICRI), que depende del Ministerio de Seguridad y que tiene como función la producción de inteligencia criminal, salvo la vinculada a delitos federales complejos o delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional que corresponden directamente a la AFI; y, la Dirección Nacional de Inteligencia Estratégica Militar (DINIEM), dependiente del Ministerio de Defensa de la Nación, que tiene a su cargo la producción de inteligencia estratégica operacional y la inteligencia táctica necesarias para el planeamiento y conducción de operaciones militares y de la inteligencia técnica específica.

rización, debe formularse por escrito y estar fundada indicando con precisión el o los números telefónicos o direcciones electrónicas o de cualquier otro medio, cuyas comunicaciones se pretenda interceptar o captar. Luego, la autorización judicial será requerida al juez federal penal con competencia jurisdiccional por el Director General de la AFI o el funcionario en quien se delegue esta facultad. La jurisdicción se establece de acuerdo con el domicilio de las personas físicas o jurídicas cuyas comunicaciones van a ser interceptadas o desde la sede donde se realizarían, en caso de que se trate de comunicaciones móviles o satelitales.

El plazo de vigencia de la autorización para la interceptación de comunicaciones no puede exceder los 60 días, luego de los cuales caduca automáticamente, salvo que, ante el pedido formal del Director de la AFI o del funcionario que esté ejerciendo esa facultad, el juez otorgue una extensión del plazo por otros 60 días como máximo y siempre que sea imprescindible para completar la investigación (art. 19). Vencidos estos plazos, el juez debe ordenar la iniciación de la causa correspondiente o, en caso contrario, la destrucción de los elementos que permitan dar cuenta del resultado de las interceptaciones (art. 20).

Para estos efectos, la Ley Núm. 27.126 establece que la Dirección de Observaciones Judiciales (DOJ) como único órgano del Estado argentino competente para llevar adelante tales interceptaciones o captaciones de las comunicaciones se transfiera al ámbito de la Procuración General de la Nación del Ministerio Público, un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera (art. 17). A partir de este traspaso, la DOJ pasó a denominarse Departamento de Interceptación de Captación de las Comunicaciones (Dicom). De este modo, las órdenes judiciales para la interceptación de las comunicaciones telefónicas deben ser enviadas a la Dicom con instrucciones precisas para orientar dicha tarea (por ejemplo, los números a ser intervenidos). Después, la Dicom debe enviar ese pedido a la empresa de servicios telefónicos responsable de ejecutar la derivación de la comunicación. Según Ferrari y Schnidrig (2015: 32), "con estas nuevas normativas, no solo se transfirió a la Procuración General el sistema operativo, sino también las bases de datos infor-

máticas y los archivos documentales del organismo anterior con el material de las intervenciones concluidas al momento del traspaso".

Mientras en el proceso penal de interceptación de comunicaciones no se prevé una obligación de realizar reportes de transparencia; en el proceso de inteligencia, por el contrario, el art. 13 inciso 9 de la Ley Núm. 25.520 de Inteligencia Nacional prevé la obligación del órgano de inteligencia de elaborar informes anuales secretos de actividades de inteligencia, que debe presentar ante la Comisión Bicameral de Fiscalización de los Órganos y Actividades de Inteligencia. Con todo, ni en el proceso penal ni en el procedimiento de inteligencia para interceptar comunicaciones privadas se cuenta con un mecanismo de notificación diferida al usuario afectado. En el proceso penal, solamente en los casos de allanamiento, o de incautación de un sistema informático, el afectado recibe una notificación. Sin embargo, en los casos de interceptación de comunicaciones privadas, si esas comunicaciones interceptadas no terminan utilizándose en una causa penal, el afectado podría no enterarse nunca de que su comunicación fue interceptada (Ferrari & Schnidrig, 2015: 35).

4.2. Brasil

En Brasil, la procedencia de diligencias de investigación basadas en nuevas tecnologías sigue el mismo cuadro normativo general analizado en el capítulo anterior con ocasión de la interceptación de comunicaciones telefónicas. Como se indica en la tesis aislada Núm. I.9o.P.261 P (10a.), emitida por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, con registro digital 2021481, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 74, de enero de 2020, Tomo III, p. 2594, la tutela del derecho a la intimidad de toda persona, comprende toda conversación, sean estas de texto, de imágenes o de cualquier tipo de código de comunicación, en la medida que ellas releven datos que una persona decida conservar para un grupo selecto de individuos, sin el deseo de hacerlos públicos.

De este modo, se requiere de orden judicial previa, bajo secreto de justicia, sea de oficio o petición de la autoridad policial o del representante del MP, la que debe indicar claramente la situación ob-

jeto de la investigación, incluyendo la indicación y calificación de los investigados, salvo que sea manifiestamente imposible, lo que debe justificarse debidamente (art. 2°, párrafo único)[20].

Por regla la solicitud debe ser escrita, salvo que excepcionalmente el juez admita su formulación verbal, siempre que concurran los presupuestos que autorizan la interceptación, caso en que su concesión queda sujeta a reducción de plazo (art. 4°, § 1). La orden, por su parte, debe cumplir los requerimientos propios del test de proporcionalidad (art. 2 y 4 de la citada Ley).

En efecto, el art. 2°, redactado en términos negativos, prohíbe la interceptación de comunicaciones telefónicas cuando: (a) no hay evidencia razonable de autoría o participación en un delito; (b) la prueba puede realizarse por otros medios disponibles (necesidad); y (c) el hecho investigado constituye una infracción penal punible, como máximo, con pena privativa de la libertad (proporcionalidad en sentido estricto). Luego el art. 4° exige que la solicitud de interceptación contenga la demostración de que su ejecución es necesaria para la investigación de un delito, con indicación de los medios a emplear.

El juez cuenta con un plazo máximo de 24 horas para resolver la solicitud (Art. 4, § 2°), debiendo fundamentar su decisión, bajo pena

---

[20] Sobre la necesidad de fundamentación de la medida: *"É exigida da gravosa decisão de quebra de sigilo telefónico a concreta indicação dos requisitos legais de justa causa e imprescindibilidade desta prova, que por outros meios não pudesse ser feita. Diante da ausência de fundamentação casuística, em genérico decreto de quebra cabível a qualquer procedimento investigatório, é reconhecida a nulidade dessa decisão e das decisões subsequentes de prorrogação e de ampliação, assim como das provas derivadas, estas a serem aferidas pelo juiz do processo, oportunidade em que também realizará análise acerca da existência de elementos outros à justificar a manutenção da prisão preventiva do recorrente. Tendo em vista o quadro fático extraído dos autos, dispensa-se a análise acerca de eventual ilegalidade na primeira decisão da interceptação telefônica, por ter sido baseada unicamente em denúncia anônima e matéria jornalística do ano de 2006, tudo diante da ausência de fundamentação da decisão que determinou a medida de quebra de sigilo telefônico. Recurso em habeas corpus provido para declarar nula a decisão inicial de quebra de sigilo telefônico, assim como das prorrogações e ampliações subsequentes, bem assim das provas consequentes, estas a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser desentranhado dos autos*" Vid.: Superior Tribunal de Justicia (Brasil), sentencia com fecha 07 de diciembre de 2016, Recurso ordinário en Habeas Corpus RHC 66887 SP y 2015/0325925-3 (STJ).

de nulidad, indicando también su forma de ejecución y el tiempo de duración, que no podrá exceder de 15 días, renovable por igual período una vez comprobada la indispensabilidad de los medios de prueba (art. 5°). Aunque de su tenor literal se desprende la posibilidad de acceder a una única prórroga, lo que podría desfavorecer la eficacia de la medida[21], la jurisprudencia imperante ha sostenido la procedencia de tantas prórrogas como se requieran[22].

Una vez concedida la solicitud, la autoridad policial realizará los trámites de interceptación, informando al MP, que podrá vigilar su ejecución (art. 6°). En el caso de que el trámite permita registrar la comunicación interceptada, se determinará su transcripción (art. 6° § 1).

Sobre la ejecución de esta medida, a nivel legal, no hay mayor reglamentación, más allá de indicar que para procedimientos de interceptación, la autoridad policial puede solicitar servicios y técnicos especializados a los concesionarios de servicios públicos (art. 7°). Se dispone también que la interceptación de comunicaciones telefónicas, cualquiera sea su naturaleza, se debe producir en registros separados, anexados a los registros de la investigación policial o del proceso penal, preservando la confidencialidad de los procesos, grabaciones y transcripciones respectivas (art. 8°)[23].

---

21 Según Magalhães (2013: 163): "*existe motivação ad relationem quando sobre um ponto decidido o juiz não elabora uma justificação autônima ad hoc, mas se serve do reenvio à justificação contida em outra decisão*".

22 Vid.: Corte Suprema Federal, con fecha 9 de noviembre de 2004, *Habeas corpus* 84.301-SP, presentado por Juez Joaquim Barbosa. http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79542 y Corte Suprema Federal, con fecha 17 de septiembre de 2006, Habeas Corpus 83.515-RS, presentado por el Juez Nelson Jobim. http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79377.

23 *"Sobre interceptación telefónica y prueba prestada A jurisprudencia desta Corte firmou o entendimento de que, de, de acordo com o artigo 8 da Lei 9.296&96, os autos da interceptação telefônica seão juntados aos principais antes do relatório final da autoridade policial, ou antes de prolatada sentença. Na espécie, apesar de ter tramitado em outros autos, a prova emprestada sequer foi juntada ao processo, considerando-se válida, porém, a análise do quanto expendido pelos policiais que participaram das diligências, mas consideradas tais declarações como prova testemunhal e não como interceptação telefônica. Ademais, consoante os depoimentos dos próprios policiais, foi através de interceptações telefônicas que tomaram conhecimento de crimes praticados pelos acusados e então passa-*

Una vez finalizada la diligencia, la autoridad policial debe remitir al juez el resultado de la interceptación, acompañando un informe detallado, que deberá contener un resumen de las operaciones realizadas (art. 6 § 2°).

Mayores pormenores sobre el procedimiento para solicitar la interceptación, los estándares para las resoluciones judiciales en la materia, la forma en que se debe notificar a las compañías de interés, y la responsabilidad de los jueces para proteger la privacidad de la información interceptada, se encuentran a nivel administrativo a través de la *Resolução num. 59/08* del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) y por la *Resolução num. 36/09* del Consejo Nacional del Ministerio Público (CNMP). En general, se establece que los miembros de la Fiscalía General y los jueces deben informar mensualmente al Inspector General de la Fiscalía General (*Corregedoria-Geral do Ministério Público*) y al Inspector General del Consejo Nacional de Justicia (*Corregedoria Nacional da Justiça*), sobre el número de operaciones de interceptación en curso (art. 10 y 18, respectivamente), a efectos estadísticos.

Por otra parte, en Brasil, la vigilancia de las comunicaciones distintas de las telefónicas se somete al mismo estatuto que estas. En efecto, el art. 1° de la Ley Núm. 9.296/96 que Regula el inciso XII, parte final, del art. 5° de la Constitución Federal, señala que las disposiciones de esta Ley se aplican a la interceptación del flujo de comunicaciones en sistemas informáticos y telemáticos. De este modo, resultan aplicables las mismas reglas ya indicadas respecto de la interceptación de comunicaciones telefónicas, sin perjuicio de que dicho marco deba ser complementado con la Ley Marco Civil de Internet.

Para estos efectos, conviene también tener presente lo dispuesto en la *Resolução Num. 426/05 Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado* (Normativa del Servicio de Telefonía Fija Conmutada), cuyo

---

ram a realizar investigações, o que também implica impossibilidade da utilização de tais depoimentos e das provas derivadas para a condenação. Recurso especial provido para anular as provas obtidas mediante interceptação telefônica e as dela decorrentes, a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser extraído dos autos, procedendo-se à prolação de nova sentença com base nas provas remanescentes e, de ofício, estendo os efeitos desta decisão ao corréu Benedito Aparecido Pereira, nos termos do art. 580 do CPP" En: Superior Tribunal de Justiça (Brasil), com fecha 20 de junio de 2020, Recurso Especial N 1869749 SP 2018/0074326-5 (STJ).

art. 22, exige que "todos los datos relacionados con la provisión de servicios, incluyendo los registros telefónicos" sean retenidos por los proveedores de servicios de telefonía fija "por un lapso de al menos 5 años", bajo la responsabilidad de proteger la confidencialidad de los mismos (art. 23) y disponer de los recursos e infraestructura tecnológica necesarios para violar la confidencialidad de las telecomunicaciones en el caso de que medie una orden judicial (art. 24). Por su parte, la *Resolução Num. 477/07 Regulamento sobre Serviço Móvel Pessoal* (Normativa del Servicio Móvil Personal), en su art. 10, reitera estas exigencias respecto de los proveedores de telefonía móvil para que mantengan, por un lapso mínimo de 5 años, "a disposición de la ANATEL y otras partes interesadas, los documentos de facturación (documentos de naturaleza fiscal), que contengan datos sobre llamadas entrantes y salientes, fecha, hora, duración, y precio, así como también la información de cuenta de los subscriptores, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11 de la Ley Núm. 8.218/91 […]", la cual exige a las entidades legales retener y mantener los documentos fiscales/de facturación a disposición de la Secretaría de Ingresos Federales de Brasil, por un periodo de 5 años previsto en la normativa tributaria como el plazo mínimo para presentar acciones ante la Corte. Los arts. 42 y 58 también establecen "un mínimo de datos personales" que las personas deben proveer para contratar un servicio de telefonía móvil (nombre, número del documento de identidad, y número de identificación fiscal), lo que hace que el registro de un móvil dependa de un número de identificación fiscal, lo que compromete el uso anónimo. Por último, la *Resolução Num. 614/13 Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia* (Normativa de Servicio de Comunicación Multimedia), en su art. 53, exige que los proveedores de servicios de conexión a Internet retengan los registros de conexión y los datos de cuenta de los subscriptores por al menos un año. Por "registros de conexión" se entiende el conjunto de datos referidos a la fecha y hora del uso de una conexión a Internet, una dirección IP específica usada en la terminal de paquetes de datos entrantes y salientes, entre otros datos que permitan la identificación de la terminal de acceso utilizada (art. 4°, apartado XVII).

En la misma línea, como se anticipó, se enmarca la Ley Núm. 12.965/14 de Marco Civil de Internet, cuyo art. 13 establece que, al proveer una conexión de Internet, el sistema proveedor inde-

pendiente que corresponda (tales como Embratel, Oi, UOL Diveo y muchos otros, como algunas universidades) tiene el deber de almacenar los registros de conexión, en confidencialidad y en un ambiente seguro y controlado, por el periodo de un año, conforme a la normativa vigente. Los sujetos de esta obligación, los "administradores de sistema independientes", son, según el art. 5°, IV de la ley, un "individuo o entidad legal que se encarga de los bloques de direcciones IP y los sistemas de ruteo correspondientes, que están debidamente inscritos en la agencia nacional a cargo de registrar y distribuir las direcciones IP para todo el país", lo cual alcanza a los proveedores de acceso a Internet que cumplan con esta definición. El art. 10, inciso 3 del Marco Civil de Internet establece de manera específica que el acceso a los registros de conexión a Internet y el acceso al registro de aplicaciones dependerán de una orden judicial, protección que se refuerza en los arts. 13, inciso 5 y 15, inciso 3°. A su vez, el art. 22 limita los propósitos a la "producción de un conjunto de pruebas para casos civiles y penales", y contempla los requisitos que debe cumplir la "parte interesada" para recabar la orden judicial, cuales son: poseer indicios fundamentados de delincuencia; justificar la utilidad de los registros solicitados para los fines de la investigación o hallazgos; y especificar los periodos a los que se refieren los registros.

Sin embargo, es de destacar que de acuerdo con el sistema de almacenamiento de registros por parte de ANATEL se puede eventualmente obtener información sin orden judicial previa y mayores datos de que los que se podían recabar en materia de organizaciones criminales en virtud de la Ley Núm. 12.850/13 respecto de datos que expresamente fuesen utilizados para la persecución de este tipo de criminalidad. Por ello dicho marco normativo resulta conveniente para los objetivos del Estado de llevar a cabo tareas de investigación también en materia de corrupción, sea que ella se encuentre o no asociada al crimen organizado. En efecto, el acceso a estos registros complementa la habilitación que ya confería el art. 6°, apartado III del CPP al permitir a las autoridades policiales "recopilar toda la evidencia relevante para clarificar los hechos y circunstancias" cuando se informe sobre la comisión de un crimen, en relación con el art. 8°, apartado IV de la Ley Complementaria Nº 75/93 que permite a la Fiscalía General solicitar "información

y documentos a entidades privadas" en el desarrollo de sus responsabilidades, lo cual aplica, con carácter subsidiario, a las entidades estatales (art. 80 de la Ley Núm. 8.625/93), como ANATEL. Lo anterior, salvo en lo que respecta al acceso al contenido de comunicaciones electrónicas bajo la posesión de los proveedores de aplicaciones de Internet (tales como Google y Facebook), cubierta por el Marco Civil de Internet, en los arts. 7, III y 10 inciso 2, en los que se exige que exista una orden judicial previa. La regulación expresa de este último aspecto es relevante para facilitar la ejecución de las solicitudes de entrega de datos retenidos en el exterior a fin de poder exigir a los proveedores que entreguen dichos datos, a pesar de que ellos se encuentren sujetos a la legislación extranjera, y sin que puedan pedir que se cumpla con procesos legales internacionales específicos. Como explican Antonialli y De Souza (2016: 17), para estos efectos, el inciso 2° del art. 11 estableció de manera expresa que "las disposiciones de la cláusula principal aplican incluso cuando a las actividades las llevan a cabo entidades legales con sede en el exterior, siempre que provean servicios a los brasileños o al menos un miembro del mismo grupo económico brasileño que opere en Brasil", aunque sin resolver los problemas de jurisdicción que puede suscitar la aplicación de esta norma.

En el contexto del crimen organizado, el art. 17 de la Ley de Organizaciones Criminales establece que "las concesionarias de telefonía fija y móvil mantendrán, por cinco años, y a disposición de las autoridades mencionadas en el art. 5° (esto es, el jefe de la Policía Civil y la Fiscalía General), los registros para identificar los números de terminales entrantes y salientes de llamadas internacionales, de larga distancia o locales". Luego, su art. 15 dispone que "el jefe de la policía civil y la Fiscalía General tendrán acceso, sin necesidad de que medie una orden judicial, solamente a la información de cuenta de la persona acusada que indique aptitudes personales, sus padres y la dirección retenida por las Cortes Electorales, compañías telefónicas, instituciones financieras, proveedores de Internet y administradores de tarjetas de crédito". Con ello se reitera lo dispuesto en el art. 17-B de la Ley Núm. 9.613/99 de Crímenes de Lavado de Dinero. A su vez, el art. 21 penaliza que las compañías se rehúsen o no cumplan con la entrega de "información de cuenta, registros, documentos e información que exija la Corte, la Fiscalía General o el jefe de la poli-

cía civil en el curso de una investigación o proceso penal", e impone sanciones que varían desde 6 meses hasta 2 años de prisión, y multa[24].

Dentro de otro orden de ideas, desde el año 2019 la Ley Núm. 9.296/96 que Regula el inciso XII, parte final, del art. 5° de la Constitución Federal, también regula la captura ambiental de señales electromagnéticas, ópticas o acústicas, solicitadas por la autoridad policial o el MP, al juez respectivo para la instrucción o instrucción criminal (art. 8-A), las que también se someten a la exigencia de contar con autorización judicial previa, salvo el caso de la captura ambiental realizada por uno de los interlocutores sin conocimiento previo de la autoridad policial o del MP. Esta captura puede ser utilizada, en materia de defensa, cuando se demuestre la integridad de la grabación (art. 8-A§ 4º).

La solicitud de captura debe describir en detalle la ubicación y forma de instalación del dispositivo de captura ambiental (art. 8-A) y el juez podrá autorizarla si verificado el test de proporcionalidad, la prueba no pudiese realizarse por otros medios disponibles e igualmente eficaces (principio de necesidad e idoneidad); y siempre que exista evidencia razonable de autoría y participación en infracciones penales cuyas penas máximas sean superiores a cuatro años o en infracciones penales conexas (proporcionalidad en sentido estricto).

La captura ambiental no puede exceder de 15 días, renovable por decisión judicial por períodos iguales, siempre que se compruebe la indispensabilidad de los medios probatorios y la existencia de una actividad delictiva permanente, habitual o continuada (art. 8-A § 3).

Sobre la ejecución de la medida se indica que la instalación del captador ambiental puede realizarse, cuando sea necesario, mediante operativo policial encubierto o de noche, excepto en la vivienda, de conformidad con el inciso XI del apartado principal del art. 5° de la Constitución Federal (art. 8-A§ 2).

---

[24] La *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADI 5063/DF), en virtud de la cual la *Associação Nacional de Operadoras Celulares* (ACEL) dedujo un recurso de constitucionalidad ante la Corte Suprema Federal para solicitar la nulidad de los arts. 15, 17 y 21 de la Ley N 12.850/2013 de Organizaciones Criminales por violar el derecho a la privacidad y el principio de legalidad, fue desestimado por dicho tribunal con fecha 13 de diciembre de 2013.

Por último, y con el objetivo de referir completamente el cuadro normativo sobre intervención de comunicaciones, en materia de actividades de inteligencia, rige la Ley Núm. 9.883/99 que crea el Sistema Brasileño de Inteligencia (SISBIN). El principal órgano es la Agencia de Inteligencia de Brasil (ABIN), competente para planificar, realizar, monitorear y controlar las actividades de vigilancia, con acceso a los datos obtenidos por otras autoridades mediante la cooperación en el SISBIN. En efecto, según el art. 6-A, la ABIN posee representantes en los organismos del SISBIN, en su Departamento de Integración, los cuales "tendrán el derecho de acceder, a través de medios electrónicos, a las bases de datos de sus organismos de origen, sujeto a las normas y límites de cada institución y a las leyes de seguridad, secreto profesional y protección de cuestiones confidenciales" (inciso 4°).

4.3. Chile

Para analizar el cuadro regulatorio de las medidas especiales de investigación basadas en nuevas tecnologías, es preciso señalar que en Chile se garantiza la vida privada y los datos personales en el art. 19 Núm. 4 de la Constitución Política de 1980.

En este sentido, en Chile también es posible distinguir entre un sistema general de vigilancia de las comunicaciones en el marco del CPP, tal como se ha expuesto en materia de interceptación de comunicaciones telefónicas; y, un sistema especial a propósito de actividades de inteligencia.

En lo que respecta al régimen general, los art. 218, 219 y 220 del CPP tratan la retención e incautación de correspondencia. Aun cuando no se aluda expresamente a la correspondencia electrónica, se entiende quedar subsumida en la referencia a "otra clase" de correspondencia. Además, la parte final del inciso 1 del art. 218 permite en forma explícita la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de él. De este modo, el juez de garantía puede autorizar la retención e incautación de ella, e incluso la copia de correspondencia y transmisiones, a petición del MP, mediante resolución fundada, cuando por motivos fundados fuere previsible su utilidad para la investigación. Como se

observa, en este caso, no se prevé la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto de cara a la gravedad del hecho investigado, pues la procedencia de la medida es independiente de la gravedad del delito investigado, bastando su sola utilidad. En otras palabras, no se requiere necesidad, sino mera conveniencia para los fines de la investigación. Según Hernández y Lara (2016: 33), "constituye un nivel excesivo de afectación de la privacidad de la persona en cuestión el retiro de equipos computacionales con la totalidad de sus correos electrónicos con igual nivel de accesibilidad, frente a aquello que efectivamente sería útil para una investigación".

A pesar de que esta medida de retención e incautación de correspondencia suela invocarse para requerir la incautación física de equipos que alojan copias de correos electrónicos, la obligación de registro consiste básicamente en un sistema computacional que deja constancia automática de ciertas operaciones que realiza un usuario en Internet, información que es almacenada en los equipos e instalaciones del Proveedor de Servicios de Internet (ISP); usualmente el registro consigna la dirección IP utilizada por el usuario –la cual es asignada por el ISP–, la hora de conexión y la hora de desconexión de la red. De esta manera, según Álvarez y Cerda (2005: 137), su procesamiento posterior permite localizar o identificar el computador desde el cual se realizó una determinada operación en Internet, funcionando de manera similar al sistema de control de llamadas que las compañías telefónicas utilizan para efectos de facturación.

A diferencia de lo que sucede con las intervenciones de comunicaciones, en este caso se regula con un poco más detalle la ejecución de la diligencia. Así, el art. 218 inciso 2 señala que el fiscal deberá examinar la correspondencia o los envíos retenidos y conservará aquellos que tuvieren relación con el objeto de la investigación. Por el contrario, se indica que la correspondencia o los envíos que no tuvieren relación con el hecho investigado deben ser devueltos o, en su caso, entregados a su destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal. La correspondencia que hubiere sido obtenida de servicios de comunicaciones será devuelta a ellos después de sellada, otorgando, en caso necesario, el certificado correspondiente. En este sentido, el art. 219 indica que el juez de garantía podrá autorizar, a petición del fiscal, que cualquier empresa

de comunicaciones facilite copias de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ellas.

Por su parte, el Decreto Núm. 142 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, de septiembre de 2005, también conocido como "Reglamento sobre Interceptación y Grabación de Comunicaciones Telefónicas y de otras formas de Comunicaciones", en su art. 6º también se refiere a las obligaciones de los prestadores de servicios de Internet de mantener información sobre las comunicaciones de sus usuarios, aunque disponible no solo para el MP sino que para toda otra institución que se encuentre facultada por ley para requerirlo, obviando así la autorización judicial.

Para ofrecer un cuadro panorámico es necesario también referir la Ley Núm. 18.168 General de Telecomunicaciones como aquella encargada de regular las telecomunicaciones como servicio y la relación entre los distintos operadores de ese sistema. Así, regula toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos, contemplando normas sobre interceptación, difusión y protección de usuarios. Específicamente, su art. 24 H establece un listado de deberes a las concesionarias de servicio público que presten servicio a los proveedores de acceso a internet, y también a toda persona natural o jurídica que preste servicios comerciales de conectividad entre los usuarios o sus redes en internet.

Dentro de estos deberes se encuentra la obligación de los ISP de preservar la privacidad de los usuarios de la red, protegiendo la privacidad de los usuarios del servicio de acceso a internet. En efecto, este cuerpo normativo no contempla hipótesis que permitan realizar actividades de vigilancia sobre las comunicaciones. Por el contrario, sanciona como delito, entre otros, la interceptación o captación maliciosa o sin autorización, de cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones con la pena de 541 días a 3 años de privación de libertad más una multa, pudiendo intensificarse ambas sanciones en caso de difusión.

Complementando a la Ley en temas de vigilancia y privacidad, el Reglamento de Telecomunicaciones contenido en el Decreto Núm.

18, de enero de 2014 señala en su art. 24 y 50, que los datos personales de suscriptores y usuarios de los servicios de telecomunicaciones en Chile solo pueden utilizarse por los ISP en relación a los fines específicos asociados a la prestación del servicio (debiendo someterse a lo dispuesto en la Ley Núm. 19.628 sobre Protección de la Vida Privada); y que los ISP deben procurar preservar la privacidad y seguridad de los usuarios en la utilización del servicio de acceso a Internet. Con ello, no solo se prohíbe la interceptación de los servicios prestados, sino que también se evita la filtración de datos que puedan afectar a la privacidad de las personas por parte de ellos mismos, actuando como partes de un contrato y aborda la privacidad en relación con el uso mismo del servicio de Internet.

En lo que respecta a la toma de fotografías, filmaciones y otros medios de reproducción de imágenes, rige lo dispuesto en el art. 226 CPP, que somete su procedencia a autorización judicial previa para la investigación de hechos que revistan el carácter de crímenes, esto es, que tengan asociada una pena abstracta de 5 años y un día de privación de libertad. La norma también admite disponer la grabación de comunicaciones entre personas presentes En lo demás, remite a la regulación contenida en los arts. 222 a 225 en materia de interceptación de comunicaciones telefónicas. Como se advierte, para la utilización de estos medios técnicos, el legislador no efectúa ningún distingo en cuanto al lugar en que acaezcan los hechos que se fotografían, filmen, o graben, generando discusión sobre los casos en que ellos se verifiquen en lugares cerrados no abiertos al público ni de libre acceso público.

Por último, mediante la Ley Núm. 21.577, de 15 de junio de 2023, se reguló el registro remoto de dispositivos electrónicos, sujeto a autorización judicial por un período de hasta 30 días, prorrogables hasta un máximo de 60 días. Lo llamativo de la nueva regulación es que, a pesar de la intensidad intrusiva de la medida, esta no está reservada para la investigación de delitos graves, como sí ocurre con la interceptación o las formas de intromisión previstas en el art. 226 CPP, sin perjuicio de lo cual, en cuanto por regla general el registro remoto constituirá *de facto* un supuesto de esas medidas, se ha sostenido en la literatura que, siendo eso efectivamente así en el caso concreto, rigen para ella las mismas restricciones que respecto de ellas (Hernández,

2024: 28 et. seq.). La misma ley ha venido a aclarar el hasta ahora ambiguo régimen de los datos de tráfico, distinguiéndose entre estos, cuya obtención requiere autorización judicial previa, y los datos de suscriptor, que pueden ser requeridos directamente por el Ministerio Público, al tiempo que se regula, por primera vez, un plazo máximo (de un año) de conservación de los datos, plazo cuya inobservancia debería dar lugar a su exclusión como material probatorio (sobre esto Hernández, 2024: 35 et. seq.).

En forma paralela al régimen de interceptación propiamente judicial, la Ley Núm. 19.974, sobre el Sistema de Inteligencia de Estado y que crea la Agencia Nacional de Inteligencia de 2004, también contempla procedimientos de intervención telefónica, informática y radial; intervención de sistemas y redes informáticas; escuchas y grabaciones electrónicas; intervención de cualquier otro sistema tecnológico destinado a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de las comunicaciones electrónicas. En efecto, en los artículos 23 y siguientes, se establecen procedimientos especiales de obtención de información, pero solo se les autoriza "cuando determinada información sea estrictamente indispensable para el cumplimiento de los objetivos del Sistema y no pueda ser obtenida de fuentes abiertas" (principio de necesidad), y siempre que los mismos se efectúen en la forma y con las autorizaciones que se disponen en el Título V de la citada Ley.

Así, dichos procedimientos están limitados exclusivamente a actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico (principio de proporcionalidad en sentido estricto), por lo que su uso también podría enmarcarse en la persecución del fenómeno corruptivo cuando este se asocie a tales actividades. El requisito de idoneidad propio de la aplicación de un test de proporcionalidad lo podemos encontrar en que no existe una fuente pública menos lesiva que permita obtener estos datos.

En concreto, entre tales procedimientos, se incluyen "la intervención de sistemas y redes informáticos" (inciso 3° letra b) y "la intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones

o información" (inciso 3°, letra d). Puesto que tales operaciones se llevan a cabo precisamente por las policías y bajo autorización judicial, esta forma de "intervención" de sistemas informáticos también estaría amparada por la ley, incluso el criticable uso de *malwares*.

Para Hernández y Lara (2016: 22), el uso de *malware* como vigilancia focalizada que permite rastrear teléfonos mediante GPS, interceptar y recolectar mensajes de texto, correos electrónicos e historial de llamadas, grabar llamadas telefónicas, entre otros, constituye una herramienta demasiado intensa y riesgosa como para apreciar su legitimidad tan solo desde el punto de vista formal mediante la exigencia de orden judicial previa.

De todos modos, en estos casos, la autorización judicial debe ser solicitada por los directores o jefes de los organismos de inteligencia, directamente al Ministro de Corte de Apelaciones del territorio donde se realiza la diligencia o donde se inicia la misma, o a través del juez institucional que corresponda. Así, la autorización no será vista por un Juez de Garantía como en el sistema común de recolección de información, sino por un ministro de corte o bien por un juez castrense que, previo test de proporcionalidad, deberá concederla con el único objetivo de resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y a su pueblo de las amenazas del terrorismo, crimen organizado y narcotráfico.

4.4. México

En el caso mexicano, las diligencias de intervención de comunicaciones basadas en nuevas tecnologías se encuentran sometidas al mismo régimen de la interceptación telefónica tratada en el capítulo anterior. Así se desprende del art. 294 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), al comprender dentro del objeto de la intervención de las comunicaciones privadas tanto aquellas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores. En idéntico sentido se pronuncia el art. 18 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organi-

zada, eventualmente aplicable a los delitos de corrupción, vía delitos relativos a operaciones con recursos de procedencia ilícita del art. 400 bis.

Sobre la localización geográfica en tiempo real, el art. 303 CNPP establece que, cuando exista denuncia o querella, y bajo su más estricta responsabilidad, el Procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad, debe solicitar a los concesionarios o permisionarios o comercializadoras del servicio de telecomunicaciones o comunicación vía satélite, la localización geográfica en tiempo real de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con los hechos que se investigan en términos de las disposiciones aplicables. Asimismo, se les podrá requerir la conservación inmediata de datos contenidos en redes, sistemas o equipos de informática, hasta por un tiempo máximo de 90 días en los casos de delitos relacionados o cometidos con medios informáticos.

Por su parte, la Ley de Seguridad Nacional de 2005, somete las intervenciones de comunicaciones con fines de inteligencia y contrainteligencia a un estándar especial de control judicial. Según su art. 34, "se entiende por intervención de comunicaciones la toma, escucha, monitoreo, grabación o registro, que hace una instancia autorizada, de comunicaciones privadas de cualquier tipo y por cualquier medio, aparato o tecnología". Es decir, la intervención abarca tanto actividades de interceptación como de monitoreo y solo procede cuando existan amenazas a la seguridad nacional, que impliquen, entre otras, espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión y traición a la patria (art. 35 inciso 1° en relación con el art. 5°).

El Poder Judicial de la Federación, de acuerdo con su ley orgánica, debe determinar los juzgados que deban conocer de estas solicitudes (art. 35 inciso 2°). En esos casos, las autoridades tendrán que seguir un procedimiento reservado para obtener la autorización, la cual debe resolverse dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud. Esta última debe incluir una descripción de los hechos –omitiendo los detalles que pongan en riesgo la operación–, la justificación y el tiempo por el que se pide la intervención. La resolución que la admite debe indicar el tipo de actividad que se llevará a cabo, su duración (por un máximo de 180 días con posibilidad de prórroga por el mis-

mo periodo) y la autorización para instalar o remover equipos relacionados con la operación (art. 37 et. seq.). Durante su ejecución, el juez puede solicitar informes periódicos, cuyo contenido no puede ser divulgado (art. 45 et. seq.).

Las acciones relacionadas con seguridad nacional están sujetas al control legislativo. Para estos efectos, se crea un Comisión bicameral, compuesta por tres senadores y tres diputados, que tiene la atribución de pedir informes específicos al Centro de Investigación y Seguridad Nacional, conocer los demás reportes generales y hacer recomendaciones sobre cualquier tema. En todo caso, el Centro puede abstenerse de revelar información que ponga en riesgo la seguridad nacional, y la Comisión, a su vez, está obligada a mantener la reserva (art. 57 et. seq.).

4.5. Perú

La intervención de otras formas de comunicación, distintas de la telefónica, se somete a la misma regulación que se acaba de exponer en el capítulo anterior, en virtud de los dispuesto en el art. 230.1 CPP.

En efecto, el art. 4° del Decreto Supremo Nº 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones señala que toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y al secreto de las telecomunicaciones. El art. 13 de su Reglamento establecido por Decreto Supremo Núm. 020-2007-MTC, por su parte, precisa que se atenta contra la inviolabilidad y el secreto de las telecomunicaciones cuando deliberadamente una persona que no es quien origina ni es el destinatario de la comunicación, sustrae, intercepta, interfiere, cambia o altera su texto, desvía su curso, publica, divulga, utiliza, trata de conocer o facilitar que él mismo u otra persona, conozca la existencia o el contenido de cualquier comunicación sin la autorización de quienes están involucrados en la comunicación. En el mismo sentido, la Ley Núm. 29.733 de Protección de Datos Personales, en su art. 13 dispone que las comunicaciones, telecomunicaciones, sistemas informáticos o sus instrumentos, cuando sean de carácter o uso privados, solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez o con autorización de su titular, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos

ajenos al hecho que motiva su examen. Agrega que los datos personales obtenidos con violación de este precepto carecen de efecto legal.

Sin embargo, a pesar de este marco regulatorio que somete la intervención de otras formas de telecomunicaciones a la autorización judicial previa, desde finales de julio de 2015 se encuentra vigente el Decreto Legislativo Núm. 1182 que busca regular el uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado por parte de la Policía Nacional, conocida coloquialmente como la "Ley *Stalker*" por sus polémicos alcances, justamente por la ausencia de control judicial previo.

Esta normativa, modificada recientemente por la Ley Núm. 31.284 de 2021, permite que la Policía pueda acceder a los datos de geolocalización en tiempo real de cualquier usuario de celulares o de dispositivos electrónicos conectados a una red de telecomunicaciones mediante su solo requerimiento a cualquier empresa operadora de tales servicios. Se establece que los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, así como las empresas públicas y privadas relacionadas con estos servicios, están obligados a brindar los datos de localización, geolocalización o rastreo de manera inmediata y oportuna, dentro de un plazo máximo de 24 horas de solicitada la información por la unidad especializada de la Policía Nacional del Perú, cuya atención del requerimiento será las 24 horas del día de los 365 días del año, bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal, en caso de incumplimiento (art. 4.3). Asimismo, obliga a los concesionarios de servicios de telecomunicación a crear un registro de datos de sus usuarios hasta por 3 años con el fin de hacerlos accesibles para la investigación de delitos. En efecto, según la segunda disposición complementaria final se establece que los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones y las entidades públicas relacionadas con estos servicios deben conservar los datos derivados de las telecomunicaciones durante los primeros 12 meses en sistemas informáticos que permitan su consulta y entrega en línea y en tiempo real. Concluido el referido periodo, deberán conversar dichos datos por 24 meses adicionales, en un sistema de almacenamiento electrónico. La entrega de datos

almacenados por un periodo no mayor a 12 meses se realiza en línea y en tiempo real después de recibida la autorización judicial. Para el caso de los datos almacenados por un periodo mayor a 12 meses, se hará entrega dentro de los 7 días siguientes a la autorización judicial, bajo responsabilidad.

Según el art. 3 del Decreto Legislativo Núm. 1182, esta diligencia procede siempre que se trate de un delito flagrante de conformidad con lo dispuesto en el art. 259 CPP; que el delito investigado se encuentre sancionado con pena superior a los 4 años de privación de libertad; y que el acceso a los datos constituya un medio necesario para la investigación.

El procedimiento se encuentra detallado en el art. 4, según el cual, la unidad a cargo de la investigación policial, una vez verificados los requisitos anotados, pone en conocimiento del MP el hecho y formula el requerimiento a la unidad especializada de la Policía Nacional del Perú para efectos de la localización o geolocalización. Luego, la unidad especializada de la Policía Nacional del Perú que recibe el requerimiento, previa verificación del responsable de la unidad solicitante cursa el pedido a los concesionarios de los servicios públicos de telecomunicaciones o a las entidades públicas relacionadas con estos servicios, a través del correo institucional u otro medio idóneo convenido.

El cumplimiento de los requisitos supra anotados solo será revisado luego de que la policía ya haya accedido a los datos. Así, la unidad a cargo de la investigación policial tendrá 24 horas para enviar al fiscal un informe que sustente su requerimiento y el fiscal tendrá otras 24 horas para solicitar a un juez la "convalidación de la medida". Según el art. 5, el juez competente resolverá mediante trámite reservado y de manera inmediata, teniendo a la vista los recaudos del requerimiento fiscal, en un plazo no mayor de 24 horas. La denegación del requerimiento deja sin efecto la medida y puede ser apelada por el Fiscal ante el juez superior, quien debe resolver en el mismo plazo y sin trámite alguno.

En caso de que el Juez convalide la medida debe indicar el plazo durante el cual estará vigente el que no puede exceder los 60 días, sin perjuicio de que excepcionalmente también pueda prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento sustentado del Fiscal.

En su art. 6 se precisa que este mecanismo solo podrá aplicar a los datos de geolocalización de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de esta norma cualquier tipo de intervención de las telecomunicaciones sujeta a procedimientos especiales. Además, el art. 7 señala un régimen de responsabilidad para quienes en su calidad de agentes de la policía usen maliciosamente este sistema y, a su vez, establece que los operadores y sus dependientes deben de guardar reserva respecto de la información facilitada a la policía bajo este mecanismo.

Un aspecto controvertido de esta ley, que no ha sido superado con la promulgación de su modificatoria, es que la norma habilita a la Policía a solicitar el acceso de los datos de geolocalización de cualquier dispositivo móvil en tiempo real, sin mandato judicial y careciendo de límites y controles de seguridad respecto a la información recolectada, so pretexto de combatir el crimen.

En octubre de 2015, mediante Resolución Ministerial Núm. 0631-2015-IN, el Ministerio del Interior aprobó el "Protocolo de acceso a los datos de geolocalización de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar", que establece las etapas del procedimiento de acceso a la información de geolocalización creado por el Decreto Legislativo Núm. 1182. Sin embargo, amparándose en la excepción de seguridad nacional de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el Ministerio ha considerado al texto mismo del Protocolo como de carácter "reservado", por lo que no es posible acceder a este.

En lo que respecta a otras manifestaciones de prueba tecnológica, el art. 207 del cuerpo legal ya citado, contempla la regulación de la denominada videovigilancia, entendiendo por tal la toma de fotografías y registro de imágenes, así como la utilización de otros medios técnicos especiales determinados con la finalidad de observar o investigar la residencia del investigado (art. 207.1). Para su utilización como prueba en el juicio, rige el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones (art. 207.5). De todos modos, se indica expresamente que estos medios técnicos de investigación solo pueden ordenarse cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento (necesidad) o cuando la investigación resultare menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios (idoneidad).

Esta diligencia de investigación solo resulta aplicable a las investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas. En estos casos, el Fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenarlas directamente sin necesidad de control judicial previo o posterior. Se requiere autorización judicial previa únicamente cuando estos medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o lugares cerrados (art. 207.3).

Tratándose de la toma de fotografías o registro de imágenes, dicha medida puede dirigirse en contra de otras personas cuando la averiguación de las circunstancias del hecho investigado se viese de otra forma esencialmente dificultadas o, de no hacerlo, resultaren relevantemente menos provechosas. En el supuesto de otros medios técnicos para la localización de la residencia del investigado, también puede extender la aplicación de la medida a otras personas cuando, en base a determinados hechos, se debe considerar que están en conexión con este o cuando resulte indispensable para cumplir la finalidad de la investigación, sin cuya realización se podría frustrar dicha diligencia o su esclarecimiento pueda verse esencialmente agravado (art. 207.2). Se señala expresamente que estas medidas pueden ser llevadas a cabo aun cuando por su naturaleza y ámbito de la investigación, se vean irremediablemente afectadas terceras personas (art. 207.4).

En el ámbito del Sistema de Inteligencia Nacional, como sintetiza Morachimo (2016: 22), la vigilancia de las comunicaciones se encuentra prevista en el Decreto Legislativo Núm. 1141 sobre el Fortalecimiento y Modernización del SINA y de la DINI y su reglamento. Según el art. 32 de dicho Decreto los procedimientos especiales de obtención de información son aquellos que se utilizan para acceder a información que resulta estrictamente indispensable para el cumplimiento de los objetivos de la actividad de inteligencia y cuya realización es aprobada por cualquiera de los dos Jueces Superiores *Ad hoc* del Poder Judicial designados por la Corte Suprema de Justicia de la República especialmente para este fin, dentro de las 24 horas de presentada la solicitud. Para estos efectos, la autorización debe ser solicitada únicamente por el Director de Inteligencia Nacional, y deberá contener: (a) la identificación de la(s) persona(s) que será(n)

afectada(s); (b) la especificación de las medidas que se solicitan; y, (c) la motivación y duración de las medidas solicitadas. La resolución judicial tiene carácter vinculante para todas las entidades públicas que deben coadyuvar a su realización, debiendo observar las disposiciones sobre información clasificada.

Si la solicitud es denegada, procede recurso de apelación, el que será resuelto por una Sala Superior *Ad hoc* presidida por el otro Juez Superior *Ad hoc* y los dos Jueces Superiores *Ad hoc* suplentes, que también se debe de tramitar y resolver en un plazo de 24 horas.

Ahora bien, en caso de peligro contra la seguridad nacional y por la urgencia de las circunstancias, el Director de Inteligencia Nacional podrá, excepcionalmente, autorizar la ejecución de un procedimiento especial de obtención de información. La autorización de ejecución debe realizarse con cargo a formalizar la solicitud de inmediato ante el Juez Superior *Ad hoc*, quien en un plazo de 24 horas puede convalidarlo o disponer su inmediata paralización, sin perjuicio del recurso de apelación.

La propia norma citada establece que en ningún caso los informes de inteligencia tendrán valor probatorio dentro de procesos judiciales, administrativos y/o disciplinarios, pero su contenido podrá constituir elemento orientador durante la investigación, por lo que por esta vía podría servir para la persecución de delitos de corrupción. En ese sentido, el art. 35 obliga a que toda información obtenida para la producción de inteligencia por el SINA que resulte innecesaria para el objetivo del sistema por corresponder a la esfera de su vida privada debe ser destruida por los funcionarios responsables de los componentes del sistema que la detecte, bajo responsabilidad de inhabilitación y sin perjuicio de las sanciones civiles y/o penales que correspondan.

Sobre la posibilidad de control externo de las actividades de vigilancia en el marco del SINA, el art. 5 del Decreto Legislativo Núm. 1141 señala que, en uso de sus funciones de control y fiscalización, las autoridades, funcionarios o instituciones autorizados por ley, pueden solicitar el acceso a información clasificada de inteligencia a los componentes del SINA, la que será proporcionada con obligatorio conocimiento de la DINI. Según su diseño actual, formulado por el

Decreto Legislativo Núm. 1141, la DINI está sujeta a tres espacios de control:

1. por el poder judicial, cuando se necesite acceder a información que se encuentra protegida por el secreto de las telecomunicaciones o el secreto bancario. En estos casos, existen dos jueces superiores especialmente nombrados por la Corte Suprema que trabajan exclusivamente recibiendo y respondiendo las solicitudes de "obtención de información" que formula la DINI;

2. por el poder legislativo a través de la Comisión de Inteligencia del Congreso destinada a revisar todas las acciones de inteligencia, incluyendo los planes de inteligencia y los expedientes tramitados ante los Jueces que atienden las solicitudes de obtención de información, debiendo recibir un informe anual directamente del Director de Inteligencia; y

3. por la contraloría como órgano de control Institucional para el solo efecto de supervisar las actividades de gestión administrativa, económica y financiera de los recursos y bienes de los componentes del Sistema de Inteligencia Nacional.

4.6. Análisis comparado

Si bien todos los ordenamientos latinoamericanos analizados prevén, en alguna medida, el empleo de diligencias de investigación basadas en nuevas tecnologías, su pormenorización es mayormente deficiente. En efecto, por regla, tan solo se cuenta con una reglamentación detallada de la intervención de comunicaciones telefónicas como estatuto de referencia para la procedencia de las restantes diligencias propias de la vigilancia de las comunicaciones. El caso extremo está constituido por el sistema argentino, en que se advierten constantes remisiones normativas a diligencias clásicas de investigación tal como ocurre con ocasión del registro de un sistema informático o de una parte de este, o de un medio de almacenamiento de datos informáticos o electrónicos, con el objeto de secuestrar los componentes del sistema, obtener copia o preservar datos o elementos de interés para la investigación. Para todos estos casos, el sistema argentino dispone la aplicación de las reglas previstas a propósito

de la inspección del lugar del hecho, así como la remisión a las limitaciones dispuestas para el secuestro de documentos y las reglas de apertura y examen de correspondencia. En similares términos opera el ordenamiento jurídico chileno, sin perjuicio de la previsión expresa de la diligencia de intervención de comunicaciones entre presentes, también específicamente regulada en el ordenamiento brasileño como captaciones ambientales.

Ninguno de los ordenamientos analizados prevé explícitamente la procedencia de esta medida para hipótesis de corrupción, ni mucho menos un estatuto especial para esta clase de delitos. De este modo, su utilidad en este ámbito queda entregada al cumplimiento de los requisitos generales, o bien, a su consideración en el marco de organizaciones criminales. Solo en el ordenamiento peruano se señala explícitamente la utilización de esta clase de diligencias en forma expresa para un cierto grupo de delitos (delito flagrante según el art. 259 CPP; que el delito investigado se encuentre sancionado con pena superior a los 4 años de privación de libertad; y que el acceso a los datos constituya un medio necesario para la investigación). Como se detalló en el capítulo anterior, todos los delitos de corrupción cometidos por empleados públicos regulados en el Código Penal peruano satisfacen el requisito penológico apuntado. Sin embargo, en materia de videovigilancia, el catálogo queda referido exclusivamente a la investigación de delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas y, por esta última vía, podrían entenderse incorporados los delitos de corrupción.

En el mismo sentido, en Brasil puede reconducirse su procedencia cuando los supuestos de corrupción estén asociados a criminalidad organizada, caso en que rige el estatuto especial de mantención de datos por parte de las concesionarias de telefonía fija y móvil para identificar los números de terminales entrantes y salientes de llamadas internacionales, de larga distancia o locales, poniéndolos a disposición de los agentes de persecución penal en forma directa, sin necesidad de orden judicial previa. Tratándose de los casos chileno y mexicano, en cambio, debe estarse a la penalidad asociada al hecho concreto, a fin de establecer si cabe dentro de los marcos generales establecidos para estos efectos.

Un atisbo de tratamiento especial puede identificarse en la normativa mexicana, al permitirse que el agente del MPF pueda subsanar las deficiencias y solicitar nuevamente la orden, sin perjuicio de la procedencia del recurso de apelación en contra de la negativa a la solicitud o a la ampliación de la orden de intervención de comunicaciones privadas, cuando su solicitud recaiga en investigaciones por delincuencia organizada, lo que, en todo caso, no representa suficiente especialidad. Indirectamente el punto puede abordarse a través de las reglas dispuestas para la investigación y persecución del crimen organizado, como es el caso peruano y brasileño. En el marco brasileño, por su parte, se prevé la posibilidad de obtener información desde sistemas de almacenamiento de registros por parte de ANATEL sin orden judicial previa en virtud de la Ley Núm. 12.850/13, sea que ella se encuentre o no asociada al crimen organizado. En Argentina, por su parte, la persecución de los delitos de corrupción también podría explorarse a partir de su actividad de inteligencia, toda vez que la misma habilita el empleo de solicitudes de interceptación de comunicaciones para delitos federales complejos atentatorios contra el orden económico y financiero.

Ahora bien, especial comentario merece la transversal ausencia de tipificación expresa sobre la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización, a pesar de su efectivo uso en la persecución penal. El mayor exponente de esta problemática es, nuevamente, el ordenamiento argentino, el que a partir de técnicas biométricas asociadas a los documentos de identidad y de transporte público, se habilita para obtener el registro de todos los viajes que realizan los usuarios, en una base de datos controlada por Secretaría de Transporte de la Nación, sin necesidad de autorización judicial. Perú, en cambio, a pesar de prever su tipificación y procedencia para la persecución del crimen organizado, también permite que la Policía pueda acceder a los datos de geolocalización en tiempo real de cualquier usuario de celulares o de dispositivos electrónicos conectados a una red de telecomunicaciones mediante su solo requerimiento a cualquier empresa operadora de tales servicios, sin mandato judicial y sin sujeción a límite o control alguno. Mismo enfoque adopta el sistema mexicano al permitir acceder a la localización geográfica en tiempo real de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con los hechos que se investigan, a partir

del simple requerimiento a los concesionarios, permisionarios o comercializadoras del servicio de telecomunicaciones o comunicación vía satélite por parte del Procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad.

5. EL SISTEMA COLOMBIANO

5.1. Desarrollo normativo

En Colombia, en general, las diligencias de investigación basadas en nuevas tecnologías se encuentran sujetas a la misma regulación prevista para la interceptación de las comunicaciones telefónicas. En efecto, el Decreto Núm. 1704 de 2012, que reglamenta el art. 52 de la Ley Núm. 1453 de 2011, en su art. 1°, al proporcionar un concepto de interceptación legal de comunicaciones, se refiere a aquellas "cualquiera que sea su origen o tecnología" como un mecanismo de seguridad pública que busca optimizar la labor de investigación de los delitos por parte de las autoridades y organismos competentes, en el marco de la Constitución y la Ley. Por tanto, es posible sostener que su procedencia requiere autorización judicial, sea previa o posterior, según las reglas vistas en el capítulo anterior.

Ahora bien, en relación con las diligencias de investigación basadas en nuevas tecnologías, especial atención merece el denominado "monitoreo del espectro electromagnético", como parte de las actividades de inteligencia del Estado. En efecto, mientras en el capítulo anterior se ha hecho referencia a la información obtenida como seguimiento e interceptación a líneas o abonados telefónicos específicos, en cumplimiento, por regla, de una orden judicial previa, cuya actuación es parte de un proceso de investigación que adelantan las autoridades competentes, donde existe trazabilidad judicial y cadena de custodia en cada una de sus actuaciones, ahora corresponde examinar aquel tipo de información que es obtenida desde la actividad de "inteligencia", que, según Piracoca (2016: 50), no se traduce en evidencia judicial ni sirve para demostrar un hecho punible. Sin embargo, en Colombia se ha operado con esta técnica para orientar el inicio de investigaciones penales e incluso servir de base para la

fundamentación de la procedencia de esta clase de medidas en sede judicial, por lo que se requiere detallar su regulación.

Así, el art. 17 inciso 2 de la Ley Estatutaria Núm. 1621 de 2013, por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, establece que la interceptación de conversaciones privadas telefónicas móviles o fijas, así como de las comunicaciones privadas de datos, deberán someterse a los requisitos establecidos en el art. 15 de la Constitución y el CPP y solo podrán llevarse a cabo en el marco de procedimientos judiciales.

Para algunos, esta referencia al marco regulatorio constitucional y legal, permite sostener que la "interceptación de comunicaciones no está autorizada por la Ley de Inteligencia, sino que solo debe realizarse en virtud de la autoridad legal del CPP, de manera selectiva y de acuerdo con los procedimientos estipulados en el Código" (*Privacy International*, 2015: 34). Para otros, en cambio, esta referencia, podría de algún modo "autorizar o abarcar los tipos de interceptación de comunicaciones que diversos sistemas con que cuentan los organismos colombianos –entre ellos PUMA y el SGID– pueden técnicamente efectuar" (*Privacy International*, 2015: 34).

De todos modos, la obtención de este tipo de información se enmarca en los fines del Estado de "defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo", y en los objetivos de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares de defender la soberanía nacional, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional. Según el art. 2 de la Ley Estatutaria Núm. 1621 de 2013, "las labores de inteligencia y contrainteligencia implican la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información" para prevenir y combatir amenazas de origen interno o externo contra el régimen democrático, constitucional y legal, y contra la seguridad y la defensa nacional.

> La Policía y las Fuerzas Militares, a través de las dependencias especializadas para ese fin, están autorizadas para llevar a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia. Adicionalmente, puede hacerlo la Unidad de Información y Análisis Financiero –una entidad dedicada a combatir el lavado de activos– y cualquier otra entidad autorizada por ley. Esto implica que la Dirección Nacional de Inteligencia, creada en

> 2011 para reemplazar el Departamento Administrativo de Seguridad, goza también de esa facultad (Cortés, 2014: 26).

Dentro de esta información de inteligencia, el art. 17 de la citada Ley de Inteligencia comprende la obtenida del denominado "monitoreo del espectro electromagnético" que, según dicha disposición, no constituye interceptación de comunicaciones.

Esta exclusión legal de su carácter de interceptación telefónica fue criticada por la Defensoría del Pueblo ante la Corte Constitucional en el curso de su pronunciamiento sobre su revisión. Así, en su exposición ante la Corte, señaló que dicha expresión no se avenía con la Constitución, puesto que monitoreo era siempre "vigilancia" o "supervisión" del espectro, que por tanto siempre recaía sobre comunicaciones, constituyendo entonces una modalidad de intervención, interceptación o intromisión, que quedaría por esta vía sustraída del control judicial (*Privacy International*, 2015: 34). De este modo, según la Defensoría del Pueblo, para que este monitoreo fuera constitucional, tendría que "realizarse sobre comunicaciones de personas indeterminadas, desde aparatos y números no especificados y por el tiempo razonable y estrictamente necesario para precisar los alcances de una investigación u operación en curso legalmente autorizada". Contrarios a esta conclusión, se mostraron los grupos de la sociedad civil Dejusticia y Fundación para la Libertad de Prensa por considerar que el barrido al espectro electromagnético era una intervención directa sobre la intimidad de las personas, que al carecer de orden judicial que ofreciera seguridad jurídica, dejaba al ciudadano particular en medio de una incertidumbre y completo desconocimiento sobre la posibilidad de estar siendo vigilado o de que sus asuntos personales estuviesen siendo escuchados por personas no autorizadas.

Con todo, la Corte Constitucional determinó la constitucionalidad de esta disposición reiterando que el monitoreo del espectro electromagnético "consiste en llevar a cabo una labor de rastreo de forma aleatoria e indiscriminada", lo que implica la captación incidental de comunicaciones en las que se revelan circunstancias que permiten evitar atentados y controlar riesgos para la defensa y seguridad de la Nación. Es decir, para la Corte, esta actividad no podría involucrar un seguimiento individual, selectivo ni determinado sobre

sujetos concretamente considerados, sino la ejecución de "maniobras preventivas de inspección", que implican "una especie de rastreo de sombras, imágenes y sonidos representados en frecuencias de radiación electromagnética y ondas radioeléctricas" (Cortés, 2014: 27)[25].

De este modo,

> (…) el monitoreo es –siguiendo el criterio de la Corte– una actividad pasiva que se hace bajo el supuesto razonable de que se está cometiendo o preparando un delito. Solo debe llevarse a cabo "para conseguir la información que sea estrictamente necesaria sobre operaciones sospechosas o fraudulentas, durante un lapso de tiempo minucioso, sin vulnerar el derecho a la intimidad y afianzando la reserva correspondiente para garantizar el buen nombre de las personas". Además, debe ser proporcional, estar sujeto a procedimientos legales, ejecutarse bajo controles y supervisión, y prever mecanismos de reclamación para los afectados (Cortés: 2014, 27 et. seq.)[26].

Como ha explicado *Privacy International*

> (…) la decisión de la Corte se basa en la idea de que hay una forma de "monitorear" el espectro electromagnético que no comporta interferencia en la privacidad de las comunicaciones. Es decir que los mensajes de correo electrónico y de texto y las llamadas de teléfono transmitidas por el espectro electromagnético pueden filtrarse, analizarse y monitorearse sin violar la integridad de la comunicación ni, por tanto, la privacidad de la persona que envía o recibe la comunicación (2015: 36).

Sin embargo,

> […] las únicas acciones en que posiblemente se podría "monitorear" el espectro electromagnético sin interferir de ningún modo en la privacidad de la comunicación serían las de los detectores térmicos y los instrumentos de orientación y antenas, por ejemplo. Todas las demás formas de "monitoreo" del espectro electromagnético hacen necesaria una interferencia (con una comunicación) de un tipo que solo permite concluir que el monitoreo ha resultado en la intercepción de la comunicación (*Privacy International*, 2015: 36).

---

25 Corte Constitucional, de 2008, sentencia T-708 y Corte Constitucional, de 2012, sentencia C-540.

26 Vid.: Corte Constitucional, de 2008, sentencia T-708; Corte Constitucional, de 2012, sentencia C-540; y Corte Constitucional, de 2008, sentencia T-1037.

En todo caso, según el art. 14 de la Ley de Inteligencia, el monitoreo del espectro electromagnético, como cualquier actividad de inteligencia, debe estar autorizado en una orden de operaciones o una misión de trabajo, que pueden emitir los directores de los organismos o los jefes o subjefes de las unidades, secciones o dependencias particulares dentro de cada organismo, según corresponda. Estas órdenes deben tener en cuenta "su naturaleza y posible impacto, el tipo de objetivo, el nivel de riesgo para las fuentes o agentes y la posible limitación de derechos fundamentales". Luego, la información recolectada que no sirva para cumplir con los fines propios de esta actividad debe "ser destruida y no podrá ser almacenada en las bases de datos de inteligencia y contrainteligencia" (art. 17). "El inspector de la Policía o de la fuerza militar de la que se trate, o quien haga sus veces (en el caso de UIAF y la Dirección Nacional de Inteligencia) debe rendir un informe anual reservado ante el Ministerio de Defensa, con copia a la Comisión legal de seguimiento de actividades de inteligencia y contrainteligencia del Congreso, sobre la observancia de los principios y límites establecidos en la Ley de Inteligencia" (art. 18).

Luego, para analizar las medidas de vigilancia de las comunicaciones basadas en nuevas tecnologías, es preciso tener nuevamente a la vista el art. 250 de la Constitución colombiana según el cual, en caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, debe obtenerse la respectiva autorización del juez que ejerza funciones de control de garantías para poder proceder a ello. En efecto, esta regla se ve confirmada a propósito de la regulación de la denominada diligencia de vigilancia de personas. El art. 239 del CPP faculta a la Fiscalía para vigilar a una persona que sea indiciada o imputada en un proceso penal con la sola autorización previa del Director Nacional o Seccional de la Fiscalía, sin perjuicio del control judicial posterior dentro de las 36 horas siguientes a la expedición de la orden de vigilancia. Para ello se requieren motivos razonablemente fundados para inferir que el indiciado o imputado podrá conducir a información útil para la investigación que se adelanta. En efecto, el propósito de esta diligencia es recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar a los autores o partícipes, a las personas que lo frecuentan, los lugares a donde asiste y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable

de la intimidad del indiciado, imputado o de terceros. El seguimiento debe darse por un lapso determinado, pero si en un año no se obtuviere resultado alguno, la orden de vigilancia debe ser cancelada, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos.

En este contexto, la ejecución de esta diligencia puede implicar la obtención de metadatos con autorización judicial posterior, pues se indica que en la vigilancia puede emplearse cualquier medio técnico que resulte aconsejable al efecto. Por ello, en el año 2009 se agrega un nuevo título al Código Penal, estableciendo tipos penales relativos al acceso abusivo a un sistema informático, la interceptación de datos informáticos, daño informático, uso de software malicioso, violación de datos personales y suplantación de sitios web para capturar datos personales.

En materia de actividades de inteligencia, también se consagra la facultad de estas agencias para requerir a las empresas de telecomunicaciones información o metadatos. El art. 44 de la Ley Estatutaria Núm. 1621 de 2013 dispone que los operadores de servicios de telecomunicaciones estarán obligados a suministrar a los organismos de inteligencia y contrainteligencia, previa solicitud y en desarrollo de una operación autorizada y siempre que sea técnicamente viable, el historial de comunicaciones de los abonados telefónicos vinculados, los datos técnicos de identificación de los suscriptores sobre los que recae la operación, así como la localización de las celdas en que se encuentran las terminales y cualquier otra información que contribuya a su localización. Los organismos de inteligencia y contrainteligencia garantizarán la seguridad de esta información y con tal fin, en la solicitud que formulen a los operadores de servicios de telecomunicaciones, limitarán la información solicitada a un período que no exceda de 5 años.

5.2. Fortalezas y debilidades del sistema colombiano a la luz de la normativa internacional y comparada

Una primera debilidad surge de advertir una total falta de precisión sobre la clase concreta de diligencias de intervención de comunicaciones basadas en nuevas tecnologías. En efecto, en atención a

la especificidad de los procesos de ejecución que cada una de ellas pueden requerir, su carente tipificación se pone en tensión con una adecuada observancia del principio de legalidad en esta materia. Como se indicó, su plausibilidad teórica se hace consistir, a partir de la definición de "interceptación legal de comunicaciones", en la mera referencia tendiente a incluir todas ellas, "cualquiera que sea su origen o tecnología".

En segundo lugar, a la luz de la tecnología moderna, el régimen colombiano en materia de vigilancia de comunicaciones presenta, al menos, tres problemas:

1. aunque existe una distinción conceptual entre el monitoreo del espectro radioeléctrico y la interceptación de comunicaciones, en la práctica se superponen: de una actividad de monitoreo puede derivarse una interceptación, o en desarrollo de una interceptación puede monitorearse el espectro;

2. sin tener una definición granular, la interceptación de comunicaciones puede desembocar en esquemas de vigilancia masiva o desproporcionada contra el individuo; y

3. en combinación con las demás herramientas de vigilancia, el acceso a los datos de los usuarios constituye un riesgo adicional de vulneración de derechos fundamentales (Cortés, 2014: 36).

Así, más allá del discutible modo de sustraer el monitoreo electromagnético del estatuto constitucional basado en la necesidad de orden judicial previa, es cuestionable que la información obtenida por su intermedio pueda servir de sustento a la tramitación de otras diligencias intrusivas, a pesar de que estas últimas se sometan a control jurisdiccional (previo o diferido). Esta perspectiva no es utilizada por ninguno de los ordenamientos de referencia (sean o no latinoamericanos), que a nivel de inteligencia siguen sujetando su procedencia a controles jurisdiccionales previos.

En consecuencias, no es posible extraer fortalezas en el modo con que se encuentra estructurada la procedencia de las diligencias de intervención basadas en nuevas tecnologías.

6. ESPECIFICIDADES EN MATERIA DE CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL EN AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

En primer lugar, la laxitud con que el sistema colombiano aborda las diligencias de intervención de comunicaciones basadas en nuevas tecnologías, lo constituye en la normativa regional que más trabajo requiere de cara a una adecuada recepción del principio de reserva de ley en esta materia. En otras palabras, se precisa primeramente una reconstrucción del cuadro regulatorio general de esta clase de medidas, para luego poder efectuar las precisiones que requiere su aplicación para la persecución de actividades de corrupción, sea que las mismas se encuentren o no conectadas al crimen organizado.

En efecto, los estándares de regulación colombianos sobre esta clase de diligencias se encuentran incluso por debajo de los observados en el contexto argentino, pues ni siquiera es posible encontrar alguna remisión normativa hacia diligencias clásicas de investigación que permitan en algún sentido esclarecer las modalidades de ejecución de las mismas.

La mayor especificación a la que deben conducirse los ordenamientos de la región podría establecer como parámetro el sistema español. Luego, la mayor autonomía o la estructuración de un modelo especial, destinado a abordar este concreto fenómeno delictivo, debiese tener a la vista los avances existentes en el ámbito italiano, en un doble sentido: por la consideración expresa de los delitos de corrupción como fenómeno delictivo susceptible de ser perseguido por esta clase de herramientas; así como la determinación de un diverso estándar de requisitos que regulen su procedencia.

Por último, a nivel regional, es conveniente observar los aspectos positivos que destacan en los casos peruano y mexicano y que dicen relación con la introducción de opciones para agilizar la tramitación de la diligencia, sea en virtud de su solicitud verbal, en los reducidos plazos de respuesta judicial, así como la posibilidad de requerir mayores aclaraciones o complementos para resolver, con la posibilidad de incluso recurrir en caso de negativa.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE ACCIÓN

7.1. Sugerencias para América Latina

En primer lugar, es necesario fortalecer la exigencia del principio de reserva de ley, en el sentido de tipificar autónomamente las diligencias de vigilancia de las comunicaciones a partir de nuevas tecnologías, en modo de evitar la aplicación supletoria del marco dispuesto para las intervenciones telefónicas, así como la referencia a disciplinas propias de diligencias clásicas. En este sentido, el parámetro constituido por el caso español es ejemplificador sobre la evolución que deberían experimentar particularmente los ordenamientos latinoamericanos.

En segundo lugar, desde la perspectiva de una eficaz persecución de los delitos de corrupción, es preciso avanzar hacia su consideración expresa dentro del espectro de delitos susceptibles de ser investigados a través de esta clase de diligencias, con independencia de su efectiva gravedad penológica, en cuanto aspecto a ser considerado en el caso concreto por la autoridad judicial pertinente. La explicitación propuesta se plantea de cara a facilitar la debida cooperación internacional en la materia. A continuación, se debe propiciar el establecimiento de un estatuto autónomo que, tal como se plantea en el sistema italiano, refleje la morigeración de los requisitos generales aplicables a la persecución de delitos de criminalidad ordinaria, en modo de propender a una mayor aplicación de estas técnicas de investigación que se haga cargo de las específicas características de este fenómeno delictivo.

En tercer lugar, resulta conveniente seguir las opciones legislativas que facilitan la autorización de esta clase diligencias, admitiendo su formulación verbal, ordenando su resolución inmediata, otorgando al tribunal la posibilidad de requerir mayores antecedentes o aclaraciones para los efectos de adoptar la decisión correspondiente, así como el establecimiento de un recurso de apelación simplificado (de vista preferente) en caso de negativa. Desde esta perspectiva, los sistemas latinoamericanos deberían consolidar, a su vez, un sistema paralelo de urgencia y de carácter excepcionalísimo, que habilite al ente persecutor para realizar directamente estas diligencias, sin perjuicio del debido control jurisdiccional a posteriori, tendiente a

convalidar lo actuado en caso de verificar el cumplimiento de los supuestos fácticos que justifican tal proceder basados en el peligro de que determinada información pueda disiparse al tener que someter la solicitud de intervención a la tramitación general y ordinaria.

Finalmente, atendido que la necesidad de una mayor operatividad de estas técnicas puede servir de poderosa herramienta para la persecución de actividades de corrupción, es fundamental potenciar el control interno y externo sobre la ejecución de las mismas. En este sentido, debe implementarse un sistema de seguimiento judicial acabado y oportuno, así como asegurar el conocimiento y acceso a la información obtenida por quienes puedan resultar afectados en el ejercicio de los derechos fundamentales involucrados en estos contextos investigativos. Desde este extremo, especial atención debe dirigirse a la utilización de información respecto de nuevos hechos delictivos o supuestos de hallazgos casuales, por tratarse de una cuestión que naturalmente puede ocurrir en el seno de actividades delictivas.

7.2. Propuesta de acción para Colombia

En relación con el sistema colombiano, se recomiendan adoptar las siguientes medidas a la luz de las tendencias generales identificadas.

1. Tipificar las diversas clases de diligencias de investigación basadas en nuevas tecnologías, sin perjuicio del establecimiento de algún marco de referencia general a partir de la regulación y complementación en materia de intervenciones telefónicas.

2. Incorporar un parámetro objetivo de procedencia para esta clase de medidas, comprendiendo expresamente los delitos de corrupción, sea que opte por su inclusión en términos generales, o se asocie a un determinado marco penológico, sea que estos se encuentren o no asociados al ámbito de la delincuencia organizada.

3. Avanzar hacia el establecimiento de una regulación autónoma para la regulación de esta clase de diligencias cuando las mismas se relaciones a delitos de corrupción en el marco del crimen organizado que, considerando las dificultades del fenómeno, morigere el estándar de cumplimiento general aplicable a los delitos de criminalidad ordinaria.

4. Revisar la regulación del monitoreo del espectro electromagnético, para circunscribirlo exclusivamente al desarrollo de actividades de inteligencia y siempre que la ejecución de estas últimas se enmarque en la línea de las exigencias generales observadas en el ámbito regional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Álvarez, D. & Cerda, A. (2005). "Sobre la Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas. Ley Nº 19.927 que Tipifica los Delitos de Pornografía Infantil". *Anuario de Derechos Humanos*. Núm. 1. Pp. 137-142. http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13264/13539.

Arrabal, P. (2019). *Tratamiento procesal de la prueba tecnológica*. Tesis doctoral. Universidad Miguel Hernández, España.

Camaldo, L. (2019). "Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico". *Diritto Penale Contemporaneo. Archivio 2010-2019*. https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6798-le-innovazioni-previste-dalla-legge-anticorruzione-in-tema-di-intercettazioni-con-captatore-informa.

Cortés Castillo, C. (2014). *Vigilancia de las comunicaciones en Colombia. El abismo entre la capacidad tecnológica y los controles legales*. Colombia: Dejusticia-Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Ferrari, V. & Schnidrig, D. (2015): "Vigilancia de las comunicaciones por la autoridad y protección de los derechos fundamentales en Argentina". *Informe Comisión Colombiana de Juristas*. Argentina. https://www.eff.org/files/2016/02/02/argentina-sp-dec2015.pdf.

Gascón Inchausti, F. (2020): *Derecho procesal penal. Materiales para el estudio*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Hernández, H. (2024): "El nuevo régimen de las medidas intrusivas tecnológicas y de las 'técnicas especiales de investigación' en la Ley 21.577, de 15 de julio de 2023". *Informes en Derecho (Defensoría Penal Pública)* Núm. 25. Pp. 7-71.

Hernández, V. & Lara, J. C. (2016): "Vigilancia estatal de las comunicaciones y protección de los derechos fundamentales en Chile". *Derechos Digitales y Electronic Frontier Foundation*. https://www.eff.org/es/country-reports/Chile-ES-final.

Magalhães Filho, A. (2013): *A motivação das decisões penais. 2a Ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

Matus, J. P. & Ramírez, M. C. (2018). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial.* 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Morachimo, M. (2016). "Vigilancia Estatal de las Comunicaciones y Derechos Fundamentales en Perú". *Hiperderecho y Electronic Frontier Foundation.* Pp. 1-38.

Piracoca Piracoca, H. (2016). *Evaluación de la regulación y de las herramientas tecnológicas de interceptación telefónica y su impacto a la seguridad nacional en Colombia.* (Tesis de magíster-Universidad Nacional de Colombia.

Necessary and Proportionate Coalition. (2014). "Principios Internacionales sobre la aplicación de los Derechos Humanos a la vigilancia de las comunicaciones". *Necesarios & Proporcionados.* https://necessaryandproportionate.org/es/principios/.

Privacy International. (2015). *Un Estado en la sombra: vigilancia y orden público en Colombia. Informe Especial.* Pp. 1-80.

Antonialli, D. & De Souza Abreu, J. (2016). "Vigilancia estatal de las comunicaciones en Brasil y la protección de los derechos fundamentales". https://www.eff.org/es/country-reports/Brasil-ES-final.

4. Las medidas especiales de investigación relativas a la colaboración de informantes, agentes encubiertos y agentes reveladores

EDUARDO ALCAÍNO ARELLANO*

1. INTRODUCCIÓN

Los sistemas de persecución penal modernos han ido adaptándose a los diversos tipos de criminalidad que han surgido en la sociedad, de manera de implementar todas las herramientas organizacionales, legales, humanas, y otras, para investigarla y llevar a cabo los objetivos a que aspira cada sistema de justicia criminal.

En efecto, la persecución penal ha debido modernizar las herramientas más tradicionales de investigación concebidas para indagar el "caso a caso" y la comisión de delitos de manera anecdótica por personas consideradas como *"blue collar"*, y han debido ir incorporando técnicas más sofisticadas, especialmente, respecto del crimen organizado y de la delincuencia de cuello blanco (Alcaíno, 2013).

En dicho contexto, las técnicas especiales de investigación, como la colaboración de informantes, agentes encubiertos y agentes reveladores, no sin debate, han sido incorporadas de manera extendida por todos los países y siguen siendo, junto a otras, una de las medidas más utilizada por fiscales y policías en los diversos sistemas de justicia del mundo, así como también objeto de estudio e investigación por parte del ámbito académico (Mauriello, 2015; Pamiotto, 2012; Hess, 2009).

---

* Magíster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Stanford (EE.UU.). Profesor de Derecho, Universidad Diego Portales (Chile). Agradezco la ayuda de Janice Paz en la confección de este capítulo.

Ahora bien, cabe precisar los conceptos que utilizaremos para tener claridad de lo que abordaremos:

Respecto de los agentes encubiertos los entenderemos como aquellos agentes del Estado, en la mayoría de las veces policías, pero, en otros, agentes estatales pertenecientes a otras instituciones o, incluso, particulares que, ocultando su identidad, se involucran o introducen en las organizaciones delictuales o en contextos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes probatorios necesarios para la investigación.

Respecto de los agentes reveladores, los entenderemos como agentes del Estado que simulan requerir de otro la ejecución de una conducta delictiva con el propósito de lograr la concreción de los propósitos delictivos de este.

Respecto de los informantes, es relevante hacer presente que, tanto en la literatura como a nivel normativo de cada país, es posible encontrar diversas instituciones que poseen características similares, pero que han sido conceptualizadas de diversas maneras. Es el caso de la "colaboración eficaz", "delación compensada", *"whistleblowers"* (en alguna de sus dimensiones), testigos o denunciantes protegidos, en las cuales se aprecia un fin similar (generar incentivos para la obtención de información valiosa para una investigación) a cambio de protección o un tratamiento más beneficioso en caso de ser perseguido penalmente o condenado (eximición de responsabilidad o atenuación de responsabilidad). Estas instituciones serán abordadas por otros capítulos del presente libro.

Así, para este capítulo, el concepto de informante corresponde a una persona, a menudo al interior de una organización criminal o que se relaciona con esta o, en general, con actividad delictiva, 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 como si fuese agente encubierto. El informante es una fuente de información que construye el agente policial para obtener antecedentes en el contexto de una investigación penal. Se trata de una figura diferente a la llamada "cooperación eficaz" o "delación compensada", ya que el informante no necesariamente

está siendo perseguido penalmente por estos hechos y no busca un castigo penal más benigno a cambio de información. Tampoco se identifica con una denuncia anónima. En otros términos, cualquiera puede dar información a la policía, pero el término "informante" se refiere a alguien que lo hace de manera sistemática o estructurada y que genera una relación con los agentes policiales para entregar información a cambio de algún beneficio, muchas veces económico. En cierta forma, el informante es una especie de agente encubierto representado por un particular. Los informantes han formado parte importante de los sistemas de persecución penal de todos los países para conseguir información que permita prevenir o perseguir determinados crímenes.

La implementación de estas herramientas especiales de investigación tiene como característica común la incorporación o selección de un *insider* en la organización o escena criminal para acceder a información que, por las complejidades del fenómeno criminal, no se podría obtener de otro modo. En el caso de los informantes, es generalmente un miembro o alguien que se relaciona con la organización o actividad criminal y pasa a ser un colaborador de la policía. En el caso de los agentes encubiertos, se les brinda un tratamiento penal especial a aquellos agentes estatales que han debido intervenir en la organización o actividad criminal y, producto de ello, han ejecutado conductas constitutivas de delito.

Estas técnicas especiales de investigación tradicionalmente han estado ligadas a la criminalidad organizada como el tráfico de estupefacientes, terrorismo y, en general, criminalidad organizada vinculada a *"blue-collars"* (Alcaíno, 2016). Respecto de la criminalidad de cuello blanco, los denominados *"white-collar crimes"*, la situación sigue siendo más novedosa y su incorporación ha sido más lenta. Lo anterior no debiera sorprendernos, en la medida en que el reconocimiento tanto académico como legal de este tipo de criminalidad y de que otro perfil de personas podía cometer delitos, comenzó recién a mediados del siglo XX (Martínez, 2014).

Sin perjuicio de lo anterior, y en el contexto actual, pareciera ser indiscutible que la persecución penal de la criminalidad de cuello blanco, la cual incluye, por supuesto, los fenómenos de corrupción, debe contemplar medidas especiales de investigación, entre ellas,

informantes y agentes encubiertos. Los fenómenos de corrupción poseen diversas complejidades que requieren medidas especiales de investigación que permitan enfrentarlas de manera adecuada, entre ellas: por su naturaleza (económica-financiera) muchas veces los hechos o *modus operandi* son difíciles de comprender por las personas (Albanese, 1995); hay casos en que intervienen diversas instituciones públicas o gubernamentales (Garret, 2015); hay participación de abogados de prestigiosos estudios que complejizan los procesos (Bach, 2009); se puede presentar un especial perfil de imputados, vinculados a la política o al poder económico (Cole & Gertz, 2012), lo que genera relevantes barreras o inconvenientes durante su tramitación o investigación. Estos factores, más otros, hacen que su esclarecimiento sea una especial complejidad.

Por lo mismo, los instrumentos internacionales que promueven el combate contra la corrupción, como la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, o Convención de Palermo, de 2000 (art. 20.1) o la Convención contra la corrupción, o Convención de Mérida, de 2003 (art. 50.1), ambas de las Naciones Unidas, establecen expresamente la necesidad de que los Estados incluyan legislativamente medidas especiales de investigación, en atención a la dificultad para investigar penalmente estos hechos y, en particular, recomiendan la utilización de estas herramientas.

Así las cosas, la utilización de informantes y agentes encubiertos puede ser fundamental en las investigaciones de corrupción.

Ahora bien, ¿qué pasa en América Latina? ¿Se han implementado estas medidas especiales de investigación en materia de corrupción?

Si es que han sido o no incorporadas legislativamente como medidas especiales de investigación, las características de su regulación y, en su caso, los problemas o ventajas que han representado para cada país, pareciera no ser del todo conocido o, al menos, no sistematizado. En ese contexto, este capítulo tiene la aspiración de describir la situación de algunos países respecto de su regulación de los agentes encubiertos e informantes y, a su vez, ilustrar sobre aquellas características y temas de discusión más contingentes y relevantes, especialmente cuando esta regulación recae sobre la persecución de delitos de corrupción.

En concreto, el presente capítulo abordará la situación normativa de estas técnicas especiales de investigación en materia de corrupción, tanto en el derecho internacional como en ciertos países no latinoamericanos (Alemania, Italia, España, Estados Unidos y Reino Unido) así como en los ordenamientos latinoamericanos de referencia para esta obra (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú, así como, especialmente, Colombia).

A partir de los resultados obtenidos, se plantean reflexiones y propuestas sobre cómo mejorar la situación en la región y en Colombia.

2. FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINALES Y PROBLEMAS

El uso de informantes, agentes encubiertos y agentes reveladores, como adelantamos, se basa en las dificultades estructurales para acceder a información útil sobre cierto tipo de delincuencia, en particular, también, de la corrupción. Se trata entonces de mejorar las capacidades de persecución de estas formas de criminalidad, especialmente, pero no solo, de la criminalidad organizada. En palabras de Ramírez Jaramillo:

> La justificación de estas medidas parte de la poca capacidad con que los medios ordinarios de investigación han respondido en la lucha contra la criminalidad organizada, la cual por revestir mayor gravedad y por sus características especiales frente a la delincuencia común requiere de instrumentos excepcionales o de emergencia para su prevención y represión, pues por su complejidad se generan dificultades, en especial en el campo probatorio, escapando fácilmente a la persecución y enjuiciamiento de sus actividades delictivas (Ramírez Jaramillo, 2010).

La criminalidad organizada y de cuello blanco dispone de gran cantidad de medios tanto personales como materiales; con multiplicidad de miembros, organizados jerárquicamente y con diversas funciones; actúan en secreto y tratan de hacer desaparecer las huellas del delito; se encuentran en posesión de la evidencia y con la posibilidad de destruirla, entre otras variables, lo que dificulta enormemente la posibilidad de los persecutores de obtener pruebas para acreditar los hechos ilícitos y también la participación de los acusados.

En los delitos de corrupción de funcionarios públicos en instituciones o posiciones relevantes, o en aquellas relacionadas con grandes empresas, todas estas variables se replican. Por ejemplo, existen relaciones jerárquicas que producen mayores posibilidades de represalias laborales o, inclusive, que se ponga en peligro la integridad física de los acusados ubicados en posiciones jerárquicas inferiores o menos ventajosas, por lo que este tipo de medidas, especialmente la actuación de informantes permite incentivar la entrega de información a cambio de un tratamiento más ventajoso que el de otros acusados.

En consecuencia, estas herramientas juegan un rol relevante ya que, por una parte, permiten que terceros (agentes del Estado) se involucren en estas organizaciones y obtengan información para la investigación que, de otra manera, no podrían obtener; y, a su vez, genera incentivos institucionales para que miembros de dichas organizaciones entreguen información y rompan con el secretismo que caracteriza a este tipo de organizaciones. En ese sentido, el Estado está dispuesto a no perseguir determinado ilícitos, como es la comisión de ciertos delitos por parte de agentes encubiertos, o aplicar una pena reducida (o incluso la exención de responsabilidad) a determinados acusados, por un objetivo superior y de mayor valoración social, como sería lograr condenar a los líderes de una organización dedicada a la corrupción y, junto con ella, disolverla.

Otra de las razones para la implementación de estas herramientas de investigación, es que permiten proteger valores democráticos de los países, esencialmente, de transparencia y búsqueda de la verdad. Así, la literatura estadounidense las posiciona como parte relevante de la defensa de la democracia: debe existir la posibilidad de que los ciudadanos puedan cooperar con el sistema de justicia criminal y con la verdad, sin represalias o consecuencias jurídicas. Los ciudadanos, bajo determinadas circunstancias, deben tener cierta libertad de revelar información para defender los intereses de la democracia, incluso cuando han eventualmente fallado, y tuviesen responsabilidad penal en los hechos.

En ese contexto, la búsqueda de la transparencia y verdad, como valor democrático, es el fundamento de estas medidas, y especialmente en los casos de corrupción pública. En los últimos años, Amé-

rica Latina ha sido protagonista de una serie de escándalos de corrupción de las más altas autoridades políticas por parte de empresas privadas, generando crisis políticas que, hasta el día de hoy, azotan las democracias y la estabilidad de estas en diversos países. En ese contexto, esclarecer los hechos y perseguir a los responsables, juega un rol fundamental en la superación de las crisis políticas.

Por ello, la literatura estadounidense (Stanger, 2019) las aprecian como medidas para controlar al poder político, al permitir la exposición de las prácticas ilícitas que pueda ejecutar.

Así las cosas, este tipo de herramientas también tiene como fundamento el interés público que existe detrás del esclarecimiento de los hechos de corrupción, los cuales, en múltiples ocasiones, generan crisis políticas e institucionales, como hemos sido testigos en América Latina.

Pero, al mismo tiempo, es manifiesto que estas técnicas exhiben ribetes altamente problemáticos. El engaño implícito en cualquier actividad encubierta, erigido ahora como nota de un cometido estatal, resulta, sin duda, al margen de sus connotaciones morales negativas, socialmente disruptivo. Al margen de la legitimidad de los fines perseguidos, estas instituciones promueven naturalmente la sospecha y la desconfianza en la comunidad, generándose conflictos y erosión de las relaciones con estos miembros de las comunidades, al quedar como los alertadores frente a la autoridad (Natapoff, 2011; en particular sobre los informantes), en tanto que, por la opacidad que necesariamente debe acompañarlas (reserva y sigilo sobre lo que se hace y quienes lo hacen), son fuente potencial de corrupción, impunidad injustificada y abusos de todo tipo. Esto sin contar con las dudas fundadas sobre la confiabilidad y calidad de la información que se obtiene.

De ahí que sea imperiosa una regulación adecuada al respecto, restringida para contextos en que resulte indispensable, que no solo le dé sustento, sino que establezca sus presupuestos, límites y, sobre todo, controles efectivos que impidan el abuso.

En particular, debe hacerse claridad sobre las consecuencias de un abuso muy concreto, como es la provocación a la comisión delictiva. Si bien el problema parece propio de la figura del agente revelador,

como ha sido definida aquí, en rigor es común a cualquier actividad encubierta, y se presenta por igual en ordenamientos en que no se le considera una figura distinta (como es el ámbito no latinoamericano, como se verá). Más allá de que la actividad esté prohibida en muchos ordenamientos, lo realmente relevante es si la infracción de esa prohibición, más allá de la posible responsabilidad penal del agente como genuino inductor o instigador del delito, tiene consecuencias para el *status* del provocado.

Con estas cuestiones en mente, se aborda a continuación el análisis del material normativo.

3. EL DERECHO INTERNACIONAL

Como fue indicado en la introducción, diversos tratados internacionales han recogido la relevancia de que los Estados parte incorporen en sus legislaciones medidas especiales de investigación en causas criminales de cierta complejidad, con expresa mención de las operaciones encubiertas, concepto bajo el cual es posible ubicar la actuación de agentes encubiertos o informantes.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Convención de Mérida) establece en su art. 50.1 lo siguiente:

> 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.

En el mismo sentido, el art. 20.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y Sus Protocolos, dispone que:

> 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.

En cuanto a instrumentos regionales, no existen referencias explícitas a estas medidas especiales de investigación en la Convención Interamericana contra la corrupción. En el ámbito europeo (al margen del Derecho de la Unión Europea, que no es, en rigor, derecho internacional) destaca el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea del año 2000 (2000/C 197/01), el cual, en su artículo 14.1, reconoce explícitamente la utilización de agentes encubiertos en investigaciones: "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 actuaren infiltrados o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas)".

4. DERECHO COMPARADO

4.1. Derecho comparado no latinoamericano: Alemania, España, Italia, Reino Unido y Estados Unidos

4.1.1. Alemania

Respecto de los agentes encubiertos, la Ordenanza Procesal Penal alemana establece una regulación en los §§110a y 110b "si hay suficientes indicios fácticos que demuestren que se ha cometido un delito de importancia sustancial", correspondiente a ciertos ámbitos delictivos específicamente mencionados (básicamente tráfico de drogas, armas o a una actividad organizada), o bien constitutivo de crimen. En cuanto los delitos de corrupción no son crímenes (pena mínima de un año de encierro), solo es procedente la acción de agentes encubiertos a su respecto cuando el delito se comete habitual o profesionalmente o como miembro de una banda (agrupación de al menos tres personas, según la jurisprudencia, BGHSt 46, 321) o

actuando organizadamente de otro modo (§ 110 I Nr. 3 y 4), siempre que los otros medios de investigación no ofrezcan perspectivas de éxito o se dificultara sustancialmente.

A grandes rasgos, como describe el § 110a II y III, los agentes encubiertos son oficiales de la fuerza policial, bajo una identidad ficticia entregada para dicho efecto y que puede mantenerse incluso después de finalizada su labor.

En cuanto a las autorizaciones, el § 110b señala que deberá ser entregada expresamente por el fiscal, por escrito y por un determinado periodo, pudiendo ser extendido fundadamente.

La ley exige autorización judicial para aquellos casos en que la investigación se dirige contra un imputado determinado o conlleva que el agente deba hacer ingreso mediando su identidad ficticia a lugares que no sean de acceso público. Sin perjuicio de ello, en situaciones urgentes, bastará la autorización provisoria del fiscal. Inclusive, la ley autoriza a que el agente encubierto actúe si es que el fiscal no puede brindar su autorización sin demora. De todos modos, en ambos casos debe solicitarse y obtenerse la debida autorización judicial dentro del plazo de 3 días hábiles, de lo contrario la actuación del agente debe terminar.

Por último, el § 110c dispone que los agentes encubiertos pueden ingresar a recintos privados usando la identidad ficticia, siempre que cuenten con el consentimiento del titular de dicho lugar. Dicho consentimiento no podrá obtenerse bajo el pretexto de un derecho de acceso más allá del simple uso de la identidad ficticia.

Respecto de informantes de la policía, a quienes se asegura confidencialidad, no cuentan con base legal a nivel federal, sino que, en leyes estaduales de policía, a las que sirve de modelo las Directivas conjuntas de los Ministros y Senadores de Justicia e Interior de los Estados federados sobre empleo de informantes así como de "personas de confianza" e investigadores encubiertos en el marco de la persecución penal, de 21 de diciembre de 1976, con múltiples modificaciones (GemRLInanspVPers).

No existe regulación especial sobre agentes reveladores, pero se entiende sin duda que la simulación de interés en la comisión de un

delito forma parte de aquello que se espera haga un agente encubierto. El límite con la inducción delictiva estaría dado porque no sería lo último el mero aprovechamiento de la predisposición delictiva del otro, simulando simplemente estar interesados en el delito (transacciones ilícitas, paradigmáticamente). En cambio, cuando se presiona significativamente a alguien, sobre todo si no tiene antecedentes penales, se entiende que es una actuación ilícita del Estado. Ante ello, la jurisprudencia alemana ha sido cambiante. El Tribunal Supremo Federal consideró durante un tiempo la caducidad de la pretensión punitiva del Estado, con distintos fundamentos, pero cambió de rumbo a mediados de la década de 1980, con su sentencia BGHSt 33, 356, a partir de la cual, en general, solo se consideraba una posible atenuación (sobre esto, Roxin & Schünemann: 306). Con todo, por influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Furcht v. Alemania*, de 23 de octubre de 2014), volvió a reconocer una solución que da impunidad al provocado por la vía de un obstáculo procesal (BGH NStZ 2016: 52; Vid.: Görlitz, 2019).

4.1.2. España

La legislación española contempla la figura de agente encubierto, pero solo para la investigación de determinados delitos, constitutivos de delincuencia organizada (asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, de ciertos delitos), entre los que no se incluyen los de corrupción (art. 282 bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, LECr). La técnica de investigación solo es aplicable a casos de corrupción de un modo indirecto, en cuanto sí se cuenta entre esos delitos el blanqueo o lavado de capitales, que pueden provenir de delitos de corrupción.

Los agentes encubiertos son funcionarios de la Policía Judicial, que pueden actuar bajo una identidad supuesta mediante una autorización del juez de Instrucción competente o del Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediata al juez. Si su actuación puede afectar derechos fundamentales, debe solicitar las autorizaciones correspondientes (art. 282 bis 3 LECr). La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados

para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

En cuanto a su posible responsabilidad por los delitos en que pueda incurrir en el ejercicio de sus funciones, el art. 282 bis 5 LECr dispone: "El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de esta y no constituyan una provocación al delito".

En materia de informantes o confidentes, si bien ha habido algunas iniciativas políticas por superar la situación, hasta ahora no existe una regulación legal de la figura, aunque constituye una práctica asentada y reconocida por la jurisprudencia (sobre esto, Lafont Nicuesa, *passim*).

Tampoco existe en España regulación sobre el agente revelador, pero es habitual que agentes encubiertos simulen interés en el delito, lo que, en principio, se considera legítimo. Para los casos en que la simulación lleva a que un sujeto termine cometiendo un delito que de lo contrario no habría cometido, lo que se conoce como "delito provocado", existe abundante jurisprudencia que exime de responsabilidad penal (sobre esto, Castellví Montserrat, 2017: 9, con referencias y *passim*)

4.1.3. Italia

Mediante la Ley n. 3 de 9 de enero de 2019 (conocida como "ley barrecorruptos", "*Legge spazzacorrotti*") se introdujeron medidas para contrarrestar fenómenos de corrupción, incluyendo a estos delitos entre los que permiten operaciones encubiertas. Con ello, es aplicable el art. 9 de la Ley núm. 146, de 16 de marzo de 2006, que señala que los policías que, dentro de los límites de sus competencias y en el

curso de operaciones policiales específicas, en todo caso, únicamente con el fin de obtener pruebas sobre determinados delitos, entre ellos los de corrupción, realicen una serie de conductas que se especifican en la ley (entre ellas, la compra, recepción, reemplazo y ocultamiento de activos o cosas que constituyan el precio por cometer el delito, la aceptación de la oferta o promesa, así como también el pago de dinero u otros beneficios en ejecución de un acuerdo ilícito ya celebrado por otros, o la promesa o entrega de dinero u otros beneficios solicitados por un funcionario público o persona encargada de un servicio público o solicitados como el precio de la mediación ilícita hacia un funcionario público o persona encargada de un servicio público o para remunerarlo), no serán punibles.

Las operaciones encubiertas, al menos en el ámbito de la corrupción, son dispuestas directamente por las autoridades policiales, solo con aviso al Ministerio Público, sin intervención judicial (art. 9.4 Ley n. 146 de 2006).

Respecto de los informantes, su utilización es común en la policía y existe una regulación escueta en el Código Procesal Penal (art. 203 CPP), la cual establece la prohibición de revelar, incluso dirigida al juez, la identidad de los informantes de la policía, salvo que sean llamados a declarar en calidad de testigos. Al mismo tiempo, la información proporcionada por los informantes que no declaren como testigos no podrá ser usada en juicio. Así las cosas, desde un punto de vista normativo, los informantes no poseen otra protección más allá de la confidencialidad.

No hay regulación sobre agente revelador. Existiría la expectativa de que los agentes policiales se comporten de igual manera que los ciudadanos, sin tomar un rol activo guiando o estimulando la actividad delictiva de los sujetos investigados (Ross, 2020).

4.1.4. Estados Unidos

A nivel federal, en los Estados Unidos se permite el uso de agentes encubiertos en la investigación de delitos federales. La práctica es considerada esencial para la detección, prevención y enjuiciamiento de delitos de cuello blanco, corrupción pública, terrorismo, crimen

organizado, tráfico de drogas y otras áreas prioritarias de investigación. Sin embargo, estas técnicas involucran inherentemente un elemento de engaño y pueden requerir la cooperación de personas cuya motivación y conducta son cuestionables, por lo que deben ser cuidadosamente consideradas y monitoreadas.

El Departamento de Justicia (DOJ) posee una serie de protocolos para regular la utilización de esta herramienta. Deber ser autorizadas por el *Special Agent in Charge* (SAC), quien es el funcionario de la agencia policial del FBI respectiva de mayor jerarquía. Esta autorización consiste en un documento escrito que contiene los fundamentos para utilizar esta herramienta, los objetivos de esta, la duración y el presupuesto requerido.

En algunas circunstancias (*fiscal circumstances*), la utilización de agentes encubiertos deberá ser aprobada por el Cuartel General del FBI. Por ejemplo, en aquellos casos en los cuales requiere utilizar importantes sumas de dinero, comprar propiedades, celebrar contratos, etc., y, en general, aquellos que se aparten de los protocolos generales establecidos para estos casos. Aquello ocurre también en casos sensibles (*sensitive circumstances*), por ejemplo, aquellas investigaciones que puedan involucrar a políticos, miembros del Poder Judicial, del gobierno, etc.

Las actuaciones que impliquen la entrega controlada de drogas o el pago de sobornos también deberán estar sometidas al control del Cuartel General del FBI.

En cuanto a las conductas desplegadas por el agente encubierto, a nivel federal se exige que no se ejecuten ilícitos a menos que se encuentren justificados por la operación que se está realizando, así como también aquellos que deban realizarse en defensa propia. Está prohibido que el agente deliberadamente incite a terceros a cometer delitos.

Respecto de los informantes, o denominados *confidential informants*, son una herramienta relevante a nivel federal, entendiéndose que lo es cualquier individuo que provee información útil y creíble a DOJ en relación con delitos federales graves (*felonies*), y respecto de los cuales el DOJ espera obtener información adicional útil y creíble para investigarlas en el futuro.

Debido a que se trata de una relación que genera la policía con un individuo que, por supuesto, espera algo a cambio (ej. dinero, sacar a la competencia del mercado, etc.), el DOJ ha dispuesto varias reglas de resguardo, por ejemplo: el agente debe obtener una autorización de parte de una jefatura respectiva; no puede prometer algún trato especial desde el punto de vista de la persecución penal; se debe mantener la confidencialidad del informante; debe realizarse una revisión temporal de la relación establecida y la conveniencia de ella para la autoridad; debe levantarse un registro del informante con sus datos y los eventuales beneficios acordados; el informante no está autorizado a realizar ninguna actividad ilícita ni menos para representar a la autoridad en ninguna circunstancia; no se puede garantizar la entrega de ninguno de los beneficios acordados; están prohibidas las relaciones personales con los informantes; los beneficios a otorgar consisten en dinero; es posible, bajo determinadas circunstancia, autorizar al informante a ejecutar conductas ilícitas y, por ende, conceder inmunidad, etc.

Es importante hacer presente que a nivel federal existe una importante jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la que a través de sus fallos ha ido regulando los diversos requerimientos para que las informaciones aportadas por un informante puedan ser utilizadas en un proceso penal como evidencia. Entre ellos, destaca el caso *Illinois v. Gates* (462 U.S. 213 [1983]), en el cual se estableció que hay que utilizar el "sentido común" y considerar todas las circunstancias del informante y la información proporcionada para evaluar la credibilidad y el origen de esta.

En cuanto a la figura del agente revelador, tal como ha sido definida aquí, no hay una regulación especial, pero se entiende que simular interés en el delito es algo que los agentes encubiertos pueden hacer legítimamente, en tanto no se haya implantado abusivamente la idea de cometer el delito en alguien que no pensaba en hacerlo, es decir, cuando existía una predisposición a cometerlo y el agente se limitó a ofrecer la oportunidad o posibilidad para ello (Ross, 2005). Para los casos abusivos, cuando no se da este simple aprovechamiento de la predisposición delictiva, la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado el concepto de "*entrapment*", que ocurre cuando un agente policial engaña a una persona inocente para que cometa un

delito considerando que el hecho no era ilícito, o lo incita para que haga algo que de otro modo no estaría dispuesto a hacer (*Sorrels v. United States*, 287 U.S. 435 [1932]), que constituye una defensa consolidada en favor del incitado en el sistema estadounidense.

4.1.5. Reino Unido

Durante mucho tiempo, Reino Unido no poseía una regulación de medidas especiales de investigación, salvo aquellas relacionadas con la interceptación de comunicaciones (1985). En 1999 se promulgó la *Police Act 1997* que reguló el ejercicio de diversas facultades de la policía que implicaban la limitación de derechos de los ciudadanos. Debido a una serie de casos en que se vieron afectadas las garantías de ciudadanos, especialmente la vida privada, y a las obligaciones proveniente de la Convención Europea de Derechos Humanos, se promulgó la *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, que regula, entre otras materias, el uso de agentes encubiertos y los informantes.

La ley los considera como parte del concepto *"covert human intelligence source"*, a saber, un funcionario público o un particular cuyo rol puede consistir en establecer o mantener una relación encubierta con una persona con el propósito de obtener o tener acceso a información. De aquella definición, y de acuerdo con la literatura disponible, se sigue que la ley no considera al informante como un miembro de la organización que debe ser exculpado, sino más bien como un ciudadano que está colaborando con la justicia.

En cuanto a los requisitos para que su actuación sea admitida, la ley señala que debe ser necesaria y proporcional a los objetivos perseguidos. Así, es la misma ley la que describe cuándo será considerada necesaria: por razones de seguridad nacional, para prevenir la comisión de un delito, para proteger el bienestar económico del país o la salud pública, para obtener el pago de cualquier impuesto que deba ser pagado al gobierno, y para cualquier otro propósito que haya sido regulado por la Secretaría de Estado.

Esta medida puede ser autorizada por diversas autoridades, dependiendo de si se implementa en un cuerpo de policía, o en otros organismos, como la *Scottish Crime and Drug Enforcement Agency*, *HM*

Revenue and Customs, etc. Es relevante indicar que los detalles de la regulación se encuentran en el *CHIS Code of Practice* (2000, con actualizaciones), en el cual, por ejemplo, se establece expresamente que la autorización deberá contener una explicación de por qué es necesaria y proporcionada esta herramienta, así como también las tareas que deberá ejecutar la persona.

Como otras de las medidas de investigación reguladas en dicha ley, el uso de agentes encubiertos e informantes particulares debe ser necesaria y proporcional. La autorización puede ser por un máximo de 12 meses, pudiendo renovarse.

En cuanto a la responsabilidad penal, los agentes estarán autorizados para ejecutar las conductas necesarias para su tarea, pero teniendo, entre otros límites, la imposibilidad de actuar como un agente provocador (*R v. Loosely*, 2022).

No hay regulación sobre agentes reveladores. Se ha sostenido que la figura se encuentra prohibida (Billingsley, 2009), pero al mismo tiempo es claro que los tribunales no excluían prueba ni exoneraban al provocado a cometer el delito (solo se consideraban sanciones para el funcionario, posibles compensaciones civiles y, cuando más, atenuación de la pena) hasta tiempos relativamente recientes. En efecto, a partir de *R v Looseley* [2001] la Cámara de los Lores ha desarrollado lo que puede llamarse el "*entrapment*" inglés, que, a pesar del casuismo y de los matices, opera sobre la misma distinción basada en la predisposición delictiva del provocado (sobre esto, Castellví Montserrat, 2020: 135 et. seq.).

4.1.6. Análisis comparativo

Como fue posible apreciar, en las legislaciones comparadas, en general, se encuentran incorporadas estas medidas especiales de investigación y pueden ser utilizadas para delitos de corrupción (salvo en España, donde solo es posible de un modo indirecto a través de la investigación del posible blanqueo de capitales asociado).

En cuanto a la autoridad que debe disponer o autorizar las medidas, en el mundo anglosajón corresponde esa función a los órganos a cargo de la persecución, lo mismo ocurre en Italia. En Alemania

rige en principio lo mismo, pero al darse ciertas circunstancias nada de excepcionales, se requiere autorización judicial. En España se requiere autorización judicial, pero debe recordarse que en ese país el juez instructor está a cargo de la investigación.

En ese sentido, un aspecto fundamental para abordar las críticas esbozadas más arriba es el control que ejerce la autoridad sobre los agentes encubiertos o informantes. Así, a mayor sea la supervisión de la autoridad, menor será la posibilidad de actos de corrupción (involucramiento de funcionarios policiales con la organización), debiendo aumentarse también los filtros para evaluar la confiabilidad de la información que se va obteniendo. En el caso de Estados Unidos, UK, Italia y Alemania existe un control de las autoridades a cargo de la persecución penal, debiendo justificarse la necesidad de estas medidas y los alcances que tendrán. En todas estas jurisdicciones, los agentes encubiertos no pueden ejecutar conductas que afecten garantías fundamentales, requiriéndose una autorización judicial para, por ejemplo, incautar evidencia en poder de personas.

Un aspecto para destacar, especialmente en el caso de Estados Unidos y el Reino Unido, es que la ejecución de las medidas se encuentra regulada de manera detallada a nivel institucional-reglamentario, lo que permite una mayor flexibilidad regulatoria ante los cambios de las dinámicas delictuales y, por supuesto, jurisprudenciales, cuando se vean desafiadas en casos judicializados. Sin perjuicio de tratarse de una regulación interna, se da cuenta de una normativa detallada y de diversos controles, con lo cual, se reconocen los riesgos existentes en este tipo de medidas, tanto para los agentes policiales como para los ciudadanos. En ese sentido, más allá de que la tradición legalista latinoamericana exigirá una regulación legal, es importante destacar que lo esencial no es tanto la jerarquía normativa de la regulación, sino la calidad de su contenido y su efectiva observancia.

Por último, como se vio, estas legislaciones no conocen reglas sobre agentes reveladores, pero en todas es usual que los agentes encubiertos simulen tener interés en el delito y todas han enfrentado el verdadero problema de lo que, en rigor, constituye provocación abusiva al delito y no mero aprovechamiento de la predisposición delictiva a través de la sola simulación de interés. Este criterio de delimitación parece consolidado, con la consecuencia de que el provocado

no será reprimido (incluso en Alemania). De algún modo, a pesar de los muchos matices, esto es concordante con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de Teixeira de Castro v. Portugal, STEDH de 9 de junio de 1998 (sobre esto, Castellví Montserrat, 2017: 51 ss.).

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

4.2.1. Argentina

Respecto de los agentes encubiertos, la Ley 27.319 del año 2016 tuvo por objeto 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, entre ellos, la figura del agente encubierto, del agente revelador y del informante.

Sin perjuicio de lo anterior, en el artículo 2° limitó la aplicación de estas herramientas a un específico catálogo de delitos, entre los cuales no se incluyen delitos de corrupción, a menos que se cometan formando parte de una asociación ilícita conforme a los arts. 210 y 210 bis del Código Penal (conforme al primero, una organización de tres o más personas destinada a cometer delitos), porque este delito sí da lugar a la aplicación de estas técnicas especiales (letra g), y sin perjuicio de que también da lugar a ellas la investigación del lavado de activos provenientes de cualquier delito, también los de corrupción.

Lo mismo ocurre respecto de los agentes reveladores, es decir, aquellos que puntualmente simulan interés y/o ejecutan el transporte, compra o consumo, para sí o para terceros, de dinero, bienes, personas, servicios, armas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o participan de cualquier otra actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar a las personas implicadas en un delito, detenerlas, incautar los bienes, liberar a las víctimas o recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos (art. 5°).

El uso de ambas herramientas requiere autorización judicial previa (arts. 3° y 6°). En cambio, la acción de informantes, es decir, de aquellas personas que, con identidad reservada y a cambio de un pago, aportan a las autoridades información para la investigación de delitos (art. 13), no se requiere autorización judicial; su actuar es regulado por el Ministerio de Seguridad.

La ley dispone respecto de las tres figuras la adopción de medidas de protección en caso de ser necesario (arts. 12 y 14).

Respecto de los agentes, además de recalcarse el carácter estrictamente voluntario de la tarea (art. 11), se consagra su impunidad por los delitos en que intervengan en el ejercicio de su cometido, "siempre que este no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad psíquica o física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro" (art. 9°).

En cuanto a la declaración del agente en juicio, esta solo tendrá lugar si es absolutamente imprescindible, pero si esto implicara riesgo para su integridad o la de otras personas, o cuando pudiera frustrar una intervención ulterior, "se emplearán los recursos técnicos necesarios para impedir que pueda identificarse al declarante por su voz o su rostro. La declaración prestada en estas condiciones no constituirá prueba dirimente para la condena del acusado, y deberá valorarse con especial cautela por el tribunal interviniente" (art. 8°).

4.2.2. Brasil

La Ley 12.850, de 2 de agosto de 2013, estableció la figura de los agentes encubiertos (bajo el nombre de infiltración de agentes), no hay reglas específicas sobre agentes reveladores ni informantes, sin perjuicio de que estos últimos pueden, en el caso concreto, quedar cubiertos por las disposiciones sobre colaboración premiada, art. 3° A y ss. con el objetivo de investigación organizaciones criminales, las cuales define en el art. 1° como la "asociación de 4 (cuatro) o más personas estructuralmente ordenada y caracterizada por la división de tareas, aunque sea informalmente, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, ventaja de cualquier naturaleza, mediante la práctica de infracciones penales cuyas penas máximas sean superio-

res a 4 (cuatro) años, o que sean de carácter transnacional". En esa medida, se podría utilizar agentes encubiertos en la investigación de los delitos de corrupción que, junto con cometerse como parte de una asociación de ese tipo, acarreen penas en ese rango, como es el caso del peculado doloso (art. 312 Código penal), del cohecho (art. 317 CP) y del soborno (art. 333 CP). La ley considera penas agravadas por pertenecer a la asociación si en ella intervienen funcionarios públicos (art. 2° § 4° II), así como si la organización mantiene conexión con otras organizaciones criminales independientes (IV); o si las circunstancias del hecho evidencian el carácter transnacional de la organización (V).

A continuación, se describirán algunas características de la regulación (arts. 10 y 12):

1. El agente encubierto deberá ser un agente policial (que asume la tarea voluntariamente, art. 14 I), y requerirá una autorización otorgada por un juez, previa solicitud del fiscal (o de la policía, debiendo oírse al fiscal), la cual debe ser fundamentada.

2. Será admitida si existen indicios de infracción penal de que trata el art. 1º y si la prueba no puede ser producida por otros medios disponibles.

3. Será autorizada por el plazo de hasta 6 meses, sin perjuicio de eventuales renovaciones, siempre que se acredite su necesidad.

4. Finalizado el plazo, deberá entregarse un informe al juez, quien dará cuenta al fiscal.

5. El fiscal podrá requerir en cualquier momento a la policía que se le informe sobre el estado de la operación.

6. Se declara nula la prueba obtenida de una infiltración que no cumpla con los requisitos previstos.

Se consideran medidas de protección de los agentes, por la vía de cambio de nombre y reserva de identidad (arts. 12 § 1 y 14).

Adicionalmente, se permitirá la figura de los "agentes encubiertos virtuales", en internet, con el fin de investigar los delitos previstos en dicha ley y conexos, practicados por organizaciones criminales, siempre que se demuestre su necesidad e indique el alcance de las

tareas de los policías, los nombres o sobrenombres de las personas investigadas y, cuando sea posible, los datos de conexión o registro que permitan la identificación de esas personas (arts. 10 A a 10 D).

Respecto a la responsabilidad penal de los agentes policiales, si bien la norma del art. 13 de la ley es ambigua, pues parece eximirlos solo en casos de inexigibilidad de otra conducta, puede entenderse que están exentos de responsabilidad por los delitos que cometan en el marco de la infiltración, salvo en aquellos casos en que su actuación no guarde la debida proporcionalidad, ante lo cual responderán por los excesos.

La ley no contiene normas sobre declaración de los agentes como testigos en juicio, lo que, en todo caso, se entiende considerando el carácter inquisitivo del proceso penal brasileño aún vigente.

4.2.3. Chile

La persecución penal de los delitos de cuello blanco, incluyendo los delitos de corrupción, ha tenido un desarrollo tardío y poco sistemático en gran parte del siglo XX (Hernández, 2005). Como ha sostenido Hernández, si bien sería algo injusto hablar de ausencia (total) de una política pública y, en particular, de una política criminal contra la corrupción en Chile a partir del regreso a la democracia (1990):

> el impulso para los cambios favorables siempre ha estado en una crisis o escándalo ante el cual se ha reaccionado simbólicamente con la constitución de una comisión técnica con representación o apoyo político de alto nivel, cuyo trabajo ha marcado el punto de partida para una suerte de nuevo trato, con una fuerza que, sin embargo y a pesar de que en general se materializan cambios de importancia, va decreciendo en la medida en que la crisis se supera (…) hasta la próxima crisis (Hernández, 2021).

Esto se ha traducido en algunas reformas para combatir la corrupción, algunas de ellas en el ámbito penal, pero que, en general, no han incluido técnicas para mejorar las capacidades de investigación por parte de los persecutores.

Lo antes descrito ha tenido, consecuencialmente, un impacto en la dirección de la política criminal del legislador chileno a la hora de implementar y regular la actuación de informantes, agentes encubiertos y agentes relevadores.

Hasta hace muy poco, en Chile no había ninguna regulación general sobre el empleo de estas técnicas especiales. Las pocas regulaciones al respecto se encontraban exclusivamente en leyes especiales y dirigidas a mejorar las capacidades de investigación de la criminalidad más tradicional y ligada a un perfil de autor vinculado a lo que podría denominarse como *"blue-collar"*.

En efecto, el origen de estas figuras en el derecho chileno tiene como antecedente el art. 34 de la Ley Núm. 19.366, de 30 de enero de 1995, antecesora de la actual Ley Núm. 20.000, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En esta ley se regula integralmente el uso de informantes (calidad definida como la de quien "suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o quien, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores), agentes encubiertos (funcionarios policiales que ocultan su identidad oficial y se involucran o introducen en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación) e incluso de los agentes reveladores (funcionarios policiales que simulan ser compradores o adquirentes, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga), eximiéndolos el legislador explícitamente de responsabilidad penal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, bajo la condición de que "siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma" (art. 25 Ley Núm. 20.000).

La Ley Núm. 20.000 había servido hasta ahora de base para la regulación, aunque siempre respecto de materias específicas, de estas herramientas de investigación en la criminalidad más tradicional. Inclusive, explícitamente, ha sido establecida como la legislación suple-

toria para regular su aplicación. Por ejemplo, se permite el uso de estas técnicas para la investigación de delitos relativos a la prostitución de personas menores de edad y a la pornografía infantil (solo agentes encubiertos, art. 369 ter en relación con los arts. 366 quinquies, 367, 367 ter y 374 bis inciso primero del Código Penal), así como de los delitos de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas (agentes encubiertos e informantes, art. 411 octies del Código Penal), de lavado de dinero (agentes encubiertos e informantes, art. 33 letra a] Ley Núm. 19.913), y delitos informáticos (solo agentes encubiertos, art. 12 Ley Núm. 21.459). Por su parte, el artículo 226 bis del Código Procesal Penal, recientemente suprimido, permitía al fiscal utilizar estas técnicas de investigación en determinados delitos contra la propiedad, delitos contemplados en la Ley de Control de Armas y algunos ilícitos de la Ley del Tránsito, en el contexto de hechos que dieran cuenta de una asociación ilícita, o una agrupación u organización conformada por dos o más personas, destinada a cometer estos hechos, aun cuando esta o aquella no configuraran una asociación ilícita, siempre que fuera necesario para lograr el esclarecimiento de los hechos, establecer la identidad y la participación de personas determinadas en éstos, conocer sus planes, prevenirlos o comprobarlos.

Como se puede ver, salvo en lo concerniente a la investigación de casos de lavado de dinero, entre cuyos delitos-base se encuentran los principales delitos de corrupción, no era posible bajo ningún respecto la aplicación de estas técnicas en casos de corrupción. Esto ha cambiado, siquiera parcialmente, con la Ley Núm. 21.577 de 15 de junio de 2023, que, dejando incólumes la mayoría de las disposiciones especiales (aunque derogando el art. 226 bis del mismo código), establece una regulación general (muy parecida a la de la Ley Núm. 20.000, pero con mayor detalle) en el Código procesal penal, aplicable a la investigación de cualquier hecho delictivo, con tal de que los hechos concretos "involucren la participación en una asociación delictiva o criminal" (art. 226, lo que, conforme a los arts. 292 y 293 del Código penal, modificados por la misma ley, es "toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración" de crímenes o simples delitos. Si bien se trata de una restricción relevante (puede haber corrupción de grandes dimensiones sin necesidad de organización),

se trata indudablemente de un mejoramiento significativo de las posibilidades de esclarecimiento de los delitos de corrupción.

Un aspecto notable de la nueva regulación general es que se optó por requerir solo autorización del Ministerio Público, lo que es destacable porque la tendencia perceptible en la introducción de nuevos casos de procedencia (los del Código Penal y de la Ley de delitos informáticos, y los previstos en el derogado art. 226 bis) venía siendo la de exigir autorización judicial previa, aunque no la exige la norma "matriz" del art. 25 de la Ley Núm. 20.000 ni, consecuentemente, las que se remiten a ella. Como "compensación" por la prescindencia de autorización judicial, puede entenderse la exigencia, poco comprensible en principio, de que el empleo de estas técnicas dependa del respectivo Fiscal Regional del Ministerio Público (arts. 226 B a 226 E), no del fiscal a cargo de la investigación (los Fiscales Regionales solo excepcionalmente conducen investigaciones concretas). De algún modo se espera que esta autoridad asuma la responsabilidad política por el eventual empleo inadecuado de ellas. En la misma línea va la obligación del Fiscal Nacional del Ministerio Público de rendir cuenta anualmente ante las comisiones pertinentes de ambas cámaras del Congreso Nacional sobre la aplicación de estas técnicas, si bien la norma sugiere más bien un informe estadístico más que de fondo y susceptible de avaluación política de los criterios empleados (art. 226 M). Con una redacción muy defectuosa desde el punto de vista del lenguaje legislativo de la ley procesal penal chilena, la extralimitación en el ejercicio de estas técnicas acarrea la nulidad de lo obrado y, al parecer, la exclusión de los antecedentes obtenidos como prueba (art. 226 K). No es claro todavía si la infracción de la prohibición de inducir al delito (art. 226 I) acarrea la exclusión de la prueba obtenida de la comisión del hecho mismo, u otras formas de beneficio para el inducido. Los antecedentes legítimamente obtenidos se pueden aprovechar en otros procedimientos, siempre y cuando versen sobre delitos que tengan igual o mayor pena (en vez de requerirse que se trate de situaciones en que también se dan los presupuestos de aplicación de las técnicas respectivas, que sería lo correcto, art. 226 W; nótese, sin embargo, que al respecto hay dos normas contradictorias, pues el inciso segundo del art. 226 L regula lo mismo, pero de un modo más exigente).

Se consideran, por último, múltiples mecanismos de protección por la vía de la reserva de identidad (arts. 226 N a 226 V). Siendo de destacar que la reserva de identidad puede mantenerse incluso si el agente declara en juicio (art. 226 P), lo que de algún modo se ve compensado por la norma que dispone que el tribunal "no podrá fundar la condena únicamente en declaraciones realizadas por agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes y testigos protegidos respecto de los cuales se haya decretado la prohibición de revelación de su identidad" (arts. 226 O y 226 U), con lo que se busca satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al condenar a Chile por la aplicación de una norma muy similar al art. 226 P en Norín Catrimán y otros vs. Chile, de 29 de mayo de 2014.

4.2.4. México

En México, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su art. 251, primer párr. IX, señala entre las actuaciones en la investigación que no requieren autorización judicial previa las operaciones encubiertas, en los términos que establezcan los protocolos emitidos para tal efecto por el Procurador. A menos que esos protocolos se autolimiten, estas operaciones encubiertas proceden, en consecuencia, para la investigación de cualquier delito, incluyendo, por cierto, los de corrupción. Por su parte, la Ley de la Policía Federal autoriza a las policías a llevar a cabo operaciones encubiertas y de usuarios simulados (agentes reveladores) para la prevención de delitos (art. 8 VII), sometidas a la autorización del Comisionado General de la Policía Federal, previo acuerdo con el Secretario de Seguridad Pública Federal (art. 10 XII). El Reglamento de la Ley de la Policía Federal indica que le corresponde a la Coordinación de Operaciones Encubiertas de la Policía dirigir la realización de operaciones encubiertas y de usuarios simulados con el objeto de asegurar la obtención, análisis y explotación de información con el propósito de prevenir y, bajo la conducción y mando del Ministerio Público, combatir la comisión de delito (art. 22).

Ante la amplitud de estas normas, puede parecer superflua la regulación legal algo más detallada existente en la Ley Federal contra la

delincuencia organizada, que también permite las operaciones encubiertas (aunque los delitos de corrupción no están considerados en el catálogo de delitos en cuya investigación estas son aplicables, art. 2). Concretamente, el Ministerio Público (fiscal) puede autorizar las operaciones encubiertas dirigidas a alcanzar los objetivos señalados en la ley (arts. 11 y 11 Bis), pero, al margen de preverse que su intervención es voluntaria y debe estar rodeada de medidas de reserva con fines de protección, no se definen mayormente ni las atribuciones ni responsabilidades que asisten a las figuras en cuestión.

Por lo mismo, existen importantes críticas contra la práctica de estas operaciones, debido a que han tenido aplicación por parte de las autoridades de persecución penal sin una debida regulación que se haga cargo de los problemas que presenta esta herramienta investigativa (Almaraz, 2016, *passim*).

De todos modos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) declaró, por mayoría de votos, que la circunstancia de que la Policía Federal lleve a cabo operaciones encubiertas y de usuarios simulados para la prevención de delitos, conforme a los lineamientos que establezca el reglamento, no vulnera garantías constitucionales (Acuerdo del Tribunal Pleno, de 14 de abril de 2011, en Acción de inconstitucionalidad 48/2009; sobre esto Almaraz, 2016: 159 et. seq.). Con ello, las operaciones encubiertas en México ha sido una diligencia ejecutada en diversas investigaciones penales.

4.2.5. Perú

La actuación de agentes encubiertos, agentes especiales, agentes reveladores, agentes virtuales e informantes o confidentes está reglada en los arts. 341[1] y 341-A del Código Procesal Penal, disposiciones que desde la publicación del Decreto Legislativo N°1307, de 30 de diciembre de 2016, son aplicables expresamente en la investigación de delitos de corrupción, concretamente de los delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal.

---

[1] Modificado por última vez mediante Decreto Legislativo Núm. 1611, de 21 de diciembre de 2023.

En efecto, el art. 341 permite al fiscal autorizar a la policía nacional para que recurra a estas técnicas (salvo en lo concerniente a informantes o confidentes, que es un asunto estrictamente interno policial), "mediante una disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos". Solo se requiere autorización judicial cuando las actuaciones de investigación puedan afectar los derechos fundamentales.

Los agentes encubiertos y especiales tienen las mismas características, la diferencia radica en que los primeros son agentes policiales, mientras que los segundos son sujetos con roles o conocimientos especiales que facilitan la infiltración, con lo cual pueden ser también particulares. No es clara la diferencia con los agentes reveladores, definidos por ya estar infiltrados y otorgar información, pudiendo también ser particulares. Los agentes virtuales son simplemente agentes encubiertos en el ámbito virtual, mientras los informantes o confidentes son personas que, por cualquier motivación, aportan información confidencial a la policía.

Las regulaciones de detalle que contenía inicialmente el art. 341 fueron suprimidas y reemplazadas por una remisión a un Decreto Supremo que habrá de regular el procedimiento de registro, elección y administración de manera reservada y riesgo controlado, de los agentes, incluyendo los requisitos y cualidades personales que deben reunir aquellos, las actividades, tráfico jurídico o social, objetivos, previsiones técnicas y jurídicas, límites, impedimentos, plazos, sistemas de protección y beneficios en cuanto sea pertinente.

Respecto de la responsabilidad penal de los distintos tipos de agentes (no así de los informantes o confidentes), el art. 341 dispone que estarán exentos de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de esta y no constituyan una manifiesta provocación al delito.

De especial relevancia para los fines de este capítulo es la disposición del art. 341-A del mismo código, sobre operaciones encubiertas, especialmente diseñadas para la investigación de casos de corrup-

ción. A primera vista parece una simple combinación de las técnicas precedentemente descritas, pero pronto se advierte su especificidad: se trata de "operaciones encubiertas sin el conocimiento de los investigados, tales como la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, entre otros procedimientos". Si el concepto de "protección" empleado podría ser poco explicativo, todo queda más claro cuando se considera que el fiscal "podrá crear, estrictamente para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar otras ya existentes, así como autorizar la participación de personas naturales encubiertas, quienes podrán participar de procesos de selección, contratación, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado". Como se ve, se trata de dar herramientas para una infiltración de gran nivel, con los recursos jurídicos necesarios (es de esperar que también con recursos financieros). Es sin duda, una de las regulaciones más interesantes que arroja el examen comparado. Una vez ejecutadas, estas medidas deben ser confirmadas (excepcionalmente, como se ha visto) por el juez penal competente.

4.2.6. Análisis comparativo

Aunque todos los ordenamientos latinoamericanos analizados permiten, en alguna medida, el empleo de las técnicas especiales de investigación tratadas en este capítulo en la investigación de casos de corrupción, lo hacen con amplitudes muy diferentes. La mayor amplitud se observa en México, donde son procedentes respecto de cualquier delito, y Perú, donde, si bien existe un catálogo de delitos cuya investigación lo permite, en él están considerados especialmente los delitos de corrupción. En cambio, en Argentina, Brasil y Chile, la aplicación de estas técnicas supone que el delito de corrupción en cuestión se cometa formando parte de alguna forma de asociación u organización criminal, lo que a primera vista podría parecer razonable, también por motivos de proporcionalidad, pero desconoce las dificultades de esclarecimiento de los delitos de corrupción y que los abusos de poder a gran escala no necesitan en muchos casos valerse de una organización. De ahí que parezcan preferibles las regulaciones mexicana y peruana, sin perjuicio de que la precaria regulación de la primera no puede aplaudirse. En los ordenamientos que exigen

un elemento de organización, las exigencias son, además, diferentes (tres o más miembros en Argentina y Chile, cuatro o más en Brasil).

La mayoría de los ordenamientos trata tanto a los agentes encubiertos como a los agentes reveladores y a los informantes, salvo el brasileño, que solo se refiere a los primeros, y el mexicano, que no se refiere a los sujetos o funciones en particular, sino genéricamente a las operaciones encubiertas. Ahora bien, más que una mención en la ley, lo relevante es que exista una regulación de cierta densidad sobre estas técnicas, con controles efectivos, particularmente sobre el empleo de la más informal de todas, que es el recurso a informantes, algo sobre lo cual los ordenamientos analizados exhiben una preocupante precariedad.

Un aspecto especialmente relevante, respecto del cual, como se ha podido ver, los distintos ordenamientos exhiben soluciones disímiles es el de la posible remuneración del informante. A diferencia de los incentivos económicos previstos en general para incentivar las denuncias o la aportación de información útil en materia penal, valorados positivamente en otro volumen de este proyecto, las dudas en este contexto surgen del carácter habitual o permanente de la relación entre policías e informantes, esto es, de la relativa inserción de este último en labor policial o de cierta externalización de dicha labor, pero de un modo completamente informal, lo que puede comprometer la legitimidad de la acción estatal. Y si ya a propósito de los incentivos generales se hacía presente los riesgos de abuso y corrupción que trae consigo la falta de una regulación adecuada, esos riesgos parecen aún más graves en este contexto específico.

En lo que respecta a la autorización, también en México y Perú se entiende que es una actividad esencialmente policial, bajo la dirección del Ministerio Público, y no se requiere intervención judicial (salvo que, en el segundo país, de antemano se requiera, adicionalmente, la afectación de garantías fundamentales). Si bien con algunas excepciones, aunque no pertinentes para casos de corrupción, en la misma línea va el derecho chileno. En cambio, en Argentina (salvo para informantes) y Brasil se exige autorización judicial. A favor del control exclusivo del Ministerio Público se puede hacer valer que las investigaciones encubiertas no vulneran *per se*, en sí mismas, garantías fundamentales, que es lo que justifica en general la nece-

sidad de intervención judicial. Como se vio, esa es también la clara tendencia en los ordenamientos no latinoamericanos analizados.

En cuanto al detalle de la regulación, destaca la apertura de la ley peruana a considerar a particulares no solo como informantes, sino que también como agentes, lo que, al margen de los riesgos que ese involucramiento puede representar, en determinados contextos (y el de la corrupción es uno), puede tener más rendimiento que la intervención de funcionarios. Todos los ordenamientos consideran exención de responsabilidad penal sujeta a criterios de proporcionalidad y medidas de sigilo o reserva con fines de protección, las que, sin embargo, son objeto de otros capítulos. Se aprecia cierta indefinición sobre las consecuencias de un proceder abusivo: en Brasil y en Chile se habla de nulidad, pero no queda claro lo que se entiende por abuso o extralimitación, mientras que los otros ordenamientos guardan silencio. En Chile se prohíbe la inducción o provocación al delito, mientras que en Perú la exención de responsabilidad penal del agente supone que no incurra en provocación, pero no existe mayor claridad sobre las consecuencias que para el *status* del imputado tiene la infracción de estas reglas.

La regulación más interesante para los efectos de la investigación de casos de corrupción se encuentra en el art. 341-A del Código procesal penal peruano, que sirve de base para una infiltración a gran escala, a través de la creación de personas jurídicas que pueden intervenir en procesos de selección, contratación, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado, es decir, en un contexto crítico de emergencia de prácticas corruptas. Se asemeja a lo que tácitamente reconoce la regulación interna de las acciones encubiertas en los Estados Unidos, cuando, como se vio, se requiere la autorización del Cuartel General del FBI por *fiscal circumstances*, es decir, cuando es necesario utilizar grandes sumas de dinero, comprar propiedades, celebrar contratos, etc. Se trata de un modelo a emular.

4.3. El sistema colombiano

En cuanto a los agentes encubiertos, el Código de procedimiento penal de 2004 (Ley 906) regula en su art. 241 la infiltración de organizaciones criminales y en su art. 242 la actuación de agentes

encubiertos, este último sin referencia a la actividad de organizaciones criminales, con lo cual puede discutirse si también requiere esa conexión o es posible esa actuación en la investigación de cualquier delito, en lo que aquí interesa, de delitos de corrupción. Como fuera, para lo que aquí interesa, en el año 2011 se promulgó la Ley 1474 que tuvo por objeto dictar normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Entre las diversas modificaciones legales, se incluyó el artículo 242 A en el código, que explícitamente permite el uso de las técnicas especiales de investigación previstas en los arts. 241 y 242 "cuando se verifique la posible existencia de hechos constitutivos de delitos contra la Administración Pública en una entidad pública". Debiera ser claro que la disposición no requiere conexión con criminalidad organizada.

La actuación de un agente encubierto no requiere autorización judicial previa, sino simplemente la orden del fiscal, sin perjuicio de un control posterior de legalidad formal y material por parte del juez de control, que en este caso se adelanta, debiendo verificarse dentro de las 36 horas siguientes al término de la actuación.

A continuación, se describirán algunas características de la regulación de los agentes encubiertos:

1. En cuanto a las facultades que poseen los agentes encubiertos, la ley es explícita en cuanto a que pueden "realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica", lo que incluye "intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él".

2. Adicionalmente, si el agente encubierto "encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados". Es decir, permite al fiscal coordinar operaciones especiales para incautar evidencia y, con ello, utilizar otras herramientas legales que posea para ello, como podrían ser eventuales allanamientos en lugares cerrados previa orden judicial.

3. En cuanto al control del uso de los agentes encubiertos, los Fiscales deberán ser autorizados por el Director Nacional o Seccional de Fiscalías de la Fiscalía General de la Nación, es decir, se establece un control del superior jerárquicos para estos efectos.

4. En cuanto a la responsabilidad penal de los agentes encubiertos por los hechos que ejecuten, a diferencia de los arts. 241 y 242, que guardan silencio al respecto, el artículo 242 A explícitamente los exime por los delitos contra la Administración Pública en coparticipación con la persona investigada en que hubieran intervenido, "salvo que exista un verdadero acuerdo criminal ajeno a la operación encubierta, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente".

5. En cuanto a quienes pueden ser agentes encubiertos, además de miembros de la policía judicial, el art. 242 explícitamente establece que "incluso particulares" pueden poseer esta calidad y, por ende, ejercer las facultades que la ley les entrega. Se trata de una regulación novedosas frente a las de otros países de América Latina, las cuales generalmente limitan el círculo de posibles agentes a los agentes policiales. A este respecto, la Fiscalía General de la Nación en su instructivo sobre la materia ha señalado que su utilización es excepcional, supeditada a que el particular esté en mejores condiciones de infiltrar al grupo delictivo organizado por los vínculos de confianza establecidos con esta o que puedan establecerse, o por otras razones que no hagan posible la intervención de un funcionario. En ese sentido, no es casualidad que la actuación de particulares como agentes encubiertos puede ser asimilada de alguna manera a la figura del informante, en cuanto a que es un simple ciudadano, y no un agente público, quien coopera con una investigación y su intervención implica un tratamiento especial en cuanto a su responsabilidad penal.

6. Respecto a la actuación de los agentes encubiertos, el fiscal diseña un plan y define la forma de recibir y entregar la información recopilada. El Fiscal debe controlar las actuaciones del agente y el cumplimiento del plan.

Adicionalmente, el art. 241 en su inciso final contempla una referencia a la normativa internacional: "El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a los presu-

puestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia".

Es relevante hacer presente, como también lo ha hecho la jurisprudencia, que el agente no puede tener iniciativa o incitar el delito, ya que se estaría en presencia del agente provocador o determinador, lo cual pervierte los fines del Estado y anula la prosperidad de la actuación judicial (CSJ, proceso 19081, 22 de junio 2005).

4.4. Análisis comparativo

Despejada la procedencia de la actuación de agentes encubiertos en la investigación de delitos de corrupción en Colombia, cuando menos desde la introducción del art. 242 A del Código procesal penal, y constatado que dicha actuación está sujeta exclusivamente a las órdenes del fiscal, más allá de los controles internos y el control judicial *a posteriori*, la regulación en este país destaca en América Latina como la menos restrictiva de las analizadas junto con la de México y la de Perú.

Asimismo, destaca que, como se hacía notar respecto de la legislación peruana, también se aprecia una apertura hacia la actuación de particulares como agentes.

Al igual que los demás ordenamientos analizados, la legislación colombiana considera la impunidad del agente que incurre en delito en el ejercicio de sus funciones, a menos que haya un verdadero acuerdo criminal con el sujeto investigado. Se echa de menos una referencia a la proporcionalidad como límite de la exoneración de responsabilidad penal, pero habiendo norma explícita exclusivamente respecto de delitos contra la administración pública, ese límite debería estar garantizado (no es del caso indagar aquí por la situación respecto de la eventual comisión de otros delitos, respecto de los cuales no hay regulación). Debe destacarse, también, que la jurisprudencia ha afirmado, como hacen las legislaciones de Chile y Perú, la prohibición de la provocación al delito, aunque tampoco aquí hay claridad sobre las consecuencias para el *status* del provocado o inducido.

Si bien es un rasgo común de las legislaciones latinoamericanas estudiadas, se echa en falta en la ley colombiana disposiciones que

permitan adecuar la acción del agente encubierto, pensada tradicionalmente para infiltrarse en bandas criminales de perfil *"blue collar"*, al entorno propio de la gran corrupción pública, como se observa, siquiera incipientemente, en el art. 341 A del Código Procesal Penal peruano.

5. REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS DE ACCIÓN PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

5.1. Recomendaciones para América Latina

A la luz de los análisis comparativos que se han presentado, y teniendo en cuenta el estudio realizado en relación con los sistemas latinoamericanos que se han tomado como referencia en la presente obra colectiva, se recomienda adoptar las siguientes medidas como propuesta de acción para América Latina:

1. Elaborar una propuesta legislativa que incorpore la aplicación de las medidas especiales de investigación en delitos de corrupción, especialmente, agentes encubiertos e informantes. Los fenómenos de complejidad delictiva requieren de herramientas sofisticadas.

2. En cuanto a los agentes encubiertos, se sugiere seguir la experiencia regional e internacional, en cuanto a que sea autorizada y supervisada por el fiscal a cargo de la investigación, no siendo necesaria una autorización judicial. Se trata de una actividad eminentemente investigativa, cuyos riesgos pueden ser resguardados desde un punto de vista organizacional, mediante diversos controles internos y administrativos para evitar cualquier tipo de abuso y actuaciones ilícitas. Entre ellos, deberes de registro, de reporte, de confidencialidad, incluyendo inclusive un plan de trabajo con determinados hitos y tiempos, que vayan cumpliéndose y, de esa manera, evitar cualquier tipo de extralimitación.

3. Cabe precisar que lo anterior no impedirá la intervención del juez en todas aquellas diligencias investigativas en que sea necesaria, según la legislación local, una orden judicial, deberá ser solicitada por el fiscal respectivo, por ejemplo, para la incautación de evidencia o la entrada no tolerada en lugares cerrados.

4. Por supuesto, una política pública que permita a agentes encubiertos infiltrarse en la actividad delictiva supondrá una exención de responsabilidad respecto de los hechos ilícitos que guarden relación con el plan de trabajo y en el tiempo que se realice la operación. Será relevante establecer esta exención de manera legal y, a su vez, con los parámetros que deban ser ponderados en caso de que pueda objetarse la operación. Al mismo tiempo, deberá incorporarse una regulación que cautele los intereses de los propios agentes policiales, entre ellos, la protección de su identidad y de brindar los medios necesarios, especialmente de seguridad, para llevar a cabo la operación.

5. Adicionalmente, puede ser recomendable no limitar el nombramiento de agentes encubiertos a agentes policiales, sino que permitir, bajo determinadas circunstancias a funcionarios públicos. Especialmente en los esquemas de corrupción de instituciones públicos, los funcionarios que prestan funciones al interior de dichos servicios públicos pueden ser de mayor utilidad al estar familiarizados con las personas y conocer las dinámicas internas.

6. Respecto de los informantes, también se sugiere establecer una regulación específica que permita a los agentes policiales obtener información de personas que formen o hayan formado parte de una organización criminal o se hayan dedicado a la actividad delictiva, con objetivos acotados y concretos, como iniciar una investigación penal y, a su vez, realizar diligencias investigativas específicas. Los delitos de corrupción carecen de una víctima identificable que pueda dar noticia a las autoridades de la posible comisión de un delito. Existen riesgos inherentes al uso de informantes, entre ellos, respecto de la calidad de la información, por lo mismo, parece razonable, como han hecho otras legislaciones, que sean utilizadas para objetivo acotados e incluso, en algunos casos, ni siquiera para ser utilizados en un juicio. Pareciera ser que la información de un informante, por las características y relación que genera con las policías, sea relevante acotarlo al inicio de una investigación o para la realización de diligencias investigativas, más no para probar la culpabilidad de una persona.

7. Para ello, será crucial establecer una disposición que regularice el proceso mediante el cual se pueda utilizar un informante, especialmente, que sea necesaria para la investigación, que regulen

los requisitos y perfil de los informantes, estableciendo especiales deberes de registro y confidencialidad, autorizaciones pertinentes, entre otras. A su vez, será necesario regular las comunicaciones y relaciones entre policías e informantes, de manera de limitar al máximo eventuales riesgos que son propios de este tipo de interacciones. Asimismo, es recomendable que las agencias policiales y fiscales evalúen los costos sociales de utilizar informantes en contextos en que se puedan generar problemas de convivencia permanentes y derivar en situaciones de mayor gravedad. Por último, en relación con posibles beneficios económicos para los informantes, previstos en algunos de los ordenamientos analizados, más que una opinión tajante al respecto (porque si bien los incentivos económicos para denunciar o aportar información útil en materia penal son valorados positivamente, en este contexto específico de simbiosis informal y no necesariamente virtuosa entre policías y sujetos con vínculos delictivos se impone la prudencia), se debe zanjar con claridad el punto y, en caso afirmativo, someterlo a una regulación adecuada y a un buen sistema de control.

8. Respecto de los agentes reveladores, como lo demuestra la revisión del derecho no latinoamericano, no es indispensable que sea una figura especial. La simulación de interés delictivo parece ser una herramienta útil y legítima en la persecución de los fenómenos de corrupción. Aquello toma sentido, por ejemplo, en situaciones en las cuales se quiere confirmar la solicitud de pagos por parte de un funcionario público para realizar algún servicio público. Lo esencial es que no se vaya más allá de la predisposición delictiva, cayendo en una provocación inaceptable. Debido a los riesgos que implica la utilización de esta medida, especialmente de incitar a personas a cometer delitos, es necesario una regulación concreta y detallada de las atribuciones que tendrá el agente, lo cual, por de pronto, implicará un plan específico, con controles, temporalidad y autorizaciones en su accionar. Y sobre todo, deben formalizarse las consecuencias del abuso policial, no solo en lo que concierne a la responsabilidad de los funcionarios, sino también en términos del *status* del provocado. La clara tendencia europea hacia la exención de responsabilidad es digna de emular.

5.2. Recomendaciones para Colombia

En relación específicamente con Colombia, se sugiere la adoptar de las siguientes medidas como estrategia de acción:

1. Incorporar una regulación específica relativa a los informantes, con las características que han sido explicadas antes. Sin perjuicio de que existe una regulación que permite a particulares actuar como agentes encubiertos, resulta fundamental incorporar una normativa específica y separada que se haga cargo de todas las particularidades que posee y, por supuesto, que permita garantizar razonablemente su correcta utilización.

2. La propuesta legislativa que se plantee debe hacerse cargo especialmente de las principales debilidades que en el derecho comparado se han detectado, todas ellas vinculadas con la transparencia y relación que entablan los órganos de persecución con los informantes. En ese sentido, es relevante que la legislación establezca una regulación de estándares de los deberes que deberán ejecutar e implementar los órganos de persecución penal, de manera de combinar una regulación flexible, pero que sea guiada e inspirada por los límites que establezca el legislador.

3. Así, será necesario que la ley establezca deberes generales de registro de informantes, de establecimiento de protocolos de autorización y de revisión de la sustancialidad de la información de manera periódica. Por supuesto, esta propuesta legal debiera sugerir ciertas limitaciones a la relación e interacción con informantes, todo lo anterior con el objetivo de mantener el uso de informantes con transparencia y estándares de información de calidad para ser utilizados en el proceso penal.

4. En cuanto a los agentes encubiertos, Colombia es uno de los pocos países, junto con México y Perú que posee una regulación aplicable específicamente en materia de corrupción pública, por lo mismo, resulta importante avanzar, por una parte, en una evaluación empírica global y sistemática acerca de su funcionamiento, de manera de detectar las debilidades y posibilidades de mejora, no solo a nivel legal, sino que de la aplicación de los reglamentos internos que ha generado la Fiscalía. Esto debiera incluir, entre otras cosas, la visión mediante entrevistas de fiscales, policías y jueces, acerca de

cómo generar una mejor utilización de esta herramienta desde el punto de vista de la transparencia y también de la calidad de la información que posterior se transformará en evidencia en el proceso penal.

5. Por último, Colombia está en buen pie para avanzar en regulaciones más sofisticadas que permitan que los agentes encubiertos puedan actuar en los contextos socio-económicos e institucionales donde tiene lugar la gran corrupción. De nuevo, la ley peruana puede servir como modelo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Albanese, J. (1995). "Where organized and white-collar crime meet: predicting the infiltration of legitimate business" En: Albanese, J (Ed.) *Contemporary issues in organized crime*. Chicago: Willow Tree Press.

Alcaíno, E. (2013). "Persecución penal en los robos violentos: Chile". En: *Persecución penal de delitos complejos. Experiencias en la investigación criminal*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Pp. 11-149.

Alcaíno, E. (2016). "La delincuencia de cuello blanco". *Nova Criminis: visiones criminológicas de la justicia penal*. Núm. 11. Pp. 73-110.

Almaraz, L. (2016). "Operaciones encubiertas, su obscuridad legal: figura vulnerante de las garantías de certeza y de seguridad jurídica". *Derecho global, Estudios sobre derecho*. Vol. 1(2). Pp. 147-170.

Bach, A. (2009). *Ordinary Justice: How America Holds Court*. New York: Holt Paperbacks.

Berrío, R. (2020). *La participación de particulares como agentes encubiertos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Billingsley, R. (2009). *Covert human intelligence sources: the "unlovely" face of police work*. Sherfielda Gables: Waterside Press.

Castellví, C. (2017). *El delito provocado: límites y fundamentos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Castellví, C. (2020). *Provocar y castigar*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Cole, G. & Gertz, M. (2012). *The criminal Justice System: Politics and Policies*. Belmont: Wadsworth Publishing.

Garret, B. (2011). "Collaborative Organizational Prosecution". En: Barkow, A. & Barkow, R. (Eds.). *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*. New York: New York University Press. Pp. 154–176.

Görlitz, F. (2019). "The legal issue of entrapment in Germany and possible solutions". *German Law Journal*. Vol. 20(4). Pp. 496-509.

Hernández, H. (2021). "Chile". En Olasolo, H. (Ed.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Hess, K. & Hess, C. (2010*). Criminal investigation*. Delmar Publications.

Lafont, L. (2018). "Algunas cuestiones sobre el confidente policial. Roma sí paga traidores". *Anuario Jurídico Villanueva*. Núm. 12. Pp. 239-272.

Martinez, J. (2014). "Unpunished criminals: the social acceptability of white-collar crimes in America". *Senior Honors Theses & Projects*. Paper 382.

Mauriello, T. (2015). *Criminal investigation handbook*. New York: LexisNexis.

Natapoff, A. (2011). *Snitching: Criminal Informants and the Erosion of American Justice*. New York: New York University Press.

Pamiotto, M. (2012). *Criminal investigation*. Boca Raton, FL: CRC Press, Taylor and Francis Group.

Rosoff, S. (2011). *Profit without honor: white collar crime and the looting of America*. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall.

Ross, J. (2020). "Undercover policing and State power in the United States and France". En: Churchill, E., Janiewski, D. & Leloup, P. (Eds.). *Private security and modern States: historical and comparative perspectives*. New York: Routledge.

Rossmo, K. (2009). *Criminal investigative failures*. Taylor Francis Group.

Roxin, C. & Schünemann, B. (2012). *Strafverfahrensrecht*. München: Beck.

Stanger, A. (2019). *Whistleblowers: honesty in America from Washington to Trump*. New Haven: Yale University Press.

Informes, resoluciones y otros documentos

UNODC. (2008). *Manual de buenas prácticas para la protección de testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada*. New York, NY: UNODC.

UNODC. (2023). *Fortalecimiento de las capacidades de prevención de la corrupción en México*. New York, NY: UNODC.

5. Las investigaciones relativas al lavado/blanqueo del producto del delito y la corrupción asociada al crimen organizado transnacional

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO*

1. INTRODUCCIÓN

Si bien el lavado o blanqueo de dinero, activos o bienes provenientes del delito (en lo sucesivo, solo lavado) es una actividad delictiva relevante en relación con un universo muy amplio de delitos previos (incluso en aquellos ordenamientos en que existe un catálogo taxativo de delitos-base del lavado), especialmente en materia de corrupción se ha impuesto de modo universal la convicción de que su tipificación y efectiva persecución y represión son una pieza clave en cualquier estrategia de control de estos comportamientos delictivos, como se expresa con mucha claridad en los instrumentos internacionales sobre la materia (infra 2). No por ser un lugar común deja de ser relevante destacar que es a través del lavado que los implicados en actividades corruptas pueden aprovechar el producto de ellas, para disfrutarlo, pero también para reinvertirlo en la actividad delictiva, que con ello crece y se expande, o en el desarrollo de mecanismos adicionales (porque el lavado en cuanto tal ya lo es) para el logro de la impunidad, como, por ejemplo, el establecimiento de redes de protección, también dentro del Estado, con lo cual se genera más corrupción. En la medida en que la corrupción tras-

* Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales. Licenciado en Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Legum Magister y Doctor en Derecho en la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau (Alemania). ORCID: https://orcid.org/0009-0006-9985-7507.

ciende más y más del nivel anecdótico y doméstico y alcanza niveles muy elevados de organización y de expansión territorial más allá de las fronteras nacionales (símbolo de ello en la región es, sin duda, el caso Odebrecht), el lavado de dinero asociado a ella gana también en importancia.

En consecuencia, resulta fundamental, para cualquier política criminal contra la corrupción, contar con una adecuada tipificación del lavado y, sobre todo, con un adecuado régimen de investigaciones que permita detectarlo, teniendo en cuenta también esta dimensión transnacional del fenómeno. En la medida en que se trata fundamentalmente de identificar el verdadero origen y recorrido de objetos con valor económico, más específicamente, respecto del lavado a gran escala, sobre todo si es transnacional, del origen y recorrido de grandes sumas de dinero o activos, las investigaciones pertinentes suelen ser de carácter financiero, porque el mercado financiero sigue siendo el principal contexto e instrumento utilizado para las actividades de lavado, sin perjuicio de la importancia creciente de mercados menos institucionalizados de productos de lujo, donde se pagan precios muy elevados.

Ahora bien, como ocurre respecto de la investigación de cualquier delito, esta corre también por cuenta de los órganos competentes para la persecución penal, esto es, por cuenta del Ministerio Público (o juez instructor, según el modelo), a través o conjuntamente con las policías a su cargo para estos efectos, y eventualmente con el concurso de especialistas de otros órganos estatales con competencia y capacidades para la fiscalización de mercados. En el caso del lavado, sin embargo, se da una situación especial, porque el lavado en cuanto tal no es más que la realización de operaciones económicas en principio completamente inocuas e irreprochables, cuya única nota de ilicitud está dada por el origen delictivo de los objetos sobre los que recaen tales operaciones. Por cierto, los propósitos de encubrimiento y su carácter objetivamente funcional a tales propósitos que caracterizan a algunos supuestos legales de lavado (no a todos) dan cuenta de algo ilícito, pero sigue siendo fundamentalmente cierto que el lavado en cuanto tal no es más que participación en el mercado. Por tal razón, su descubrimiento en sí mismo, es decir, desvinculado del descubrimiento de la actividad delictiva previa que le sirve

de base, resulta una empresa altamente improbable (si no imposible) para el sistema de justicia penal. De ahí que, de modo más o menos universal, se haya impuesto, desde la última década del siglo pasado, un "sistema administrativo de prevención y detección" del lavado que constituye la piedra angular de la estrategia en la materia (una buena presentación de esta estrategia puede verse en Bermejo, 2015: 187 ss., 241 ss.).

El mencionado sistema preventivo y de detección está a cargo de agencias especializadas en la comprobación de la plausibilidad (y legitimidad) de movimientos financieros, siendo de destacar, sin embargo, como su rasgo más significativo, que la información necesaria para su labor no la recopilan ellas mismas, sino que innumerables agentes privados que se desempeñan en mercados especialmente susceptibles de ser utilizados para el lavado de dinero, paradigmáticamente del sector financiero. Esta recopilación es impuesta compulsivamente por la ley a los agentes privados, que pueden ser sancionados si no cumplen adecuadamente con sus deberes en la materia, con sanciones administrativas o aun penales. En este sistema, los respectivos tipos de lavado de dinero y la persecución penal asociada a ellos sirven, tanto o más que como mecanismo de represión de la actividad delictiva detectada, como dispositivo de clausura que, por la vía de simbolizar que se trata de algo que es en serio, refuerza el sistema preventivo y de detección.

Si bien los deberes de los agentes privados (los "sujetos obligados") han ido modificándose con el tiempo, siguen siendo fundamentalmente deberes de averiguación, de registro (y conservación de documentación) y de notificación de operaciones sospechosas a la agencia de análisis estatal, todo esto bajo exigencia de sigilo. La ley y la normativa generada por las agencias de análisis van perfilando los indicios de actividad ilícita subyacente, que son los que tornan en "sospechosa" una operación en particular. De especial relevancia en materia de corrupción, es que existen una serie de deberes especialmente referidos a "Personas Expuestas Políticamente" (PEP), esto es, personas que por su investidura, cargo o vinculaciones son susceptibles de incurrir en actos de corrupción.

La existencia de este sistema administrativo de prevención y detección, centrado en el análisis de información y que asegura la dis-

ponibilidad de información adicional, anticipa en buena medida lo que sería el objeto central de una investigación criminal en materia de lavado de dinero. La inmensa mayoría de las investigaciones por lavado que no surgen del descubrimiento del delito-base nacen precisamente de una denuncia penal de la agencia de análisis, que, luego del estudio de los antecedentes (a veces solicitando información adicional a los sujetos obligados), concluye que se está frente a una actividad posiblemente delictiva, acompañándose los antecedentes que sustentan la conclusión.

No obstante, lo anterior no implica que la justicia penal pueda simplemente descansar en el trabajo de este sistema preventivo y de detección. El nivel de información requerido para fundar una sospecha que obliga a denunciar y el que es necesario para fundar una condena penal son muy diferentes, de modo que se requiere de un esfuerzo adicional considerable en sede penal, que enfrenta las mismas dificultades arriba mencionadas. De ahí que, al margen de las reglas generales que rigen para la investigación de cualquier delito (como es obvio, tanto la agencia de análisis como los sujetos obligados y cualquier persona que no esté especialmente exceptuada, están obligados a colaborar con la investigación penal), se entiende, en general, que la investigación y el enjuiciamiento penal de este delito requieren disponer de mecanismos especiales, como entregas vigiladas, infiltración, interceptación de comunicaciones y acceso subrepticio a información, etc.

Así las cosas, este capítulo tiene dos focos. Por una parte, el sistema administrativo de prevención y detección del lavado, su configuración y alcances, así como sus posibilidades de perfeccionamiento. Por la otra, las reglas especiales propias del procedimiento penal que son pertinentes para la persecución y juzgamiento de este delito.

Respecto del primer foco, se describe sintéticamente la tipificación del lavado de dinero, el régimen preventivo y de detección y las relaciones entre ambos, para luego analizar críticamente sus alcances (actividades sometidas al sistema) y operatoria, para terminar con una reflexión general sobre los presupuestos institucionales para su buen funcionamiento.

Se analizará el círculo de actividades sometidas al sistema o, lo que es lo mismo, de sujetos obligados conforme a cada legislación. Si bien estas y estos tienden a coincidir en lo fundamental en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se aprecian también algunas diferencias que pueden implicar flancos sin control. Con fines de análisis se dividirá esquemáticamente a los sujetos obligados en dos grandes categorías: agentes del sistema financiero *lato sensu* y sujetos del sector no financiero, básicamente oferentes de bienes o servicios cuya adquisición o contratación puede implicar el desembolso de grandes sumas de dinero, así como profesionales que no intervienen en las operaciones, pero tienen roles de registro o auditoría (son, de algún modo, *gatekeepers* del mercado) o de asesoría. En este contexto, además de verificar si existen diferencias significativas, se hará especial referencia al tratamiento que reciben los proveedores de servicios de criptomonedas.

También se examinará si en las legislaciones en examen se ha desarrollado algún tipo de mecanismo que permita incluir a nuevos sujetos obligados sin necesidad de un nuevo proceso legislativo cada vez, que permita una adaptación flexible por parte de la autoridad competente, atendiendo a las condiciones del mercado. Esto, considerando, por una parte, la velocidad con que se pueden desarrollar nuevas formas de lavado y, por la otra, los inconvenientes de extender *a priori* en demasía y sin verdadera necesidad el círculo de sujetos relevantes.

Por último, se reflexionará sobre la dependencia y propósitos propios de la respectiva autoridad administrativa, específicamente en cuanto a si está concebida seriamente para que cumpla un rol relevante al servicio de la persecución penal del lavado de dinero, o más bien un ente que vela en primera línea por el buen funcionamiento y la buena fama del sector financiero nacional. Por cierto, ambos propósitos no son incompatibles, pero pueden producir tensiones disfuncionales si no se ve con buenos ojos una política muy celosa de control. Relevante en ese contexto será también el grado de autonomía y recursos operativos del órgano en cuestión.

Respecto del segundo foco, como las medidas intrusivas especiales o técnicas especiales de investigación (interceptaciones de telecomunicaciones, intromisión remota en lugares cerrados, acción de

agentes encubiertos) han sido objeto de análisis pormenorizado en otros capítulos de este libro, en este solo se verificará si y en qué medida ellas están disponibles para las investigaciones sobre lavado de dinero en los países de referencia, de modo que el único objeto propio de este capítulo en materia de medidas intrusivas será el régimen de levantamiento del secreto bancario, una medida que no es privativa de estas investigaciones, pero que resulta especialmente crucial en ellas y no ha sido abordada en otros capítulos.

Antes de abordar el análisis, se impone una explicación relativa a la selección de los ordenamientos no latinoamericanos que serán considerados. Además de España y de los Estados Unidos de América, ha sido una constante en los capítulos de este libro la consideración de un segundo ordenamiento europeo, lo que en este capítulo, sin embargo, no parece indispensable respecto del primer foco, considerando que, al margen de algunas pocas variaciones en cuanto a la tipificación penal del lavado de dinero, en lo concerniente a su prevención e identificación, el derecho de los ordenamientos nacionales que pertenecen a ella está por completo condicionado por las disposiciones del derecho de la Unión Europea, en la actualidad, básicamente la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, de modo que apenas se pueden esperar diferencias dignas de mención. Con todo, no puede decirse lo mismo respecto del segundo foco, a propósito del cual en Europa no solo existen diferencias significativas de diseño y funcionamiento de la justicia penal, sino que, además, un examen centrado exclusivamente en España, con su modelo de juez instructor, que tiende a desaparecer en América Latina, haría menos provechosa la comparación. Por tal razón, se agrega un segundo ordenamiento europeo, el alemán, que representa un buen ejemplo de modelo acusatorio con ciertos matices inquisitivos (o "inquisitivo reformado"), que es algo que también se aprecia en alguna medida en las reformas del proceso penal en América Latina. Esto explica, sin embargo, que la presentación de la situación del derecho alemán respecto del primer foco tenderá a ser más sucinta.

2. EL LAVADO DE DINERO Y EL SISTEMA ADMINISTRATIVO PARA SU PREVENCIÓN Y DETECCIÓN

2.1. Experiencias y recomendaciones de los organismos internacionales (ámbitos universal y regional)

La tipificación del lavado de dinero, al menos respecto de ciertos delitos, es objeto de extensas obligaciones internacionales, empezando por aquella referida al producto del tráfico ilícito de estupefacientes establecida por la Convención de Viena de 1988 (art. 3b). Respecto de los delitos de corrupción, son pertinentes la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo art. 23 establece la obligación de tipificación y persecución, mientras que el art. 14 hace lo propio con el establecimiento del sistema preventivo de control del lavado de dinero; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional, que si bien tiene un objeto variable (en cuanto es aplicable a "delitos graves" cometidos bajo ciertas circunstancias), incluye explícitamente entre los delitos que deben tipificarse en su virtud los de corrupción, específicamente el cohecho activo y pasivo, con independencia de la pena que acarreen (art. 8), y el blanqueo (art. 6), sin perjuicio de imponer la obligación de establecimiento del modelo de prevención (art. 7); y la Convención Interamericana contra la corrupción, que, si bien con un grado significativamente menor de detalle, contiene también la obligación de tipificación al menos parcial del lavado de dinero (art. VII en relación con art. VI 1 d])[1]. Debe mencionarse también la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones internacionales, de 1997, cuyo art. 7 dispone la obligación de tipificar el lavado de dinero respecto de este delito si el Estado en cuestión trata como delito-base del lavado el cohecho de funcionarios nacionales, aunque sin mayores detalles (se trata de un simple mandato de equiparación).

---

[1] Se dice parcial porque solo abarca el aprovechamiento y el ocultamiento, no el simple contacto (adquisición, posesión, etc.) consciente con los bienes.

Tanto o más importante en esta materia es la actividad que, desde su creación en 1989, ha desarrollado el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), y sus grupos regionales. Se debe destacar no solo el desarrollo y actualización de recomendaciones concretas para prevenir el lavado (las "40 recomendaciones" en sus sucesivas versiones) y, sobre todo, el sistema de Evaluaciones mutuas periódicas, que obligan a los Estados a revisar y mejorar permanentemente su normativa y prácticas.

En lo concerniente específicamente al lavado de dinero, las recomendaciones van desde el establecimiento de instituciones competentes a nivel nacional (explícitamente, el establecimiento de una unidad de inteligencia financiera), con facultades normativas y de supervisión, y la determinación de sujetos obligados, tanto en el sector financiero como no financiero, llamados unas y otros a desarrollar un enfoque basado en riesgos, pasando por la implementación de medidas jurídico-penales (tipificación del lavado de dinero, regulación del comiso), relativas al secreto bancario y el acceso a la información que requieran las autoridades, a la previsión de sanciones civiles, administrativas y penales adecuadas tanto para personas jurídicas como naturales, obligaciones para los entes financieros (debida diligencia respecto del cliente, conservación de registros, medidas especiales respecto de Personas Políticamente Expuestas, bancos corresponsales, transferencias de dinero o valores, transferencias electrónicas y nuevas tecnologías, así como sobre delegación de deberes en terceros y controles al interior de grupos de empresas y medidas especiales tratándose de operaciones conectadas con países de mayor riesgo, reporte de operaciones sospechosas y suficiente respaldo normativo a los entes que cumplan con él) y para quienes desarrollan o ejercen actividades o profesiones no financieras designadas (debida diligencia respecto del cliente y reporte de operaciones sospechosas), la necesidad de identificar a los beneficiarios finales en contextos societarios y reglas especiales sobre transporte de dinero en efectivo, hasta la elaboración de estadísticas y medidas de cooperación internacional.

Como actividades o profesiones no financieras designadas se consideran específicamente, dentro de ciertos umbrales o respecto de actividades específicas (Recomendación 22), las de casinos, agentes

inmobiliarios, comerciantes de metales preciosos y piedras preciosas, abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores (en relación con transacciones para sus clientes consistentes en la compra y venta de bienes inmobiliarios, administración del dinero, valores u otros activos del cliente, administración de las cuentas bancarias, de ahorros o valores, organización de contribuciones para la creación, operación o administración de empresas o creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales), proveedores de servicios societarios y fideicomisos (respecto de transacciones para un cliente actuando como agente de creación de personas jurídicas, como director o apoderado de una sociedad mercantil, un socio de una sociedad o una posición similar con relación a otras personas jurídicas, proveyendo un domicilio registrado, domicilio comercial o espacio físico, domicilio postal o administrativo para una sociedad mercantil, sociedad o cualquier otra persona jurídica o estructura jurídica, actuando como fiduciario de un fideicomiso expreso o que desempeñe la función equivalente para otra forma de estructura jurídica o como accionista nominal para otra persona).

Respecto de los abogados y otros profesionales jurídicos independientes y contadores que actúan como profesionales jurídicos independientes, la nota interpretativa de la Recomendación 23 (donde se recomienda la imposición del deber de reportar operaciones sospechosas de estos y otros profesionales) aclara que no tienen que reportar transacciones sospechosas si la información relevante se obtuvo en circunstancias en las que estos profesionales están sujetos al secreto profesional o al privilegio profesional legal, entregándole a cada país la determinación de los asuntos que deberían estar sujetos a dicho secreto o privilegio.

En esto la recomendación ha sido prudente, consciente de estar adentrándose en un terreno sumamente delicado, en particular en lo que concierne a la profesión de abogado y su secreto profesional (o privilegio de la relación abogado-cliente). Por una parte, la preocupación del GAFI (y, como se verá, de otras instancias normativas) es justificada, en cuanto hay antecedentes suficientes que dan cuenta del aprovechamiento de la profesión legal y del secreto profesional en actividades constitutivas de lavado de dinero. Y hasta se puede

llegar a estar de acuerdo en que la responsabilidad penal del abogado que contribuye a la actividad delictiva de su cliente (responsabilidad que está completamente fuera de discusión, tal como lo está, en consecuencia, que sobre el abogado pesa un deber de abstención de servicios profesionales que contribuyen al delito) puede resultar insuficiente.

Pero, al mismo tiempo, la imposición de deberes positivos de reportar operaciones sospechosas de los clientes importa un paso sumamente delicado, que solo se puede dar bajo condiciones muy precisas y estrictas. Algo avanza la mencionada nota interpretativa al aclarar que el secreto profesional no cubre solo la representación del cliente en procedimientos legales de diverso tipo (judiciales o administrativos), sino también el previo esclarecimiento de la situación legal del cliente, como base para aconsejar sobre los posibles escenarios y cursos de acción lícitos que el derecho vigente le ofrece (este es el momento en que el secreto es clave para una información abierta y exhaustiva, sin la cual el abogado no puede cumplir con los cometidos de la profesión).

Lo último no está explicitado en la recomendación, pero constituye la razón de ser del secreto como presupuesto irrenunciable del ejercicio de la profesión legal. Estando asegurado eso, no parece descabellado (como se desprende de la recomendación, de otras fuentes normativas y de propuestas que se encuentran en otros volúmenes de este proyecto) considerar que el secreto no rija o esté limitado respecto de actividades encargadas por el cliente, pero, para las cuales, en rigor, no es necesario tener la calidad de abogado, de modo que el secreto a su respecto no parece justificado. Es lo que ocurre cuando los abogados intervienen como intermediarios en transacciones económicas de diverso tipo o prestan servicios comerciales o inmobiliarios que pueden realizar otro tipo de profesionales (la disposición de un domicilio, por ejemplo, entre muchos otros).

La crítica que se le puede hacer, más a ciertas regulaciones que se mencionarán luego que a la recomendación, la que, como se dijo, tiene la prudencia de delegar el asunto a la legislación nacional, dice relación con los términos ambiguos y poco precisos que emplean para tratar el asunto, ambigüedad que solo puede calificarse de peligrosa en una materia tan delicada. Todo indica, por tanto, que el

modo correcto de regular el asunto no es a través de una exclusión de los deberes propios de los sujetos obligados construida por referencia amplia al secreto profesional, sino al revés: imponiendo los deberes de reporte a los abogados cuando realizan ciertas actividades definidas positivamente, actividades que quedan de modo explícito no cubiertas por el secreto profesional.

Por otra parte, la Recomendación 23 aclara también que el intento del profesional legal de disuadir a un cliente para que no se involucre en una actividad ilegal no significa una revelación (*tipping-off*) en los términos de la Recomendación 21, aclaración que parece innecesaria, pues lo que debe estar prohibido según la recomendación (y se sanciona en la mayoría de los ordenamientos) no es la revelación del carácter sospechoso de la operación, sino la revelación del hecho de que esta ha sido reportada como tal.

Finalmente, específicamente en lo que concierne a los criptoactivos o activos virtuales, el GAFI ha advertido con claridad los riesgos de instrumentalización con fines de lavado que este nuevo fenómeno trae consigo, pero en vez de negar la realidad de los activos virtuales y el lugar que legítimamente pueden tener en el mercado financiero y proponer una prohibición gruesa, sea de los activos mismos, sea de las interacciones con ellos por parte de los sujetos obligados, recomienda medidas tendientes a minimizar los riesgos dentro de lo posible, y esto conlleva, sobre todo, a regular el mercado y someterlo al régimen de prevención y detección. En efecto, la versión actualizada de las "40 Recomendaciones" del GAFI, de 2023, se hace cargo de los "activos virtuales" en la Recomendación 15, referida a las "Nuevas tecnologías", en los siguientes términos:

> Para gestionar y mitigar los riesgos que surjan de los activos virtuales, los países deben garantizar que los proveedores de servicios de activos virtuales estén regulados para propósitos ALA/CFT [Anti Lavado de Activos/Contra el Financiamiento del Terrorismo], y tengan licencia o registro y estén sujetos a sistemas de monitoreo efectivo y asegurar el cumplimiento de las medidas relevantes requeridas en las Recomendaciones del GAFI.

Con más detalle, la Nota interpretativa a la Recomendación 15 establece básicamente que los países deben aplicar las medidas pertinentes en virtud de las Recomendaciones del GAFI a los activos vir-

tuales y a los proveedores de servicios de activos virtuales (PSAV); que los países deben exigir que los PSAV identifiquen, evalúen y tomen medidas eficaces para mitigar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo; que los PSAV deben tener licencia o registrarse y se deben adoptar las medidas para identificar y sancionar a las personas físicas o jurídicas que lleven a cabo actividades de PSAV sin la licencia o el registro necesarios, así como para impedir que los delincuentes o sus asociados posean, sean beneficiarios finales, o tengan una participación mayoritaria o significativa, o que ocupen una función de gestión en un PSAV; que los países deben garantizar que los PSAV estén sujetos a una reglamentación y supervisión o monitoreo adecuados de ALA/CFT y que estén aplicando eficazmente las recomendaciones pertinentes del GAFI, a fin de mitigar los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo que surgen de los activos virtuales, y sujetos a sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias en caso de incumplimiento; y que los países deben proporcionar una rápida y eficaz cooperación internacional en relación con el lavado de activos, los delitos base y el financiamiento del terrorismo en relación con los activos virtuales. En cuanto al detalle en materia preventiva, se hacen aplicables a los PSAV los requisitos establecidos en las Recomendaciones 10 a 21, con ciertas cualificaciones. En la misma línea, con detalle, avanzan las "Directrices para un enfoque basado en riesgo en materia de monedas virtuales" del GAFI, en su versión actualizada de 2021.

2.2. Experiencias comparadas no latinoamericanas

2.2.1. Estados Unidos de América

En el derecho federal de los Estados Unidos, los tipos de lavado de dinero están tipificados en las secciones 1956 y 1957 del Código de los Estados Unidos (18 USC 1956 y 1957). La primera disposición contiene un tipo de ocultamiento o encubrimiento, consistente en la realización o intento de realización de una transacción monetaria sobre bienes provenientes de una actividad ilícita relevante, sea con el propósito, adicional al conocimiento del origen delictivo de los bienes, de promover alguna de las actividades ilícitas relevantes o de incurrir en evasión tributaria, o bien sabiendo que la operación

está destinada a encubrir o disfrazar la naturaleza, ubicación, fuente, propiedad o control sobre los bienes, o a eludir un requerimiento legal de informar transacciones, así como el transporte, transmisión o transferencia (o su intento) de fondos o instrumentos monetarios provenientes de una actividad ilícita relevante con el mismo conocimiento y los mismos propósitos. La segunda disposición, menos grave, consiste simplemente en intervenir o intentar intervenir en una transacción monetaria sobre bienes provenientes de una actividad ilícita relevante conociendo el origen ilícito de los bienes, siempre que la transacción supere los 10.000 dólares de los Estados Unidos de América. Ambas figuras son dolosas, más aún, requieren un actuar con conocimiento (*knowing*) de ciertas circunstancias y, en algunos casos, un propósito específico (*with intent*) que debe ser acreditado. La ley no se pronuncia explícitamente sobre el posible castigo del autolavado, pero este se ha entendido punible (por ejemplo, en el 10° Circuito Federal, *United States v. Allen*, 129 F.3d 1159, 1166). En lo que concierne al origen delictivo de los bienes que son objeto del delito, si bien es muy amplio, el derecho federal estadounidense considera un catálogo de delitos-base relevantes para las conductas de lavado, siendo de destacar que ya el listado correspondiente de la Sección 1956 ([7][B][iv]) contiene el cohecho de funcionario, así como distintas formas de malversación (*misappropriation*, *embezzlement*) y el hurto de fondos públicos por o para el beneficio de un funcionario, de modo que, sin contar con otras referencias aplicables en los extensos listados que contiene la disposición (son más de 200 delitos), se puede entender que, por regla general, los delitos de corrupción pública son delitos-base de lavado de dinero. Debe destacarse que el lavado de dinero respecto de delitos de corrupción constituye en la actualidad una prioridad nacional del sistema anti-lavado de los Estados unidos, como se lee en la definición de esas prioridades de 2021[2].

Por su parte, el sistema administrativo de prevención e identificación se encuentra regulado en la Ley sobre secreto bancario de 1970 (*Bank Secrecy Act*, BSA, 31 U.S.C. § 5311 y siguientes, 12 U.S.C. §§

---

[2] *Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism National Priorities*. Vid.: https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/AML_CFT%20Priorities%20(June%2030%2C%202021).pdf.

1829b y 1951 a 1959, el llamado "Estatuto BSA") y en sus regulaciones de implementación (31 C.F.R. Chapter X (las llamadas "BSA regulaciones"). La regulación ha pasado por numerosas modificaciones, como las debidas al *USA Patriot Act* de 2001 o la *Anti Money Laundering Act* de 2020 (AML Act). En este contexto, se le entrega en primera línea a la Secretaría del Tesoro, a través de la Red de implementación de delitos financieros (FinCEN, *Financial Crimes Enforcement Network*), que es, además de ser la unidad de inteligencia o análisis financiero de los Estados Unidos, la autoridad para establecer deberes de diversa índole a una serie de agentes privados con fines de prevención y detección del lavado de dinero. Como la FinCEN carece de capacidades propias para el análisis de la información, esta tarea ha sido delegada en una serie de agencias sectoriales competentes en materia de bancos, valores u otros, las que, a su vez, suelen tener facultades propias para imponer obligaciones adicionales en su sector.

Si bien la específica distribución de competencias podría sugerir algo distinto, es tradicional en el derecho estadounidense el fuerte involucramiento de las agencias gubernamentales en la persecución de responsabilidades indistintamente penales o administrativas, de modo que no hay razones para dudar de la perspectiva persecutoria presente en el funcionamiento de este sistema.

La ley le impone a una serie de sujetos obligados el deber de mantener registros de diverso tipo, de atender requerimientos de información de las autoridades y de reportar operaciones sospechosas de sus clientes. La imposición de estos deberes fue objeto de litigio constitucional, habiéndose afirmado su constitucionalidad por la Suprema Corte de los Estados Unidos en la decisión *California Bankers Assn. v. Shultz* (416 U.S. 21 [1974]). Sobre la constitucionalidad del acceso a registros sin necesidad de orden judicial véase infra III 2.

Los sujetos obligados (sometidos eventualmente a distintos tipos de obligaciones) son los siguientes: bancos e instituciones equivalentes en todas sus formas, agentes de bolsa, fondos mutuos, intermediarios en el mercado de futuros (FCMs y IB-Cs), negocios de servicios monetarios (MSBs: casas de cambio, pagadores de cheques, servicios de remesas, emisores y vendedores de cheques de viajero y órdenes de dinero), proveedores y vendedores de acceso de prepago, compañías de seguro (respecto de algunos tipos de seguros), casinos, ope-

radores de tarjetas de crédito, prestadores de créditos hipotecarios no bancarios, comerciantes de metales preciosos, piedras preciosas o joyas, empresas semi estatales de crédito. Por otra parte, la AML Act modificó la BSA incluyendo entre las instituciones no financieras a los comerciantes de antigüedades, pero la FinCEN no ha dado todavía una regulación al respecto. Hasta la fecha, sujetos como abogados o contadores (conocidos en el medio como *gatekeepers*) no están sometidos a los requerimientos de la BSA, sin perjuicio de los esfuerzos de la FinCEN por incluirlos[3].

En lo que concierne a la prestación de servicios sobre activos virtuales o criptoactivos, en marzo de 2013 la FinCEN instruyó que aquellos que se dedicaban a esa actividad estaban sometidos a los requerimientos de la BSA (*Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies*, FIN-2013-G001), posición confirmada y precisada en mayo de 2019 (*Application of FinCEN's Regulations to Certain Business Models Involving Convertible Virtual Currencies*, FIN-2019-G001). Esto se ha visto respaldado por la Ley antilavado de 2020, que aclara que las agencias e instituciones financieras cubiertas por la BSA incluyen los negocios que proveen servicios relativos a "valores sustitutivos de moneda" (§ 6102[d]), lo que en las explicaciones oficiales incluye monedas o activos virtuales[4]. Y, a juzgar por las preocupaciones gubernativas de los últimos años[5], se puede esperar una profundización de la legislación en materia de criptoactivos, por ejemplo, en relación con monedas virtuales con vocación de no ser intercambiables (*Non-Fungible Tokens*, NFTs).

Llama la atención que sea precisamente a propósito de la extensión de los requerimientos de la BSA al ámbito de los criptoactivos que parece haberse reactivado el debate sobre la legitimidad y conveniencia del sistema previsto por dicha ley (véase, por ejemplo, Ciara-

---

3 A fines de 2022, el Senado de los Estados Unidos no dio su apoyo a la llamada ENABLERS Act (*Establishing New Authorities for Businesses Laundering and Enabling Risks to Security Act*).

4 Vid.: *Congressional Research Service: The Financial Crimes Enforcement Network [FinCEN]): Anti-Money Laundering Act of 2020. Implementation and Beyond, September 27, 2022: 7.*

5 Vid.: *Department of Justice: The Role Of Law Enforcement In Detecting, Investigating, And Prosecuting Criminal Activity Related To Digital Assets, September 6, 2022: 11.*

bellini, 2020; Hespeler, 2022; Lloyd, 2020). Con todo, no se aprecia como algo plausible la alteración sustancial de un modelo que ha devenido universal.

2.2.2. España

El tipo penal de lavado de dinero está tipificado en el art. 301 del Código Penal, contiene tanto un tipo de simple contacto consciente como uno de ocultamiento o encubrimiento, incluyendo inequívocamente el llamado autolavado (incluso respecto de la primera hipótesis, al exigirse conocimiento de que los bienes tienen su origen en una actividad ilícita, también, explícitamente, de una "cometida por él"). El derecho español no conoce un catálogo de delitos-base, pudiendo la conducta típica referirse a cualquier "actividad delictiva", sin perjuicio de que la pena sea mayor si está referida específicamente a ciertos delitos que suelen tener carácter lucrativo, entre los que se cuentan, lo que es significativo para este capítulo, los de corrupción pública (art. 301.1 por referencia, entre otros, a los delitos de los capítulos V a X del Título XIX del Libro segundo del Código). Una característica del derecho español es que no solo sanciona el lavado doloso, sino también un supuesto de realización con imprudencia temeraria (art. 301.3).

El sistema administrativo de prevención e identificación del lavado está regulado en la Ley 10/2010, del 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que, como se ha dicho, traspone al derecho español la Directiva (UE) 2015/849 con sus modificaciones. En lo orgánico, la ley establece una Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, dependiente de la Secretaría de Estado de Economía, que actúa en pleno o a través de un Comité Permanente, a cargo de darle impulso y coordinación a la ley. Es el órgano con atribuciones normativas en la materia (art. 44). La Comisión cuenta con el apoyo de una Secretaría y, sobre todo, de un Servicio Ejecutivo (Sepblac), que constituye la Unidad de Inteligencia Financiera de España y, en cuanto tal, recibe los reportes de operaciones sospechosas, los analiza, deriva los indicios de actividad delictiva o contravencional, supervisa el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley,

hace recomendaciones de mejora de procedimientos y propone al Comité Permanente posibles requerimientos a los sujetos obligados (art. 45.4). En el ejercicio de sus funciones de inteligencia financiera, el Sepblac es independiente y autónomo en el plano operativo, con autoridad y capacidad para desempeñar sus funciones libremente, pudiendo decidir de forma autónoma analizar, pedir y transmitir información específica (art. 46.1). Cabe destacar que la Comisión, a pesar de su dependencia específica del Ministerio de Economía, está compuesta no solo por representantes de otros ministerios, sino también del Ministerio Fiscal y de órganos de las Comunidades Autónomas con competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, lo que debiera asegurar que la perspectiva de la persecución penal sea considerada (art. 44.3), así como que entre sus funciones destacan la colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, coordinando las actividades de investigación y prevención llevadas a cabo por los restantes órganos de las Administraciones Públicas con competencias en la materia, así como la labor de garantizar el más eficaz auxilio en la materia a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial (art. 44.2 letras b y c).

El modelo europeo que traspone la ley española se caracteriza por un detallado sistema de deberes, que, más allá de las obligaciones de diligencia debida respecto de los clientes (y, en el caso de personas jurídicas o estructuras equivalentes, de los beneficiarios finales, en España, "titulares reales", esto es, de las personas naturales que, en último término, tienen el control de la estructura, arts. 4 a 4 ter), separadas en atención al riesgo en cuestión en medidas normales, simplificadas y reforzadas (estas últimas básicamente para operaciones no presenciales, corresponsalía transfronteriza y personas políticamente expuestas, en España "personas con responsabilidad pública"), deberes de conservación de registros y de reportar operaciones sospechosas ("comunicaciones por indicio") o, en su caso, de abstenerse de ejecutarlas, impone el deber de organizar un completo modelo de cumplimiento o *compliance* (bajo el término "control interno") que, junto con el tradicional nombramiento de un responsable de la materia ante las autoridades, considera el establecimiento de procedimientos, de canales de denuncia interna, medidas de formación del personal, control sobre sucursales y filiales en terceros países

y auditoría externa periódica ("control externo"). Se considera también un registro o fichero de titulares reales (art. 43).

Como sujetos obligados, de acuerdo con las dos categorías esbozadas supra I se consideran (prescindiendo de detalles de delimitación) los siguientes:

Como sector financiero se agrupan entidades de crédito, entidades aseguradoras y corredores de seguros (respecto de seguros de vida u otros servicios relacionados con inversiones), empresas de servicios de inversión, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, entidades gestoras de fondos de pensiones, sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo, sociedades de garantía recíproca, entidades de dinero electrónico, entidades de pago, personas que ejercen profesionalmente actividades de cambio de moneda, servicios postales de giro o transferencia, personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos, personas que ejercen actividades de depósito, custodia o transporte profesional de fondos o medios de pago, gestores de sistemas de pago y de compensación y liquidación de valores y productos financieros derivados, así como gestores de tarjetas de crédito o débito emitidas por otras entidades, proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos.

Como actores del sector no financiero se agrupan promotores inmobiliarios y personas dedicadas a la agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles o en arrendamientos de bienes inmuebles que impliquen una transacción por una renta total anual igual o superior a 120.000 euros o una renta mensual igual o superior a 10.000 euros, personas que intervienen profesionalmente en distintas facetas del comercio de objetos de arte o antigüedades, casinos de juego, personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar y personas que comercian profesionalmente con joyas, piedras o metales preciosos. Asimismo, auditores de cuentas, contables externos, asesores fiscales, notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, abogados, procuradores u otros profesionales independientes que participan en la concepción, realización o asesoramiento de cierto tipo de operaciones financieras por cuenta de clientes.

Respecto de los abogados, el art. 22 de la ley los libera de los deberes establecidos en los arts. 7.3 (deber de no establecer relaciones de negocio o de ponerles término cuando no sea posible aplicar las medidas de diligencia debida previstas), 18 (deber de reportar operaciones sospechosas, "por indicio" al Sepblac) y 21 (deber de colaboración con el Sepblac) "con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos", lo que sugiere unos alcances muy restrictivos del secreto profesional, centrado (indebidamente, según se dijo a propósito de las recomendaciones del GAFI, que no incurren en tal reducción) en el litigio judicial, lo que es concordante con lo dispuesto en el art. 34.2 de la Directiva que dispone que los Estados eximirán del deber de reportar del art. 33.1 a los notarios, otros profesionales independientes del Derecho, los auditores, los contables externos y los asesores fiscales "única y exclusivamente" en los casos recién mencionados. Ahora bien, acto seguido la disposición española agrega que estos profesionales "guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente", agregado que sería innecesario si la extensión de ambas normas fuera equivalente, pero a la vez parece tornar inoperante la primera, porque conforme al art. 22 del Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo) el secreto profesional del abogado "comprende todos los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que, como profesional de la Abogacía, haya conocido, emitido o recibido en su ejercicio profesional" y solo "no ampara las actuaciones del profesional de la Abogacía distintas de las que son propias de su ejercicio profesional". Si bien debe celebrarse que la regulación española no restrinja injustificadamente la cobertura del secreto profesional (Fabra, 2015: 133 et. seq.), se trata de una regulación ambigua, que, por una parte, no deja del todo inmune a dicho secreto de una interpretación reduccionista y que, por la otra, puede usarse para eludir los deberes de los abogados como sujetos obligados en contextos en que el secreto profesional no lo justifica.

Por último, como se pudo ver, en el sector financiero se considera a los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos, lo que es concordante con la introducción de sendas definiciones de tales actividades, así como de moneda virtual, en los Núm. 5, 6 y 7 del art. 1, todo esto en línea con el régimen delineado en los arts. 2 Núm. 1 letras g) y h), 3 Núm. 18 y 19, y 47 Núm. 1 de la Directiva, modificada en esta parte por la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018.

2.2.3. Alemania

El tipo de lavado de dinero se encuentra en el § 261 del Código penal alemán (*Strafgesetzbuch*, StGB). Después de largos años manteniendo un catálogo cerrado de delitos-base para el lavado, el derecho penal alemán lo abandonó mediante Ley de 9 de marzo de 2021 (BGBl. I, 327), refiriéndose ahora a los bienes provenientes de cualquier "hecho ilícito" (y que, específicamente, realice un tipo penal, según la definición legal de tales hechos del § 11 I Nr. 5 StGB). Se tipifican tanto conductas de ocultamiento (u operaciones con ese propósito, § 261 I Núm. 1 y 2, y II StGB), como de simple contacto consciente (I Núm. 3 y 4), previéndose, además, castigo para la realización de la conducta típica desconociendo, por negligencia inexcusable (*leichtfertig*), el origen de los bienes (VI) y, parcialmente, del autolavado, cuando el sujeto que se ha hecho punible en virtud del hecho previo, pone en circulación el bien y de ese modo oculta su origen ilícito (VII, sobre la evolución de la solución alemana, muy digna de consideración en ordenamientos en que se decide reprimir el autolavado, y su lógica, vid.: El-Ghazi, 2023: 194 et. seq.). Se consideran penas más graves cuando el responsable es un "sujeto obligado" y en casos especialmente graves, que, se entiende, es el caso por regla general cuando el sujeto se dedica al delito profesionalmente o como miembro de una banda que se ha formado para la comisión continuada de lavado de dinero (IV y V). Es llamativo, por último, que se haya consagrado legislativamente la solución jurisprudencial dada en la discusión sobre la posible responsabilidad de los abogados (no puesta en duda respecto de otros profesionales) por aceptar honorarios provenientes de actividades delictivas, quedando

supeditada a la exigencia de dolo directo (*sichere Kenntnis*) al tiempo de aceptarlos (I *in fine*).

En cuanto al sistema administrativo y de detección del lavado de dinero, este está regulado en la ley sobre la detección de ganancias provenientes de delitos graves o, simplemente, ley de lavado de dinero (*Geldwäschegesetz*, GwG). Esta establece una Oficina central de investigaciones de transacciones financieras (FIU, curiosamente, por su nombre en inglés: *Financial Intelligence Unit*), dependiente del Ministerio Federal de Finanzas, autónoma en cuanto a su organización y técnicamente independiente en el ámbito de sus tareas y atribuciones, que tiene a su cargo la recepción y recolección de los reportes previstos en la ley, la realización de análisis operativos, incluyendo la valoración de los reportes recibidos y otras informaciones, y la comunicación de los resultados de sus análisis a las autoridades competentes; tiene, además, la facultad de instruir a los obligados que no den curso a operaciones concretas sospechosas de constituir delito y que adopten ciertas medidas en ese contexto (§ 28), pero no facultades normativas, entregadas por la ley, no en general, sino caso a caso, al Ministerio Federal de Finanzas. A diferencia de lo que, en alguna medida, se puede apreciar en España, al menos normativamente no se aprecia ningún involucramiento relevante entre la FIU y los órganos competentes para la persecución penal, más allá de derivar antecedentes concretos de actividad delictiva (§ 32) y de que el establecimiento de parámetros de análisis en sistemas automatizados debe considerar la opinión de los representantes de tales órganos (§ 30 II). Por otra parte, más allá de sus facultades para requerir y obtener información, tanto de los sujetos obligados como de órganos públicos (§§ 30 III y 31), no cuenta con poderes adicionales de investigación.

También en Alemania se prevé un registro de beneficiarios finales (económicamente legitimados: *wirtschaftlich Berechtigte*), bajo el nombre "registro de transparencia" con especial detalle (apartado 4, §§ 18 a 26a).

Los sujetos obligados están listados en el § 2 I GwG. Como sujetos obligados en el sector financiero se cuentan los bancos y otras instituciones de crédito, instituciones que prestan servicios financieros, entidades de pago y de pago en dinero electrónico y similares, compa-

ñías de seguros (respecto de ciertos tipos de seguros), intermediarios de seguros y, si aún se pudiera hablar de sector financiero, sociedades administradoras de capitales.

En el sector no financiero, abogados y notarios (y otros prestadores de servicios jurídicos equiparados), en la medida en que intervienen para sus clientes en la planificación o ejecución de ciertas operaciones (compra o venta de inmuebles o empresas, administración de dinero o valores, apertura o administración de cuentas corrientes, de ahorro o de inversión, adquisición de los medios necesarios para la constitución, funcionamiento o administración de sociedades, constitución, funcionamiento o administración de fideicomisos, sociedades o estructuras similares); ejecutan en nombre y por cuenta de sus clientes transacciones financieras o sobre inmuebles; asesoran a los clientes en relación con su estructura de capital, su estrategia industrial o cuestiones relacionadas; prestan asesoría o servicios en el contexto de fusiones o tomas de control de sociedades; o prestan ayuda profesional en cuestiones tributarias. También auditores y asesores tributarios, así como otras personas que prestan servicios a sociedades y administradores patrimoniales de confianza, cuando prestan a terceros servicios de constitución de personas jurídicas, ejercicio de la dirección de personas jurídicas, puesta a disposición de un domicilio o dirección a una persona jurídica, ejercicio de la función de administrador de confianza, ejercicio de la función de accionista nominal por otra persona, posibilitación de que otra persona ejerza dichas funciones. Por último, corredores de propiedades (respecto de transacciones sobre cierto valor), organizadores e intermediarios de juegos de azar, comerciantes de bienes (respecto de transacciones sobre cierto valor, o sobre bienes suntuarios, en particular, pero no solo, piedras y metales preciosos, joyas y relojes, objetos de arte y antigüedades, vehículos terrestres, naves y aeronaves) o intermediarios o prestadores de servicios de almacenamiento (en zonas francas) de objetos de arte.

En particular, los servicios relativos a valores virtuales están cubiertos en la medida en que tales servicios califican a quien los presta profesional o comercialmente como institución prestadora de servicios financieros, de acuerdo con el § 1 Ia Núm. 6 de la Ley de bancos e instituciones financieras (*Kreditwesengesetz*, KWG), con lo cual que-

dan comprendidos por el § 2 I Nr. 2 GWG (sobre esto, Figura, 2023a: núm. marg. 45). Con todo, para los efectos de esta ley rigen definiciones específicas, más amplias, tanto de criptovalor o valor virtual como de transferencia de valores virtuales (§ 1 XXIX y XXX), siendo de destacar que, en general, todo sujeto obligado debe adoptar medidas de cuidado frente a una transacción en valores virtuales por más de 1.000 Euros, en circunstancias en que el umbral general, en ausencia de circunstancias adicionales, es de 15.000 Euros (§ 10 III Nr. 2 c]) (sobre esto, Figura, 2023b: núm. marg. 71.).

El § 2 II prevé que el Ministerio Federal de Finanzas pueda incidir en el círculo de sujetos obligados mediante reglamento, pero solo a los efectos de excluir a ciertos sujetos del sector financiero en casos calificados de escaso riesgo (descritos en la ley), pero no para incluir otros sujetos. De modo que no puede verse en eso un mecanismo relevante de adaptación flexible a nuevas condiciones. Más interesante al respecto resulta que sean sujetos obligados todos los comerciantes de bienes (respecto de transacciones sobre cierto valor), con deberes especiales para aquellos que comercian en bienes suntuarios, concepto este último que se define en términos amplios, aplicables a nuevos escenarios, más allá de los ejemplos tradicionales (joyas, vehículos, etc.): cualquier bien que por su composición, valor de mercado o uso natural se apartan de los objetos de uso cotidiano, o que en razón de su precio no representan adquisiciones del día a día (§ 1 X Núm. 1).

Los sujetos obligados deben organizarse de un modo tal de llevar adelante análisis de riesgos de instrumentalización delictiva de su actividad y la adecuada gestión de esos riesgos, debiendo documentar y someter a revisión periódica sus análisis. Deben contar con un encargado de la materia en la plana directiva, así como cumplir con deberes de registro y conservación de documentación (§§ 4 a 9). Entre las medidas de diligencia debida respecto de los clientes (§§ 10 a 17), en general deben identificar a su contraparte, cerciorándose, en su caso, de quién es el beneficiario final de sus operaciones, así como de si es una persona políticamente expuesta o relacionada, y levantar información sobre el tipo y fines de la eventual relación de negocios, si no fluyen directamente del acto en particular, así como vigilar el desarrollo de la relación de nego-

cios, con niveles de intensidad variables según las características de dicha relación, previéndose medidas simplificadas, pero también medidas reforzadas de diligencia debida (relaciones con personas políticamente expuestas o conexiones con países de alto riesgo, por ejemplo), entre las cuales destacan algunas especiales en relación con juegos de azar por internet. Es interesante destacar en este contexto que en el derecho alemán está simplemente prohibido el pago en dinero en efectivo (o en activos virtuales, oro, platino o piedras preciosas) en la adquisición de inmuebles en el país o de participación en sociedades en cuyo patrimonio haya, directa o indirectamente, inmuebles de ese tipo (§ 16a), prohibición cuya observancia se controla a través del sistema registral, requiriendo prueba al respecto antes de la inscripción.

El deber más importante de los sujetos obligados es el de reportar operaciones sospechosas, regulado especialmente en los §§ 43 y 49 de la ley, en términos equivalentes a los previstos en España. También aquí es problemática la coordinación entre la calidad de sujeto obligado de los abogados y profesionales afines, respecto de cierto tipo de servicios y el secreto profesional, lo que ha dado lugar a un debate muy intenso. La solución legal alemana también se aparta de la norma europea, es menos ambigua que la española, pero no necesariamente mejor. El § 43 II dispone que estos profesionales no están sujetos a la obligación cuando el caso a reportar se refiere a informaciones que obtuvieron en el marco de actividades de asesoría jurídica o de representación procesal, pero sí, sin embargo, cuando el obligado sabe que el cliente (actual o potencial) ha aprovechado o aprovechará la asesoría jurídica o representación procesal con fines delictivos. A primera vista, el decaimiento del secreto profesional parecería razonable, porque la colaboración del abogado bajo esas circunstancias lo haría penalmente responsable, con lo cual la conducta del cliente podría verse casi como una inducción delictiva que no merecería la protección del secreto profesional. Esto puede ser efectivo, pero solo a condición de que se respete tajantemente el tenor literal de la ley, conforme al cual no basta con el conocimiento cierto de la actividad delictiva, sino que se requiere conocimiento del propósito del cliente de instrumentalizar el servicio profesional (de aprovecharse, *nutzen*), en el sentido de usarlo no ya para eludir su responsabilidad, sino que para

cometer el delito (lectura contra la cual conspira, sin embargo, la referencia a un aprovechamiento pasado). Si esto no está asegurado, y se entiende que el conocimiento cierto de actividad delictiva, obtenido gracias a una consulta profesional que no pretende reclutar al abogado como secuaz, obliga a este no solo a rechazar el encargo o a ponerle término a la relación profesional preexistente, sino que también a reportar lo que le ha sido confiado, ningún sujeto potencialmente involucrado en un lavado de dinero podría confiar en un abogado. Se trata cuando menos de una solución plagada de riesgos (sobre la discusión al respecto, Barreto da Rosa, 2023: núm. marg. 62 et. seq.). Como se ha dicho a propósito de las recomendaciones del GAFI y de la regulación española, se trata sin duda de una regulación preferible a la directiva europea, pero sería deseable mayor claridad y seguridad sobre lo que queda y no queda amparado por el secreto profesional.

2.2.4. Análisis comparado

En lo que respecta a la tipificación del lavado de dinero, los tres ordenamientos tipifican las mismas conductas dolosas (con una pena más baja para el simple contacto consciente en el derecho estadounidense), incluyendo, explícita o jurisprudencialmente, el castigo al autolavado (con alcances más restrictivos en el derecho alemán). En cambio, a diferencia del derecho de los Estados Unidos, tanto la legislación española como la alemana contemplan también el castigo de supuestos temerariamente imprudentes o inexcusablemente negligentes. Otra diferencia formalmente relevante es que los dos ordenamientos europeos prescindieron de un catálogo de delitos-base (hace años, en el caso español), lo que, sin embargo, atendida la amplitud del catálogo estadounidense, no implica una diferencia sustancial, siendo de destacar que también en los Estados Unidos los delitos de corrupción son delitos relevantes para el delito de lavado.

En cuanto al sistema administrativo de prevención y detección de casos de lavado, este es fundamentalmente el mismo y solo se aprecian diferencias de densidad. El modelo europeo representado por la ley española y la alemana es mucho más detallado a nivel legal, a la

vez que incluye más sujetos obligados y exhibe mayores pretensiones de disciplina interna en dichos obligados. Asimismo, se aprecia una importante diferencia de diseño institucional, pues mientras los ordenamientos europeos encargan las tareas de análisis a un solo ente (el Sepblac o la FIU, pareciendo, en todo caso, más robusto y más conectado con la persecución penal el Sepblac), en los Estados Unidos se confía en las autoridades sectoriales. Esto último, que podría ser un defecto desde la perspectiva de una efectiva detección y persecución de casos de lavado, por las distintas finalidades asociadas a las respectivas agendas institucionales, no parece serlo en la tradición estadounidense, con fuerte involucramiento de las agencias gubernamentales en la persecución de responsabilidades y la imposición de sanciones.

Como ámbito en que se aprecia una significativa diferencia de aproximación en cuanto al círculo de sujetos obligados fuera del sector financiero y a la extensión de los deberes que pesan sobre estos, destaca el de los abogados y la correlativa extensión reconocida al secreto profesional. Mientras que en los Estados Unidos simplemente no se ha dado el paso de incluirlos, en Europa sí se ha dado, procurando preservar el núcleo del secreto profesional, pero hasta ahora con soluciones ambiguas, siendo de destacar que las regulaciones nacionales en España y en Alemania parecen ser mucho más conscientes de lo que está en juego que la muy gruesa y restrictiva directiva europea. Como ya se ha dicho reiteradamente, aquí se está por una regulación que limite legítimamente el ámbito del secreto profesional, pero de un modo muy claro y preciso, preservando su esencia como presupuesto ineludible del ejercicio de la profesión legal.

2.3. Experiencias comparadas latinoamericanas

2.3.1. Argentina

En Argentina el régimen vigente de prevención y represión del lavado de dinero fue establecido por la Ley 25.246 de 2000 (con varias modificaciones). La ley introdujo en el Código Penal el delito de lavado de activos de origen delictivo (inicialmente art. 278 CP, desde 2011 art. 303 CP) y creó la Unidad de Información Financiera (UIF).

El tipo penal argentino se caracteriza por ser aplicable respecto de los bienes provenientes de cualquier delito (con lo cual es aplicable respecto de todos los delitos de corrupción)[6] y por graduar en parte la pena atendiendo al monto de los activos en cuestión[7]. En cuanto a las conductas típicas, no considera un tipo de mero contacto consciente con bienes de proveniencia delictiva, pues se exige, ya en el plano objetivo, que sea "consecuencia posible" de la conducta concreta que los bienes adquieran la apariencia de tener un origen lícito, siendo de destacar en este mismo contexto que no se prevé una hipótesis negligente[8]. En cuanto al régimen del autolavado, era clara su atipicidad bajo el texto original de la Ley 25.246, en cuanto el art. 278 CP se refería a bienes "provenientes de un delito en el que no hubiera participado", restricción que se elimina en el actual art. 303 CP, mediante la Ley 26.683, del 21 de junio de 2011, con lo cual todo parece indicar que ahora sí es típica y punible (aunque persiste la discusión doctrinaria, cfr. Córdoba, 2023: 67 et. seq.).

El art. 20 de la Ley 25.246 define a los sujetos obligados. Este precepto agrupa, conforme a la clasificación propuesta supra 1, como actores del sector financiero, a entidades financieras sujetas a las leyes sectoriales 21.526 y 18.924, personas autorizadas por el Banco Central para operar en la compraventa de divisas bajo forma de dinero o de cheques extendidos en divisas o mediante el uso de tarjetas de crédito o pago, o en la transmisión de fondos dentro y fuera del territorio nacional, intermediarios en mercados autorizados por la Comisión Nacional de Valores y aquellos que actúen en la colocación de Fondos Comunes de Inversión u otros productos de inversión colectiva, empresas aseguradoras, productores, agentes e intermediarios de seguros, empresas emisoras de cheques de viajero u operadoras de tarjetas de crédito o de compra, empresas dedicadas

---

6 Sin perjuicio de preverse un catálogo de delitos que representan el objeto preferente de la labor de la UIF, relevante también para los efectos de ciertas facultades de la UIF, como la de requerir medidas intrusivas o coercitivas (art. 6 Ley 25.246).

7 Originalmente se preveía un valor mínimo para que el hecho fuera delictivo.

8 Aunque el texto del art. 278.2 CP originalmente aprobado por el Parlamento sí consideraba una hipótesis de ejecución imprudente, disposición que, sin embargo, fue observada (vetada) por el Poder Ejecutivo. Se ha dicho que el veto obedeció a la oposición de la banca (Brond, 2017: 88).

al transporte de caudales y empresas prestatarias o concesionarias de servicios postales que realicen operaciones de giros de divisas o de traslado de distintos tipos de moneda o billete, personas que actúan como fiduciarios, en cualquier tipo de fideicomiso y personas vinculadas con cuentas de fideicomisos, fiduciantes y fiduciarios en virtud de contratos de fideicomiso, así como sociedades de capitalización, de ahorro, de ahorro y préstamo, de economía, de constitución de capitales que requieran bajo cualquier forma dinero o valores al público con la promesa de adjudicación o entrega de bienes, prestaciones de servicios o beneficios futuros. Hasta hace poco, la legislación vigente no consideraba sujetos obligados a los proveedores de servicios de activos virtuales o criptoactivos, pero esta situación ha cambiado recientemente[9].

Y como actores del sector no financiero, se agrupan personas que explotan habitualmente juegos de azar, la compraventa de obras de arte, antigüedades u otros bienes suntuarios, inversión filatélica o numismática, o a la exportación, importación, elaboración o industrialización de joyas o bienes con metales o piedras preciosas, agentes o corredores inmobiliarios, personas dedicadas habitualmente a la compraventa de automóviles, camiones y otros vehículos, maquinaria agrícola y vial, naves, yates y similares, aeronaves y aerodinos; registros públicos de comercio, organismos representativos de fiscalización y control de personas jurídicas, registros de la propiedad inmueble, registros de la propiedad automotor, registros prendarios, registros de embarcaciones de todo tipo y registros de aeronaves, escribanos públicos, despachantes de aduana, organismos públicos con funciones regulatorias, de control, supervisión y/o superintendencia sobre actividades económicas y/o negocios jurídicos y/o sobre sujetos de derecho profesionales matriculados cuyas actividades estén reguladas por los consejos profesionales de ciencias económicas, asesores, peritos y liquidadores de seguros y personas jurídicas que cumplen funciones de organización y regulación de los deportes profesionales.

---

9 Con posterioridad al cierre de este capítulo se supo de la sanción de la Ley 27.739, de 24 de marzo de 2023, que modifica la Ley 25.246, introduciendo en ella, entre otras disposiciones, varias referidas a activos virtuales. La citada ley modifica también el art. 303 del Código Penal, sin que, sin embargo, se altere en lo fundamental el régimen que se ha descrito aquí.

Los sujetos obligados tienen el deber de registrarse ante la UIF y de designar oficiales de cumplimiento, recabar y archivar información relevante de sus clientes, así como de informar a la UIF hechos u operaciones sospechosas (conforme a pautas establecidas por la UIF), sin informarlo a los clientes (arts. 21 y 22). Por su parte, la UIF tiene facultades para requerir informaciones tanto de los sujetos obligados como de los órganos del Estado, siendo de destacar especialmente que a sus requerimientos no puede oponerse el "secreto bancario, fiscal, bursátil o profesional, ni los compromisos legales o contractuales de confidencialidad" (art. 14 Núm. 1), sin perjuicio de que no parece plausible la inoperancia del secreto profesional, que incluso se reconoce como límite a la indagación en materia penal (cfr. art. 244 del Código procesal penal federal). La UIF también puede requerir medidas intrusivas a través del Ministerio Público y los tribunales penales, tales como entrada y registro de lugares cerrados e incautación de objetos y documentos (art. 14 Núm. 6) o la suspensión de operaciones sospechosas de constituir lavado de dinero (art. 14 Núm. 5). Sobre el sistema de prevención del derecho argentino, sigue siendo instructivo, a pesar de los años transcurridos y los cambios normativos, la lectura de Rodríguez y Bermejo (2001: 119 et. seq.).

Desde un punto de vista institucional, es significativo que la UIF no se inserta en el ámbito de competencia de un ministerio del área económica, sino del Ministerio de Justicia (art. 5)[10], en tanto que debe contar con el apoyo de, además de las autoridades competentes en materia económica (Ministerio de Finanzas, Banco Central, Administración Federal de Ingresos Públicos, Comisión Nacional de Valores, Superintendencia de Seguros, Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, entre otras), de otros órganos estatales que claramente trascienden del ámbito económico (ministerios de Justicia, de Relaciones Exteriores, del Interior, de Seguridad, con la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción

---

[10] La mencionada Ley 27.739, de 24 de marzo de 2023, pretendió modificar esta dependencia, entregándosela al Ministerio de Economía, pero en esa parte fue observada (vetada) por el Poder Ejecutivo, invocando, entre otras razones, la competencia del Ministerio de Justicia "en materia de lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo".

y Lucha contra el Narcotráfico de la Presidencia, entre otras). Asimismo, sus competencias se definen en términos marcadamente asociados a la prevención y persecución del lavado de dinero (destaca la competencia definida en el Núm. 3 del art. 13: "colaborar con los órganos judiciales y del Ministerio Público Fiscal en la persecución penal de los delitos reprimidos por esta Ley"), lo que se ve reforzado por la circunstancia de que, cuando el ejercicio de algunas de sus facultades requiere autorización u orden judicial, esta debe recabarla a través del Ministerio Público (art. 14 Núm. 5 y 6), de donde se sigue también que los tribunales en cuestión son aquellos con competencia criminal.

2.3.2. Brasil

El actual régimen de prevención y represión del lavado de dinero en el Brasil se debe a la Ley 9.613 de 3 de marzo de 1998 (con varias modificaciones), que, junto con contener la tipificación penal del lavado, estableció el Consejo de control de la actividad financiera (COAF), sus atribuciones y los deberes de los sujetos obligados.

El tipo penal brasileño, previsto en el art. 1 de la ley, se caracteriza en la actualidad por ser aplicable respecto de bienes provenientes de cualquier delito[11], contener las hipótesis habituales de ocultamiento (conductas de ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movilización o propiedad de los bienes de origen delictivo, o su uso "para ocultar o disimular" el origen delictivo) y de simple contacto consciente (la conducta de quien los utiliza en la actividad económica), solo hipótesis dolosas de las dos y, si bien la ley guarda silencio al respecto, permitir el castigo del "autolavado", cuando la conducta sea independiente de la consumación del delito base (Supremo Tribunal Federal, AP 694/MT, j. 02/05/2017, § 5). Sobre el tipo penal brasileño, Braga, 2013: 60 et. seq.; 109 et. seq.

Conforme a la clasificación esbozada supra 1, como parte del sector financiero destacan sujetos dedicados a la captación, intermediación y aplicación de recursos financieros de terceros; a la compra y

---

11 Un catálogo inicial fue suprimido en 2012.

venta de moneda extranjera u oro como activo financiero o instrumento de cambio; a la custodia, emisión, distribución, liquidación, negociación, intermediación o administración de títulos o valores mobiliarios; las bolsas de valores, bolsas de mercaderías o futuros y sistemas de negociación del mercado extrabursátil organizado; aseguradoras, corredoras de seguros y entidades de previsión complementaria o de capitalización; administradoras de tarjetas de crédito, así como administradoras de consorcios para adquisición de bienes o servicios; y administradoras o empresas en que se utilicen tarjetas o cualquier otro medio electrónico, magnético o equivalente, que permita la transferencia de fondos.

En el sector no financiero, empresas de arrendamiento mercantil (*leasing*), empresas de fomento comercial (*factoring*) y Empresas Simples de Crédito (ESC); sociedades que, mediante sorteos, loterías, captación de apuestas con pago de premios, realicen distribución de dinero, de bienes muebles o inmuebles y de otras mercaderías o servicios, así como que concedan descuentos en su adquisición o contratación; personas que ejerzan actividades de promoción inmobiliaria o compra y venta de inmuebles; personas que comercialicen joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades; personas que comercialicen bienes de lujo o de alto valor, intermedien su comercialización o ejerzan actividades que envuelvan grandes volúmenes de recursos en especie; juntas comerciales y registros públicos; personas que presten servicios de asesoría, consultoría, contaduría, auditoría, consejo o asistencia, de cualquier naturaleza, en operaciones de compra y venta de inmuebles, establecimientos comerciales o industriales o participaciones societarias de cualquier naturaleza; de gestión de fondos, valores mobiliarios u otros activos; de apertura o gestión de cuentas bancarias, de ahorro, inversión o de valores mobiliarios; de creación, exploración o gestión de sociedades de cualquier naturaleza, fundaciones, fondos fiduciarios o estructuras análogas; financieras, societarias o inmobiliarias; y de enajenación o adquisición de derechos sobre contratos relacionados a actividades deportivas o artísticas profesionales; personas que actúen en la promoción, intermediación, comercialización, agenciamiento o negociación de derechos de transferencia de deportistas, artistas o ferias, exposiciones o eventos similares; empresas de transporte y guarda de valores; personas que comercialicen bienes de alto valor de origen

rural o animal o intermedien su comercialización; y dependencias en el exterior de las entidades listadas, por medio de su matriz en el Brasil, respecto de residentes en el país; prestadoras de servicios de activos virtuales.

Los sujetos obligados tienen el deber de registrarse ante la autoridad competente (por defecto, el COAF), identificar a sus clientes y llevar un registro actualizado de ellos, así como un registro de operaciones que involucren valores por sobre el límite establecido por la autoridad, y comunicar al COAF operaciones sospechosas de constituir lavado de dinero (no a la respectiva autoridad competente si fuera otra, siempre al COAF), así como aquellas que superen los valores establecidos por la autoridad (arts. 10 y 11), sin perjuicio de las facultades del COAF para obtener información pertinente de los obligados y de organismos públicos (art. 14, 2 y 3). Sobre el sistema administrativo de la Ley Núm. 9.613, De Souza, 2019: 99 et. seq.

En cuanto a su dependencia institucional, el COAF se crea en el ámbito del Ministerio de Hacienda, pero la Ley Núm. 13.974, del 7 de enero de 2020 (y ya antes, la Medida Provisoria 893/193, del 19 de agosto de 2019, convertida luego en ley), lo vincula administrativamente al Banco Central del Brasil, que es un órgano autónomo, reconociéndosele autonomía técnica y operacional. Aunque la salida del ámbito del Poder Ejecutivo puede entenderse como un afianzamiento de su autonomía, el cambio de dependencia ha generado alguna polémica (Bottini, 2019). Su tarea fundamental es el análisis de reportes de operaciones sospechosas, como destinatario exclusivo de ellos, pues en lo que concierne a las instrucciones a los sujetos obligados no sustituye a las respectivas autoridades competentes, asumiendo ese rol solo respecto de sujetos no sometidos a otra autoridad. Esto sin perjuicio de su rol de coordinación y propuesta de mecanismos de cooperación en el sector público para la detección y prevención del lavado (art. 14). Hasta donde se puede ver, más allá de lo indicado en el párrafo anterior, no cuenta con mecanismos adicionales para recabar información o investigar directamente las operaciones. En particular, en lo referido a información bancaria, solo se considera su facultad de requerir a otras instituciones información bancaria *registral*, es decir, información objetiva de

la relación contractual bancaria, que no incluye información sobre los movimientos bancarios propiamente tales, sometida esta última al secreto bancario, de acuerdo con la Ley complementaria Núm. 105, del 10 de enero de 2001.

2.3.3. Chile

En el caso de Chile, el lavado de dinero está tipificado como delito en el art. 27 de la Ley Núm. 19.913, de 2003 (con varias reformas), cuyo objeto principal fue la creación de la Unidad de Análisis Financiero (UAF), a cargo de la prevención e identificación del lavado de dinero, y el establecimiento del sistema de recopilación de información por parte de los sujetos obligados (una visión actual del tipo penal puede verse en Contreras, 2024: 451 et. seq. y *passim*). En Chile existe un catálogo cerrado de delitos-base del lavado de dinero, entre los que se encuentran los principales delitos que, en términos generales, pueden calificarse como de corrupción, concretamente la prevaricación, la malversación de caudales públicos, los fraudes y exacciones ilegales (incluyendo negociaciones incompatibles y enriquecimiento ilícito) y el cohecho tanto doméstico como de funcionarios extranjeros[12], siendo de destacar, por ejemplo, que no abarca el aprovechamiento de secretos o informaciones reservadas a que se accede en virtud del cargo (art. 247 bis del Código penal, ubicado en el párr. 8 del Título V del mismo código). Se considera tanto un tipo de encubrimiento u ocultamiento del origen de bienes provenientes de un delito-base o de los bienes mismos, como uno de simple contacto consciente con tales bienes, previéndose también un supuesto de negligencia inexcusable (art. 27 inciso cuarto). Asimismo, se prevé expresamente el castigo del autolavado (art. 27 inciso sexto).

En lo que concierne al sistema de prevención e identificación del lavado, además de la recopilación de información, registro y eventual reporte de operaciones sospechosas a la UAF por parte de los sujetos obligados (arts. 3 a 5), estos están obligados a responder a requeri-

---

[12] La ley los abarca mediante una remisión formal a los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal.

mientos especiales de información de la UAF, obligación que se extiende también a terceros, pero en tal caso previa autorización judicial sin conocimiento del afectado (art. 2 b]). El deber de denuncia de la UAF al Ministerio Público (así como su deber de colaborar con investigaciones del Ministerio Público) se consagra en el inciso final del art. 2. Es importante destacar que a este diseño mínimo de deberes a los que están sometidos los sujetos obligados se complementa a través de amplias facultades normativas de la UAF, consagradas en la letra f) del art. 2 de la ley. Sobre esto, puede verse en general Albertz, 2019: 57 et. seq.; y Toso, 2023, *passim*.

Los sujetos obligados, considerando las categorías bosquejadas *supra* 1, son, en lo que concierne al sector financiero, bancos e instituciones financieras; empresas de factoraje; empresas de arrendamiento financiero; empresas de securitización; administradoras generales de fondos y sociedades que administran fondos de inversión privados; casas de cambio y otras entidades facultadas para recibir moneda extranjera; emisoras u operadoras de tarjetas de crédito, tarjetas de pago con provisión de fondos o cualquier otro sistema similar; empresas de transferencia y transporte de valores y dinero; bolsas de valores y bolsas de productos; corredores de bolsa; agentes de valores; compañías de seguros; administradores de fondos mutuos; operadores de mercados de futuro y de opciones; administradoras de fondos de pensiones; cooperativas de ahorro y crédito; representaciones de bancos extranjeros; empresas de depósito de valores; personas registradas ante la autoridad competente que prestan servicios de plataforma de financiamiento colectivo, sistemas alternativos de transacción, custodia de instrumentos financieros, intermediación de esos instrumentos.

Como actores del sector no financiero, se agrupan las sociedades administradoras y usuarios de zonas francas; casinos, salas de juego e hipódromos; titulares de permisos de operación de juegos de azar en naves mercantes mayores; corredores de propiedades y empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria; automotoras y comercializadoras de vehículos nuevos o usados; empresas de arriendo de vehículos; personas que se dediquen a la fabricación o venta de armas; clubes de tiro, caza y pesca; personas que se dediquen a la compraventa de equinos de raza pura; comerciantes de metales preciosos; y comer-

ciantes de joyas y piedras preciosas. Debería entenderse que este es también el criterio subyacente en la inclusión de las sociedades anónimas deportivas (concentradas en el ámbito del fútbol profesional). Por último, agentes de aduana; casas de remate y martillo; notarios; y conservadores.

Un mecanismo que puede propender a la flexibilidad en la extensión del círculo de sujetos obligados se advierte en la norma introducida mediante la Ley Núm. 21.521, del 4 de enero de 2023 (Ley FinTech, ahora simplemente Fintec), hacia el final del inciso primero del art. 3, que establece la obligación de reporte para personas "que en virtud de cualesquiera de sus giros estén sometidas a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero y que voluntariamente hayan solicitado su inscripción en el registro" de sujetos obligados que lleva la UAF. Ahora bien, como es obvio, esta posible vía de modulación flexible del círculo de obligados, que resulta de la circunstancia de que el círculo de personas bajo fiscalización de la Comisión del Mercado Financiero (CMF) es más amplio que el de los sujetos obligados, solo hace verdadero sentido si está en manos de la UAF y no depende de una decisión voluntaria del propio potencial sujeto obligado, como es en el derecho vigente.

Con todo, cabe agregar que esta peculiar formulación legal ha permitido extender el régimen de prevención e identificación del lavado a la intermediación de activos financieros virtuales o criptoactivos (la ley chilena no habla de criptomonedas), algo que, en Europa, como se vio, ocurre simplemente porque los prestadores de tales servicios están listados como sujetos obligados. En Chile, en cambio, hasta la Ley Fintec estos activos carecían de todo reconocimiento legal, lo que, entre otras cosas, sirvió de argumento para que la banca tradicional no admitiera como clientes a quienes ofrecían servicios de intermediación a su respecto, invocando especialmente el elevado riesgo de lavado de dinero del giro, cuestión que fue objeto de litigios en diversas sedes. Ahora bien, en la medida en que la nueva ley define como instrumentos financieros también aquellos que representan activos financieros virtuales o criptoactivos (art. 3 Núm. 8), no solo le ha dado reconocimiento a estos últimos, sino que, por esa vía, somete su intermediación y otros servicios a su respecto a la fiscalización de la CMF (arts. 2 y 5), y gracias a la mencionada posibilidad

adicional de someterse voluntariamente a la fiscalización de la UAF, los intermediarios en criptomonedas que han dado ese paso han podido alegar que, en cuanto están sometidos al sistema general de prevención del lavado, sus actividades no representan mayores riesgos que las de los propios bancos. Como fuera, a pesar de este efecto benéfico puntual, la extensión de las facultades de la UAF debería depender de decisiones de la propia autoridad y no de la voluntad de los potenciales obligados.

Las obligaciones de los sujetos obligados consisten en reportar operaciones sospechosas y designar a un responsable de relacionarse con la UAF (art. 3), y mantener registros de ciertas operaciones por un plazo mínimo de cinco años (art. 5), sin perjuicio del debido cumplimiento de las instrucciones de aplicación general dictadas por la UAF en el ejercicio de sus facultades normativas (art. 2 letra [f]). Respecto de esto último, debe destacarse que la ya mencionada Ley Fintec ha validado en este mismo art. 2 letra (f) que la UAF puede dictar: "instrucciones *diferenciadas y proporcionales* para distintos tipos de sujetos obligados, atendiendo la naturaleza de las operaciones que éstos realicen y en consideración a los riesgos efectivos a que están expuestos esos sujetos de ser empleados para la comisión de los delitos" de lavado o financiamiento del terrorismo, algo que, en todo caso, la UAF ya hacía en alguna medida.

En cuanto a su ubicación institucional, la UAF es un servicio público descentralizado que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda, siendo manifiesto que no está concebida como un órgano integrado a la persecución penal. Si bien su creación se funda en la necesidad de hacer frente al lavado y al financiamiento del terrorismo, su función legal consiste específicamente en "prevenir e impedir *la utilización del sistema financiero* y de otros sectores de la actividad económica, para la comisión" de tales delitos (art. 1), lo que sugiere más una preocupación por el buen funcionamiento del sector que por la prevención delictiva en cuanto tal. Sin perjuicio del deber de todo órgano público de colaborar con la investigación criminal a requerimiento del Ministerio Público (art. 19 CPP), en la ley de la UAF el único deber explícito adicional respecto de este organismo es el de poner en su conocimiento antecedentes que arrojen indicios de actividad delictiva (art.

2 inciso tercero), disponiéndose expresamente que "[b]ajo ningún respecto… podrá ejercer competencias propias del Ministerio Público o de los Tribunales de Justicia" (art. 2 inciso segundo). Tan claro es esto que, cuando requiere intervención judicial para ejercer sus facultades, como es el caso, por ejemplo, del levantamiento del secreto bancario, no la pide de los tribunales con competencia penal, sino directamente de la Corte de Apelaciones de Santiago, tribunal que conoce de cualquier tipo de causas sin salas especializadas (art. 2 inciso primero letra [b]).

2.3.4. México

El delito de lavado de dinero, bajo la denominación "operaciones con recursos de procedencia ilícita", se encuentra tipificado en el art. 400 bis del Código Penal Federal. Conoce las hipótesis habituales de contacto consciente y ocultamiento, solo punibles cuando son dolosas, sin catálogo de delitos-base (recae sobre cualquier bien que proceda o sea el producto de una "actividad ilícita") y con penas de cinco a quince años de prisión y multa. Se prevén supuestos calificados en el art. 400 bis 1, por cometer el delito desempeñándose (o habiéndose desempeñado en los dos años anteriores) en o para una persona sujeta al régimen de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita, por la calidad (actual o durante los dos años anteriores) de funcionario público del orden penal y por el involucramiento de menores de edad o incapaces en el delito. De la letra de la ley no es posible colegir el *status* del autolavado (en la literatura, se pronuncia en contra García Ramírez, 2021: 486 s.).

El único aspecto problemático del art. 400 bis radica en el establecimiento de un requisito de procedibilidad que no parece justificado, como es que en casos en que para el delito se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requiere denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Es cierto que luego se dispone que, ante antecedentes que permitan presumir la actividad delictiva, este último organismo debe ejercer sus facultades de comprobación y denunciar el presunto delito, pero no se advierte por qué el Ministerio Público no puede actuar si los antecedentes llegan a su conocimiento por

otra vía. Si de lo que se trata es de forzar una coordinación entre ambos organismos en aras a garantizar el éxito de la investigación, la formulación legal debería haber sido más clara.

Por su parte, el régimen administrativo de prevención y detección del lavado se encuentra en la Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita de 2012 (sobre ella, los distintos capítulos de la obra coordinada por Pompa, 2021: 37 et. seq.). Para la determinación de los sujetos obligados, la ley mexicana recurre a un criterio mixto: por una parte, las obligaciones de la ley recaen sobre todas las entidades financieras (arts. 13 a 16), calificadas como tales por estar sometidas al régimen de distintas leyes sobre el mercado financiero (sobre instituciones de crédito, seguros, mercado de valores y tecnología financiera, art. 3 VI); y, por la otra, se definen "actividades vulnerables", quedando en calidad de obligados aquellos que las realizan habitual o profesionalmente. Estas actividades son, de acuerdo con la clasificación empleada hasta ahora en este trabajo, las siguientes (art. 17):

> Respecto del sector financiero, hay algunos servicios que se pueden prestar habitual o profesionalmente por sujetos que no constituyen "entidades financieras" en los términos recién indicados. Estos son la emisión o comercialización de tarjetas de servicios, de crédito, de tarjetas prepagadas u otras que constituyan instrumentos de almacenamiento de valor monetario; la emisión y comercialización de cheques de viajero; el ofrecimiento de operaciones de mutuo o de garantía o de otorgamiento de préstamos o créditos, con o sin garantía; la prestación de servicios de traslado o custodia de dinero o valores; y el ofrecimiento habitual y profesional de intercambio de activos virtuales.

Como actividades en el sector no financiero se cuentan las vinculadas a la práctica de juegos con apuesta, concursos o sorteos; servicios de construcción o desarrollo de bienes inmuebles o de intermediación de derechos sobre dichos bienes (así como la constitución de derechos personales de uso o goce de bienes inmuebles por sobre cierto valor mensual); comercialización o intermediación de metales preciosos, piedras preciosas, joyas o relojes por sobre cierto valor; subasta o comercialización habitual o profesional de obras de arte por sobre cierto valor; comercialización o distribución de vehículos, nuevos o usados, aéreos, marítimos o terrestres por sobre cierto valor; y prestación de servicios de blindaje de vehícu-

los terrestres, nuevos o usados, así como de bienes inmuebles. Asimismo, la prestación de servicios profesionales independientes de preparación o realización, en nombre y representación de clientes, operaciones de compraventa de bienes inmuebles o cesión de derechos sobre estos, administración de recursos, valores o activos de los clientes, manejo de cuentas bancarias, de ahorro o de valores, organización de aportaciones de capital para la constitución, operación y administración de sociedades mercantiles, o la constitución, escisión, fusión, operación y administración de personas jurídicos o "vehículos corporativos" como el fideicomiso o la compra o venta de entidades mercantiles; ciertas actividades de notarios públicos, corredores públicos y funcionarios públicos con la facultad de dar fe pública; y la prestación de servicios de comercio exterior como agente o apoderado aduanal, respecto de bienes asociados a las actividades mencionadas precedentemente.

Las obligaciones de los sujetos obligados consisten en establecer medidas y procedimientos para prevenir y detectar actividad delictiva, presentar reportes a la Secretaría sobre posible actividad delictiva, entregarle información y documentación relacionada y conservar por al menos diez años la información y documentación relativas a la identificación de clientes y usuarios y de las operaciones reportadas (art. 15), además de cumplir con las reglas de carácter general dictadas por la Secretaría para los efectos de la ley, conforme al art. 6 VII. El art. 19 encomienda al reglamento de la ley el establecimiento de medidas simplificadas para el cumplimiento de las obligaciones previstas en ella, en función del nivel de riesgo de las actividades y de quienes las realicen.

A lo anterior debe agregarse una particularidad digna de mención de la ley mexicana, consistente en la prohibición lisa y llana del pago con dinero en efectivo o metales preciosos de ciertas operaciones que recaen sobre inmuebles, joyas, piedras y metales preciosos, vehículos, obras de arte, y otras que pueden dar lugar a desembolsos de grandes cantidades de dinero, por sobre ciertos montos (art. 32). Se trata, sin duda, de una medida que puede ser muy eficaz, pero que enfrenta dos problemas de los cuales habría que hacerse cargo en caso de adoptar una decisión en esta línea: por una parte, la realidad de las aún bajas tasas de bancarización en América Latina,

también en México[13]; por la otra, que la prohibición solo parece ser realmente eficaz en el contexto de mercados sometidos a un régimen registral, como es el de la propiedad sobre inmuebles o automóviles, no en otros escenarios.

En cuanto a la ubicación institucional de las autoridades competentes en la materia y el sentido de sus funciones, es llamativo que en el caso mexicano la ley, a través de una regulación conjunta, parece vincular los órganos competentes tanto para la protección del sector financiero como para la detección y persecución penal del lavado. En efecto, si bien se trata de dos instituciones separadas, la ley regula en el mismo capítulo, por una parte, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que es competente para la aplicación de la ley en el plano administrativo (arts. 5 y 6, sin perjuicio de que, conforme al art. 16, la supervisión, verificación y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de las entidades financieras corresponde, respectivamente, a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro o el Servicio de Administración Tributaria); y, por la otra, la Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Fiscalía, órgano especializado en análisis financiero y contable en relación con operaciones con recursos de procedencia ilícita, con clara orientación a la investigación criminal, adscrito a la Fiscalía General de la República y, por lo mismo, facultado para utilizar las técnicas y medidas de investigación previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales (arts. 7 y 8). Lo interesante es que, de la lectura de las facultades de una y otra, y sin perjuicio de las "visitas de verificación" que puede realizar la Secretaría, contando para ello incluso con el auxilio de la fuerza pública (arts. 34 y 37), pareciera que la tarea de análisis propiamente de la información recabada por la Secretaría (vía "avisos" o a propio requerimiento de esta) compete a la Unidad especializada, lo que implica un claro predominio de la perspectiva centrada en la persecución criminal del lavado.

---

[13] Según datos del Banco Mundial, al año 2017 (no se cuenta con los datos de 2021 para este país), la tasa de bancarización de México no alcanzaba el 40%, una de las más bajas de la región. Vid.: https://latintrade.com/2022/07/28/datos-economicos-destacados-bancarizacion-de-mayores-de-15-anos-en-america-latina/?lang=es

2.3.5. Perú

El régimen peruano de prevención y represión del lavado de activos se encuentra en el Decreto Legislativo 1106, de 19 de abril de 2012 y en la Ley 27693, de 12 de abril de 2002, ambos con varias modificaciones.

Los tipos penales de lavado de activos en el derecho peruano están establecidos en el primero de los cuerpos legales mencionados (arts. 1 a 3), y se caracterizan por ser aplicables respecto de los bienes provenientes de cualquier delito base, de modo que rigen irrestrictamente respecto de bienes procedentes de delitos de corrupción, por considerar también hipótesis que podrían interpretarse como imprudentes (principalmente respecto del origen ilícito, pues basta con que el sujeto hubiera debido presumir dicho origen, lo que puede entenderse no ya como referencia al dolo eventual, sino a la culpa). Como conductas típicas, junto con un tipo de encubrimiento u ocultamiento, en la actualidad la ley peruana considera también un tipo de mero contacto consciente con los bienes de origen delictivo, luego de que en 2016, mediante el Decreto Legislativo 1249, de 26 de noviembre de 2016, además de agregarse la conducta de poseer los bienes, se eliminara en el art. 2 la exigencia de un comportamiento realizado "con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso". Cabe destacar que se consagra expresamente la punibilidad del "autolavado" (art. 10 inciso final). Una nota distintiva del derecho peruano es que eleva a la categoría de delito, y con una pena considerable (de 4 a 8 años de privación de libertad, multa e inhabilitación en la variante dolosa), el incumplimiento del deber de comunicar operaciones sospechosas a la autoridad competente (art. 5), lo que en los demás ordenamientos de la región se considera en principio (a reserva de la posible afirmación en concreto de un supuesto de lavado por omisión) solo una infracción administrativa (sobre los tipos penales del derecho peruano, la excelente exposición de García Cavero, 2015: 556 et. seq.; en particular sobre el delito de omisión de comunicar operaciones sospechosas, 629 et. seq.).

Por su parte, la Ley 27693 creó la UIF, con amplias facultades para requerir informaciones pertinentes tanto del sector público como privado. Como se verá luego, la dependencia institucional de la UIF se modificó en 2007, pasando a ser una unidad especializada de la

Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), que es el ente que ahora tiene formalmente las facultades previstas por las leyes en materia de prevención del lavado, sin perjuicio de la autonomía funcional de la UIF (un panorama del sistema preventivo peruano en García Cavero, 2015: 527 et. seq.).

La definición de los sujetos obligados adolece de cierta ambigüedad, en la medida en que existen dos cuerpos normativos distintos que contienen sendos listados de obligados, coincidentes en lo fundamental, pero no completamente. Por una parte, la mencionada Ley 27693, cuyo art. 8 contiene tres listas de sujetos obligados, y por la otra, la Ley 29038, del 12 de junio de 2007, que, junto con integrar a la UIF a la SBS, introduce en su art. 3, sin modificar formalmente la Ley 27693 (a menos que pueda entenderse derogado el art. 8 de esta última, en virtud de la disposición séptima transitoria de la Ley 29038, que declara derogados los preceptos "que se opongan a lo establecido" en ella, aunque es dudoso que una mera diferencia implique oposición), un listado muy similar, pero no idéntico. Es razonable pensar que este artículo 3 desplaza al art. 8 de la ley original, sobre todo porque, al parecer, todas las modificaciones posteriores en materia de sujetos obligados se han introducido al art. 3. El análisis siguiente se hará conforme a la versión vigente de este último artículo, modificado por última vez por el art. 3 del Decreto Legislativo 1249, del 26 noviembre de 2016.

El art. 3 de la Ley 29038 contiene dos listados de sujetos obligados, el segundo de los cuales contiene a sujetos sometidos a un "sistema acotado" de obligaciones que, en todo caso, "comprende en todos los casos el envío de reportes de operaciones sospechosas y, adicionalmente, (a) el registro de operaciones; o (b) la designación de un oficial de cumplimiento a dedicación no exclusiva", en contraste con el primero, que, se entiende, implicaría la aplicación de un régimen normal más exhaustivo, aunque la ley no es explícita al respecto.

De acuerdo con la clasificación esbozada supra I, los sujetos obligados conforme al primer listado son los siguientes:

En cuanto al sector financiero, se consideran empresas del sistema financiero y del sistema de seguros y equiparadas; empresas emisoras de tarjetas de crédito[14]; cooperativas de ahorro y crédito; empresas dedicadas a la compraventa de divisas; empresas dedicadas a servicio postal de remesa o giro postal; empresas de préstamos y/o empeño; administradores de bienes, empresas y consorcios; sociedades agentes de bolsa, sociedades agentes de productos y sociedades intermediarias de valores; sociedades administradoras de fondos mutuos, fondos de inversión y fondos colectivos[15]; la Bolsa de Valores y otros mecanismos centralizados de negociación e instituciones de compensación y liquidación de valores; y la Bolsa de Productos.

En cuanto a actores del sector no financiero, se listan personas dedicadas a la compra y venta de vehículos, embarcaciones y aeronaves; personas dedicadas a la actividad de la construcción e inmobiliaria; agentes inmobiliarios; personas dedicadas a la explotación de juegos de casinos y/o máquinas tragamonedas y/o juegos a distancia por internet o medio similar; personas dedicadas a la explotación de juegos de lotería y similares; hipódromos y sus agencias; personas dedicadas al comercio de joyas, metales y piedras preciosas, monedas, objetos de arte y sellos postales; laboratorios y empresas que producen y/o comercialicen insumos químicos y bienes fiscalizados; empresas que distribuyan, transporten o comercialicen insumos químicos que pueden ser utilizados en la minería ilegal; empresas dedicadas a la comercialización de ciertas maquinarias y equipos; personas dedicadas a la compraventa o importaciones de armas y municiones; personas dedicadas a la fabricación y/o comercialización de materiales explosivos; y empresas mineras. Y, por último, agentes de aduana; notarios; abogados y contadores públicos (también como personas jurídicas) dedicados de manera independiente, a realizar en nombre de su cliente o por cuenta de este, a la compra y venta de inmuebles, la administración del dinero, valores, cuentas del sistema financiero u otros activos, la organización de aportaciones para la creación, ope-

---

14 El art. 8 de la Ley 27693 considera también a las emisoras de tarjetas de débito.

15 El art. 8 de la Ley 27693 considera también a las administradoras de fondos de seguros de pensiones.

ración o administración de personas jurídicas, la creación, administración y/o reorganización de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, la compra y venta de acciones o participaciones sociales de personas jurídicas. Debe destacarse cómo el derecho peruano se hace cargo de las recomendaciones del GAFI respecto de los abogados, de un modo que parece correcto: definiendo positivamente qué actividades realizadas por estos profesionales (que, como se ve, son actividades para las cuales no es necesario ser abogado) les imponen el deber de informar como cualquier otro sujeto obligado, sin mencionar siquiera el secreto profesional, que tiene su ámbito de aplicación en las actividades propias y privativas de la profesión de abogado. Al parecer el ordenamiento peruano es el único que se hace cargo explícitamente (sin perjuicio de lo que puede colegirse de la regulación mexicana) de este asunto en la región y, como se ha dicho, de un modo que parece adecuado. Sobre esto se volverá luego.

En el segundo listado, referido a sujetos sometidos al sistema acotado, se incluyen básicamente sujetos del sector no financiero, a saber, personas dedicadas al comercio de antigüedades; organizaciones sin fines de lucro que recauden, transfieran y desembolsen activos para fines caritativos, religiosos, culturales, educativos, científicos, artísticos, sociales, recreativos o solidarios u otras acciones u obras altruistas o benéficas (siempre que no concedan créditos, en tal caso, sujetas al régimen normal); gestores de intereses en la administración pública; martilleros públicos; procesadoras de tarjetas de crédito y/o débito; agencias de viajes y turismo, y establecimientos de hospedaje[16].

Adicionalmente, por vía administrativa (sobre esto infra) se han incorporado otros sujetos obligados, tales como los clubes de futbol profesional y la Central de Compras Públicas (PERÚ COMPRAS), ambos mediante Decreto Supremo 020-2017-JUS, que establece el

---

16 El art. 8 de la Ley 27693 considera también a los restaurantes. Adicionalmente, el mismo artículo considera a personas que reciban donaciones o aportes de terceros; despachadores de operaciones de importación y exportación; servicios de cajas de seguridad y consignaciones; la Comisión de Lucha contra los Delitos Aduaneros; y organizaciones e instituciones públicas receptoras de fondos que no provengan del erario nacional.

Reglamento de la Ley 27693, de 6 de octubre de 2017, o bien los proveedores de servicios de activos virtuales, mediante Decreto Supremo 006-2023-JUS, de 27 de julio de 2023.

Por último, cabe destacar que la ley (tanto la 27693 como la 29038) contiene un listado adicional de instituciones públicas y privadas obligadas a colaborar con la UIF pero a requerimiento de esta, entre las que destacan, por ejemplo, distintas superintendencias, la policía, las cámaras de comercio o empresas de telefonía e internet o de transporte (art. 3.4 Ley 29038, el listado del art. 8.3 de la Ley 27693 era más escueto).

En cuanto a la posible flexibilización de la definición del círculo de sujetos obligados, la situación del derecho peruano ha sido sinuosa: el texto original de la Ley 27693 preveía que la lista pudiera ampliarse mediante decreto supremo, refrendado por el presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas, lo que permitía, si bien no por decisión directa de la UIF, una actualización más ágil de la lista. Sin embargo, en virtud de la Ley 28306, de 29 de julio de 2004, se consagró expresamente la reserva legal en la materia (art. 8, numeral 4), lo que, no obstante, habría sido superado (sin modificación de lo recién indicado) por el art. 3.3 de la Ley 29038, que dispone que se puede ampliar la lista de sujetos obligados mediante Decreto Supremo, a propuesta de la SBS, y refrendado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Economía y Finanzas, mientras que la SBS, previo estudio técnico, puede reducir directamente la lista. Este parece un buen sistema de gestión de prioridades, que permite adaptarse flexiblemente a los cambios de situación, a condición de que se cuente con buenos sistemas de rendición de cuentas y control.

En cuanto a las obligaciones de los sujetos obligados, estos deben registrarse ante la UIF y llevar un registro de operaciones, que deben conservar por 10 años (arts. 9.1 y 9.2 Ley 27693), atender a los requerimientos de información de esta, y reportarle las operaciones sospechosas que detecten. Sobre esto último debe llamarse la atención respecto de que la obligación respecto de todos los sujetos obligados se desprende con claridad solo de normas reglamentarias, porque, en rigor, la ley no lo dice con claridad respecto de todos los sujetos obligados.

En efecto, el art. 8 de la Ley 27693 prevé tres categorías de sujetos que deben entregar información a la UIF. El detalle es que para el primer grupo, en el que se encuentran las empresas que usualmente se consideran los sujetos obligados por antonomasia, por constituir la base del sistema financiero, solo se establece que deben entregar la información prevista en el art. 3, artículo que, sin embargo, solo establece deberes de información a requerimiento de la UIF (art. 3 numeral 1), sin hacer mención a las operaciones sospechosas, las que solo se nombran a propósito del segundo grupo de obligados (en general, los que intervienen en mercados en que son posibles grandes desembolsos de dinero, art. 8.2). No altera esta situación que el art. 3 numeral 3 se refiera a los reportes de operaciones sospechosas que le hagan llegar a la UIF "los sujetos obligados a informar por la Ley Núm. 29038", donde podrían estar las empresas del primer grupo, en la medida en que dicha ley, en lo pertinente, se limita a reproducir el art. 8 de la Ley 27693. Como, en sus propios términos, esto sugiere que el primer grupo no tiene obligación de comunicar operaciones sospechosas, lo que sería un contrasentido absoluto, se puede recurrir al art. 11 para entender que allí está consagrado el deber de todos los sujetos obligados del art. 8 a comunicarlas. Lo sugiere al menos su epígrafe ("Del deber de informar las operaciones sospechosas e inusuales"), aunque luego el precepto mismo no es explícito: "Los sujetos obligados a informar deben prestar especial atención a las operaciones sospechosas e inusuales realizadas o que se hayan intentado realizar". Por su parte, la Ley 29038 de 2007, que, como se ha visto, también introdujo un listado de sujetos obligados, no despeja el asunto, porque, si bien habla expresamente del deber de reportar operaciones sospechosas, solo lo hace a propósito del segundo grupo de sujetos obligados. La obligación solo fluye inequívocamente del art. 25 del Reglamento de la Ley Núm. 27693 (Decreto Supremo 020-2017-JUS). La literalidad legal podría representar un obstáculo (constitucional) para la aplicación del ya mencionado tipo penal del art. 5, relativo a la omisión de reportar operaciones sospechosas, aunque no parece haber provocado dificultades en la práctica, seguramente porque se ha asumido la lógica inherente del sistema (no plantea dudas interpretativas, por ejemplo, García Cavero, 2015: 531 et. seq.; 629 et. seq.; 633 et. seq.).

Si bien el art. 3 Núm. 1 de la Ley 27693 sugiere que los requerimientos de información de la UIF no conocen límites, puesto que no puede oponérsele "reserva alguna en materia de acceso a la información, dentro de las limitaciones establecidas en la Constitución Política del Perú", el posterior art. 3A aclara que el acceso a información cubierta por el secreto bancario y la reserva fiscal supone autorización judicial que, en todo caso, la UIF puede recabar directamente.

En lo concerniente a su ubicación institucional, la UIF se creó como órgano dependiente del Presidente del Consejo de Ministros (compuesto por los ministros de Estado, presidido por un presidente designado también por el Presidente de la República), pero en virtud de la Ley 29038, de 12 de junio de 2007, se integró a la SBS, como una unidad especializada de esta, a la que se traspasan expresamente las facultades previstas en la Ley 27693. Si bien esto representaría una manifiesta *capitis deminutio* del organismo (de hecho, perdió su personalidad jurídica) y una orientación hacia la preservación del mercado por sobre fines de política criminal, puede destacarse que la circunstancia de que el levantamiento del secreto bancario deba solicitarlo al juez penal competente (art. 3A 1 y 2 Ley 27693) la acerca al ámbito de la investigación criminal, lo que de algún modo se aprecia en facultades de intromisión muy drásticas que puede ejercer directamente (aunque sujetas a validación judicial posterior) como son las de congelamiento de activos (art. 3 numerales 11 y 12).

2.3.6. Análisis comparado

En lo que respecta a la tipificación de un delito de lavado de dinero, se aprecia cierta uniformidad, que no extraña, atendida la existencia de un marco jurídico internacional que de algún modo fuerza dicha uniformidad. De acuerdo con la tendencia universal, los ordenamientos analizados han abandonado en general un listado de delitos base de lavado (en el Brasil, desde 2012), sistema que solo se mantiene en Chile, con consecuencias fácilmente predecibles de lagunas no siempre justificables de punibilidad y dificultades de aplicación en cuanto a exigencias subjetivas (si el dolo supone

conocimiento del específico origen delictivo del bien en cuestión, la plausibilidad de alegar un error de tipo resulta innegable). No obstante, todos los ordenamientos analizados consideran los delitos básicos contra la administración pública, con ello, básicamente, los delitos de corrupción como delitos base de lavado de dinero. En cuanto a las conductas típicas, en general se recoge un supuesto de encubrimiento u ocultamiento, que responde a la noción popular que existe sobre el lavado, y otro, el más relevante para la práctica, que podría ser la figura única y autosuficiente, de simple contacto consciente con bienes de origen delictivo (en Perú desde 2016); solo la tipificación argentina se aparta al respecto, al exigir siquiera idoneidad de la conducta para el ocultamiento del origen delictivo de los bienes. Llama la atención al respecto, que los ordenamientos que contemplan ambos supuestos no establezcan diferencias de pena entre ambos, no obstante la manifiesta diferencia del reproche que merecen, a diferencia de lo que se pudo observar en el derecho federal estadounidense. Hasta donde se ve, solo el derecho chileno (es más dudosa la situación del derecho peruano) considera una hipótesis de lavado negligente, mientras que el castigo del autolavado (explícitamente previsto en Chile y Perú, sugerido en Argentina, reconocido jurisprudencialmente en Brasil) solo parece no tener base en el derecho mexicano. Es interesante la tipificación como delito de la omisión de reportar operaciones sospechosas del derecho peruano, conducta que en principio solo acarrea sanciones administrativas en el resto de los ordenamientos analizados, aunque puede tratarse de un paso desproporcionado y que parece conciliarse mal con el propósito simultáneo de flexibilizar la determinación del círculo de sujetos obligados a través de la vía administrativa (ver infra), pues esto tendría como consecuencia que sería la administración y no el legislador quien define tanto los sujetos como las conductas delictivas. Por último, no parece justificada la existencia de requisitos formales de procedibilidad, como ocurre en el caso mexicano.

El sistema administrativo de detección y prevención del lavado también es bastante similar en los ordenamientos analizados. En todos ellos se imponen ciertos deberes a los "sujetos obligados", principalmente el de reportar operaciones sospechosas a un ente administrativo (Unidad de Información Financiera en Argentina, Consejo de control de la actividad financiera en Brasil, Unidad de Análisis

Financiero en Chile, Secretaría de Hacienda y Crédito Público en México, Unidad de Inteligencia Financiera en Perú), que por regla general, con los matices que luego se indican, tiene la función de analizar esos reportes y realizar indagaciones adicionales para detectar posibles casos de lavado de dinero, que deriva luego a los órganos competentes de la justicia criminal.

La definición del círculo de sujetos obligados en los distintos ordenamientos exhibe un núcleo común bastante homogéneo en relación con el sector financiero (las variaciones se producen exclusivamente por las tipologías institucionales que rigen en cada mercado nacional, pero se recogen exhaustivamente las funciones y actividades propias del sector), siendo de destacar la incorporación reciente de los servicios sobre activos virtuales o criptoactivos en Brasil, México y Perú, mientras que en Chile, curiosa y reprobablemente, se ha facultado a quienes los prestan a someterse voluntariamente a las obligaciones respecto de la UAF; solo en Argentina estaría pendiente su incorporación (un proyecto de ley en ese sentido habría obtenido media sanción en abril de 2023). De este modo, los ordenamientos analizados estarían superando las reticencias iniciales y la tentación de la prohibición, siguiendo las recomendaciones internacionales que optan por reconocer un fenómeno que parece inevitable, precisamente, para poder controlarlo.

En lo que concierne al sector no financiero, la situación es más dispar y depende de las distintas realidades observables en cada país. Así, por ejemplo, sin perjuicio de que en general en todos los ordenamientos se regula el negocio de los juegos de azar y el comercio de vehículos, piedras y metales preciosos, joyas y antigüedades (esto último no en Chile), entre otros, hay muchas particularidades locales, como que en México sea relevante el mercado de blindaje de vehículos, en Argentina el de maquinaria agrícola y en Chile el de caballos de raza pura, lo que en el resto de los países resulta curioso. Esta dispersión da cuenta de un aspecto crucial del cual debe hacerse cargo cualquier regulación con pretensiones de efectividad, como es la necesidad de adaptarse con agilidad a los infinitos cambios de estrategia del lavado de dinero. El sistema de un listado establecido privativamente por la ley es inconveniente por cuanto somete a las dificultades y demoras de la deliberación parlamentaria la extensión

del régimen de control a un sector respecto del cual el órgano especializado tiene antecedentes empíricos concretos de aprovechamiento con fines de lavado, en circunstancias en que, en rigor, no debiera existir mayores razones para disenso de fondo, que es lo que hace insustituible dicha deliberación de los representantes del pueblo. En la medida en que solo estén en juego obligaciones y eventuales sanciones administrativas, con una definición legal clara de las características de los sujetos susceptibles de ser sometidos al régimen de control y un sistema de rendición de cuentas y evaluación de las decisiones particulares, no debiera haber objeciones constitucionales de peso contra una determinación en sede administrativa. En esta línea, el modelo más avanzado es el peruano, donde, como se dijo, se pueden incluir sujetos obligados mediante decreto supremo, a propuesta de la SBS, y refrendado por distintos ministerios, mientras que la exclusión de sujetos previamente incluidos puede establecerse de modo directo por la SBS, previo estudio técnico. Cabe insistir en que, habiendo definiciones legales claras al respecto y un adecuado sistema de rendición de cuentas y control, el modelo parece óptimo. A medio camino queda, en cambio, y debe reprobarse, la posibilidad prevista en el derecho chileno de incluir como sujetos obligados a sujetos pertenecientes al círculo más amplio de aquellos sometidos a la fiscalización de la CMF, en la medida en que dicha inclusión opera sobre base voluntaria.

Merece un comentario especial la consideración de ciertos profesionales, particularmente de abogados, pero no solo de ellos, como sujetos obligados cuando prestan ciertos servicios profesionales específicos. En el derecho peruano, como se ha podido ver, abogados y contadores están sometidos a los deberes que impone el sistema de control cuando se dedican de manera independiente, en nombre de su cliente o por cuenta de este, a la compra y venta de inmuebles, la administración del dinero, valores, cuentas del sistema financiero u otros activos, la organización de aportaciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas, la creación, administración y/o reorganización de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, la compra y venta de acciones o participaciones sociales de personas jurídicas. Y en el derecho mexicano, aunque no se mencione explícitamente a estos profesionales, son captados en cuanto se dediquen a la prestación de servicios profesionales independientes

de preparación o realización, en nombre y representación de clientes, de operaciones de compraventa de bienes inmuebles o cesión de derechos sobre estos, administración de recursos, valores o activos de los clientes, manejo de cuentas bancarias, de ahorro o de valores, organización de aportaciones de capital para la constitución, operación y administración de sociedades mercantiles, o la constitución, escisión, fusión, operación y administración de personas jurídicos o "vehículos corporativos" como el fideicomiso o la compra o venta de entidades mercantiles. Ambas legislaciones señalan como límite de las obligaciones del sujeto el respeto del secreto profesional (Perú, art. 3 Núm. 29 Ley 29038; México, art. 17 XI Ley Federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita). Tal como se dijo a propósito de los ordenamientos no latinoamericanos analizados supra, los deberes para con los clientes no eximen de posibles responsabilidades penales o de otro tipo a los abogados u otros prestadores de servicios de confianza, de modo que, ciertamente, deben abstenerse de contribuir con sus servicios a la posible actividad delictiva de aquellos.

Otra cosa es que se les imponga el deber de reportar operaciones sospechosas de sus clientes. Como se ha venido diciendo, parece posible hacer una distinción entre actividades propias de la profesión de abogado y otras que, en realidad, pueden ser realizadas por cualquiera, siendo paradigmática a estos efectos la de intermediación comercial o inmobiliaria. Respecto de estas últimas parece legítimo imponer deberes de ese tipo, tal como estos deberes pesan sobre otros profesionales o empresas. Lo que se impone, sin embargo, es extrema claridad y precisión. En ese sentido, la regulación peruana parece mucho más precisa que la mexicana y, por tanto, preferible. Este es el desafío para los ordenamientos de la región: cómo reducir el espacio de aprovechamiento ilegítimo del secreto profesional con fines o resultados delictivos sin poner en riesgo una base elemental del Estado de Derecho.

Al margen de la concreta definición del círculo de sujetos obligados, resulta del todo razonable que se puedan establecer diferencias en cuanto al alcance de los deberes concretos que se les imponen. En efecto, no parece que los deberes que pesan sobre un banco deban ser los mismos que los de un vendedor de autos, por ejemplo. Esto es

algo que recoge expresamente el art. 3 de la Ley 29038 en Perú, que, al listar los sujetos obligados, distingue entre aquellos que deben implementar un sistema de prevención del lavado que podría considerarse régimen general y otros que solo deben desarrollar un sistema acotado de prevención, mientras que la ley mexicana encomienda al reglamento el establecimiento de medidas simplificadas para el cumplimiento de las obligaciones legales, en función del nivel de riesgo de las actividades y de quienes las realicen (art. 19), y la chilena acaba de consagrar en términos más amplios y flexibles que la UAF puede dictar "instrucciones diferenciadas y proporcionales para distintos tipos de sujetos obligados, atendiendo la naturaleza de las operaciones que éstos realicen y en consideración a los riesgos efectivos a que están expuestos esos sujetos" de ser instrumentalizados con fines de lavado. Es muy probable que esto sea posible también en los demás ordenamientos analizados, pero sería relevante que se asegurara normativamente dicha diferenciación y flexibilidad.

En cuanto a las funciones del ente al que los sujetos obligados deben reportar las operaciones sospechosas, como se dijo, suele tratarse de un órgano especializado que asume directamente las tareas de análisis de esos reportes, requiriendo información adicional de los propios sujetos obligados o de otras autoridades para resolver, en caso de existir antecedentes suficientes que den cuenta de una actividad delictiva, la derivación de los antecedentes, vía denuncia, a la justicia criminal. El único ordenamiento en que se aprecia algo diferente es el mexicano, pues la tarea de análisis parece estar radicada directamente en la Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Fiscalía, con las potestades propias del Ministerio Público, y no en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Desde luego nada se opone a que el análisis de señales de posibles casos de lavado se realice en el propio organismo competente para la persecución penal, lo que incluso puede contribuir a una mirada más pertinente y certera desde el punto de vista de dicha persecución, pero si esta es la opción, no se entiende la razón para mantener competencias en la materia en la Secretaría, no solo en lo que dice relación con la recepción de reportes (si no los analiza, hace las veces de simple buzón, con lo que se pierde la ventaja que le da ser un órgano más cercano a la economía, en especial al sistema financiero; y no parece razonable que los requerimientos de información propios de la Unidad al sec-

tor financiero deban hacerse a través de ella, art. 8 X), sino también en el plano normativo, porque hace poco sentido que pueda dictar reglas de carácter general sobre procesos en los que luego no interviene. En vez de una validación de sí mismo, el modelo mexicano sugiere más bien que sería posible prescindir de un órgano intermedio entre los sujetos obligados y la justicia penal, pues para los efectos de la eventual imposición de sanciones administrativas perfectamente podría pensarse en una derivación en sentido inverso, es decir, desde la Unidad a la Secretaría, cuando la primera constate infracciones legales no constitutivas de delito o que no merecen el esfuerzo de la persecución penal.

Si algo puede destacarse del diseño institucional de la ley mexicana, es que, por razones obvias, nadie puede dudar de las amplias competencias investigativas de la Unidad Especializada, que parecen esenciales para el adecuado rendimiento de la labor de análisis de los reportes de operaciones sospechosas. En esto los ordenamientos analizados exhiben diferencias importantes, tanto en lo que concierne a las facultades mismas como a la orientación general de su función. Especialmente débiles parecen las facultades del COAF brasileño, que no solo carece de atribuciones para solicitar el levantamiento del secreto bancario, sino que, además, no puede requerir información cubierta por ese secreto a las autoridades facultadas para requerir su levantamiento. En una posición intermedia se encuentra la UAF chilena, que al menos puede requerir de los tribunales el levantamiento del secreto bancario, pero carece de atribuciones para disponer o solicitar la suspensión de operaciones sospechosas, facultades que si tiene la UIF en Perú y Argentina, destacando esta última como la más robusta, al menos en el plano normativo, porque sus requerimientos no reconocen como límite ni el secreto bancario ni otros deberes de secreto, y porque puede requerir medidas intrusivas a través de los órganos de la justicia penal. En cuanto a su orientación, es manifiesto que estos dos últimos órganos están más cerca de la persecución penal (lo que en el caso de México se entiende de suyo) que sus congéneres brasileño y chileno, sin perjuicio de que el cambio de dependencia de la UIF peruana podría sugerir un giro al respecto. A la hora de valorar, al margen de la necesidad de un idioma común con el mundo financiero y de una razonable comprensión de sus cometidos e intereses propios, si de lo que se trata es de prevenir y reprimir

el lavado de dinero, parece claramente preferible una orientación más penal.

2.4. La situación en Colombia y su comparación con los ordenamientos latinoamericanos

El delito de lavado de activos en el derecho penal colombiano se encuentra tipificado en el art. 323 del Código Penal de 2000 (Ley 599 de 2000), en la versión que le dio la Ley 1762 de 2015, y se caracteriza por ser aplicable a los bienes provenientes de un catálogo taxativo de delitos, entre los que destacan los "delitos contra la administración pública", concepto que abarca los delitos de corrupción en el sector público. Si bien no se considera una separación formal entre hipótesis, el precepto colombiano contiene, como es habitual, tanto un tipo de encubrimiento ("les dé a los bienes… apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito") como uno de simple contacto consciente ("adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en delitos del catálogo"). Solo se consideran hipótesis dolosas y se guarda silencio sobre la punibilidad del "autolavado", dando lugar a una importante controversia doctrinaria (Hernández Quintero, 2018: 181 et. seq.). Una versión relativamente reciente sobre el tipo penal puede verse en Vargas y Ruiz, 2017: 21 et. seq.

Por su parte, el régimen preventivo está establecido en el Capítulo XVI ("Prevención de actividades delictivas", arts. 102 a 107) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) y en la Ley 526 de 1999 (con modificaciones, sobre todo en 2006), que creó la Unidad de información y análisis financiero (UIAF). El primero establece el deber de los sujetos obligados de darse un sistema de control adecuado para impedir ser utilizados como instrumento para el lavado de activos, que considere el conocimiento de la actividad económica de los clientes, establecer sus patrones de comportamiento y que estos guarden relación con aquella, comunicar a la UIAF operaciones sospechosas de lavado sin informarlo a los clientes y lle-

var un control de operaciones en efectivo (arts. 102 y 103 del Estatuto). Por su parte, la UIAF tiene la facultad de requerir información pertinente tanto a los sujetos obligados como a los demás órganos estatales (art. 9 Ley 526). Sobre el régimen preventivo, a pesar de los años transcurridos, sigue siendo ilustrativa la revisión de Sintura et. al., 2014: 71 et. seq.

A diferencia de todos los modelos analizados (aunque el peruano tiende a asemejarse), la determinación de los sujetos obligados no descansa en una o más listas albergadas en la ley que sirve de base al sistema (en el caso colombiano podría ser la Ley 526), sino en remisiones dispersas a las obligaciones previstas inicialmente para las entidades financieras en los ya mencionados arts. 102 a 107 del Decreto 663.

De este modo, son sujetos obligados originarios y por vía directa las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera (hasta 2005, Superintendencia Bancaria, fusionada con la de Valores mediante Decreto 4327, de 25 de noviembre de 2005) de acuerdo con las normas del decreto 663, a saber, establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización, entidades aseguradoras e intermediarios de seguros y reaseguros, todos conceptos que se explicitan y desarrollan con detalle en el articulado, extendiéndose, por ejemplo, a corporaciones de ahorro y vivienda (capítulo IV), sociedades administradoras de fondos de pensiones o cesantía (capítulo VIII) o almacenes generales de depósito (capítulo IX), entre otras. Adicionalmente, distintas normas hacen aplicables las obligaciones de los arts. 102 a 107 a otros sujetos. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley 190 de 1995, que las hace aplicables a las personas sometidas a inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Valores y a personas que se dediquen profesionalmente a actividades de comercio exterior, casino o juegos de azar, o del Decreto 1957 de 2001, que las hace aplicables a los notarios, entre otras. En ese contexto, destaca que el art. 11 de la Ley 526 dispone que las autoridades "que ejerzan funciones de inspección, vigilancia y control, instruirán a sus vigilados sobre las características, periodicidad y controles en relación con la información a recaudar" para la UIAF "de acuerdo con los criterios e indicaciones que reciban de esta sobre el particular". Al respecto, es de especial interés la ejecución de este mandato por parte de la

Superintendencia de Sociedades a través del Capítulo X de la Circular Básica Jurídica de 2017 (Circular Externa Núm. 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, el capítulo fue consagrado por Circular Externa 100-000016 de 24 de diciembre de 2020, modificada por Circulares Externas 100-000004 de 9 de abril de 2021 y 100-000015 de 24 de septiembre de 2021), que extiende las obligaciones respecto de la UIAF a una serie de sujetos, tales como, bajo ciertas condiciones específicas, agentes inmobiliarios, sujetos que se dedican a la construcción de edificios u obras de ingeniería civil, o que comercializan metales preciosos y piedras preciosas o que prestan servicios jurídicos, contables o de activos virtuales. O muchas otras disposiciones, como, por ejemplo, la Resolución 2564 del 6 de diciembre de 2016, del Ministerio de Tecnologías de Información y las Comunicaciones, respecto de personas jurídicas habilitadas como operadores de servicios postales de pago. En lo que concierne a la prestación de servicios de activos virtuales, quienes se dedican a ella son sujetos obligados en virtud de una resolución directa de la UIAF, la Resolución Núm. 314 de 2021, de 15 de diciembre. Al respecto llama la atención que la UIAF invoque facultades normativas que le conferiría el art. 2 del Decreto 1497 de 2002, de 19 de julio (recopilado luego como art. 2.14.2 en el Decreto 1068 de 2015, de 26 de mayo), el que, sin embargo (además de ser dudoso que una simple norma gubernamental pueda servir de base para que un ente público imponga deberes relevantes a los particulares), parecería establecer más bien la facultad del órgano de requerir información puntual más que de imponer un deber permanente de reportar operaciones sospechosas. Como fuera, si la invocación normativa de la UIAF se da por buena, se trata de una fuente especialmente amplia para la incorporación de nuevos sujetos obligados.

Como es evidente, la técnica empleada, especialmente el mandato general para las autoridades sectoriales a cargo de la fiscalización de ciertos mercados y las facultades que al respecto ha reclamado para sí la propia UIAF, hace que el régimen de control se pueda adaptar flexiblemente a los cambios de situación, lo que es una virtud del régimen colombiano, sin perjuicio de dificultar considerablemente una visión de conjunto de los sujetos obligados prácticamente para cualquiera que no se desempeñe en la UIAF. Ahora bien, más allá de la dificultad para apreciar el conjunto desde afuera, dificultad que no incide en la efectividad del sistema, es posible que el modelo descentralizado, a pesar de

la autoridad de la UIAF como órgano rector, incida no solo en dispares niveles de comprensión de los riesgos de lavado entre los sujetos obligados, sino también en dispares niveles de calidad de los esquemas de supervisión aplicados por distintas autoridades competentes (se destaca como más avanzado el que aplica la Superintendencia Financiera que el de otros organismos, Informe Colombia, 4ta ronda-2018, § 1).

La UIAF tiene personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente y regímenes especiales en materia de administración de personal, nomenclatura, clasificación, salarios y prestaciones, de carácter técnico, y está adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Como se ha dicho, la UIAF tiene la facultad de requerir información pertinente a sus funciones tanto de órganos públicos como de particulares, siendo de destacar que, al efecto, "no será oponible la reserva bancaria, cambiaria y tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias" (art. 9). De este modo, tal como ocurre en el derecho argentino, el ente no requiere obtener una autorización judicial para acceder a información sujeta a secreto bancario, cambiario o tributario. No cuenta, en cambio, con facultades para suspender ni requerir la suspensión de operaciones sospechosas (como conoce el derecho argentino y peruano) ni la de requerir medidas intrusivas (como conoce el derecho argentino). A pesar de lo anterior y sin perjuicio de su dependencia del Ministerio de Hacienda, la circunstancia de que la Fiscalía General de la Nación pueda investirla "de funciones de policía judicial en forma transitoria" (art. 13), sugiere cierta orientación, siquiera tenue, hacia los propósitos de la persecución penal.

3. MEDIDAS INTRUSIVAS O TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN ESPECIALES, EN PARTICULAR, EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO

3.1. Experiencias y recomendaciones de los organismos internacionales (ámbitos universal y regional)

En lo que concierne a técnicas especiales de investigación y especificidades del juzgamiento, los tratados pertinentes no disponen nada

al respecto (es demasiado genérica, por ejemplo, la obligación de "dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos" de los arts. 30.3 y 11.2 de las Convenciones de Mérida y Palermo, respectivamente), sin perjuicio de que la Recomendación 31 del GAFI sí es explícita y categórica al respecto, refiriéndose, entre otros, a "operaciones encubiertas, intercepción de comunicaciones, acceso a sistemas computarizados y envíos controlados".

Lo que sí es una constante indudable en el plano internacional es que el "secreto bancario" debe ceder ante la investigación de estos delitos. La mayoría de los instrumentos pertinentes lo disponen desde la perspectiva de la cooperación internacional (salvo la Convención de Mérida, cuyo art. 40 se refiere explícitamente también a las investigaciones domésticas), pero es obvio que las obligaciones al respecto no se pueden cumplir si es que en el plano nacional el secreto bancario es un obstáculo a la investigación. Normas en este sentido se encuentran ya en la Convención de Viena de 1988 (art. 7.5) y en las Convenciones Interamericana (art. XVI), de Mérida (arts. 40 y 46.8) y de Palermo (art. 18.8). Lo mismo establece, por último, el art. 9.3 de la Convención de la OCDE. En el plano del GAFI, la Recomendación 9 dispone que los países deben asegurar que las leyes sobre secreto bancario no impidan la implementación de las Recomendaciones, mientras que la Recomendación 31 aspira a que las autoridades competentes puedan, en sus investigaciones de lavado o delitos-base, acceder a todos los documentos e información necesaria para utilizarla en esas investigaciones, así como en procesos judiciales y acciones relacionadas, incluyendo "los registros en poder de las instituciones financieras, las Actividades y Profesiones No Financieras (APNFD) y otras personas naturales o jurídicas, para la búsqueda de personas y lugares, para la toma de declaraciones de testigos, y para el embargo y obtención de evidencia".

3.2. Experiencias comparadas no latinoamericanas

3.2.1. Estados Unidos de América

La investigación penal del lavado de dinero en los Estados Unidos a nivel federal puede valerse de los mismos mecanismos disponibles

para la investigación de otros delitos, incluyendo la posibilidad de intromisiones en las comunicaciones y la intervención de agentes encubiertos. Mientras las primeras están supeditadas en general a una autorización judicial, sea directamente en virtud de la Cuarta Enmienda de la Constitución, que protege contra registros ilegítimos, sea en virtud del Título III de la *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* de 1968, secuela legislativa de las decisiones *Berger v. N.Y.* (388 U.S. 41, 63 [1967]) y *Katz v. U.S.* (389 U.S. 347, 353 [1967])[17], la acción de agentes encubiertos no está sometida a autorización judicial, sino solo a controles internos en la estructura del FBI, conforme a unas directivas que se revisan con cierta periodicidad[18]. Si bien se trata de un control que pudiera considerarse laxo, las directivas ofrecen un buen modelo tanto de control como de rendición de cuentas, a tener en cuenta en otros ordenamientos, incluso de aquellos que requieren autorización judicial al respecto.

Por otra parte, debe tenerse presente que el lavado (tal como ciertos delitos de corrupción) es un delito cuya comisión en un patrón de actividad criminal organizada (*pattern of racketeering activity*, que no requiere más que la comisión de dos delitos relevantes en un período de 10 años, descontados tiempos de prisión, 18 U.S. Code § 1961 [5]) hace aplicable la legislación RICO contra el crimen organizado, lo que asegura el acceso a las formas más intensas de investigación criminal.

En materia de secreto bancario, en los Estados Unidos se da la paradoja de que la llamada BSA es una ley creada no para consagrar dicho secreto, sino precisamente para que este no rigiera frente a las autoridades competentes en materia de prevención y persecución del lavado de dinero, así como para obligar positivamente a los entes financieros (y a otros, como se vio supra 2) a mantener registros y a reportar operaciones sospechosas. En lo que concierne específicamente al secreto bancario, la ley permite que las autoridades

---

17 Vid.: "*Electronic Surveillance*". 49 Annual Review of Criminal Procedure [2020], 173 ss.

18 Vid.: *Undercover and Sensitive Operations Unit Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations. Revised 11/13/92*, última versión disponible: 8 de marzo de 2017

competentes requieran directamente a los bancos los registros de operaciones concernientes a sus clientes sin necesidad de una autorización judicial propiamente tal basada en causa probable (*warrant*), proceder cuya constitucionalidad desde la perspectiva de la Cuarta Enmienda de la Constitución (protección frente a registros ilegítimos) fue afirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *United States v. Miller* (425 U.S. 435 [1976]), asentando la doctrina de la tercera parte o del tercero, conforme a la cual no existe una legítima expectativa de que otros no accedan a una información entregada voluntariamente a un tercero con fines contractuales. Como reacción a Miller, en 1978 se dictó la *Right to Financial Privacy Act* (12 U.S.C. §§ 3401-3423), que establece requisitos para el acceso a los registros bancarios, pero sin cambio en lo fundamental, pues dicho acceso es posible mediante una simple citación o requerimiento administrativo (una *administrative subpoena,* o un *formal written request*) o una citación judicial (12 U.S.C. §§ 3405, 3407, 3408), en vez de una orden judicial.

La decisión en Miller y las consecuencias de la doctrina de la tercera parte han sido objeto de crítica por largo tiempo, y parece haberse abierto un espacio para su revisión judicial al menos parcial, considerando las enormes posibilidades tecnológicas de vigilancia a partir de servicios esenciales que, en cuanto contratados, implican la puesta a disposición voluntaria de unos volúmenes de información sensible inimaginables hace algunas décadas. Es lo que sugiere, por ejemplo, la decisión *Carpenter v. United States* (138 S. Ct. 2206 [2018], 585 U.S.), respecto del acceso a la localización de un sujeto a través de su teléfono celular. Que esta posible revisión implique necesariamente un cambio de criterio respecto del acceso a los tradicionales registros bancarios de las personas parece poco plausible, pero si ocurriera, solo implicaría la necesidad de autorización judicial previa, algo que es la regla en varios ordenamientos.

3.2.2. España

Sin perjuicio de la observancia del principio de proporcionalidad (art. 588 bis a 5 Ley de Enjuiciamiento Criminal [LECr]), la investigación de hechos constitutivos de lavado de dinero, por su pena

(de seis meses a seis años de privación de libertad, a imponerse en su mitad superior si los bienes provienen de delitos de corrupción, art. 301 CP; es decir, se trata de un delito doloso castigado con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, en los términos de los arts. 279.1 y 588 quater b 2 LECr), puede valerse en general de todas las medidas y técnicas de investigación tecnológica, con la sola excepción del registro remoto y subrepticio de equipos informáticos, el que solo será posible si el lavado en concreto se comete en el seno de una organización criminal o a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación (cfr. art. 588 septies a 1 LECr). En los casos en que proceden, se requiere exclusivamente una orden o autorización judicial motivada (arts. 588 bis b y 588 bis c LECr) (una visión de conjunto puede verse en Calaza, 2021b: 301 et. seq.). Lo mismo rige para el acceso a los datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios de telecomunicación o similares, respecto de la investigación de cualquier delito, conforme al art. 588 ter j LECr. Al respecto, debe recordarse, con todo, que en España el juez instructor es el responsable de la investigación, de modo que la autorización u orden judicial a su respecto, en cuanto emana de él mismo, no representa el control de un tercero imparcial, sino la simple expresión de sus propósitos en relación con la investigación.

La circulación o entrega vigilada de bienes o ganancias que son objeto de lavado se encuentra expresamente regulada en el art. 263 bis 1 LECr, pudiendo autorizarla tanto el juez de instrucción o el Ministerio Fiscal, como los jefes de las unidades orgánicas de policía judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores. Por su parte, la acción de agentes encubiertos está regulada en el art. 282 bis LECr y supone en concreto la investigación de actividades propias de la delincuencia organizada, es decir, según la definición legal para estos efectos, "la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer" alguno o algunos de los delitos taxativamente listados, entre los que se cuenta el lavado de dinero (art. 282 bis 4 e] LECr), lo que representa una restricción significativa en perspectiva comparada. Superada esta restricción, la acción de los agentes encubiertos está supeditada a autorización del juez de instrucción o, dando cuenta in-

mediata al juez, del Ministerio Fiscal (una visión de conjunto puede verse en Calaza, 2021a: 267 et. seq.).

Por último, en materia de secreto bancario, tanto la institución misma como sus límites han corrido fundamentalmente por cuenta de la jurisprudencia, a partir de normas más bien genéricas de la Constitución y del derecho civil y comercial. Con todo, hay algunos hitos legislativos más específicos al respecto en épocas relativamente recientes, el más claro parece ser la disposición adicional primera de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, introducida mediante la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, conforme a la cual las personas sujetas a la normativa bancaria están "obligadas a guardar reserva de las informaciones relativas a los saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones de sus clientes sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros u objeto de divulgación", constituyendo el incumplimiento de esta obligación una infracción grave sancionable conforme al régimen de fiscalización del sector bancario. La misma disposición establece, no obstante, que están exceptuadas de esta obligación las informaciones que "les sean requeridas o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión". Es dudoso que la norma se refiera también a autoridades distintas de las competentes para el sector bancario, pero hasta donde se puede ver, la única discusión relevante al respecto es aquella respecto del decaimiento de la obligación de secreto frente a la autoridad tributaria, sin que al parecer nunca se haya puesto en duda el acceso de los órganos judiciales, en particular del órgano encargado de la instrucción penal, que en España es, por añadidura, un juez.

3.2.3. Alemania

Las normas procesal-penales atingentes a la investigación del lavado de dinero, como en España, no se encuentran en una ley especial, sino en la codificación general, la Ordenanza procesal penal de Alemania (*Strafprozeßordnung*, StPO). Como se sabe, el proceso penal alemán es un ejemplo paradigmático de lo que se conoce como un "proceso inquisitivo reformado" o un proceso acusatorio con algunos rasgos inquisitivos, básicamente en el juicio, con un tribunal ac-

tivo (inquisitivo) en la rendición de la prueba, pero con una clara división de funciones en la investigación preliminar, a cargo del Ministerio Público, con intervención judicial limitada a la autorización de medidas intrusivas y de medidas cautelares. En la materia específica, además, se aprecia muy bien la especial sensibilidad del derecho alemán en materia de intromisiones en la vida privada de las personas, algo que, en general, se expresa en una protección sin parangón de los datos personales, y en el proceso penal en una aproximación muy restrictiva hacia las medidas intrusivas (es muy decidor que haya un ámbito excluido *per se* cómo objeto de la investigación criminal, como es el núcleo del llamado diseño privado de la vida [*Kernbereich privater Lebensgestaltung*], § 100d StPO, difícilmente comprensible en otros ordenamientos).

Todas las medidas que se presentan a continuación requieren autorización judicial. La vigilancia de las telecomunicaciones (§ 100a StPO) procede con base en un riguroso examen de proporcionalidad y solo respecto de la investigación de ciertos delitos, entre los cuales se encuentra el lavado de dinero, pero siempre que el delito-base sea uno cuya investigación también dé lugar a la medida, cual es el caso de algunos delitos de corrupción (cohecho y soborno calificado, estafa, pero no administración desleal o apropiación indebida de patrimonio estatal[19]). Más restrictivo aún es el régimen del registro remoto u *online* (§ 100b StPO), que además del examen de proporcionalidad, solo está permitido respecto de casos especialmente graves de lavado de dinero, conforme al § 261 V StGB, específicamente cuando el sujeto se dedica al delito profesionalmente o como miembro de una banda que se ha formado para la comisión continuada de lavado de dinero, y que el delito-base sea uno cuya investigación también dé lugar a la medida, lo que en este caso, para casos de corrupción, solo es posible si los bienes provienen de un caso especialmente grave de cohecho o soborno calificado en los términos del § 335 II StGB, esto es, o bien que el hecho verse sobre un beneficios de grandes dimensiones, o que el sujeto continuamente acepte beneficios que ha solicitado para realizar actos de servicio con

---

19 En el derecho alemán no hay delitos funcionarios que protejan el patrimonio público, se aplican los tipos patrimoniales comunes.

infracción de sus deberes en el futuro, o que el sujeto haya actuado profesionalmente o como miembro de una banda que se ha formado para la comisión continuada de estos delitos; no se considera ningún delito patrimonial como delito-base relevante. Este último régimen es el mismo que se aplica a la vigilancia acústica en viviendas (§ 100c StPO). Por el contrario, la vigilancia acústica fuera de viviendas (§ 100f StPO) está sometida a las mismas exigencias que rigen para la vigilancia de telecomunicaciones del § 100a StPO.

Respecto del acceso a los datos de tráfico de telecomunicaciones (§ 100g StPO), la legislación alemana es inusitadamente exigente. Mediante Ley de 21 de diciembre de 2007 (BGBl. I, 3198), que trasponía al derecho alemán la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, se introdujeron en la Ley de Telecomunicaciones (TKG) artículos que imponían a las empresas proveedoras de telecomunicaciones el almacenamiento de los datos de tráfico de sus clientes, por seis meses, a disposición de los órganos de persecución penal (§§ 113a y 113b TKG), mientras que el acceso a ellos por parte de estos órganos estaba regulado en el § 100g StPO, que también fue modificado. Esta regulación fue declarada inconstitucional por sentencia de 2 de marzo de 2010, en lo fundamental, por ser incompatible, en opinión del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), con el Art. 10 de la Constitución (secreto de las comunicaciones), en ausencia de razones concretas que justificaran el almacenamiento masivo de datos personales por un período tan extenso, además de objetarse la parquedad de la regulación de la ley en cuanto a seguridad de los datos, su uso, transparencia y remedios legales a disposición de los afectados (BVerfGE 125, 260)[20]. Pues bien, a consecuencia de ello, mediante la Ley de 10 de diciembre de 2015 (BGBl. I, 2218) se estableció el nuevo régimen, que distingue entre dos tipos de datos: por una parte, aquellos que es indispensable conservar por un cierto tiempo, generalmente acotado, para los efectos de que las compañías puedan hacer posibles las

[20] Cabe llamar la atención en cuanto a que, con posterioridad, a solicitud del Tribunal Superior de Irlanda y del Tribunal Constitucional de Austria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea revisó la validez de la mencionada Directiva 2006/24/CE y la invalidó, mediante sentencia de 8 de abril de 2014, en los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12.

comunicaciones y calcular el consumo que sirve de base para cobrar por sus servicios (§ 9 Ley de protección de datos y de la esfera privada en la telecomunicación y medios a distancia, TTDSG), así como para detectar, limitar y corregir fallas de servicio o para descubrir o impedir usos ilícitos del servicio (§ 12 TTDSG); y, por la otra, aquellos datos de tráfico que, como era el caso con la regulación declarada inconstitucional, debían conservarse a disposición de los órganos de persecución (ahora, § 176 TKG). En el proceso penal, el acceso a los primeros (supuesto que aún estén disponibles) es posible respecto de la investigación de delitos de relevancia, pero sin referencia a un catálogo taxativo (lo mismo rige para la obtención del número de aparato de un teléfono móvil o de la tarjeta utilizada, así como de la ubicación de un teléfono móvil, de acuerdo con el § 100i StPO), mientras que el acceso a los segundos, que ahora deben conservarse por solo 10 semanas, salvo los más sensibles que permiten la localización de un sujeto (*Standortdaten*), para los cuales rige un plazo de 4 semanas, está sometido al régimen más estricto de todos, pues solo procede respecto de la investigación de delitos contenidos en un catálogo muy acotado (básicamente de delitos muy graves que afectan bienes jurídicos personalísimos o bienes jurídicos institucionales esenciales), en el que se encuentran los casos especialmente graves de lavado, pero no respecto de ningún delito de corrupción (sobre el contexto de surgimiento del nuevo precepto, Henrichs & Weingast, 2023: núm. marg. 1 ss.; en español, Rolón, 2015). Respecto de datos de uso de medios telemáticos, se prevé una regulación muy similar en el § 100k StPO. Estas dos medidas no solo requieren autorización judicial, sino que, además, en principio y a diferencia de la mayoría de las medidas precedentemente presentadas, deben ser comunicadas a los afectados.

En cuanto a la acción de agentes encubiertos, esta solo requiere conformidad del Ministerio Público, a menos que la investigación se dirija contra un sujeto determinado o se pretenda ingresar gracias a la identidad falsa a un lugar que no sea de libre acceso, casos en los cuales se requiere autorización judicial, y en todo caso supone que sea necesaria para la investigación de delitos de cierta relevancia en materia de tráfico ilícito de drogas o armas o de falsificación de moneda o sellos, o bien cuando se han cometido actuando profesional o habitualmente o como miembro de una banda (§ 110 StPO). En

cuanto a las entregas vigiladas, estas se consideran cubiertas por disposiciones generales relativas a la actividad policial, aunque hay previsión expresa (aunque no regulación) en la Ley sobre cooperación internacional en materia penal (§ 91c II 2 c] bb] IRG). A nivel reglamentario, existen disposiciones específicas en los Núm. 29a a 29d de las Directivas para el procedimiento penal y contravencional del Ministerio de Justicia Federal, que regulan las relaciones entre policías y Ministerio Público. Si la medida se extiende en el tiempo (más de 14 horas continuadas o en más de dos días), debería aplicarse el § 163f StPO sobre vigilancia prolongada, que exige autorización judicial.

Por último, en lo concerniente al secreto bancario, existe pleno acuerdo en cuanto a que este, que tiene una base estrictamente contractual, no constituye un obstáculo para la pretensión estatal de esclarecimiento de los hechos, cuando menos en sede penal. Si bien un deber de atender los requerimientos del Ministerio Público, de acuerdo con el § 161 de la StPO, solo rige para órganos estatales, en este caso para bancos estatales, no se discute que el Ministerio Público también puede dirigir sus requerimientos de información a bancos privados, los que, si bien no tienen un deber jurídico de colaborar, en general lo hacen, porque el órgano de persecución penal tiene atribuciones para acceder compulsivamente a la información, mediante el interrogatorio de sus empleados (§ 161a StPO) o la entrega obligatoria de objetos o documentos (§ 95 StPO), todo sin necesidad de autorización judicial y de la mano de facultades coercitivas propias (imposición de apremios económicos o de arresto; solo la imposición de prisión como apremio está reservada al juez). Es en razón de esto que los bancos privados no incurren en responsabilidad frente a sus clientes al entregar voluntariamente la información, por la sencilla razón de que solo adelantan algo que el Ministerio Público puede obtener forzadamente (sobre esto, Weingarten, 2023: núm. marg. 8).

3.2.4. Análisis comparado

En general, en los tres ordenamientos la investigación de casos de lavado de dinero puede contar con todo tipo de medidas intrusivas y técnicas especiales de investigación, aunque con algunas diferencias

significativas. El ordenamiento más restrictivo es, sin duda, el alemán, con una protección de los datos de tráfico que resulta inusitada (salvo respecto de datos por regla general efímeros, y solo para la investigación de delitos muy graves, entre los que no se cuenta el lavado respecto de casos de corrupción) en comparación con la situación en España o en los Estados Unidos, donde rige para cualquier delito, aunque con autorización judicial. También es muy restrictivo en lo que concierne a la investigación del lavado respecto de delitos de corrupción, en la medida en que, por su recurrente recurso a catálogos delictivos y, en el caso del lavado, a listados de delitos-base, el lavado respecto de delitos patrimoniales de corrupción suele no contar con medidas intrusivas relevantes y útiles. En lo demás, tiende a ser también más restrictivo en comparación con España, salvo, tal vez, en cuanto al registro remoto de sistemas computacionales, en que ambos ordenamientos imponen exigencias elevadas. Solo en materia de actuación de agentes encubiertos parece ser más restrictivo el derecho español que el alemán (a menos que se trate de la investigación contra persona determinada o se pretenda ingresar a lugares cerrados, caso en el que se elevan las exigencias del derecho alemán). Las restricciones al registro remoto podrían entenderse en principio desde una perspectiva de proporcionalidad, aunque contrastan disonantemente con el régimen de medidas tanto o más intensas como la interceptación telefónica o el uso de micrófonos ocultos. Menos comprensible aún es la limitación de la actuación de agentes encubiertos, que no implica *per se* compromiso de derechos fundamentales. En lo demás, la gran diferencia entre los ordenamientos europeos y el derecho estadounidense podría verse en la preferencia por la autorización u orden judicial como presupuesto de ejecución de las medidas (salvo en el caso de la circulación o entrega vigilada de bienes, al menos en España; en Alemania solo si no es prolongada), diferencia que debe matizarse, sin embargo, en el caso de España, atendido el rol del juez de instrucción como órgano a cargo de la investigación en el proceso penal de ese país. Desde esa perspectiva, es perfectamente posible que, al menos en aquellos ámbitos donde la ley no impone restricciones específicas, el régimen de control de las medidas intrusivas tecnológicas, respecto de las cuales también se requiere autorización judicial previa en los Estados Unidos y en Alemania, sea más intenso en estos países que en España,

y que la diferencia no sea tan significativa respecto de medidas que en estos ordenamientos no requieren intervención judicial, como el levantamiento del secreto bancario o (parcialmente, en Alemania) la actuación de agentes encubiertos.

Como se puede apreciar, las diferencias no son menores. Es difícil, sin embargo, que puedan allanarse en la medida en que, manifiestamente, obedecen a muy distintas representaciones de lo admisible desde un punto de vista constitucional.

3.3. Experiencias comparadas latinoamericanas

3.3.1. Argentina

La competencia para la persecución del lavado de activos (no así para los delitos base de corrupción) es de la justicia federal, que se ejerce de acuerdo con las reglas del Código Procesal Penal de la Nación. Además de las medidas habituales de investigación, este cuerpo legal prevé, en términos generales, respecto de cualquier delito, la posibilidad de intervenir comunicaciones telefónicas o similares, mediando orden judicial (art. 236 CPP), salvo casos urgentes específicos (delitos de privación de libertad), impertinentes para este estudio. A esto se suman las técnicas especiales de investigación previstas en la Ley 27.319, sobre delitos complejos (agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes y entrega vigilada), aplicable, entre otros, a los delitos del título XIII del libro segundo del Código Penal (art. 2 letra h]), donde se encuentra el lavado de activos. Las técnicas pueden ser empleadas mediando orden judicial a petición del Ministerio Público, aunque también de oficio. Si bien la previsión de la entrega vigilada en esta Ley 27.319 pudiera hacerlo superfluo, la ya mencionada Ley 25.246 dispone, específicamente para la investigación de delitos de lavado de activos, que los tribunales puedan suspender órdenes de detención, diferir dentro del territorio argentino la interceptación de remesas de dinero o bienes de procedencia antijurídica, aun permitiendo su salida del país en contextos de cooperación internacional, suspender el secuestro de instrumentos o efectos del delito investigado y diferir la ejecución de otras medidas de carácter coercitivo o probatorio, todo siempre mediante resolución fundada y

solo cuando la ejecución inmediata de las medidas pudiera comprometer el éxito de la investigación (art. 30).

En lo concerniente al levantamiento del secreto bancario, este procede en general por orden judicial (art. 39 letra a] Ley 21.526, sobre entidades financieras), siendo de destacar, sin embargo y como ya se ha mencionado, que respecto de la UIF no se puede hacer valer el secreto bancario (art. 14 Núm. 1 Ley 25.246). Siendo esto así, es manifiesta la incongruencia normativa, porque si el ente administrativo tiene acceso a la información sin necesidad de orden judicial, con mayor razón debiera tenerlo el órgano de persecución penal.

3.3.2. Brasil

Sin perjuicio de las medidas de investigación previstas en el Código procesal penal (de aplicación supletoria, conforme al art. 17-A), la Ley 9.613 permite el uso de la entrega vigilada (*ação controlada*) y de personas infiltradas para la investigación del lavado de dinero (art. 1 § 6), en principio mediando autorización judicial, que es lo que exigen las principales regulaciones sobre estas técnicas especiales, el art. 53 de la Ley 11.343, sobre drogas, y el art. 10 de la Ley 12.850 (solo respecto de la infiltración), sobre crimen organizado. Por el rango de penas del lavado de dinero, son también procedentes para su investigación las medidas de interceptación telefónica y de captación ambiental de señales electromagnéticas, ópticas o acústicas, reguladas por la Ley 9.296, mediando autorización judicial.

En lo que concierne al levantamiento del secreto bancario, secreto regulado por la Ley Complementaria 105, de 10 de enero de 2001, sin perjuicio de que no se considera violación de él la comunicación a las autoridades de la práctica de ilícitos penales o administrativos, incluyendo el suministro de información sobre operaciones que envuelvan recursos provenientes de cualquier actividad delictiva (art. 1 § 3 IV), su levantamiento puede ser decretado judicialmente, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento, para el esclarecimiento de delitos, especialmente respecto de ciertos crímenes entre los que se cuenta el lavado de dinero (art. 1 § 4 VIII).

3.3.3. Chile

En lo concerniente a la investigación del Ministerio Público se prevé un régimen excepcional de secreto de ella (permanente para terceros, respecto del imputado hasta por seis meses y por sola decisión del fiscal, renovable por hasta seis meses más con autorización judicial, art. 31 de la Ley Núm. 19.913)[21] y le son aplicables las mismas facultades previstas para la investigación de los delitos relativos a estupefacientes, mediante una remisión a la Ley Núm. 20.000, que trata dichos delitos. Entre dichas facultades se cuentan la de efectuar actuaciones fuera del territorio nacional o sin previo conocimiento del afectado y la de aplicar "técnicas especiales de investigación", como la entrega u operación vigilada, la utilización de agentes encubiertos e informantes (sin necesidad de autorización judicial, conforme al art. 25 de la Ley Núm. 20.000), la interceptación de comunicaciones y demás medios técnicos (art. 33), sin perjuicio de que, por el carácter de crimen del delito de lavado (pena abstracta que supera en alguna parte los cinco años de privación de libertad), son procedentes, mediante autorización judicial solicitada por el Ministerio Público, las medidas generales de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas y de otras formas de comunicación similares (art. 222 CPP)[22], el recientemente incorporado "registro remoto de equipos informáticos" (art. 225 bis CPP) y la captación, grabación y registro subrepticio de imágenes o sonidos en lugares cerrados o que no sean de libre acceso al público (art. 226 CPP). En virtud de estas disposiciones especiales o generales aplicables a la investigación específica del lavado en cuanto tal, es que resulta irrelevante para dicha investigación el nuevo régimen para la investigación de supuestos de criminalidad organizada establecido en el Código

---

21 La constitucionalidad del art. 31 de la Ley Núm. 19.913 fue confirmada por STC Rol Núm. 9.279-20, de 25 de marzo de 2021.

22 La ley habla solo de "otras formas de comunicación", pero es manifiesto que la regulación más exigente (solo aplicable respecto de crímenes) no rige respecto de la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase ni de los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, cuya retención e incautación procede respecto de cualquier delito mediando autorización judicial, según se desprende del art. 218 CPP (lo mismo rige para los registros de llamadas y otros datos de tráfico, de acuerdo con el art. 218 ter CPP).

Procesal Penal mediante la Ley Núm. 21.577, de 15 de junio de 2023, básicamente con el mismo contenido, pero que supone que la actividad delictiva en cuestión sea atribuida a una asociación delictiva o criminal (art. 226 A CPP).

Específicamente en materia de secreto bancario, después de una tortuosa evolución marcada por un celo sin parangón en perspectiva comparada del Tribunal Constitucional chileno, mediante la Ley Núm. 20.818, de 18 de febrero de 2015, se ha llegado a la siguiente situación: mientras que el levantamiento del secreto bancario con fines de investigación penal, sometido en todo caso a autorización judicial, sigue circunscrito a "operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso", lo que supone alguna forma de identificación previa (art. 154 incisos quinto y sexto de la Ley General de Bancos, texto refundido por Decreto con Fuerza de Ley [Hacienda] Núm. 3 de 1997), para los efectos específicos del delito de lavado de dinero esa limitación ya no existe (art. 154 inciso séptimo de la misma ley)[23], con lo cual basta para que sea autorizada judicialmente que el Ministerio Público aporte antecedentes que hagan plausible la necesidad de revisar los movimientos bancarios de determinados sujetos.

3.3.4. México

No hay reglas especiales para la investigación del delito de lavado de dinero en el derecho mexicano. Cabe mencionar, sin embargo, que lo que en otras jurisdicciones son medidas excepcionales, no tienen ese carácter en el Código nacional de procedimientos penales de 2014. Así, por ejemplo, para la intervención de las comunicacio-

---

[23] "Con todo, en las investigaciones seguidas por los delitos establecidos en los artículos 27 y 28 [asociación ilícita para el lavado de dinero] de la ley Nº 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero, los fiscales del Ministerio Público, con autorización del juez de garantía, otorgada por resolución fundada dictada en conformidad con el artículo 236 del Código Procesal Penal [sin conocimiento del afectado], podrán requerir la entrega de todos los antecedentes o copias de documentos sobre depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza, de personas, comunidades, entidades o asociaciones de hecho que sean objeto de la investigación y que se relacionen con aquella".

nes privadas, medida que, conforme al art. 291 del Código "abarca todo sistema de comunicación, o programas que sean resultado de la evolución tecnológica, que permitan el intercambio de datos, informaciones, audio, video, mensajes, así como archivos electrónicos que graben, conserven el contenido de las conversaciones o registren datos que identifiquen la comunicación, los cuales se pueden presentar en tiempo real", simplemente se requiere autorización judicial. Lo mismo rige, bajo el mismo artículo, para la extracción u obtención de toda información, incluyendo comunicaciones privadas, contenida en cualquier tipo de dispositivos electrónicos. El único límite de la intervención está dado por las comunicaciones entre detenido (curiosamente no dice imputado, lo que resulta muy problemático) y defensor. Bajo el mismo régimen, el art. 303 permite la localización geográfica en tiempo real de personas, la que, incluso, en casos urgentes ("cuando esté en peligro la integridad física o la vida de una persona… así como en hechos relacionados con la privación ilegal de la libertad, secuestro, extorsión", aunque también en supuestos más ambiguos, como que "se encuentre en riesgo el objeto del delito" o se trate de hechos relacionados con la "delincuencia organizada"), puede ser ordenada directamente por el Ministerio Público, sujeto a ratificación judicial. Por otra parte, las entregas vigiladas y operaciones encubiertas proceden, explícitamente sin necesidad de autorización judicial y sin mayor regulación legal (la que queda encomendada a "protocolos emitidos para tal efecto por el Procurador"), según se desprende del art. 251 primer párrafo IX del Código.

En lo que concierne al levantamiento del "secreto bancario", art. 142 de la Ley de Instituciones de Crédito, si bien establece como regla este secreto, dispone que las instituciones bancarias quedan liberadas de él y obligadas a aportar la información requerida a la autoridad judicial (art. 142 segundo párrafo) y a una serie de otras autoridades con distintos fines, sin necesidad de autorización judicial (aunque "por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores"), autoridades entre las que se cuenta el Fiscal General de la República o su delegado "para la comprobación del hecho que la ley señale como delito y de la probable responsabilidad del imputado" (art. 142 tercer párrafo I; lo mismo rige para los procuradores de los Estados en II).

3.3.5. Perú

La investigación de los delitos de lavado de activos se rige en principio por el Código procesal penal de 2004 (Decreto Legislativo 957), que prevé para delitos graves (y el lavado lo es, por pena y su mención en el art. 24 CPP), entre otras medidas, que el fiscal obtenga autorización judicial para la intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles (art. 230 CPP) y la videovigilancia (sin necesidad de orden judicial si no es en lugares cerrados, art. 207 CPP). Adicionalmente, el Decreto Legislativo 1106 contenía reglas sobre varias técnicas especiales de investigación, la mayoría de las cuales fueron derogadas en 2013 por la Ley 30077, sobre crimen organizado, que es también aplicable a los delitos de lavado de activos, pero solo cuando se cometen por un grupo organizado (arts. 1 y 3 Núm. 20), con lo cual puede preverse una merma relativa de posibilidades de investigación. La Ley 30077 también prevé la intervención de comunicaciones, al parecer sin innovar en cuanto a la necesidad de autorización judicial, así como, en este caso sin necesidad de tal autorización, la circulación y entrega vigilada de objetos delictivos, el uso de agentes encubiertos y la vigilancia y seguimiento de personas (arts. 10 a 15).

En lo concerniente al levantamiento del secreto bancario, es novedoso que este esté previsto directamente, bajo condición de autorización judicial, por el Código Procesal Penal (art. 235 CPP). Lo mismo hace y en los mismos términos el art. 7 del Decreto legislativo 1106, único precepto sobre medidas intrusivas que no fue derogado por la mencionada Ley 30077, sobre crimen organizado. Por último, esta última ley también prevé en su art. 16 el levantamiento del secreto bancario, pero siempre sujeto a autorización judicial, con lo cual no se aprecia ventaja alguna respecto del régimen general del art. 235 CPP o del art. 7 del Decreto Legislativo 1106, que, como se ha dicho, no fue derogado.

3.3.6. Análisis comparado

Por el carácter inaparente de la actividad delictiva del lavado de dinero (supra I), merece aprobación que en todos los ordenamien-

tos analizados están disponibles para la investigación del lavado de dinero medidas intrusivas y técnicas especiales de investigación (distintas formas de interceptación de telecomunicaciones, actividad de agentes encubiertos, entregas vigiladas, etc.) que no necesariamente estarán disponibles para la investigación de delitos menos complejos o menos graves. Las únicas aprensiones que pueden levantarse al respecto dicen relación con el necesario control del ejercicio de estas facultades, de modo de evitar posibles abusos, específicamente, que se empleen medios extraordinarios en casos que no lo ameritan, con el simple expediente de invocar la investigación de ciertos delitos que luego se esfuman. Sin perjuicio de las reglas que disponen que los resultados del empleo de dichos medios extraordinarios solo pueden servir como prueba en el enjuiciamiento de delitos en cuya investigación hubieran podido emplearse, no estaría de más alguna instancia de rendición de cuentas y evaluación del uso de tales medios. En esa línea podría considerarse el tímido avance que representa al nuevo art. 226 M del Código Procesal Penal chileno, que prevé que el Fiscal Nacional del Ministerio Público deba dar cuenta, anualmente, sobre el uso de estos medios extraordinarios tanto a la Comisión de Seguridad Pública del Senado como a la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, en sesiones reservadas. La timidez de la norma se aprecia en la formulación de aquello sobre lo cual se debe rendir cuenta ("el número de medidas especiales utilizadas de conformidad con este Párrafo, con la Ley Núm. 20.000 y con la Ley Núm. 19.913 y sobre sus efectos"), que sugiere un ejercicio casi estadístico, más de efectividad que de razonabilidad.

Por otra parte, que la intervención de agentes encubiertos o similares no esté sometida a autorización judicial (como es el caso en Chile, México y Perú) no resulta especialmente problemático, entendiendo que se trata de actividades que no implican *per se* vulneración de garantías fundamentales. Con todo, no parece tampoco que la exigencia de autorización judicial sea un obstáculo para una investigación adecuada de los hechos.

Por último, de acuerdo con las orientaciones del derecho internacional, todos los ordenamientos analizados hacen prevalecer el interés de la persecución penal del lavado por sobre el secreto bancario (incluso el derecho chileno, el más extremo en la protección

de dicho secreto tratándose de la investigación de otros delitos). La mayoría lo hace depender de una autorización judicial, salvo México, sin perjuicio de que debe destacarse la incongruencia observada en Argentina, donde la ley procesal penal la requiere expresamente, en circunstancias en que la UIF no la necesita. Aquí se entiende que la intensidad de la intromisión que representa el levantamiento del secreto bancario es significativamente menor que otras, por lo que se podría prescindir de la exigencia de autorización judicial previa. Sin embargo, se entiende también que es una cuestión opinable, condicionada por los rasgos del debate constitucional de cada ordenamiento, por lo que no se aprecia base suficiente como para proponer la prescindencia de tal autorización.

3.4. La situación en Colombia y su comparación con los ordenamientos latinoamericanos

En cuanto a la investigación del delito de lavado, conforme al Código de Procedimiento Penal (CPP) de 2004 (Ley 906) son procedentes tanto la interceptación telefónica y la obtención de datos transmitidos o manipulados a través de redes de telecomunicaciones (arts. 235 y 236 CPP), en la medida en que se faculta en términos generales al fiscal, es decir, para la investigación de cualquier delito, a disponerlas directamente, sin necesidad de autorización judicial previa, sino solo con sujeción a un examen de legalidad posterior en sede judicial (art. 237 CPP, solo la renovación de la medida luego de 6 meses debe ser autorizada previamente por el juez, art. 235), lo que constituye una significativa excepción en el contexto comparado. Bajo el mismo régimen se permite la vigilancia y seguimiento de personas con el apoyo de medios tecnológicos (art. 239 CPP), la entrega vigilada, con expresa consideración de la apertura de productos financieros para hacer posible la entrega o recepción de dinero (art. 243 CPP) y el uso de agentes encubiertos (art. 242 CPP), siendo de destacar que existe una previsión específica para operaciones encubiertas contra la corrupción, el art. 242A CPP, que junto con hacer procedentes estas operaciones en la investigación de estos delitos, exonera de responsabilidad a los agentes que intervenga en los delitos cometidos por la persona investigada.

Por último, en lo concerniente al levantamiento de la reserva bancaria, el propio art. 15 de la Constitución colombiana, que sirve de sustento a dicha reserva, prevé que se pueda exigir la presentación de documentos privados "[p]ara efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado… en los términos que señale la ley", en tanto que la ya mencionada Ley 526 dispone en su art. 9 que la reserva no rige frente a la UIAF, y el art. 105 del Estatuto prevé que los sujetos obligados deben entregar la información que recopilen en cumplimiento de sus deberes tanto a la UIAF como a la fiscalía.

Como se puede apreciar, el derecho colombiano es el que pone menos cortapisas a la investigación de delitos en general, y de lavado de dinero, en particular, de todos los analizados. Ya se ha mencionado en la sección de valoración comparativa del apartado anterior que la acción de agentes encubiertos o el levantamiento del secreto bancario sin autorización judicial previa configuran un régimen plausible, sin perjuicio de las posibles dificultades constitucionales para imponerlo en todos los ordenamientos. Por el contrario, respecto de otras diligencias de investigación, entre ellas algunas tan sensibles como la intervención de comunicaciones en tiempo real y semejantes, la situación del derecho colombiano, con su modelo de acción directa y posterior examen de legalidad en sede judicial, es completamente excepcional y no parece susceptible de expansión. Todos los demás ordenamientos consideran un régimen de autorización judicial previa (y en algunos casos solo disponible para la investigación de delitos graves), que solo admite excepciones en casos de suma urgencia (en Argentina o, más restringidamente, en México, por ejemplo), donde incluso se puede discutir si se trata de una diligencia de investigación y no derechamente de evitación o interrupción delictiva, es decir, acciones policiales conceptualmente previas al proceso penal.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. América Latina

En lo que respecta a la tipificación del lavado de dinero, solo parecería conveniente que todos los ordenamientos consideren un

tipo de simple contacto consciente (la excepción al respecto es Argentina, que exige en todo caso idoneidad para el ocultamiento del origen delictivo de los bienes), siendo razonable la previsión de una pena más baja para este supuesto, como ocurre en el derecho estadounidense. Asimismo, sería conveniente despejar el *status* del autolavado en aquellos ordenamientos en que no es claro, considerando que la regulación puede ser una buena oportunidad para precisar sus alcances y excluir de modo seguro puniciones dobles injustificadas. Por el contrario, no parece necesario (ni conveniente) seguir el ejemplo del derecho chileno o español (y aparentemente también del peruano) en cuanto a reprimir la realización típica con negligencia grave. Por último, si bien esto no incide en la represión del lavado de bienes provenientes de delitos de corrupción, parece razonable reconsiderar el sistema de catálogo de delitos-base, que solo se mantiene en Chile y Colombia.

En lo que respecta al sistema administrativo de prevención y detección del lavado de dinero, este es muy similar en todos los ordenamientos de la región analizados, a pesar de que exhibe densidades normativas muy diferentes, lo que es aún más notorio si se comparan los ordenamientos regionales con una legislación europea como la española. Ahora bien, esto no significa que los alcances de los sistemas sean muy distintos, pues la parquedad legal se ve en general compensada con normas administrativas que tienden a ajustarse a los requerimientos de GAFILAT y se evalúan periódicamente. Lo que sería deseable, en consecuencia, es solo una mayor definición legal de los deberes básicos de los sujetos obligados, de modo de hacerlos más accesibles y asegurar que su imposición y supervisión no dependa solo de la proactividad de la agencia competente. Mucho más importante sería el establecimiento de un mecanismo de adaptación flexible y expedito del ámbito de aplicación subjetivo de los deberes establecidos por la ley, es decir, del universo de sujetos obligados, de acuerdo con las condiciones cambiantes de la realidad en cada país. En este sentido destaca la situación de Perú y Colombia (sin perjuicio de las dudas sobre la formulación del sistema en este último caso), aunque podría perfeccionarse. Con una definición legal clara sobre las características de vulnerabilidad de un mercado o actividad que justificarían su incorporación al círculo y un buen sistema de rendición de cuentas y control sobre las decisiones concretas al respecto,

debiera obtenerse la necesaria flexibilidad sin temer objeciones atendibles de constitucionalidad. Así, por poner un ejemplo al que se le ha prestado especial atención en este trabajo, no es razonable esperar una ley para que los servicios de intermediación sobre criptoactivos queden sujetos a los deberes del sistema antilavado (como fue hasta hace poco la situación en Argentina y, en definitiva, también en Chile). Con todo, sería conveniente que la incorporación de nuevos sujetos obligados se hiciera de un modo que permita acceder de un modo claro y sencillo al conjunto.

De hecho, sobre la posible inclusión de los abogados como sujetos obligados (paso que se ha dado explícita o implícitamente en el Perú y en México), aquí se ha defendido que esta es atendible en la medida en que se preserve, sin restricciones injustificadas, el secreto profesional, para lo cual el método más adecuado parece ser el inverso al usual en las recomendaciones de *soft law* o en el derecho comparado, que dejan como excepción genérica lo que está cubierto por el secreto profesional, sin mayores precisiones; en vez de eso, parece conveniente definir positivamente qué tipos de actividades no están cubiertas por el secreto profesional y referir a ellas los deberes de información que pueden pesar sobre los abogados como sujetos obligados. Al respecto, la fórmula peruana merece consideración.

En cuanto al diseño institucional y las facultades de las distintas agencias administrativas, convendría superar ciertas ambigüedades, como la que se observa en México entre la Secretaría y la Unidad, o parcialmente en Colombia, entre la UIAF y los órganos sectoriales de supervisión, de lo que depende también la intensidad con que es necesario proveerlas de facultades operativas más robustas, considerando la profunda diferencia que existe, por ejemplo, entre la UIF argentina y el COEF brasileño (y en principio la UIAF colombiana). Si bien no es indispensable para el cumplimiento adecuado de su cometido, una cierta orientación hacia la lógica de la persecución penal (como se aprecia en el caso argentino) puede contribuir a una actividad más eficaz y menos condescendientes con los intereses propios de los actores del mercado.

En lo que concierne a las medidas intrusivas y técnicas especiales de investigación, en la medida en que la investigación del lavado de dinero en todos los países analizados puede contar en general con

todas ellas y que, en los casos en que hay diferencias entre el régimen en un país y otro (básicamente, exigencia de autorización u orden judicial) obedece a cuestiones constitucionales propias de cada uno, no se aprecia necesidad de proponer modificaciones.

Por último, en cuanto al levantamiento del secreto bancario, si bien existen diferencias en cuanto a sus presupuestos, no se aprecia ningún caso en que el acceso a la información se vea obstaculizado de modo exagerado, de tal suerte que, tratándose, además, de una cuestión con alcances constitucionales distintos en cada ordenamiento, no se aprecia necesidad de uniformidad.

4.2. Colombia

Además de las propuestas para el resto de los países latinoamericanos analizados, para Colombia cabe insistir en la conveniencia de revisar en la tipificación del lavado de dinero el sistema de catálogo de delitos-base, que se está abandonando paulatinamente en el mundo y en la región, así como de despejar el *status* del autolavado.

En lo que concierne al diseño institucional, es perfectamente posible que un sistema descentralizado, en el sentido de que las funciones de supervisión estén repartidas entre distintas autoridades, funcione adecuadamente, como muestra el sistema estadounidense. En el caso colombiano, en cambio, parece conveniente revisar el modelo, no necesariamente en términos de propender a una centralización, que puede traer consigo desaprovechamiento de conocimiento experto sectorial, pero sí de fortalecer la coordinación o, más aún, el alineamiento político de las agendas sectoriales a los fines propios del sistema antilavado. Asimismo, parece conveniente un reforzamiento de las facultades operativas de la UIAF o bien una explicitación de las facultades de los demás órganos competentes, específicamente desde el punto de vista del sistema antilavado.

En cuanto al círculo de sujetos obligados, ya se ha destacado la flexibilidad que al respecto ofrece el derecho colombiano, sin perjuicio de apuntar la necesidad de despejar las dudas que, al menos a un observador extranjero, suscita la legalidad de las atribuciones que al respecto ha reclamado la UIAF, además de instar por un sistema de

rendición de cuentas y control de las decisiones concretas al respecto de los distintos órganos competentes y por un mecanismo para preservar una imagen de conjunto accesible.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Albertz, P. (2019). *Delito de lavado de activo y deberes positivos*. Santiago de Chile: DER.

Barreto da Rosa, S. (2023). "§ 43 GwG". En: Herzog, F. & Achtelik, O. (Coords.): *Geldwäschegesetz (GwG)*. 5 ed. München: Beck.

Bermejo, M. (2015). *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons.

Bottini, P. (Octubre 29 de 2019). "*Mudança do Coaf para o BC e o combate à lavagem de dinheiro*". *Consultor Juridico*. https://www.conjur.com.br/2019-out-29/direito-defesa-mudanca-coaf-bc-combate-lavagem-dinheiro/

Braga, R. (2013). *Lavagem de Dinheiro-Fenomenologia, Bem Jurídico Protegido e Aspectos Penais Relevantes*. 2 ed. Curitiba: Juruá.

Brond, L. (2017). "Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado". *Revista de Estudios de la Justicia*. Núm. 26. Pp. 75-95.

Calaza, S. (2021a). "Lección 14". En: Gimeno, V., Díaz, M. & Calaza, S. (Coords.). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 265-292.

Calaza, S. (2021b). "Lección 16". En: Gimeno, V., Díaz, M. & Calaza, S. (Coords.). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 319-342.

Ciarabellini, J. (2020). "Cryptocurrencies' Revolt against the BSA: Why the Supreme Court Should Hold That the Bank Secrecy Act Violates the Fourth Amendment". *Seattle Journal of Technology, Environmental & Innovation Law (SJTEIL)*. Vol. 10(1). Pp. 135-180.

Contreras, M. (2024). "El delito de lavado de dinero". En: Navas, I. (Dir.). *Derecho penal económico. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 437-471.

Córdoba, F. (2023). *Delito de lavado de dinero*. 5 reimp. Buenos Aires: Hammurabi.

Day, M., Noonan, L. & Capone, E. (2023). "USA". En: Brooker, S. & Day, M. (Dirs.). *Anti Money Laundering Laws and Regulations 2023-2024*. London: ICLG.

El-Ghazi, M. (2023). "§ 261 StGB". En: Herzog, F. & Achtelik, O. (Eds.). *Geldwäschegesetz (GwG)*. 5 edición. München: Beck.

Fabra, M. (2015). *Capítulo III*. En: Vidales, C. (Coord.). *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*. Valencia: Tiran lo Blanch. Pp. 91-147.

Figura, J. (2023a): "§ 2 GwG". En: Herzog, F. & Achtelik, O. (Eds.). *Geldwäschegesetz (GwG)*. 5 ed. München: Beck.

Figura, J. (2023b): "§ 10 GwG". En: Herzog, F. & Achtelik, O. (Eds.). *Geldwäschegesetz (GwG)*. 5 ed. München: Beck.

García Cavero, P. (2015): *Derecho penal económico. Parte especial*. 2 ed. Lima: Instituto Pacífico.

García Ramírez, E. (2021). *Lavado de dinero. Análisis jurídico del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.

Henrichs, S. & Weingast, K. (2023). "§ 100g StPO". En: Barthe, C. & Gericke, J. (Eds.). *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. 9 ed. München: Beck.

Hernández Quintero, H. (2018). "El lavado de activos en Colombia: consecuencias del cambio de la receptación a un tipo penal autónomo". *Nuevo Foro Penal*. Vol. 14(90). Pp. 174-194.

Hespeler, G. (2022). "The misguided activism of the cryptocurrency industry: reckoning with the bank secrecy act of 1970". *Colorado Technology Law Journal*. Vol. 20(1). Pp. 145-160.

Lloyd, C. (2020). "The privacy revolution begins: did carpenter just give bitcoin users chance to strike down the bank secrecy act?". *George Washington Law Review*. Vol. 88(1). Pp. 204-238.

Pompa, G. (2021). *Prevención de lavado de dinero. Tópicos administrativos, penales y procedimentales*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.

Rodríguez, P. & Bermejo, M. (2001). *Prevención del lavado de dinero en el sector financiero*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Rolón, D. (2015). "Acceso procesal a datos alojados en el proveedor de servicios de telecomunicaciones (TSP) según la Ordenanza procesal penal alemana". *Revista de Estudios de la Justicia*. Núm. 23. Pp. 145-174

Sintura, F., Martínez, W. & Quintana, F. (2014). *Sistemas de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo*. 2 ed. Bogotá D.C.: Legis.

De Souza, J. (2019). *Lavagem de Dinheiro-Comentários à Lei 9.613/1998 com Alterações da Lei 12.683/2012*. 2 ed. Curitiba: Juruá.

Toso, A. (2023). *Lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Modelo de compliance derivado de la Ley Nº 19.913 y su normativa de desarrollo*. Santiago: Tirant lo Blanch.

Vargas, R. & Ruiz, C. (2017). "El delito de lavado de activos en Colombia". En: Vargas, A. & Vargas, R. (Comps.): *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*, Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda. Pp. 15-47.

Weingarten, J. (2023). "§ 161 StPO". En: Barthe, C. & Gericke, J. (Eds.). *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. 9 edición. München: Beck.

6. Conclusiones

AGUSTINA ALVARADO URÍZAR*
HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO*
HÉCTOR OLASOLO*

1. INTRODUCCIÓN

Como se indicó al inicio de este volumen, esta obra colectiva se ocupa fundamentalmente de aspectos relacionados con la investigación penal de hechos constitutivos de corrupción, teniendo en especial consideración, por una parte, su carácter clandestino y transnacional; y, por otra, su relación con el crimen organizado. En este sentido, se identifican dos grandes materias sobre las que es necesario profundizar para contar con una persecución penal eficaz en este ámbito, a saber: de un lado, la cuestión referida a la obligación

* Doctora en Ciencias Jurídicas, mención Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Estatal de Milán y Universidad de Girona. Profesora Asistente de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Andrés Bello, Quillota 980, Viña del Mar, Chile. ORCID: 0000-0003-3520-054X.

* Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Legum Magister y Doctor en Derecho por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau (Alemania). ORCID: https://orcid.org/0009-0006-9985-7507.

* 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 de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (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). Director Académico 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.

de comunicación de la investigación penal y el plazo para su desarrollo y, de otro, el acceso al empleo de medidas intrusivas especiales (principalmente tecnológicas) y de técnicas especiales de investigación (concepto bajo el cual se alude sobre todo a la intervención de agentes encubiertos y figuras similares, así como el recurso a entregas u operaciones vigiladas).

Sobre lo primero, el capítulo 1, a cargo de Correa, pone de manifiesto cómo es que el conocimiento por parte del imputado y de terceros de la existencia misma de una instrucción llevada por los órganos de persecución penal incide en el éxito de dicha instrucción. Ello no solo por el riesgo de que se pongan obstáculos a la investigación a través de la destrucción de pruebas o la filtración de piezas sensibles para su desarrollo, sino que, también, por la consecuente pérdida de la posibilidad de recurrir al empleo de diligencias intrusivas como medidas efectivas de búsqueda de evidencia que, para su éxito, suponen que el imputado no tenga conocimiento de la persecución de que es objeto.

En atención a que la problemática esbozada requiere plantear una especial regulación del secreto de la indagatoria como excepción a la regla de publicidad como garantía del imputado, esta sección también se hace cargo del plazo de duración de la investigación, con el objetivo de conciliar el fin pragmático del secreto con el ejercicio del derecho a defensa de los imputados. Por último, en consideración a las características especiales de este tipo de investigaciones y del fenómeno delictivo sobre el que recaen, Correa plantea la introducción de planes de investigación adecuados a dichas características, que sirvan de marco de actuación predefinido para encarar más eficientemente su persecución.

Al hilo de lo anterior, el segundo gran tema anotado se encuentra referido a las técnicas especiales de investigación a cuyo estudio se dedican los restantes cuatro capítulos que componen la obra. En este orden de ideas, Alvarado principia con las interceptaciones telefónicas, que en el contexto tecnológico actual ya se pueden considerar medidas "tradicionales" (capítulo 2), y continúa luego con otras medidas intrusivas más recientes basadas en nuevas tecnologías (capítulo 3).

Si bien se trata de diligencias que, en general, utilizan un mismo marco normativo de referencia, precisamente a partir de la regulación prevista para las interceptaciones telefónicas, se ha preferido separar su análisis para ofrecer una revisión más detallada de cada una de sus especificidades y enfocar a ambas como parte de un recurso investigativo más amplio que se enmarca en las denominadas técnicas de videovigilancia.

La utilidad y necesidad de este tipo de medidas para el esclarecimiento y enjuiciamiento de casos de corrupción resulta indudable, algo que en general también reconocen las legislaciones latinoamericanas. Por ello, la autora se encarga especialmente de destacar las exigencias que acompañan o, en su caso, deberían acompañar la previsión normativa de estas herramientas con el objetivo de promover su legítima aplicación desde el punto de vista de la proporcionalidad en relación con los derechos fundamentales involucrados en su uso.

A continuación, en el capítulo 4, Alcaíno trata las técnicas especiales consistentes en la infiltración subrepticia de agentes encubiertos o colaboradores destinados a recabar información principalmente en el seno de agrupaciones u organizaciones dedicadas a actividades delictivas, con el objetivo de determinar sus partícipes y dinámicas de actuación, como presupuesto para su persecución penal y la evitación de nuevos delitos. El autor no solo aborda la conveniencia y necesidad de acudir a este recurso de investigación, sino que también se detiene en el modo en que deben afrontarse los casos en que los infiltrados, en el marco de sus funciones, deban incurrir en conductas constitutivas de delito, como aspecto especialmente sensible por el impacto, tanto procesal como social, que puede causar su empleo irregular.

Los estudios particulares finalizan con el trabajo de Hernández (capítulo 5), quien, a propósito del delito de lavado de dinero como componente esencial de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), se detiene en la disponibilidad de cada una de las medidas intrusivas tecnológicas y de las técnicas especiales de investigación antes descritas respecto de la investigación de dicho delito. Además, analiza también el levantamiento del secreto bancario con fines de investigación, así como la principal fuente de indicios del lavado, que es el régimen administrativo de prevención a través

de agentes privados (sujetos obligados) llamados a colaborar con agencias estatales de análisis financiero.

Cada una de estas temáticas han sido analizadas desde una perspectiva comparada que tiene a la vista los principales estándares internacionales que les son aplicables, y su actual regulación en: (a) países latinoamericanos que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú); y (b) ciertos países no latinoamericanos que ejercen una especial influencia en América Latina (principalmente, España, y Estados Unidos), son relevantes por su experiencia en materia de persecución del COT (como es el caso de Italia) o cuentan con un procedimiento penal que exhibe similitudes importantes con diversos ordenamientos de la región (como es el caso de Alemania).

El presente capítulo sistematiza las conclusiones alcanzadas por los autores, dejando para el siguiente la presentación unificada de las principales recomendaciones que han sido formuladas a lo largo de la obra.

2. LA OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL, EL PLAZO PARA SU DESARROLLO Y LOS PLANES DE INVESTIGACIÓN

2.1. Consideraciones preliminares y estándares internacionales

Correa inicia su análisis sobre la obligación de comunicar la existencia y el objeto de la investigación penal y sus límites a partir de la consideración del derecho a la información como una de las proyecciones que integran el ejercicio del derecho a defensa del imputado, reconocido en los arts. 14.3 PIDCP y 8.2.b) CADH. Básicamente, este derecho impone la obligación de que el ente persecutor informe los hechos que en concreto se le atribuyen al imputado, así como su calificación jurídica (incluyendo los aspectos referidos al *iter criminis* y a la participación criminal) y los antecedentes de la investigación que obran en su contra.

Según el estándar internacional, constituido por el art. 14.3 PIDCP y el art. 6° CEDH, esta información tiene además que ser entregada "sin demora" o "en el más breve plazo", respectivamente. Con todo, esta publicidad que caracteriza a la comunicación de la investigación concreta y, en general, el acceso a su contenido, reconoce ciertas limitaciones que, en los términos del art. 8° CADH, se fundamentan en la necesidad de "preservar los intereses de la justicia", y que se pueden traducir en la exigencia de garantizar el éxito de la investigación y la protección de bienes jurídicos superiores.

Así, en este contexto el autor pone de manifiesto las negativas consecuencias que el acto de poner al imputado y a terceros en conocimiento de una investigación concreta puede generar para la eficaz consecución de sus fines, pudiendo llegar a ser irreversibles. En este sentido, el autor enfatiza el hecho de que la gran mayoría de diligencias basadas en técnicas especiales de investigación suponen que el imputado o terceros afectados por ellas no tengan conocimiento de que están siendo actualmente sometidos a investigación, de modo que mantener la reserva al respecto constituye un elemento esencial para asegurar el éxito de esta clase de medidas.

De este modo, Correa considera que lo más conveniente es adoptar una regulación que asegure la convivencia armoniosa entre ambos valores: de una parte, la vigencia del derecho a información del imputado; y, de otra, la eficacia de la investigación. A partir de esta premisa propone una cierta morigeración del principio de publicidad de la investigación (y, en general del procedimiento) que ampara a los intervinientes en el proceso penal (en particular a quienes lo hacen en calidad de imputados) y, a su vez, un fortalecimiento del secreto de la indagatoria para terceros ajenos al proceso.

De esta manera, el autor se detiene, en primer lugar, en la opción consistente en consagrar la posibilidad de decretar el secreto de ciertas actuaciones o diligencias por un plazo variable, aunque cuidando los límites que impone el ejercicio del derecho de defensa, de manera tal de evitar su uso abusivo, también, eventualmente, para fines diversos de los apuntados.

En segundo lugar, que la consecución de los fines de la investigación exija matizar en parte garantías propias del imputado, a través

del establecimiento de mayor espacio para el secreto de ciertas piezas de la indagatoria, pone inmediatamente en el debate la cuestión relativa a la duración del secreto, de la indagatoria y del proceso penal en su globalidad. De este modo, para comenzar el estudio sobre el plazo de desarrollo de la investigación, Correa destaca la consagración internacional del denominado derecho a ser juzgado en un plazo razonable, en los arts. XXV DADDH, 6.1 CEDH, 7.5 y 8.1 CADH, 9.3 PIDCP, 40.2.b.iii de la Convención sobre los Derechos del Niño, 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, X y XI de la Convención Americana sobre desaparición forzada de personas, y 6, 12 y 13 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Con todo, el autor subraya que se trata de otro derecho del imputado que también requeriría ser sopesado a la luz de las características especiales que despliega la mayor complejidad del fenómeno delictivo objeto de persecución. En efecto, la jurisprudencia tanto de la Corte IDH como del TEDH se han pronunciado en favor de la denominada doctrina del no plazo, en el sentido de que no cabe una duración determinada o absoluta cuantificable en términos de días, semanas, meses o años, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser evaluado por los jueces caso a caso, para establecer si la duración fue razonable o no lo fue. Para ello se afirma la necesidad de considerar factores tales como la duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, la gravedad del hecho imputado, la actitud del inculpado, la conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes.

En este orden de cosas, debe reconocerse que la investigación de la corrupción, y particularmente de aquella asociada al COT, con sus particularidades, requiere un amplio margen temporal que le permita lidiar con la clandestinidad y sofisticación en el empleo de estrategias de ocultación de diversas operaciones y de quienes resultan involucrados en ellas.

En este sentido, la indagación debe afrontar obstáculos que no se presentan en la persecución de otra clase de criminalidad, como sucede particularmente con el enfrentamiento con las redes de protección de los imputados, que comprenden incluso la captura y coopta-

ción de organismos públicos, así como el impacto social que genera en una opinión pública ávida de resultados inmediatos.

En este orden de ideas, un modo de conciliar una duración acotada de la investigación, sobre todo cuando es secreta, con la necesidad de afrontar debidamente sus complejidades, pasa por considerar medidas especiales de investigación que aseguren la obtención de antecedentes y elementos probatorios de cargo en el menor tiempo posible, aunque sin que ello conduzca a un cierre prematuro de las investigaciones que luego devenga en impunidad. En otras palabras, se trata de promover una mayor eficacia en la investigación, no solo de cara a la finalidad de lograr condenas y evitar espacios de impunidad, sino también para propiciar que los plazos de duración se mantengan en un rango razonable a la luz de los derechos de los imputados.

De este modo, la línea de análisis de estos aspectos conduce a un último gran tema, cual es la necesidad de contar con mayores recursos materiales y humanos para la conducción de esta clase de investigaciones. Sin perjuicio de auspiciar la consagración de fondos especialmente destinados a fortalecer estos aspectos y el más eficiente uso de tales recursos, Correa esboza los denominados planes de investigación. Se trata de automatizar la clase de respuestas o estrategias, así como los plazos y objetivos prioritarios de las investigaciones referidas a delitos de corrupción, de un modo que considere sus diversas especificidades y que asegure mayor velocidad en su abordaje.

Según el autor, una de las piezas clave para este objetivo es una adecuada distribución de funciones en términos de reparto de trabajo en colaboración interinstitucional entre persecutores, policías y demás instituciones públicas o privadas relacionadas. En efecto, como se ha dicho, una mayor velocidad no solo se relaciona con los derechos del imputado y la satisfacción de los intereses de la opinión pública, sino que también responde al debido cuidado que debe ponerse en no superar los plazos de prescripción de la acción penal respecto de estos delitos. Ello sobre todo si se considera que el carácter marcadamente clandestino de las conductas constitutivas de corrupción propicia que su descubrimiento se produzca con más dificultades que en el resto de los delitos, lo que exige una respuesta mucho más inmediata.

2.2. Derecho comparado

2.2.1. Sobre la obligación de comunicación de la investigación penal y sus límites

Sobre este aspecto todos los ordenamientos analizados prevén como derecho del imputado la comunicación de los hechos objeto de la imputación y, en general, el acceso a los antecedentes de la investigación. Las diferencias se encuentran, por una parte, en el modo como se regula la oportunidad y los concretos obligados a realizar dicha comunicación. Y, por otra parte, en la mayor o menor especificidad en la consagración del secreto tanto en lo que respecta al plazo de duración y su respectiva posibilidad de prórroga, como en lo que atañe al criterio de procedencia y el detalle de los antecedentes que pueden ser susceptibles de reserva, así como a la posibilidad de promover un control jurisdiccional respecto de su extensión o duración.

De todos los ordenamientos estudiados, solo en la legislación brasileña no se consagra con claridad el deber de informar al imputado el hecho de la investigación y aquello que se le imputa. En cuanto al momento y modo de la comunicación, el derecho de España y EE.UU., así como la casi totalidad de los ordenamientos latinoamericanos reformados (entre los que no se incluye, por ende, Brasil) se caracterizan por contemplar un momento preciso y temprano en la investigación para hacer efectivo el derecho del imputado a conocer los términos de la imputación y el contenido de la indagatoria.

Así, bajo diversas denominaciones, se prevé una audiencia para que tal comunicación sea formulada por el ente persecutor al imputado en presencia de un tribunal, salvo en Perú, donde, al estilo alemán, se permite su concreción por jueces, fiscales o incluso policías. Este extremo es crítico, pues con ello se entrega la actuación de comunicación de cargos a los propios órganos persecutores para que actúen autónomamente, sin el resguardo jurisdiccional que la mencionada audiencia confiere.

De esta manera la crítica no objeta que sean los órganos de persecución penal los que puedan definir con cierta discrecionalidad y en atención de criterios estratégicos la oportunidad más adecuada para hacerlo, sino que, cualquiera sea la oportunidad, la comunicación

no esté sujeta a control judicial, que comprende la verificación de aquello que es necesario para que el imputado pueda ejercer adecuadamente su derecho a defensa.

En este orden de cosas, el sistema brasileño es especialmente deficiente, pues contiene una regulación arcaica, basada en un procedimiento escrito, en que la investigación está inicialmente a cargo de la policía, siendo esta la encargada de emitir un informe que autorice al Ministerio Público el ejercicio de la persecución penal. Como se verá en materia de plazo para el desarrollo de la investigación, los términos con que cuenta la policía para emitir dicho informe son brevísimos lo que puede dar lugar a espacios de impunidad.

Particularmente grave resulta que, tratándose de indagatorias referidas a funcionarios públicos por delitos cometidos en el ejercicio de la función, se disponga la notificación de dicho informe para que puedan presentar su defensa. Este requisito especial de notificación previa, antes incluso de que el Poder Judicial haya recibido la denuncia, así como la respuesta de la defensa frente a dicho informe constituyen, además, requisitos obligatorios para que la denuncia pueda ser recibida. Este deber de informar al imputado respecto del informe constituye una forma de evadir la acción de la justicia por las dificultades de lograr su notificación como condición para continuar adelante con el procedimiento.

En lo que respecta al ordenamiento colombiano, aunque también contempla una audiencia inicial de comunicación de cargos, presenta dos elementos diferenciadores con los restantes sistemas analizados: de una parte, la circunstancia de que el debate sobre medidas cautelares no exija que previamente haya tenido lugar dicha comunicación; y, de otra, el que la regla de la publicidad de las actuaciones procesales se extienda no solo a los intervinientes, entre los que se incluye el imputado y su defensa, sino que también a la comunidad en general y los medios de comunicación.

En cuanto al acceso a los registros de investigación, todos los sistemas estudiados, salvo el de Colombia, como se ha adelantado, reconocen como regla general la publicidad de los antecedentes para el imputado, y el secreto de su contenido respecto de terceros. Adicionalmente, en forma excepcional, se admite el secreto de todo o

parte de la investigación para el imputado por rangos variables de tiempo. Las diferencias entre las diversas regulaciones particulares radican en la consagración de un criterio amplio o restringido de procedencia del secreto, la determinación del plazo, la extensión objetiva del secreto a todo o parte del contenido de la investigación y la previsión de contra-excepciones en que el secreto no puede ser aplicable. Bajo esta óptica, merece crítica la parquedad del ordenamiento argentino, el más escueto en términos regulatorios, pues solo declara la excepcionalidad del secreto por un tiempo limitado, por motivos fundados, pero sin precisar el criterio de aplicación ni su concreta duración.

Al respecto, si bien el aseguramiento del éxito de la investigación parece ser el parámetro general, como es el caso en Alemania, Chile y Perú, en España parece tener un cariz un poco más amplio, al aludirse a las hipótesis en que se puede comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. Así, aunque Correa entienda ver una restricción más limitada al derecho a la información de los antecedentes al presuponer un examen de ponderación de intereses concurrentes en el caso concreto, como requisito jurisprudencial para decretarlas, lo cierto es que es precisamente dicha ponderación la que permitiría predicar un carácter más amplio. Resulta paradójico que, sobre la misma idea de la ponderación, en EE.UU., donde la regulación del secreto o acceso a la investigación se estructura sobre la base del respeto (constitucionalmente asegurado) al derecho a defensa del imputado, opere en un sentido restrictivo, destinado a reconocer dicho derecho como límite infranqueable que impide decretar el secreto de ciertas piezas de la investigación cuando su conocimiento sea necesario para el ejercicio del derecho a defensa.

En México la regulación es mucho más rica en lo que atañe a las causas que ameritan la reserva de los antecedentes de la investigación, especificando la necesidad de evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación, amenaza o influencia a los testigos del hecho, esto para asegurar el éxito de la investigación o para garantizar la protección de personas o bienes jurídicos. Con todo, esta última expresión, por su amplitud, parece hacer referencia

a la opción española relativa a la procedencia de un examen de ponderación de intereses en este sentido.

En esta línea, también se puede insertar el ordenamiento brasileño cuando consagra, a nivel constitucional, las exigencias de la defensa de la intimidad o el interés social como causas del secreto, idea que se reitera a nivel legal a través de la referencia a la necesidad de esclarecer el hecho o de velar por los intereses de la sociedad. En lo demás, el derecho del Brasil carece de otra clase de especificación normativa, por lo que la jurisprudencia ha recurrido simplemente a la exigencia de proceder conforme a una ponderación de los intereses constitucionalmente asegurados.

A pesar de que en Colombia la regla se plantea en términos diferentes, al admitirse el acceso a todos en general, sean o no intervinientes, lo cierto es que el detalle de los criterios consagrados como eventuales causas de secreto puede producir los mismos efectos prácticos que los que se observan en los restantes ordenamientos. Así, se exceptúan de la publicidad de los procedimientos los casos en que el juez considere que ella puede poner en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes, se afecte la seguridad nacional, se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir, se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo, o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

Sobre la extensión objetiva del secreto, el estatuto general alemán y español (máximo un mes) admite el secreto parcial y, también, sobre la totalidad de la investigación; en cambio, en EE.UU. la regulación específica en materia de corrupción a nivel federal consagra el derecho a la información del imputado, pero exhibe una mayor especificación respecto del tipo o clase de antecedentes que deben ser puestos a su disposición. El derecho a la información no solo incluye los cargos, sino también la evidencia tanto desfavorable como favorable. Con todo, dos aspectos son dignos de crítica en el derecho de EE.UU.: el que la calificación de aquello que sea favorable a la defensa corresponda al ente persecutor, de modo que, implícitamente, entonces, no se encuentre asegurado un acceso a todos los antecedentes de la investigación.

En Chile y Perú, en cambio, la regulación general del secreto, solo lo permiten en términos parciales, esto es, sobre piezas determinadas de la investigación por un plazo máximo de 40 días renovable por una sola en el primer caso; y por un plazo de hasta 20 días en el segundo. En ambos ordenamientos se permite la prórroga del plazo por la misma duración con aprobación judicial, aunque en el caso chileno lo sea solo por una vez y sin que la ampliación pueda ser oponible al imputado.

De otra parte, en el plano no latinoamericano solo en Alemania se contiene expresamente un límite al secreto en lo que respecta a las diligencias en que el imputado haya participado o tenido derecho a participar. En la misma línea se ubica el derecho chileno, al indicar ciertas actuaciones o diligencia específicas que no pueden ser decretadas secretas para el imputado, como son aquellas en que este hubiese participado o tenido derecho a participar.

Por último, solo en Chile se contempla un mecanismo de intervención del juez para controlar la procedencia, objeto o duración del secreto decretado por el ente persecutor a solicitud del imputado (y, eventualmente, de otros intervinientes).

Una mirada a todos los ordenamientos analizados permite inmediatamente advertir la carencia de una regulación especial para las investigaciones destinadas a la persecución de hechos constitutivos de corrupción. En este sentido, aunque en EE.UU. exista una normativa especial para la corrupción, no se toma en cuenta ninguno de los aspectos apuntados por Correa para promover una persecución penal más eficiente que conduzca a la obtención de resultados satisfactorios considerando la complejidad del fenómeno que se investiga.

En este contexto, la mayor fortaleza del sistema mexicano consiste en propender al objetivo de evitar la filtración de antecedentes en delitos asociados a la corrupción, al establecer el exclusivo acceso a estos por parte del imputado y su defensa, como extremo que no resulta expresamente previsto en los restantes ordenamientos observados.

Por último, también vale la pena destacar la regulación especial existente en Chile en materia de lavado y blanqueo de activos por su conexión con delitos base de corrupción, pues en tal caso el secreto

puede comprender la totalidad del contenido de la investigación por un plazo máximo de ciento veinte días, admitiendo prórrogas renovables autorizadas judicialmente por periodos de hasta sesenta días.

Un segundo aspecto destacado por Correa a propósito de la regulación chilena se refiere a la posibilidad de que el Ministerio Público pueda solicitar órdenes o autorizaciones judiciales para la realización de diligencias intrusivas sin conocimiento previo del imputado (sea que se las tramite antes o después de la comunicación de cargos), siempre que la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitieren presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito, lo que representa un régimen paralelo del secreto.

2.2.2. Sobre el plazo de desarrollo de la investigación

Sobre este tema, el análisis comparado de Correa permite estructurar dos grandes objetos de análisis: (a) la decisión sobre si prever un plazo fijo máximo para el desarrollo de la investigación o por el contrario establecer un criterio que permita evaluar de manera más flexible la razonabilidad de su duración; y (b) las consecuencias jurídicas establecidas para el evento de considerar infringido el derecho a ser juzgado en un plazo razonable como aspecto no considerado a nivel internacional.

En primer término, entre los sistemas que no prevén un plazo máximo de duración de la investigación se encuentra el ordenamiento alemán y el estadounidense. En el sistema alemán el criterio se encuentra referido a la complejidad del asunto (aunque en la práctica las investigaciones duren, en general, menos de un mes, y excepcionalmente más de 6 meses); mientras que en el sistema norteamericano, jurisprudencialmente, se ha establecido un estándar de duración de la persecución penal bajo el denominado "*Barker test*", que propone el examen de la duración efectiva del retraso y sus motivos, así como la asertividad del imputado respecto de su derecho a ser juzgado prontamente y el perjuicio ocasionado a este último.

El resto de los ordenamientos sí prevé un plazo fijo de duración sea de la indagatoria, sea del proceso penal en su conjunto, aunque

con puntos de partida variables y siendo usual que se contemplen supuestos que admiten la modulación del plazo de la investigación a través del establecimiento de un plazo especial o bien la admisión de prórrogas.

En el sistema español, se prevé con carácter general un plazo de doce meses desde la incoación de la causa, con la posibilidad de prórrogas sucesivas por periodos de hasta seis meses. Además, se prevé también un plazo extendido especial de dieciocho meses, que, a su vez, puede extenderse por el instructor por otro plazo igual o inferior a instancia de la Fiscalía y previa audiencia de las partes, en los casos en que así lo exija la "complejidad de la instrucción".

Es importante destacar el hecho de que es el propio legislador el que se encarga de explicitar los criterios a considerar para estimar que concurre el carácter complejo de una investigación. Así, se hace referencia a la investigación de hechos que involucren grupos u organizaciones criminales, a multiplicidad de hechos punibles, de investigados o víctimas, cuando se requiera la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o requieran de un complicado análisis, implique la realización de actuaciones en el extranjero o precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas, o bien, cuando por circunstancias sobrevenidas a la investigación, esta no puede razonablemente completarse en el plazo previsto.

En este sentido, resulta relevante recalcar que, jurisprudencialmente, se han agregado ciertos criterios dirigidos a limitar la procedencia de la extensión del plazo de modo que no cualquier circunstancia permita declarar la complejidad del caso. En general, esta línea jurisprudencial se enfoca en la previsibilidad de los factores que inciden en la complejidad del asunto, así como en la necesidad de contar con la práctica de diligencias que razonablemente no puedan ejecutarse dentro de los plazos iniciales. Con todo, desde este último extremo es notable que se descarte como fundamento la eventual sobrecarga estructural del órgano judicial o un déficit de organización o dotación de medios de la Administración de Justicia u otra causa atribuible a la institucionalidad.

En cuanto al derecho chileno, a partir de la formalización de la investigación en contra de la persona imputada se inicia el cómputo del plazo legal máximo de dos años para el cierre de la indagatoria. Ahora bien, también se admite la fijación de un plazo judicial menor al señalado cuando las características de la investigación así lo permiten y resulte necesario para cautelar las garantías de los intervinientes. De este modo, *contrario sensu*, puede estimarse que la complejidad del asunto constituye de hecho un criterio determinante para el establecimiento de un plazo menor que el máximo legal. Luego, en cuanto plazo judicial, se entiende susceptible de prórrogas en la medida en que la solicitud se haga antes del cumplimiento del plazo original y se invoque justa causa.

El sistema peruano, por su parte, establece por regla general un plazo máximo de ciento veinte días para la duración de la investigación preparatoria, admitiendo su prórroga por causas justificadas, por una única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales. Sin embargo, al igual que como sucede en España, se establece un plazo especial de ocho meses en los casos en que se trate de investigaciones complejas. Incluso el plazo aumenta a treinta seis meses cuando se esté ante eventuales delitos cometidos por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de ella.

El caso peruano destaca por una doctrina jurisprudencial más detallada de los criterios orientadores para analizar la razonabilidad del plazo. Así, entre otros elementos, se debe tomar en consideración la materia objeto de controversia, la complejidad de los hechos investigados y la prueba de estos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación. Además, se señala como necesario verificar si la conducta del imputado ha sido obstruccionista o dilatoria, y si ha trascendido o influido en la resolución de dicho proceso, para lo cual debe tenerse presente si se han usado abusiva e innecesariamente los instrumentos que la ley pone a su disposición bajo la forma de recursos o de otras figuras.

Otra virtud del sistema peruano es que ofrece un tratamiento especial para los casos de corrupción, pues en tales supuestos se permite que el fiscal pueda declarar la investigación como compleja, entre otros motivos, cuando se revisa la gestión de personas jurídicas

o entidades del Estado, se demande la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos, o bien, cuando comprenda la investigación de delitos cometidos por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.

En Argentina el nuevo CPP Federal consagra que a partir de la formalización comenzará a correr el plazo máximo de duración del proceso de tres años. Al respecto, resulta especialmente relevante el hecho de que este nuevo cuerpo normativo consagre una serie de reglas aplicables a los procedimientos complejos y que inciden directamente en el plazo de duración de la investigación y del procedimiento. Como un criterio determinante para estar en presencia de delitos complejos se comprende, precisamente, el estar en presencia de casos de delincuencia organizada o transnacional. Ante esta situación de hecho, íntimamente vinculada a la corrupción, a solicitud de cualquiera de las partes, el juez puede autorizar fundadamente la aplicación de los plazos especiales previstos en el respectivo título en lo que corresponda a diversas diligencias y actuaciones. En lo que aquí interesa, el plazo máximo de duración de todo el procedimiento puede extenderse hasta los seis años.

En Colombia, por su parte, no se establece plazo de duración explícito ni criterio para la fijación de la duración de la investigación. Sin embargo, jurisprudencialmente se entiende la existencia de un término implícito asociado al plazo de prescripción de la acción penal, que está determinado legislativamente en atención a la gravedad del hecho. Al igual que en Chile y Argentina el plazo de prescripción se suspende con la comunicación de cargos, por lo que en definitiva dicho plazo opera como un límite implícito para la investigación aun no formalizada.

Además, en el sistema colombiano se prevé un plazo máximo de duración del proceso establecido en dos años desde la recepción de la *notitia criminis* para formular la imputación o disponer fundadamente el archivo. Así mismo, también se establecen criterios asociados a la complejidad de la causa para extender el plazo a tres años cuando se presente un concurso de delitos o sean tres o más imputados. Tratándose de delitos de corrupción de competencia de jueces penales del circuito especializado, en cambio, el plazo aumenta con-

siderablemente a cinco años. Se advierte, entonces, una regulación especial que contempla un plazo de investigación más extenso en relación con los demás ordenamientos analizados.

Ahora bien, desde la comunicación de cargos, se producen en Colombia dos efectos importantes: (a) se suspende el plazo de prescripción; y (b) se abre un plazo especial para que la Fiscalía formule la acusación o solicite la preclusión, el que no puede exceder de noventa días contados desde dicha comunicación, extendiéndose a ciento veinte días cuando se presente concurso de delitos, cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados. Si bien se trata de plazos breves, en la medida en que la comunicación de cargos no es presupuesto de medidas cautelares personales ni de diligencias de investigación, se entiende que se verifica solo cuando la indagatoria se encuentra avanzada o prácticamente concluida.

Una consideración aparte merece el caso mexicano por desmarcarse de los criterios cualitativos y ponderables que orientan la extensión del procedimiento en los demás sistemas analizados y por considerar la duración máxima desde la perspectiva del procedimiento completo. Así, el ordenamiento mexicano establece parámetros cuantitativos que fijan el plazo de duración total del procedimiento hasta el juzgamiento sobre la base de la pena asociada al delito que se persigue, considerando los máximos establecidos constitucionalmente (de 4 meses hasta un año) desde la audiencia inicial. De este modo, tratándose de delitos con una pena inferior a dos años, la duración del proceso es de un máximo de cuatro meses; y si, por el contrario, es superior a dos años, el plazo de duración es de un máximo de un año, sin perjuicio de poder incrementar su duración si el imputado lo requiere para proceder a su defensa.

El ordenamiento de Brasil se mantiene absolutamente fuera de las estructuras recién descritas, presentando un sistema deficiente y arcaico. Dado que la investigación está inicialmente a cargo de la policía, y no del Ministerio Público, este último solo puede asumir su función persecutora una vez que la policía emita un informe que así lo autorice. En este contexto los plazos que legalmente se prevén para el desarrollo de la investigación por parte de la policía resultan ser ridículamente breves. En efecto, cuando se trata de un indiciado

detenido en flagrancia o preventivamente, la policía cuenta con el acotado plazo de diez días para emitir dicho informe, que aumenta a treinta días prorrogables en los demás casos, sin que exista otras normas destinadas a regular los plazos de duración total de la investigación del Ministerio Público o del proceso en su globalidad.

Según Correa, es el establecimiento de criterios para moderar (extender o disminuir) el plazo de duración del desarrollo de la investigación lo que permite responden en mejor medida a las especificidades del caso. En este sentido, la expresa referencia a la complejidad del delito resulta ser particularmente dúctil en supuestos de corrupción para evitar frustrar la completitud de las indagatorias. Con todo, el autor sugiere la necesidad de contar con criterios que permitan evaluar la razonabilidad del plazo de duración de la totalidad del proceso para evitar sanciones supranacionales, de modo tal que la sola regulación del plazo de desarrollo de la investigación sería insuficiente para tales efectos.

Por último, en conexión con este punto, el análisis comparado demuestra la total inexistencia de reglas que regulen las consecuencias de la infracción del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Así, solo la jurisprudencia argentina y la española ofrecen cierta respuesta, en términos que a juicio de Correa serían adecuados. En su opinión, sería preferible que el efecto no esté vinculado al modelo de sobreseimiento, esto es, de conclusión del procedimiento, o a la determinación de efectos atenuantes de la pena o de mejores condiciones para el acceso a beneficios penitenciarios, sino que únicamente genere la atribución de las responsabilidades correspondientes en sede disciplinaria, civil o administrativa.

2.2.3. Sobre los planes de investigación

Sobre esta materia, el análisis comparado de Correa ha evidenciado un desarrollo más bien incipiente en la casi totalidad de los ordenamientos revisados. Las excepciones se encuentran representadas por Colombia y Chile.

En el derecho colombiano, la regulación de programas metodológicos de investigación vinculada a delitos de corrupción es de an-

tigua data y es considerada como una herramienta esencial para su persecución. Estos planes de investigación buscan identificar desde el primer momento los objetivos a alcanzar, partiendo desde la hipótesis que tiene por propósito convertirse en teoría del caso. De esta manera, todos quienes concurren a la investigación, pueden tener claridad de la conducta que es objeto de indagación, permitiendo una investigación enfocada y eficaz, con un adecuado esquema de organización de trabajo colaborativo.

Para la mejor consecución de estos objetivos, también se dispone de una Guía de investigación para los delitos asociados a la corrupción, que tiene por objeto dotar a sus participantes de herramientas especializadas para conocer, aprender y reflexionar sobre los avances y retos del marco legal e institucional anticorrupción en Colombia, con el fin de fortalecer sus competencias en la investigación y judicialización de los delitos, como herramienta de aplicación y consulta permanente para los operadores a cargo de la investigación de este tipo de casos. Esta guía regula específicamente los siguientes aspectos fundamentales para la planificación de la investigación: la descripción del equipo encargado, la elaboración de la hipótesis fáctica a investigar, los objetivos de búsqueda de evidencia útil para la comprobación de la hipótesis, la determinación de las diligencias idóneas para conseguirla y los plazos con que se debe operar.

En Chile se trata de un aspecto que ha sido abordado únicamente a través de la vía administrativa infralegal, en virtud de las instrucciones generales emanadas de la Fiscalía Nacional. Estas instrucciones se configuran como lineamientos internos para la dirección de investigaciones en relación con ciertos hechos constitutivos de delito, el ejercicio de la acción penal y la protección de víctimas y testigos. No se encuentran referidas a casos concretos, pues las instrucciones particulares solo pueden ser emitidas por los fiscales regionales. Se trata de un aspecto diferenciador respecto del modo en que los planes de investigación se regulan en Colombia. Con todo, en Chile se ha avanzado hacia una política de desarrollo de planes de investigación en delitos de corrupción.

Así, la Fiscalía Nacional, mediante el señalado recurso de las instrucciones generales, ha establecido planes que las fiscalías regionales y locales deben seguir obligatoriamente. Dicha reglamentación

establece, entre otras cuestiones, un catálogo de diligencias investigativas mínimas que todo fiscal debe seguir al momento de enfrentarse a una investigación de estas características. Entre ellas se encuentra la obligación de oficiar a ciertos organismos públicos para determinar la calidad de funcionario público de quienes se encuentren involucrados y, en su caso, requerir los antecedentes de investigaciones administrativas en su contra, así como solicitar el levantamiento patrimonial del imputado, su familia y grupo societario, cuando ello sea pertinente al delito indagado.

3. LAS MEDIDAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN RELATIVAS A LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES

3.1. Consideraciones preliminares y estándares internacionales

Sobre la base de las características especiales que complejizan la investigación de los actos de corrupción, previamente adelantadas por Correa, Alvarado se centra en dos grandes grupos de diligencias especiales de investigación que integran el más amplio espectro de la denominada "videovigilancia" o "vigilancia de las comunicaciones", a saber: la intervención de comunicaciones y otras técnicas especiales basadas en nuevas tecnologías.

En virtud de su extensión, la autora sistematiza cada una de ellas en dos capítulos separados (el 2 y el 3) y, para una mejor comprensión, formula una descripción conceptual preliminar, destinada justamente a delimitar el ámbito de aplicación de cada una de ellas. En este sentido, Alvarado puntualiza que el término "comunicaciones" tratado en el capítulo 2 se encuentra referido a una conversación mediada a través de un conductor del mensaje entre los interlocutores, el que puede ser telefónico (fijo o móvil) o bien, operado por sistemas informáticos e internet. Estos últimos, al igual que las técnicas de investigación que inciden en conversaciones directas entre presentes o en el acceso a otra clase de información, datos o imágenes a través de medios tecnológicos, en cambio, se reservan para ser analizados en el capítulo 3.

Principiando por la intervención de comunicaciones, la autora proporciona el marco normativo internacional que consagra los derechos fundamentales que pueden resultar afectados a través de la práctica de estas medidas, esto es: el derecho a la intimidad (previsto en el art. 11.2 y 11.3 CADH, 8.1 CEDH y 17 PIDCP), sea desde la perspectiva de la protección de la vida privada o desde la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. No obstante, Alvarado apunta su carácter modulable, encargándose de detallar los requisitos que, desde el plano internacional, debe revestir la consagración de esta técnica de investigación con el objetivo de que su uso efectivo pueda ser considerado legítimo y, por ende, útil dentro de las políticas que pretendan abordar con eficacia la lucha contra la corrupción.

Así, en este orden de cosas, y sobre la base de diversas fuentes jurisprudenciales y de *soft law*, tanto en el plano americano como europeo, Alvarado anota los siguientes requisitos copulativos mínimos: que la medida se encuentre expresamente prevista en la ley y persiga alcanzar un fin legítimo; que sea necesaria para alcanzar un fin legítimo; que sea proporcional en los términos del objetivo trazado; y que proporcione salvaguardas efectivas contra el uso indebido, esto es, que tal actividad sea controlada por un organismo independiente y que en ella deba contarse con las garantías mínimas del debido proceso y supervisión judicial. Alvarado destaca la importancia de estos requisitos pues, si bien tanto la Convención de Mérida como la Convención de Palermo instan al empleo de técnicas especiales de investigación para que sus resultados puedan ser admitidos como prueba, omiten una regulación específica a su respecto en lo que se refiere a los casos de procedencia y a la forma en que deben desarrollarse.

3.2. Derecho comparado

Como constata Alvarado, tanto los sistemas no latinoamericanos como latinoamericanos analizados reconocen expresamente en fuentes de rango legal la diligencia intrusiva de interceptación de comunicaciones, satisfaciendo con ello el primero de los requisitos mínimos planteados por el estándar internacional. Sin embargo, en lo que respecta a los legitimados para solicitar la medida y a la autoridad encargada de pronunciarse al respecto, el ámbito de

procedencia objetivo (fin legítimo en relación con el principio de proporcionalidad en sentido estricto) y la concurrencia de los restantes criterios inherentes al principio de proporcionalidad en sentido amplio, la regulación existente dista de ser satisfactoria tanto en cuestiones estructurales como en su nivel de detalle y completitud. Lo mismo ocurre respecto de los mecanismos de control previstos antes, durante y con posterioridad a la ejecución de la medida. A continuación se sistematiza el análisis comparado, en el orden que se acaba de exponer.

3.2.1. Legitimados activos para solicitar la medida y autoridad encargada de concederla

En lo que respecta a los habilitados para solicitar la medida, en general, la casi totalidad de los sistemas estudiados entregan esta opción al ente persecutor, sea que se circunscriba únicamente al Ministerio Público o fiscal o, que se incluya también directamente a la policía. Cabe destacar el caso del derecho argentino, que permite que la petición se formule desde la Unidad de Información Financiera (creada para la persecución e investigación del lavado de dinero) al Ministerio Público, a fin de que este recabe la correspondiente autorización judicial.

Además, por regla general, la normativa requiere que la solicitud se formule ante un órgano jurisdiccional, pues se exige contar con autorización judicial previa y fundada, sujeta al cumplimiento de los estándares propios del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, sin posibilidad de convalidación *ex post*. En Chile y México se sigue esta regla sin excepciones.

Una excepción al primer aspecto se encuentra en el caso de España y Brasil, ya que ambos ordenamientos admiten la posibilidad de que la medida sea dispuesta por el propio órgano jurisdiccional de manera oficiosa, como aspecto compatible con la tendencia inquisitiva que aún persiste, con distintas intensidades, en esos sistemas. Como advierte Alvarado, con ello se incumple la exigencia de independencia e imparcialidad que debe revestir al órgano encargado de practicar el control previo en los términos exigidos por el TJUE.

En lo que respecta al segundo aspecto, las excepciones están constituidas, por una parte, por aquellos sistemas que difieren el control judicial hasta después de la ejecución de la medida en casos de urgencia; y, por otra, los sistemas que prescinden absolutamente de autorización judicial. Así, la adopción de procedimientos de urgencia, en que la intervención judicial debe ser tramitada *a posteriori* para obtener la convalidación judicial de la medida es un aspecto común a los ordenamientos no latinoamericanos estudiados. Mientras en España y EE.UU. la opción se encuentra prevista para la persecución de hechos de especial gravedad, siendo común a ambos su procedencia solo en caso de actividad terrorista o de grupos armados, en Italia basta con que se alegue la existencia de un grave perjuicio para la investigación, sin más.

En el ámbito latinoamericano, por su parte, en línea con el derecho español, el sistema peruano permite excepcionalmente esta forma de proceder en casos aún más restringidos: cuando durante la ejecución de la intervención y control de las comunicaciones en tiempo real, a través de nuevos números telefónicos o de identificación de comunicaciones, se tomara conocimiento de la comisión de delitos que atenten contra la vida e integridad de las personas, y cuando se trate de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas. De otra parte, la jurisprudencia colombiana sigue la pauta italiana, pues ante el silencio de la ley, se ha concluido que tal opción es posible cuando se trata de realidades fácticas propensas a cambios repentinos o que se pueden alterar fácilmente, perjudicando la investigación.

Argentina es representativa de ambas excepciones, pues, de una parte, permite la intervención directa con convalidación judicial posterior en hipótesis que en todo caso están mucho más definidas que en los ordenamientos no latinoamericanos (a saber, delitos de secuestro o que se tramiten en forma conexa con aquellos, cuando exista peligro en la demora, debidamente justificado); y, de otra, permite la intervención a partir del solo requerimiento del Ministerio Público o de la Policía Judicial en el Registro de Usuarios de teléfonos móviles, hurtados, robados o extraviados, para detectar actividades ilícitas realizadas a través de estos dispositivos, sin delimitación sobre los límites o las finalidades a las que responde dicha intervención.

3.2.2. Ámbito objetivo de procedencia de la medida de interceptación de comunicaciones

En lo que respecta al ámbito de procedencia objetivo, es decir, a la determinación de los delitos cuya investigación admite la solicitud de esta clase de diligencia, el panorama es, en general, bastante divergente. Alvarado sistematiza básicamente cuatro tendencias: (a) los ordenamientos que establecen un catálogo cerrado de títulos de castigo, entre los cuales muy pocos hacen referencia expresa a los delitos asociados a la corrupción (Perú), o bien, indirectamente, a través de la referencia a hechos relacionados con la criminalidad organizada (Brasil y México); (b) los sistemas que sujetan la procedencia de la medida a un mínimo penológico, en general, sin remisión a delitos concretos (Chile, aunque con elementos de los modelos (a) y (b)) o con referencia a un grupo determinado de delitos (EE.UU.); (c) los ordenamientos en que el criterio se agota en una referencia genérica a la gravedad del delito, incluso sin otra especificación (Argentina); y, por último, (d) los sistemas en que es procedente respecto de cualquier delito (Colombia).

El criterio aplicado en los sistemas, que, en alguna medida, utilizan el factor referido a la pena abstracta como supuesta manifestación de la gravedad del hecho (ya sea como único factor como en EE.UU. y Chile, o acompañado de otros factores) es del todo dispar. Esta situación se advierte al comparar, de una parte, el caso del derecho estadounidense, en que la diligencia se admite respecto de hechos conminados con penas que cuantitativamente alcancen el mínimo de solo un año de privación de libertad; y, de otra, el caso del ordenamiento español e italiano, en que la exigencia cuantitativa es muy superior: desde tres y cinco años de privación de libertad, respectivamente. En el plano latinoamericano, mientras el estatuto general del sistema chileno requiere una pena de crimen, esto es, una pena que en abstracto puede ser superior a cinco años de privación de libertad, el derecho peruano exige una pena superior a cuatro años de prisión (en México, en cambio, a pesar de establecerse un listado de delitos en los que procede la diligencia, la pena privativa de libertad asociada a cada uno de ellos es bastante disímil, comprendiendo penas de meses en su rango inferior hasta catorce años en su tramo superior).

Alvarado llama la atención sobre este aspecto, puesto que, de cara a la cooperación internacional, esta divergencia puede dificultar el proceso colaborativo, siendo necesario uniformar el ámbito de procedencia de la medida en torno a una de las tendencias anotadas.

En particular, la autora destaca aquella consistente en la previsión expresa de una cláusula general sobre los delitos de corrupción o un grupo de estos, que tengan pena de privación de libertad; y, una especificación respecto de delitos de corrupción que, a pesar de estar penados con sanciones de inhabilitación o multa, se estimen particularmente graves o conectados con los primeros, sin perjuicio del examen de proporcionalidad que deba realizar la autoridad judicial en el caso concreto.

Por último, según Alvarado sería apropiado considerar la procedencia de la medida, con independencia de la clase y *quantum* abstracto de pena, para el caso de que los delitos de corrupción se verifiquen en el marco del crimen organizado, tal como se autoriza en los tres sistemas no latinoamericanos de referencia y como también sucede, en parte, en el caso peruano y mexicano. Por ende, debería descartarse la opción que plantea la procedencia de la medida sobre la base de un criterio cuantitativo, por tratarse de una alternativa que dificultaría una adecuada cooperación internacional por los diversos tramos dispuestos en las distintas legislaciones al efecto.

3.2.3. Tramitación de la solicitud de la medida

Ahora bien, una vez estudiado el ámbito de aplicación de la intervención de comunicaciones, Alvarado ofrece un detallado análisis que comprende desde los requisitos de la solicitud, las exigencias que debe cumplir la autorización judicial para entenderse debidamente fundada, así como el modo en que corresponde ejecutar y supervigilar la medida. El resultado de esta comparación permite a la autora detectar, como principal aspecto crítico sobre la regulación de esta medida especial de investigación, el hecho de que todos estos extremos queden sujetos al régimen común destinado a la persecución de la delincuencia general, sin considerar las especificaciones propias del fenómeno de la corrupción.

En lo concerniente al procedimiento de solicitud de orden judicial propiamente tal, los tres ordenamientos no latinoamericanos estudiados asumen con buen detalle los requisitos que esta debe contener exigiendo una presentación escrita. Por otra parte, salvo en el caso español, Alvarado anota como aspecto negativo de estos ordenamientos la ausencia de un plazo expreso máximo para que el tribunal resuelva a su respecto, y destaca positivamente el que la legislación española y norteamericana permitan que el tribunal, antes de resolver, pueda solicitar aclaraciones o informaciones complementarias. En efecto, a nivel latinoamericano esta última opción tan solo se contiene en el derecho mexicano, el que, además, admite la interposición del recurso de apelación en contra de la resolución que rechaza la medida o su ampliación en caso de investigaciones por delitos asociados a la delincuencia organizada, aspecto este último que también se prevé en el ordenamiento peruano.

En el mismo orden expuesto, ahora desde el ámbito latinoamericano, la autora destaca la opción de solicitud verbal presente en ciertos sistemas de la región para casos de urgencia que meriten dicha forma excepcional de tramitación, incluso por cualquier medio (en Brasil, Chile y México; en Colombia solo en casos de conmoción interior). En estos supuestos, la autora estima sobresaliente la exigencia de la regulación mexicana de puntualizar expresamente la necesidad de transcribir los puntos resolutivos del pronunciamiento verbal para ser entregado al Ministerio Fiscal, como extremo fundamental para promover un adecuado control externo *ex post*.

Igualmente positivo se considera el establecimiento de un plazo explícito (de diversas extensiones) para que el tribunal se pronuncie sobre la petición formulada (inmediatamente en Perú y Chile, 6 horas en México, 24 horas en Brasil y 24 horas en Argentina y Colombia; si bien en este último caso únicamente respecto de la convalidación). Por el contrario, en los ordenamientos latinoamericanos la regulación sobre el contenido de la petición y de la respectiva autorización es más bien lacónica (en Brasil), ausente (en Argentina y Chile) o excepcionalmente detallado (solo en México y Perú).

Sobre la ejecución y supervigilancia de la diligencia, Alvarado advierte que, en el plano temporal, si bien todos los sistemas disponen un plazo de duración de la medida (de muy diversa extensión: de 15

días en Brasil, 60 días en Chile, 6 meses en Colombia y México, a 18 meses en España), en rigor la regla es su indeterminación por la procedencia de prórrogas indefinidas, salvo el caso español y mexicano.

En otro orden de cosas, un aspecto favorable dice relación con la tendencia de regular explícitamente los denominados "hallazgos casuales" para definir el posible uso y destino de informaciones obtenidas por esta vía en otros procedimientos, destacando en este sentido el ordenamiento italiano por indicar expresamente los delitos en cuyos procedimientos se permite ese uso, así como por la provisión de las garantías necesarias para acceder al control de los requisitos de procedencia de la interceptación obtenida en el procedimiento original.

En esta misma línea se ubica el sistema mexicano, al contemplar un requisito subjetivo (que el procedimiento se refiera al mismo sujeto de la intervención) y respecto de alguno de los delitos enumerados por la ley, de modo que lo autorizado en un procedimiento referido a una persona no se puede emplear en el procedimiento referido a una persona distinta. En Perú, por su parte, si bien se prevé el supuesto, se encarga la determinación de su utilización al juez competente o bien, al propio Ministerio Público para que evalúe si hay mérito para abrir investigación sobre el delito descubierto.

Por último, la autora identifica la cuestión referida a los mecanismos generales de control como el aspecto que adolece de mayor desatención. En efecto, si bien todos los ordenamientos no latinoamericanos contemplan un control judicial periódico destinado a efectuar el seguimiento de la ejecución de la diligencia (que incluye transcripción y grabación), así como una instancia de notificación a los afectados sobre la existencia de la medida con el objetivo de que estos puedan ejercer su derecho a reclamación e instar por la destrucción del correspondiente material, el panorama latinoamericano en este sentido es bastante precario.

Con todo, en el ámbito no latinoamericano, solo en EE.UU. se prevé un modelo global de procesamiento de la información para la evaluación de la eficacia de la medida, que se encuentra a cargo de la Oficina Administrativa de Tribunales de los EE.UU., permitiendo a su vez la debida supervigilancia por parte del Congreso, como aspec-

to no previsto en los restantes ordenamientos analizados. En el plano regional, por su parte, solo en Brasil se contempla un sistema similar, al exigirse a los miembros de la Fiscalía General y a los jueces un reporte mensual con esta información, para ser remitida al Inspector General de la Fiscalía General y al Inspector General del Consejo Nacional de Justicia a efectos estadísticos.

En cuanto al envío de informes periódicos parciales a la autoridad judicial sobre los resultados de la diligencia para su control, el único ordenamiento que lo prevé en América Latina es el colombiano. En el resto, no se asegura el control de la ejecución de la medida por parte de la autoridad judicial (Argentina y Chile), sino, todo lo más, un informe final con los detalles de los resultados obtenidos y las operaciones realizadas (Brasil).

En una posición intermedia se encuentra la regulación en México, pues si bien no plantea la exigencia directa de remitir informes periódicos al tribunal, prevé la facultad de este último de verificar, en cualquier momento, si la medida se está ejecutando en los términos autorizados, sin perjuicio del informe final policial o pericial sobre el desarrollo y resultados de la diligencia. En el primer supuesto, en caso de incumplimiento, el tribunal está habilitado para decretar la revocación total o parcial de la medida; en el segundo, el juez de control puede solicitar un inventario destallado de las cintas de audio y video, teniendo también a su cargo la destrucción de los registros que no se relacionen con la investigación, salvo que la defensa solicite su preservación, así como la destrucción de todo el material cuando se decrete el archivo definitivo, sobreseimiento o absolución.

Finalmente, solo en Chile y Perú se prevé expresamente una instancia de notificación de la medida ejecutada a los afectados por ella. Sin embargo, únicamente el ordenamiento peruano prevé que como consecuencia de esta notificación los afectados puedan ejercer su derecho a reclamación (incluso a través de un reexamen judicial) e instar por la destrucción del correspondiente material.

4. LAS MEDIDAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN BASADAS EN NUEVAS TECNOLOGÍAS

4.1. Consideraciones preliminares y estándares internacionales

La obra dedica el capítulo 3, a cargo de Alvarado, al estudio separado de las diligencias de investigación basadas en nuevas tecnologías, a pesar de su innegable íntima relación con la medida de interceptación de comunicaciones. En efecto, ambas categorías impliquen una afectación legítima respecto del derecho fundamental a la intimidad y concretamente al secreto de las comunicaciones. Sin embargo, en materia de nuevas tecnologías se enarbola, también, como extremo específico e incluso más amplio que el primero, el derecho a la protección de datos como concepto relativamente nuevo y de aún incipiente desarrollo, unido al derecho, más novel aún, al propio entorno virtual, que recién empieza a delinearse, así como, con ocasión de ciertas diligencias específicas, al derecho a la propia imagen.

Sin perjuicio del debate en torno al derecho fundamental afectado por esta clase de diligencias, su reconocimiento y aceptación desde el derecho internacional es el mismo que el desarrollado en el apartado anterior. De este modo, su procedencia requiere siempre que se encuentren previstas expresamente en la ley, que sean necesarias para alcanzar un fin legítimo, que sean proporcionales en los términos del objetivo trazado y que se proporcionen salvaguardas efectivas contra su uso indebido, siendo todas estas exigencias propias del test de proporcionalidad.

En este sentido, el objetivo de este análisis diferenciado es hacer presente los aspectos en que la regulación de esta nueva clase de medidas se remite al estatuto de la interceptación de comunicaciones, distinguiendo aquellos extremos sobre los cuales se ha decidido ofrecer una normativa especial. De este modo, el análisis comparado permite identificar adecuadamente los diversos grados de especificidad con que cada uno de los ordenamientos seleccionados aborda las figuras en estudio.

4.2. Derecho comparado

En general, tanto los sistemas no latinoamericanos como latinoamericanos estudiados reconocen de manera expresa la mayoría de

las diligencias propias de la vigilancia electrónica y/o informática en fuentes de rango legal, satisfaciendo con ello el primero de los requisitos mínimos planteados por el estándar internacional (siendo la diligencia de geolocalización la excepción en términos generales).

Sin embargo, tal como ocurre con la regulación de la interceptación de comunicaciones, la técnica de tipificación de las diversas diligencias basadas en las nuevas tecnologías adolece de grandes diferencias. Se va desde un alto nivel de detalle y sistematización (como ocurre en el caso español) hasta la ausencia de una regulación específica y orgánica suficiente (supuesto en el que se encuentran los ordenamientos argentino y chileno que apenas presentan algún reconocimiento en materia de captaciones ambientales y de videovigilancia).

Esta situación es susceptible de críticas, pues finalmente obliga a remitirse al estatuto de las interceptaciones, a pesar de la diversa naturaleza de ambas medidas. De hecho, si bien todos los ordenamientos efectúan un reenvío a la regulación de la interceptación de comunicaciones (o incluso a la normativa de otras diligencias intrusivas tradicionales sobre objetos materiales, como ocurre en Argentina y, en menor medida en Chile), no todos enarbolan un cuadro normativo que se haga cargo de sus especificidades.

Además, si bien todos los sistemas prevén la obtención de información a través de diligencias basadas en nuevas tecnologías en el ámbito de la inteligencia de cada Estado, solo el derecho de Colombia permite que los datos provenientes del monitoreo del espectro electromagnético en general (preventivo, aleatorio e indiscriminado), pueda servir como fuente de investigaciones penales e incluso servir de base para la procedencia de esta clase de medidas en sede judicial, lo que parece grave; gravedad aún mayor si se tiene en cuenta la gran indeterminación que presenta el sistema colombiano en materia de regulación de diligencias basadas en nuevas tecnologías, por lo que tanto la procedencia de esta clase de diligencias (excepto el referido monitoreo del espectro electromagnético) y sus concretos requisitos han tenido que ser finalmente construidos jurisprudencialmente.

Para facilitar el estudio comparativo entre la diligencia de interceptación de comunicaciones y las diligencias basadas en nuevas tecnologías, en este apartado se seguirá el análisis siguiendo criterios similares a los desarrollados en el apartado anterior. Sin embargo, desde ya puede adelantarse, como crítica general, la carencia de una regulación especial en el ámbito de la corrupción: mientras que en el plano no latinoamericano la excepción está representada por el caso italiano, entre los países latinoamericanos es el sistema peruano el que se muestra mejor dotado en esta materia, sin perjuicio de un cierto matiz de especialidad presente en Brasil, con ocasión de la regulación de la obligación de entrega de información en investigaciones sobre crimen organizado.

4.2.1. Legitimados activos para solicitar la medida, autoridad encargada de concederla y sujetos colaboradores obligados

En lo que respecta a los legitimados activos para solicitar esta clase de diligencias rige el mismo esquema desarrollado con ocasión de la interceptación de comunicaciones, esto es, en general, están legitimados el Ministerio Público o la policía, sin perjuicio de que, tratándose de la investigación de lavado de activos, el sistema argentino prevea la posibilidad de que la Unidad de Información Financiera la pueda solicitar al fiscal para que haga lo propio con la autoridad judicial. En lo demás, se reitera la crítica apuntada supra sobre la procedencia oficiosa de la diligencia por parte del órgano jurisdiccional, presente en el sistema español y brasileño.

De otra parte, sobre la autoridad encargada de pronunciarse frente a dicha solicitud, la regla es que esta quede sometida a una autorización judicial previa, sujeta al cumplimiento de los estándares propios del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso.

Los procedimientos sujetos a convalidación *ex post* se encuentran previstos para casos de urgencia, como es el caso del ordenamiento español e italiano en el plano no latinoamericano, y el del sistema argentino, tratándose de delitos de secuestro o conexos, cuando exista peligro en la demora, todo lo cual debe estar debidamente justificado.

En este orden de cosas, debe llamarse la atención sobre la posibilidad de proceder directamente por la policía o el Ministerio Público sin convalidación judicial posterior. Así ocurre en el ordenamiento argentino, en el que basta el requerimiento del Ministerio Público respecto de información asociada al registro de usuarios de teléfonos móviles hurtados, robados o extraviados, y en el derecho peruano, en que se admite que la policía, en el marco de la persecución de la delincuencia organizada, pueda acceder en tiempo real a los datos de geolocalización de cualquier usuario de celulares o de dispositivos electrónicos conectados a una red de telecomunicaciones, mediante su solo requerimiento a cualquier empresa operadora de tales servicios, sin mandato judicial y sin sujeción a límite o control alguno.

Este mismo enfoque adopta el sistema mexicano, al permitir acceder a la localización geográfica en tiempo real de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentre relacionada con los hechos que se investigan, a partir del simple requerimiento a los concesionarios, permisionarios o comercializadoras del servicio de telecomunicaciones o comunicación vía satélite por parte del Procurador, o del servidor público en quien se delegue la facultad.

Por último, todos los sistemas seleccionados disponen en mayor o menor medida la colaboración obligatoria de los proveedores de servicio de tecnología, internet y telecomunicaciones en la conservación, almacenamiento, registro y entrega de información de datos de sus usuarios y de tráfico por orden judicial o a requerimiento del ente persecutor en determinados casos. Esta obligación de reserva de los proveedores del servicio se encuentra regulada con distintos intervalos temporales (a modo ejemplar: 3 años en Argentina y Perú; y, un mínimo de 5 años en Brasil).

El Ministerio Público se entiende habilitado, en particular, para solicitar directamente el acceso a datos destinados únicamente a la individualización del usuario, sin que incida en aspecto propios de la operación comunicativa (datos de tráfico) ni su contenido. Además, en los ordenamientos italiano y argentino se prevé una instancia estatal centralizada, encargada de recibir la información remitida por los proveedores y de realizar las escuchas y grabaciones en tiempo

real, una vez que la conexión haya sido habilitada por la empresa correspondiente.

4.2.2. Ámbito objetivo de procedencia y objeto de la intervención

En lo que respecta al ámbito de procedencia objetivo de estas medidas, todos los sistemas seleccionados utilizan como parámetro el que los delitos que se pretende investigar por esta vía tengan una cierta gravedad manifestada en la intensidad de las penas con las que se los conmina, o bien que se trate de figuras delictivas relacionadas con un determinado ámbito de criminalidad.

En el primer supuesto se encuentra el derecho español, en el que esta clase de diligencia procede respecto de delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de al menos 3 años de prisión. Por su parte, en Italia, su ámbito de procedencia se circunscribe a la investigación de un detallado listado de delitos, dentro del cual se ubican expresamente los delitos contra la administración pública penados con reclusión no inferior en el máximo a 5 años. En EE.UU., como ya se dijo, procede ante cualquier delito punible con pena de muerte o con prisión por más de un año y que se encuentre dentro de un catálogo taxativo, dentro del cual se hallan ciertos supuestos de soborno y ciertas actividades de crimen organizado, organizaciones corruptas y el blanqueo de capitales.

Con respecto a los países latinoamericanos, en Chile se exige que el delito tenga asignado en abstracto una pena de crimen, es decir, privación de libertad superior a 5 años, mientras que en Perú se requiere una pena superior a los 4 años de privación de libertad (exigencia que cumplen todos los delitos de corrupción cometidos por empleados públicos). Por su parte, en Brasil, para la procedencia de una precisa diligencia, como es la denominada captura ambiental, se establece un marco de penas máximas superiores a cuatro años, incluyéndose las infracciones penales conexas a estas, mientras que en Argentina el criterio de la gravedad se manifiesta en el hecho de limitar la procedencia de esta clase de diligencia a los delitos federales en general, con tal de que resulten útiles para la comprobación del delito.

En el segundo supuesto es posible encasillar, en parte, al ordenamiento italiano, en la medida en que admite esta clase de diligencia para ciertos delitos relacionados con asociaciones de tipo mafioso o con el objeto de facilitar su actividad, así como para delitos cometidos a través de tecnologías informáticas o telemáticas, a todo evento. El ordenamiento español también acude al criterio relativo a la conexión del delito con un grupo u organización criminal, así como a delitos de terrorismo y delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

Otra opción en este sentido es hacer procedente esta clase de diligencias para la investigación de hechos asociados al crimen organizado. En este sentido, en México el estatuto especial aplicable al crimen organizado sirve indirectamente para los delitos de corrupción a través de la cláusula relativa a la investigación de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Por su parte, en Perú, en materia de videovigilancia, se abandona el criterio penológico y se establece un catálogo referido exclusivamente a la investigación de delitos violentos, delitos graves o cometidos por organizaciones delictivas, por lo que la aplicación de la medida a la investigación de los delitos de corrupción cabria a través de esta vía indirecta. La misma alternativa puede advertirse en el caso del derecho brasileño.

En este contexto es de destacar el caso italiano, al contemplar expresamente los delitos cometidos por funcionarios públicos o encargados de servicios públicos contra la Administración Pública, sancionados con pena de reclusión máxima no inferior a 5 años. Como se indicó en su oportunidad, el ordenamiento italiano asimila los delitos contra la Administración Pública a los delitos relacionados al crimen organizado y al terrorismo, factor que desempeña un relevante rol en la morigeración de los requisitos y condiciones para la procedencia y ejecución de la medida, en comparación con la regulación de la investigación de los delitos de criminalidad ordinaria.

Por su parte, en EE.UU., si bien es posible identificar una referencia parcial a delitos característicos de actividades corruptas a través de la consideración expresa de ciertas hipótesis de soborno, su ordenamiento no contempla un tratamiento diferenciado que proporcione

autonomía o cierta especialidad a la reglamentación de las diligencias de vigilancia de las comunicaciones en materia de corrupción.

En lo que respecta al objeto de la intervención, es decir, a la concreta tipificación de las diligencias comprendidas dentro del espectro de la vigilancia de las comunicaciones, las regulaciones estudiadas presentan muy diversos niveles de satisfacción de los requerimientos del principio de reserva de ley.

En el nivel más bajo se ubica el ordenamiento colombiano, pues la introducción de esta clase de diligencias se hace depender de la mera amplitud de la expresión utilizada en materia de interceptación legal de comunicaciones en que se alude a "cualquiera que sea su origen o tecnología", sin mayor regulación normativa de ninguna especie.

Aún en el ámbito latinoamericano, el derecho argentino presenta un cierto nivel de tipificación de clases de diligencias, aunque sometiéndolas a la regulación de diligencias tradicionales de investigación, mientras que en el sistema chileno se advierte un atisbo en la previsión de supuestos de videovigilancia y captaciones ambientales para cuyo tratamiento remite al estatuto de interceptación de comunicaciones.

En el otro extremo se encuentra el ordenamiento español, pues, además de un estatuto general, aborda los requisitos específicos que han de seguirse tanto para la intervención de comunicaciones telefónicas o telemáticas como para otras diligencias relacionadas con obtención de direcciones IP, identificación de terminales o dispositivos de almacenamiento, incluyendo la obtención de datos almacenados. En este sentido, se valora positivamente la tipificación de la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales entre presentes y la captación de imágenes en lugares públicos, con el objeto de evitar cuestionamientos respecto de la legitimidad de esta clase de operaciones. Misma consideración merece el tratamiento expreso de la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización y de almacenamiento masivo de información y registro remoto.

En contraste, cabe destacar que las diligencias destinadas a efectuar un seguimiento de los movimientos de los investigados mediante el uso de medios de acecho a través de GPS, se trata de una materia

omitida en la normativa italiana (cuya configuración se encuentra entregada a la jurisprudencia) y solo parcialmente abordada en el sistema estadounidense.

4.2.3. Tramitación de la solicitud de la medida

En lo concerniente al procedimiento de solicitud de orden judicial, este no dista mayormente del cuadro descrito con ocasión de la diligencia de intervención de comunicaciones telefónicas, por lo que nos remitidos a los comentarios formulados a su respecto en el apartado anterior. Bastaría, por tanto, reiterar la conveniencia de admitir una fórmula que permita el planteamiento verbal de la solicitud de diligencia, contemplado en el ordenamiento chileno y en el brasileño, con el objetivo de contribuir a la mayor celeridad en la tramitación de la medida y, evitar con ello, el recurso a sistemas de urgencia de convalidación judicial *ex post*. Cabe igualmente insistir en la conveniencia de permitir que el tribunal, antes de resolver, pueda solicitar aclaraciones o mayores informaciones complementarias a la solicitud original, como es la opción legislativa española y estadounidense.

Como se ha señalado, no obstante la ausencia de una tramitación especial de esta clase de diligencias en materia de corrupción, cabe destacar aquí un atisbo en ese sentido en la normativa mexicana y brasileña. En el primer caso, se permite que el Ministerio Fiscal pueda subsanar las deficiencias y solicitar nuevamente la orden, sin perjuicio de la procedencia del recurso de apelación en contra de la negativa a la solicitud o a la ampliación de la orden de intervención de comunicaciones privadas, cuando su solicitud recaiga en investigaciones por delincuencia organizada. En el marco brasileño, aunque pasible de críticas, se prevé la posibilidad de obtener información desde sistemas de almacenamiento de registros por parte de ANATEL sin orden judicial previa, sea que ella se encuentre o no asociada al crimen organizado.

En cualquier caso, una vez concedida la autorización judicial correspondiente, esta debe concretar el plazo de duración de la medida dentro de los marcos legales, que, como se ha dicho, son de muy dispar extensión. Como ya se indicó también con ocasión del capítulo 2, lo cierto es que en todos los sistemas se admiten prórrogas indefi-

nidas (en Argentina, 30 días sin perjuicio de su renovación cuando se expresen motivos que así lo justifiquen de acuerdo con la naturaleza y circunstancias del hecho investigado), sin que dichas prórrogas se encuentren sujetas siempre a un control judicial exhaustivo que verifique el avance de las diligencias, ni con una posterior notificación a los usuarios afectados por la diligencia para hacer valer los descargos propios de un control externo *ex post*. Es más, en Argentina simplemente no se prevé un mecanismo de notificación diferida al usuario afectado, salvo en los casos de allanamiento, o de incautación de un sistema informático.

En lo que respecta a la garantía de un adecuado control judicial de la ejecución de la medida, los ordenamientos español, mexicano y brasileño son insuficientes en la medida en que no establecen la exigencia de remitir informes de avance al órgano jurisdiccional, sino que solo requieren un informe final al término de las diligencias, regulando además un sistema de eliminación de registros. Los restantes sistemas seleccionados, por su parte, no hacen referencia alguna a este ítem, sea que se prevea o no una instancia de destrucción de los antecedentes recopilados por esta vía.

Por último, en lo que respecta a un control global del empleo de esta clase de herramientas, es de subrayar el caso brasileño, al establecer reglamentariamente la exigencia de que los miembros de la Fiscalía General y los jueces deban informar mensualmente al Inspector General de la Fiscalía General y al Inspector General del Consejo Nacional de Justicia, sobre el número de operaciones de interceptación en curso, a efectos estadísticos.

5. LAS MEDIDAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN RELATIVAS A LA COLABORACIÓN DE INFORMANTES, AGENTES ENCUBIERTOS Y AGENTES REVELADORES

5.1. Consideraciones preliminares: fundamentos político-criminales y problemáticas

El capítulo 4 comienza con el desarrollo por parte de Alcaíno de un marco conceptual relativo a las figuras de los informantes, los

agentes encubiertos y los agentes reveladores, como formas de obtener información sobre delitos que, por las complejidades del fenómeno criminal en el que se insertan, no podría adquirirse de otro modo. Como señala el común, tienen además en común algún tipo de infiltración o cuando menos de contacto aparentemente desinteresado con personas dedicadas a la actividad delictiva, en particular de personas insertas en agrupaciones u organizaciones delictivas.

Respecto a los agentes encubiertos, el autor destaca su función consistente en introducirse en una organización delictual o en un contexto delictivo para reunir antecedentes probatorios necesarios para la investigación, sea que esta tarea la desarrollen agentes del Estado (pertenecientes a la policía u otras instituciones), sea que se trate de particulares. Lógicamente, el cumplimiento de este cometido requiere la correspondiente ocultación de la verdadera identidad.

El agente revelador, por su parte, desempeña un rol más limitado, que, encargado solo a agentes del Estado, se circunscribe a simular requerir a otro la ejecución de una conducta delictiva para lograr su concreción y persecución.

Por último, Alcaíno delimita el concepto de informante, definiéndolo como aquella persona que, siendo parte de una organización criminal o estando de algún modo relacionada con esta o con algún tipo de actividad delictiva, suministra antecedentes a la policía acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes participan en él, sin perjuicio de que también puede actuar como agente encubierto. Para el autor, esta figura se caracteriza por constituir una fuente de información sistemática o estructurada, con la intención por parte del informante de obtener algún beneficio, generalmente económico.

Como se ha reiterado a lo largo de este volumen, las características propias del fenómeno de la corrupción, con su carácter inaparente, su complejidad y la gravedad que le es asociada, han hecho que se comience a propiciar el uso de estas herramientas como medio muchas veces indispensable para su persecución. De hecho, el impulso sobre el uso de esta estrategia proviene desde el derecho internacional, de la mano del art. 20.1 de la Convención de Palermo o el art. 50.1 de la Convención de Mérida, ambas de las Naciones Unidas, al entenderse

que la persecución y condena de la corrupción (especialmente de la corrupción pública) no constituye solo una cuestión jurídico-penal, sino que también cumple una importante función de control del poder político, como elemento esencial de la debida transparencia, como requisito de las actuales democracias.

A nivel europeo, por su parte, estas medidas o técnicas especiales se encuentran en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (2000/C 197/01). En cuanto al ámbito latinoamericano, aun cuando no exista una referencia explícita a nivel regional latinoamericano, lo cierto es que se trata de una institución presente en diversos grados en los ordenamientos de la región.

Con todo, ya desde el inicio Alcaíno pone en alerta sobre el factor socialmente disruptivo que representa cualquier actividad encubierta, por una parte, por la sospecha y desconfianza que generan en la comunidad y, por la otra, por erigirse en una eventual fuente de corrupción en sí misma. De este modo el autor, ofrece un análisis comparado que se detiene en su ámbito de procedencia, sus presupuestos, sus límites y sus controles, como barreras indispensables para impedir que se abuse de la institución (particularmente en lo que respecta a la provocación delictiva, como riesgo común a todo tipo de actividad encubierta).

En este orden de cosas, siguiendo la estructura general del volumen, el autor realiza un análisis comparado respecto de países no latinoamericanos que incluye a Alemania, Italia, España, Estados Unidos y Reino Unido, y de los ordenamientos latinoamericanos de referencia para el proyecto: Argentina, Brasil, Chile, México y Perú y, especialmente, Colombia.

5.2. Derecho comparado

Con el objetivo de facilitar el estudio comparado es conveniente analizar separadamente cada una de las figuras antes mencionadas, en el siguiente orden: agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes.

5.2.1. Análisis comparado de los agentes encubiertos

5.2.1.1. Ámbito de aplicación

La técnica de los agentes encubiertos se encuentra consagrada en todos los sistemas analizados. En general, es aplicable en la investigación de delitos de corrupción, aunque esto solo se recoge de manera expresa en los ordenamientos italiano y federal estadounidense.

De esta manera, en Alemania, en principio solo procede respecto de la investigación de crímenes, esto es, conductas sancionadas con una pena mínima de un año de privación de libertad o siempre que concurran indicios fácticos suficientes respecto de la comisión de un delito de importancia sustancial perteneciente a ciertos ámbitos delictivos específicamente señalados, entre los que no se encuentran los de corrupción. El factor penológico excluye su uso en la investigación de los delitos de corrupción, de modo que, para que esta técnica les sea aplicable, se requiere que concurra el supuesto extensivo de su procedencia, esto es, debe tratarse de hechos que se cometan habitual o profesionalmente o como miembro de una banda (agrupación de al menos tres personas, según la jurisprudencia) o actuando organizadamente de otro modo y siempre que los otros medios de investigación no ofrezcan perspectivas de éxito o este se viera sustancialmente dificultado.

Paradójicamente, aun cuando en España se establece un criterio de procedencia similar al recién apuntado, esto es, admitiendo el uso de la figura respecto de determinados delitos constitutivos de delincuencia organizada (asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, ciertos delitos), los casos de corrupción no quedan incluidos salvo que se encuentren relacionados con un delito de blanqueo de capitales.

En esta dirección también apunta el derecho argentino, chileno y brasileño. Así, en Argentina la medida solo cabe respecto de un catálogo de delitos entre los que no se encuentran los delitos de corrupción. No obstante, la investigación de estos podrá ser susceptible de aquella cuando se trate de casos de corrupción vinculada al crimen organizado (organización de 3 o más personas para cometer delitos) o como delito base de una investigación por lavado de activos.

Por su parte, en Chile, la figura del agente encubierto se consagró originalmente solo a propósito de la investigación del tráfico de drogas, cuya regulación, como estatuto supletorio, luego se fue extendiendo a la investigación de otros fenómenos delictivos, entre los que no se encontraban los delitos de corrupción, salvo que estuviesen asociados al lavado de activos. Actualmente, en cambio, se cuenta con una cláusula general que, al hacer procedente esta técnica para la investigación de cualquier hecho delictivo, con tal de que ellos involucren la participación en una asociación delictiva o criminal, esto es, conformada por 3 o más personas para la comisión de simples delitos o crímenes, respectivamente, permite aplicarla eventualmente en la investigación de hechos de corrupción. Además, debe considerarse que en el sistema chileno se regula expresamente la posibilidad de que los antecedentes legítimamente obtenidos por esta vía se pueden aprovechar en otros procedimientos, siempre y cuando versen sobre delitos que tengan igual o mayor pena, sin requerir la concurrencia del ámbito de aplicación original de la figura.

En Brasil, si bien no existe un catálogo de delitos respecto de cuya investigación se declare que es aplicable la figura del agente encubierto, su procedencia se construye a la luz de la combinación de dos factores: que se trate de la persecución de organizaciones criminales y que los delitos en cuestión superen un cierto umbral penológico. Se entiende por organización criminal toda asociación de 4 o más personas estructuralmente ordenada y caracterizada por la división de tareas, aunque sea informalmente, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, ventaja de cualquier naturaleza, mediante la práctica de infracciones penales cuyas penas máximas sean superiores a 4 años de privación de libertad, o que sean de carácter transnacional. El factor penológico como requisito copulativo restringe la procedencia del agente encubierto a la investigación de los delitos de corrupción consistentes en peculado doloso, cohecho y soborno.

En contraposición con los anteriores ordenamientos, Italia hace expresamente aplicable las operaciones encubiertas a los delitos de corrupción desde el año 2019. En el mismo sentido se decanta la regulación federal estadounidense, que admite esta técnica para la investigación de la corrupción pública, el crimen organizado y otros delitos de persecución prioritaria. Sin embargo, la diferencia entre

ambos ordenamientos es que solo en el ordenamiento italiano se ofrece un tratamiento diferenciado para los casos en que la diligencia es requerida para la investigación de delitos de corrupción.

En una situación intermedia se encuentra el derecho del Reino Unido, que somete su procedencia a un régimen general, esto es, para la investigación de cualquier delito, siempre que la medida sea necesaria y proporcional a los objetivos perseguidos. A modo de ejemplo, la propia ley señala que la diligencia puede considerarse necesaria por razones de seguridad nacional, para prevenir la comisión de un delito, para proteger el bienestar económico del país o la salud pública, para obtener el pago de cualquier impuesto que deba ser pagado al gobierno, y para cualquier otro propósito que haya sido regulado por la Secretaría de Estado.

5.2.1.2. Sujetos habilitados

En lo que corresponde a los sujetos habilitados para desempeñar el rol de agentes encubiertos, en Alemania la calidad de agente encubierto solo puede ser asumida por oficiales de policía bajo identidad ficticia que puede mantenerse incluso después de finalizada su labor. En el mismo sentido se pronuncia el ordenamiento español, aunque con mayor precisión respecto de quien otorga la identidad supuesta (Ministerio del Interior) y el plazo de duración (seis meses prorrogables por iguales períodos). El sistema italiano también encarga esta función exclusivamente a miembros de la policía. En esta línea también se ubica Brasil (que recalca el carácter voluntario de la tarea).

En el Reino Unido, en cambio, la función de agente encubierto puede ser encargada tanto a funcionarios públicos como a particulares, caso este último en que se trataría de un informante (el tratamiento del informante supone considerarlo un ciudadano que colabora con la justicia más que como un miembro de la organización que deba ser exculpado).

Por su parte, en Chile la actual cláusula general contenida en el código procesal penal, solo admite que el rol de agente encubierto sea atribuido a un funcionario policial, sin perjuicio de autorizar, bajo los mismos supuestos, a cualquier otra persona en calidad de informante.

5.2.1.3. Funciones

Sobre las funciones concretas encargadas al agente encubierto y sus limitaciones, el sistema español lo habilita para utilizar la identidad supuesta para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y para participar en el tráfico jurídico y social. Una mayor especificación se encuentra en el sistema chileno, a partir del propio concepto legal de agente encubierto, como aquel funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.

En Italia, en cambio, se ofrece una regulación más detallada, pues, además de su procedencia respecto de investigaciones penales específicas, se señala que su empleo se refiere únicamente a la obtención de pruebas, otorgando un catálogo no taxativo de las conductas en que puede incurrir, a saber: la compra, recepción, reemplazo y ocultamiento de activos o cosas que constituyan el precio por cometer el delito, la aceptación de la oferta o promesa, así como también el pago de dinero u otros beneficios en ejecución de un acuerdo ilícito ya celebrado por otros, o la promesa o entrega de dinero u otros beneficios solicitados por un funcionario público o persona encargada de un servicio público o solicitados como el precio de la mediación ilícita hacia un funcionario público o persona encargada de un servicio público o para remunerarlo.

En el ámbito latinoamericano la regulación más interesante de todas para los efectos de la investigación de casos de corrupción es la peruana, que prevé las bases para una infiltración a gran escala, a través de la creación de personas jurídicas que pueden intervenir en procesos de selección, contratación, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado, es decir, en un contexto crítico de emergencia de prácticas corruptas, con cierta semejanza a la regulación interna de las acciones encubiertas en los Estados Unidos, en cuanto uno de los supuestos en que se requiere autorización especial es aquel en que la acción esté sometida a *fiscal circumstances*.

5.2.1.4. Impunidad del agente

Un aspecto central de cualquier regulación al respecto es la impunidad del agente no obstante no evitar y hasta colaborar con la actividad delictiva. En algunos casos solo se afirma (Italia). El sistema español ofrece una solución diversa a través de una fórmula amplia que declara expresamente su exención de responsabilidad siempre que se trate de actuaciones que sean una consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, y siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de esta y no constituyan una provocación al delito. En similar sentido dispone el derecho del Reino Unido, al autorizar la ejecución de las conductas necesarias para el cumplimiento de su tarea, con la imposibilidad de actuar como agente provocador. En Estados Unidos también se establece la prohibición de que el agente encubierto cometa ilícitos a menos que se encuentren justificados por la operación que se está realizando o que deban realizarse en defensa propia.

En cuanto a América Latina, en Brasil se admite la eximición de responsabilidad solo en casos de inexigibilidad de otra conducta, salvo que la actuación no guarde la debida proporcionalidad, caso en que el agente debe responder por el exceso. Este límite a la exención con base en la proporcionalidad se recoge expresamente también en el derecho chileno, al contemplar la exención de responsabilidad siempre que se trate de aquellos 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".

En Argentina, en cambio, la exigencia de proporcionalidad se concreta con la exclusión de ciertos delitos cuya comisión sería *per se* desproporcionada, pues se consagra la impunidad de los agentes por los delitos en que intervenga en el ejercicio de su cometido, pero siempre que este no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad psíquica o física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro. El ordenamiento colombiano, es todavía más restrictivo puesto que consagra la exención de responsabilidad únicamente por los delitos contra la Administración Pública en coparticipación con la persona investigada en que hubieran intervenido, "salvo que exista un verdadero acuerdo criminal ajeno a

la operación encubierta". Además, la jurisprudencia ha asentado la prohibición de actuar como agente provocador o determinador.

5.2.1.5. Autorización necesaria

En lo que atañe a la autorización necesaria para la procedencia de la figura, algunos ordenamientos exigen autorización judicial, aunque con ciertas excepciones. El ordenamiento alemán, por ejemplo, exige intervención judicial solo si la investigación se dirige en contra de una persona determinada (lo que será bastante habitual) o si su desarrollo requiere que el agente ingrese a un lugar que no sea de acceso público y no se cuente con el consentimiento del titular del lugar (el cual no puede obtenerse bajo el pretexto de un derecho de acceso más allá del simple uso de la identidad ficticia). En los demás casos basta la autorización expresa otorgada por el fiscal de manera escrita y por un periodo determinado, que puede ser extendido fundadamente. Con todo, también se prevé un procedimiento de urgencia en el que puede prescindirse de autorización judicial, bastando la autorización provisoria del fiscal e incluso sin esta última cuando el fiscal no pueda otorgarla sin demora, para lo cual debe solicitarse convalidación judicial posterior dentro del plazo de 3 días hábiles.

En líneas similares se regula la procedencia del agente encubierto en España, donde se requiere autorización previa del juez de instrucción competente o del Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al juez, aunque en todo caso, se indica que, si su actuación puede afectar derechos fundamentales, debe solicitarse la autorización correspondiente.

En cuanto a América Latina, el derecho brasileño no admite excepciones y la diligencia siempre requiere autorización judicial, sea que la solicitud la formule el fiscal o directamente la policía, oyendo previamente al fiscal. En ambos supuestos la solicitud debe encontrarse fundamentada. Para su aprobación la ley exige que la autorización constate la existencia de indicios de la infracción penal y que la medida sea necesaria (en el sentido de que no pueda obtenerse prueba por otros medios disponibles) e indique el plazo de duración (no puede ser superior a 6 meses, renovables previa acreditación de su necesidad).

En la vereda opuesta, se encuentran los ordenamientos que encargan la aprobación de la técnica directamente a los órganos de persecución penal. Así, en Chile, la cláusula general para asociaciones delictivas o criminales encarga la autorización al propio Ministerio Público a través del fiscal regional, salvo que la investigación esté dirigida por este o por el fiscal nacional. Con ello en Chile conviven tres clases de autorización: previa autorización judicial para el caso de agentes encubiertos *online* (y otros supuestos especiales); con la sola orden del fiscal adjunto de la causa en materia de tráfico de drogas (y en otros supuestos especiales) y, el que se acaba de analizar.

En Italia es la policía la que directamente puede disponer la medida, bastando el aviso al Ministerio Público, sin intervención judicial cuando se trate de la investigación de delitos de corrupción. Por su parte, en Estado Unidos, la autorización de la medida debe ser concedida por un Agente Encargado Especial (perteneciente a la respectiva agencia policial del FBI y tenga la mayor jerarquía). Es de destacar que, en este caso, vía reglamentaria, se exige que la autorización conste por escrito conteniendo los fundamentos, objetivos, duración y presupuesto de la medida. Es más, bajo ciertas circunstancias de especial complejidad y/o sensibles en atención a los sujetos involucrados, la autorización debe ser aprobada por el Cuartel General del FBI, del mismo modo en que deben serlo aquellas operaciones de entrega controlada de drogas o pago de sobornos.

Finalmente, en el Reino Unido, la situación es más difusa, pues las autoridades habilitadas para conceder la autorización respectiva varían dependiendo de si la solitud es formulada por la policía o por otros organismos. Con todo, es relevante destacar que, al igual que como sucede en el ordenamiento estadounidense, la autorización debe ser fundada, explicando por qué se entiende que la medida es necesaria y proporcional, debiendo establecer, además, las tareas a ejecutar, y su duración, para lo cual se dispone un plazo máximo de 12 meses, renovables.

Para Alcaíno, que estos aspectos sean abordados por normativa reglamentaria (tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido) otorga una mayor flexibilidad a los cambios de las dinámicas delictuales

En todo caso, debe destacarse que, a diferencia de lo que ocurre con diligencias intrusivas sensibles como las tratadas en los capítulos precedentes, respecto de las cuales la autorización judicial es regla prácticamente absoluta (salvo casos de urgencia), en relación con la intervención de agentes encubiertos existe una importante disparidad, la cual se explica porque, en rigor, dicha intervención no afecta *per se* garantías fundamentales, aunque pueda hacerlo puntualmente, en tanto que es dudoso que la limitación de la responsabilidad de quienes actúan como agentes encubiertos, si está debidamente establecida por ley, requiera necesariamente de dicha autorización judicial. Se trata de un aspecto que puede motivar la previsión de mecanismos más flexibles de autorización, sin perjuicio de la posibilidad siempre necesaria de control judicial. El mismo comentario vale, *a fortiori*, para informantes y agentes reveladores.

5.2.1.6. Posible declaración en juicio

Respecto de la posible declaración en juicio y el dilema que representa la consecuente revelación de la identidad del agente (al margen de las medidas de protección más o menos intensas debidas a cualquier testigo), las legislaciones no latinoamericanas guardan silencio.

En América Latina, en cambio, algunos ordenamientos se hacen cargo del asunto. Así, en Argentina se requiere la declaración del agente en juicio solo cuando se estime absolutamente imprescindible y, de ser ese el caso, cuando ello pueda implicar un riesgo para su integridad o la de otras personas, o cuando pudiera frustrar una intervención suya ulterior, se exige emplear los recursos técnicos necesarios para impedir que pueda identificarse al declarante por su voz o su rostro. En todo caso, se precisa que la declaración prestada en estas condiciones no constituirá prueba dirimente para la condena del acusado, y deberá valorarse con especial cautela por el tribunal interviniente.

En un sentido similar se encuentra la reciente legislación chilena, conforme a la cual, si los funcionarios policiales han actuado en una investigación con identidad falsa, pueden mantener dicha identidad cuando testifiquen en el juicio por los hechos en cuya investigación

hayan intervenido, siempre que así se disponga mediante resolución judicial fundada. Con todo, si la reserva de identidad se mantiene en el juicio, la ley expresamente prohíbe que la condena pueda fundarse únicamente en sus declaraciones.

Por el contrario, en Brasil, considerando el carácter escrito del procedimiento, se comprende que no se prevean medidas especiales en torno a la declaración del agente, lo que, en todo caso, no debiera eximir de cierta discusión sobre la eficacia probatoria de la información obtenida por este medio.

5.2.1.7. Sistema de controles

Respecto al establecimiento de un sistema de controles, es posible distinguir entre presupuestos inherentes a la técnica, que sirven como límites destinados a controlar su procedencia y debido cumplimiento, y medidas de control dispuestas *ex post* durante su ejecución.

En lo que corresponde a lo primero, el caso estadounidense parece ser el modelo en la materia, al contener una serie de especificaciones, más allá de los requisitos de necesidad y proporcionalidad presentes en los sistemas alemán y español. En una posición intermedia se encuentra el caso del Reino Unido, al proporcionar un listado de los casos en que se entiende que la medida es necesaria.

En el ámbito latinoamericano, Chile sigue esta línea en la actual clausula general para asociaciones criminales o delictivas, pues exige que la autorización: (a) asegure que el empleo de la técnica se limite a las acciones estrictamente necesarias para los objetivos de la investigación; (b) consigne la identidad supuesta con la que el agente actuará en el caso concreto, si la tuviere; (c) circunscriba el ámbito de actuación de dichos agentes en conformidad con los antecedentes y el delito o los delitos invocados en la solicitud correspondiente; (d) exprese la duración de la autorización; y (e) establezca las medidas que deben adoptarse para asegurar los objetivos del cometido específico.

Como Alcaíno señala, la legislación chilena llega incluso a regular la posibilidad de que el fiscal regional pueda autorizar en aras de favorecer la acción del agente encubierto la apertura de una cuenta bancaria, la obtención de otras piezas de identidad relevantes tales

como una licencia de conducir y la contratación de servicios básicos haciendo uso de la identidad ficticia. Todo lo señalado con el objetivo exclusivo de reforzar la credibilidad de la identidad e historia ficticias, cuya regulación queda entregada a un reglamento expedido en conjunto por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Un extremo esencial como es el plazo de duración de la medida se prevé solo excepcionalmente y, en todo caso, con diversas extensiones (en España, 6 meses, renovables; en el Reino Unido, 12 meses, renovables; en Chile, 60 días, prorrogables por períodos iguales). En este sentido es relevante destacar el caso brasileño, que no solo requiere la necesidad de constatar la existencia de indicios de la infracción penal y la acreditación de su necesidad, sino que, para permitir la renovación del plazo original máximo de 6 meses, exige que se vuelva a controlar la necesidad de la ampliación (lo que, en todo caso, también ocurre en Chile, pues la prórroga se encuentra expresamente sujeta a la constatación de los mismos requisitos establecidos para su otorgamiento).

Por último, en lo que corresponde a las medidas de control dispuestas para el desarrollo de la medida, lo cierto es que estas son prácticamente inexistentes, salvo en los sistemas español, brasileño, chileno y colombiano.

En efecto, en España y Chile hay un atisbo de esta preocupación al exigirse que la información que vaya obteniendo el agente encubierto sea puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quienes, respectivamente, solicitaron la autorización de la medida y la autorizaron. En el sistema español, además, se indica que dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente. También resulta interesante la reciente norma chilena que establece el deber del fiscal nacional de rendir cuenta anualmente ante las comisiones pertinentes de ambas cámaras del Congreso Nacional sobre la aplicación de estas técnicas, aun cuando parezca satisfacerse con un informe meramente estadístico.

En Brasil, por su parte, se otorga al fiscal la facultad de requerir en cualquier momento informes a la policía sobre el estado de la opera-

ción e, incluso, una vez finalizada la medida, exige que se entregue un informe al juez, quien debe dar cuenta al fiscal. Es especialmente significativo que el sistema brasileño consagre expresamente una prohibición probatoria en lo que atañe a la nulidad de la prueba obtenida de una infiltración que no cumpla con los requisitos legales.

El sistema colombiano agrega dos factores interesantes, ausentes en las restantes regulaciones. Si el agente encubierto encuentra información útil para la investigación, debe informar al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados. Alcaíno destaca este punto por permitirle al fiscal coordinar operaciones especiales para incautar evidencia y, con ello, utilizar otras herramientas legales que posea para ello, como podrían ser eventuales allanamientos en lugares cerrados previa orden judicial.

Además, en segundo término, si bien basta, por regla general, la autorización del fiscal para autorizar la medida, éstos deben ser autorizados por el Director Nacional o Seccional de Fiscalías de la Fiscalía General de la Nación, es decir, se establece un control del superior jerárquico para estos efectos.

5.2.2. Análisis comparado de los agentes reveladores

En general, esta figura goza de expreso reconocimiento legal en el ámbito latinoamericano, si bien en países como Brasil los agentes reveladores no gozan de regulación (si bien se entiende que pueden quedar cubiertos por las disposiciones sobre colaboración premiada).

El ordenamiento chileno proporciona una definición autónoma de la figura, como el funcionario policial que simula requerir de otra persona la ejecución de una conducta delictiva con el objetivo de lograr la concreción de los propósitos delictivos de este, pudiendo, o no, tener una identidad e historia ficticias. Su ámbito de aplicación, sujeto habilitado, y medidas de protección son las mismas que se han referido para los agentes encubiertos. Sin embargo, su forma de pro-

cedencia requiere únicamente autorización directa del fiscal adjunto encargado de la investigación concreta.

En cuanto al ordenamiento argentino, su actuación es posible en los mismos casos en que lo es la de los agentes encubiertos, procediendo, por tanto, respecto de delitos de corrupción solo cuando se cometan por asociaciones ilícitas o se encuentren asociados al delito de lavado de activos (este sistema presenta, por tanto, la virtud de proporcionar un concepto y especificar su objetivo). Comprende tanto a quienes simulan interés, como a los que ejecutan el transporte, compra o consumo, para sí o para terceros, de dinero, bienes, personas, servicios, armas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o participan de cualquier otra actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar a las personas implicadas en un delito, detenerlas, incautar los bienes, liberar a las víctimas o recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos. Es de destacar que su procedencia depende de la autorización judicial previa en los mismos términos que el agente encubierto.

A diferencia de Argentina y Chile, en Alemania, España y Estados Unidos, los agentes reveladores carecen de regulación expresa, sin perjuicio de considerarse que la suya es una actuación habitual de los agentes encubiertos, en cuanto estos deban simular interés en el delito, por lo que, como se advierte, sería una figura que no goza de la debida autonomía. En principio, se entiende que tal simulación es legítima, salvo que la otra persona termine cometiendo un delito que no habría cometido de no haber mediado la actuación del revelador ("delito provocado"). De este modo, el agente encubierto tiene prohibido incitar a terceros a cometer delitos, pudiendo solo aprovecharse de su predisposición delictiva, pero sin que pueda presionar significativamente a alguien para estos efectos.

La provocación propiamente tal, es decir, aquella que va más allá del simple aprovechamiento de la predisposición delictiva, no solo está prohibida y puede incidir en la responsabilidad del agente, sino que debiera tener consecuencias favorables para el provocado, algo que es especialmente claro y desde antiguo en los EE.UU. donde la defensa del *entrapment* se encuentra bien asentada.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde *Teixera de Castro vs. Portugal*, 1998) ha impuesto la exigencia de reparar al provocado de un modo relevante en el proceso penal, lo que ha tenido gran incidencia en Alemania, donde se asistió a una línea jurisprudencial zigzagueante sobre esta práctica habitual: luego de un largo período en que solo se consideró la posibilidad de una atenuación, desde 2016 se ha vuelto a ver en la provocación suficiente un obstáculo procesal que implica la impunidad del provocado, evolución que coincide en lo fundamental con la observada también en el Reino Unido desde *R v Looseley* (2001).

Por el contrario, como Alcaíno señala, la situación al respecto en los ordenamientos latinoamericanos no es tan clara. En general se admite que la provocación delictiva está prohibida. Sin embargo, solo se han tematizado las posibles consecuencias de la infracción de la prohibición desde la perspectiva de la posible responsabilidad del agente, no desde el *status* del provocado.

5.2.3. Análisis comparado de los informantes

La figura de los informantes solo se encuentra regulada en Alemania en leyes estaduales de policía, mientras que en España no existe regulación legal de la figura, aunque constituya una práctica asentada y reconocida por la jurisprudencia. Por su parte, en Italia se le dedica una escueta regulación en el Código procesal penal, destinada a consagrar la confidencialidad de su identidad, quedando prohibida su revelación, salvo en el evento de que sea llamado a declarar como testigo, aspecto este último indispensable para que la información proporcionada pueda ser usada en juicio. En el Reino Unido, en cambio, no parece tratarse de una figura autónoma, sino que ligada al agente encubierto cuando dicho rol se desempeña por un particular.

En Estados Unidos, en cambio, la situación es diametralmente distinta, pues se indica expresamente que la policía puede acordar con cualquier individuo que cumpla este rol en relación con delitos federales graves y respecto de los cuales el Departamento de Justicia requiera información adicional útil y creíble para investigaciones futuras. Para estos efectos, el Departamento proporciona una serie de

reglas (ausentes en los demás ordenamientos), incluyendo la necesidad de que el policía obtenga autorización de su jefatura, sin que pueda prometer algún trato especial desde el punto de vista de la persecución penal, manteniendo la confidencialidad del informante.

Es destacable el hecho de que se disponga una revisión temporal de la relación con el informante y de su conveniencia para la autoridad, así como el establecimiento de un registro con los datos del informante y los eventuales beneficios acordados (que solo pueden consistir en dinero). Se explicita, además, que: (a) el informante no está autorizado a realizar ninguna actividad ilícita ni menos representar a la autoridad, en ninguna circunstancia, salvo que expresamente se otorgue una autorización en tal sentido; (b) no se puede garantizar la entrega de ninguno de los beneficios acordados; y (c) están prohibidas las relaciones personales con los informantes. Por último, jurisprudencialmente, se han establecido las condiciones que deben concurrir para que las informaciones aportadas por estos puedan ser utilizadas en juicio.

Como Alcaíno señala, a diferencia de los ordenamientos no latinoamericanos, salvo EE.UU., en América Latina, la figura de los informantes goza, por regla general, de reconocimiento y regulación legal. Es más, en Argentina se los define expresamente como aquellas personas que, con identidad reservada y a cambio de un pago, aportan a las autoridades información para la investigación de delitos, disponiéndose medidas para su debida protección en caso necesario. Además, se prevé que su procedencia no requiere autorización judicial, quedando su actuar en manos de la regulación del Ministerio de Seguridad. En Chile, en cambio, informante es quien suministra antecedentes sustanciales a los organismos policiales acerca de la preparación o de la comisión de un delito de asociación delictiva o criminal y requiere de protección. Es decir, su concepto no comprende un sentido premial y su aprobación está entregada exclusivamente al fiscal regional.

A la luz de lo anterior, merece un comentario especial la existencia de soluciones disímiles en cuanto a una posible remuneración del informante: mientras en algunos ordenamientos se trata de una nota definitoria de la figura, en otros se guarda estricto silencio al respecto. A diferencia de los incentivos económicos previstos en gene-

ral para incentivar las denuncias o la aportación de información útil en materia penal, valorados positivamente en otro volumen de este proyecto, las dudas en este contexto surgen del carácter habitual o permanente de la relación entre policías e informantes, esto es, de la relativa inserción de estos últimos en la labor policial o de cierta externalización de dicha labor, pero de un modo completamente informal, lo que puede comprometer la legitimidad de la acción estatal. Y si ya a propósito de los incentivos generales se hacía presente los riesgos de abuso y corrupción de la opacidad en su administración, esos riesgos parecen aún más graves en este contexto específico. De ahí, la importancia de regular expresamente el asunto y someterlo a reglas claras y a un sistema adecuado de control.

6. LAS INVESTIGACIONES RELATIVAS AL LAVADO/BLANQUEO DEL PRODUCTO DEL DELITO Y LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

6.1. Consideraciones preliminares y estándares internacionales

En el capítulo 5, Hernández ofrece primeramente una contextualización sobre la importancia de perseguir el lavado de activos cuando el delito-base es uno de corrupción, para evitar el aprovechamiento de su producto, la posibilidad de reinversión y consecuente expansión (incluso transnacional) o el desarrollo de otros mecanismos de impunidad.

Al mismo tiempo, sin embargo, el autor hace presente las dificultades que ofrece identificar el origen delictivo de objetos con valor económico cuando no se ha descubierto también la actividad ilícita de la que proceden, sobre todo cuando se trata de lavado a gran escala. De esta manera, en cuanto el lavado consiste, en rigor, en la realización de operaciones económicas en principio completamente inocuas e irreprochables, cuya única nota de ilicitud está dada por ese origen delictivo, resulta prácticamente imposible de investigar por parte de la justicia penal.

Para superar esa dificultad intrínseca, se ha optado universalmente por un "sistema administrativo de prevención y detección" del lavado, cuya función es analizar y comprobar la plausibilidad (y legitimidad) de los movimientos financieros, sobre la base de la recopilación de información efectuada por una serie de agentes privados, en particular (pero no solo) del mercado financiero, que son especialmente aptos para ser instrumentalizados con fines de lavado. Para ello, se les imponen compulsivamente, bajo exigencia de sigilo, deberes de averiguación, de registro (y conservación de documentación) y de notificación de operaciones sospechosas a la agencia de análisis estatal, con especial foco en el último tiempo en la interacción con personas que por su investidura, cargo o vinculaciones son susceptibles de incurrir en actos de corrupción (Personas Expuestas Políticamente o PEP). La investigación penal del lavado descansa fundamentalmente sobre este sistema, a cuyo análisis comparado, en consecuencia, se dedica la primera parte del capítulo.

Ahora bien, como explica Hernández, el nivel de información requerido para fundar una sospecha que obligue a denunciar un posible lavado de dinero y el que es necesario para fundar una condena penal son muy diferentes, por lo que el sistema de prevención no es suficiente. De ahí que la persecución penal de un fenómeno delictivo que ofrece las dificultades ya comentadas requiera medidas o técnicas especiales de investigación, muchas de las cuales ya fueron analizadas en general en otros capítulos de este volumen, siendo el objetivo de la segunda parte del capítulo establecer la amplitud en que tales medidas o técnicas están disponibles para la investigación de esta actividad delictiva específica, incluyendo el análisis del régimen de levantamiento del secreto bancario, no abordado hasta este punto, mecanismo que no es privativo de este tipo de investigaciones, pero que resulta de importancia crucial especialmente en ellas.

De acuerdo con las explicaciones del autor, la tipificación del lavado de dinero respecto de un número creciente de delitos es objeto de obligaciones internacionales al menos desde 1988 (Convención de Viena en materia de estupefacientes). Respecto de los delitos de corrupción, son específicamente pertinentes: (a) la Convención de Mérida contra la corrupción, cuyo art. 23 establece la obligación de tipificación y persecución, mientras que el art. 14 hace lo propio con

el establecimiento del sistema preventivo de control del lavado de dinero; (b) la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada internacional (como la anterior de las Naciones Unidas); y (c) la Convención Interamericana contra la corrupción. Debe mencionarse también la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones internacionales, de 1997.

En lo concerniente específicamente al sistema administrativo de prevención y detección del lavado, el autor destaca que tanto o más importante es la actividad que, desde su creación en 1989, ha desarrollado el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), y sus grupos regionales. Se debe destacar no solo el desarrollo y actualización de recomendaciones concretas para prevenir el lavado (las "40 recomendaciones" en sus sucesivas versiones) y, sobre todo, el sistema de Evaluaciones mutuas periódicas, que obligan a los Estados a revisar y mejorar permanentemente su normativa y prácticas.

Las recomendaciones incluyen el establecimiento de instituciones competentes a nivel nacional (explícitamente, el establecimiento de una unidad de inteligencia financiera), con facultades normativas y de supervisión, y la determinación de sujetos obligados, tanto en el sector financiero como no financiero, llamados unas y otros a desarrollar un enfoque basado en riesgos. Así mismo, recogen la implementación de medidas jurídico-penales (tipificación del lavado de dinero y regulación del comiso), relativas al secreto bancario y el acceso a la información que requieran las autoridades.

Las recomendaciones prevén también: (a) sanciones civiles, administrativas y penales adecuadas tanto para personas jurídicas como naturales; (b) obligaciones para los entes financieros (debida diligencia respecto del cliente, conservación de registros, medidas especiales respecto de las PEPs, bancos corresponsales, transferencias de dinero o valores, transferencias electrónicas y nuevas tecnologías, así como sobre delegación de deberes en terceros y controles al interior de grupos de empresas y medidas especiales tratándose de operaciones conectadas con países de mayor riesgo, reporte de operaciones sospechosas y suficiente respaldo normativo a los entes que cumplan con él) y para quienes desarrollan o ejercen actividades o profesiones no financieras designadas (debida diligencia respecto del cliente y

reporte de operaciones sospechosas); (c) medidas para identificar a los beneficiarios finales en contextos societarios; (d) reglas especiales sobre transporte de dinero en efectivo; y (e) otras medidas de cooperación internacional y en materia de elaboración de estadísticas.

Es de destacar, por último, cómo el GAFI ha avanzado también en la línea de incorporar al sistema la intermediación de criptoactivos o activos virtuales.

En lo que concierne ahora a las técnicas especiales de investigación y especificidades del juzgamiento, Hernández constata cómo los tratados pertinentes no disponen nada al respecto (es demasiado genérica, por ejemplo, la obligación de "dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos", previstas en los arts. 30.3 y 11.2 de las Convenciones de Mérida y Palermo, respectivamente), sin perjuicio de que la Recomendación 31 del GAFI sí es explícita y categórica al respecto, refiriéndose, entre otros, a "operaciones encubiertas, intercepción de comunicaciones, acceso a sistemas computarizados y envíos controlados".

Lo que sí es una constante indudable en el plano internacional, de acuerdo con Hernández, es que el "secreto bancario" debe ceder ante la investigación de estos delitos. La mayoría de los instrumentos pertinentes lo disponen desde la perspectiva de la cooperación internacional (salvo la Convención de Mérida, cuyo art. 40 se refiere explícitamente también a las investigaciones domésticas), pero es obvio que las obligaciones al respecto no se pueden cumplir si el secreto bancario continúa siendo un obstáculo a la investigación en el plano nacional.

Normas en este sentido se encuentran ya en la Convención de Viena de 1988 (art. 7.5) y en las Convenciones Interamericana (art. XVI), de Mérida (arts. 40 y 46.8) y de Palermo (art. 18.8). Lo mismo establece, por último, el art. 9.3 de la Convención de la OCDE. Así mismo, en el plano del GAFI, la Recomendación 9 dispone que los países deben asegurar que las leyes sobre secreto bancario no impidan la implementación de sus recomendaciones, mientras que la Recomendación 31 aspira a que las autoridades competentes puedan, en sus investigaciones de lavado o delitos-base, acceder a todos los documentos e información necesaria para utilizarla en esas investi-

gaciones, así como en procesos judiciales y acciones relacionadas. Esto incluye también "los registros en poder de las instituciones financieras, las Actividades y Profesiones No Financieras (APNFD) y otras personas naturales o jurídicas, para la búsqueda de personas y lugares, para la toma de declaraciones de testigos, y para el embargo y obtención de evidencia".

6.2. Sistema administrativo de prevención y detección del lavado de activos

6.2.1. Análisis comparado de sistemas de prevención y detección del lavado

6.2.1.1. Sujetos obligados

De acuerdo con las explicaciones de Hernández, en los ordenamientos no latinoamericanos analizados, esto es, en Estados Unidos, España y Alemania, el sistema administrativo de prevención y detección de casos de lavado es fundamentalmente el mismo y solo se aprecian diferencias de densidad.

El modelo europeo representado por la ley española y la alemana, que son el resultado de la transposición en los respectivos ordenamientos nacionales del régimen consagrado en la actualidad en la Directiva (UE) 2015/849, es mucho más detallado, a la vez que incluye más sujetos obligados y exhibe mayores pretensiones de disciplina interna en dichos obligados. Asimismo, se aprecia una importante diferencia de diseño institucional, pues mientras los ordenamientos europeos encargan las tareas de análisis a un solo ente (el Sepblac en España o la FIU en Alemania, pareciendo, en todo caso, más robusto y más conectado con la persecución penal el primero), en los Estados Unidos se confía en las autoridades sectoriales.

Esto último, que podría ser un defecto desde la perspectiva de una efectiva detección y persecución de casos de lavado, por las distintas finalidades asociadas a las respectivas agendas institucionales, no parece serlo en la tradición estadounidense, con fuerte involucramiento de las agencias gubernamentales en la persecución de responsabilidades y la imposición de sanciones.

Como muestra el autor, los sujetos obligados (sometidos eventualmente a distintos tipos de obligaciones) pertenecen en todos los ordenamientos tanto al sector financiero como a mercados en los que se pueden transar importantes sumas de dinero (denominados por el autor sujetos del sector no financiero), siendo de destacar, como una constante, la inclusión del mercado de activos virtuales o criptoactivos.

En cuanto a los deberes pertinentes, además de los tradicionales de identificación y registro (y conservación de documentación) de los clientes, así como de informar operaciones sospechosas, todo lo cual, además, supone el cumplimiento de ciertos deberes de organización interna, se han ido agregando algunos más específicos, relacionados con las PEPs, con la identificación de los beneficiarios finales en las personas jurídicas u organizaciones equivalentes y el creciente desarrollo de mecanismos de *compliance*. Como hace el autor, cabe destacar que la imposición de deberes a los sujetos obligados, que es el corazón del sistema, fue objeto de litigio constitucional en los Estados Unidos, habiéndose afirmado tempranamente su constitucionalidad por la Suprema Corte de ese país, en *California Bankers Assn. v. Shultz* (416 U.S. 21 [1974]).

Un aspecto a destacar en los ordenamientos europeos analizados (solo en ellos, porque en los Estados Unidos se ha dado el mismo debate, pero hasta ahora han fracasado las iniciativas en esa dirección) es la inclusión de abogados y profesionales afines entre los sujetos obligados, con la consecuente tensión entre los deberes de dichos sujetos y el deber de secreto profesional. De esta manera, el art. 34.2 de la mencionada Directiva europea libera del cumplimiento del deber de reportar operaciones sospechosas solo respecto de información obtenida de sus clientes a propósito de un procedimiento judicial siquiera posible, con lo cual restringe significativamente el objeto del secreto profesional; las disposiciones nacionales analizadas (art. 22 de la Ley 10/2010, de 28 de abril; § 43 II GwG) se apartan de ese criterio tan restrictivo, pero se mueven en un plano de ambigüedad que solo genera incertidumbre sobre los alcances de la confidencialidad.

El autor destaca que es indudable el deber de los abogados de abstenerse de colaborar con la actividad delictiva de su cliente y que pueden ser penalmente responsables si no lo hacen, pero que es

ciertamente preocupante que, adicionalmente, tengan el deber de denunciar a su cliente sobre la base de información que han recibido de él en el marco de una relación profesional, cuando dicha información da cuenta de actividad delictiva pasada o cuando el consejo profesional no contribuye a una actividad delictiva futura. A su juicio, las regulaciones nacionales de Alemania y España, aunque mejores que la disposición europea, sugieren la posibilidad de un espacio en que los abogados tienen efectivamente ese deber de denuncia.

Por su parte, en el ámbito latinoamericano, Hernández constata que el sistema también es bastante similar en los ordenamientos analizados. En todos ellos se imponen ciertos deberes a los "sujetos obligados", principalmente el de reportar operaciones sospechosas a un ente administrativo (Unidad de Información Financiera en Argentina, Consejo de control de la actividad financiera en Brasil, Unidad de Análisis Financiero en Chile, Secretaría de Hacienda y Crédito Público en México o Unidad de Inteligencia Financiera en Perú), que por regla general, con los matices que luego se indican, tiene la función de analizar esos reportes y realizar indagaciones adicionales para detectar posibles casos de lavado de dinero, que deriva luego a los órganos competentes de la justicia criminal.

La definición del círculo de sujetos obligados en los distintos ordenamientos exhibe un núcleo común bastante homogéneo en relación con el sector financiero (las variaciones se producen exclusivamente por las tipologías institucionales que rigen en cada mercado nacional, pero se recogen exhaustivamente las funciones y actividades propias del sector), siendo de destacar la incorporación reciente de los servicios sobre activos virtuales o criptoactivos en Brasil, México, Perú y, luego del cierre del capítulo, en Argentina, mientras que en Chile, curiosa y reprobablemente, se ha facultado a quienes los prestan a someterse voluntariamente a las obligaciones respecto de la UAF. De este modo, los ordenamientos analizados han superado las reticencias iniciales y la tentación de la prohibición, siguiendo las recomendaciones internacionales que optan por reconocer un fenómeno que parece inevitable, precisamente, para poder controlarlo.

En lo que concierne al sector no financiero, la situación es más dispar y depende de las distintas realidades observables en cada país. Así, por ejemplo, sin perjuicio de que en general en todos los orde-

namientos se regula el negocio de los juegos de azar y el comercio de vehículos, piedras y metales preciosos, joyas y antigüedades (esto último no en Chile), entre otros, hay muchas particularidades locales, como que en México sea relevante el mercado de blindaje de vehículos, en Argentina el de maquinaria agrícola y en Chile el de caballos de raza pura, lo que en el resto de los países resulta curioso.

A juicio del autor, esta dispersión da cuenta de un aspecto crucial del cual debe hacerse cargo cualquier regulación con pretensiones de efectividad, como es la necesidad de adaptarse con agilidad a los infinitos cambios de estrategia del lavado de dinero. A juicio de Hernández, el sistema de un listado establecido privativamente por la ley sería inconveniente por cuanto somete a las dificultades y demoras de la deliberación parlamentaria la extensión del régimen de control a un sector respecto del cual el órgano especializado tiene antecedentes empíricos concretos de aprovechamiento con fines de lavado, en circunstancias en que, en rigor, no debieran existir mayores razones para disenso de fondo (que es lo que hace insustituible dicha deliberación de los representantes del pueblo).

En la medida, prosigue el autor, en que solo estén en juego obligaciones y eventuales sanciones administrativas, con una definición legal clara de las características de los sujetos susceptibles de ser sometidos al régimen de control y un sistema de rendición de cuentas y evaluación de las decisiones particulares, no debiera haber objeciones constitucionales de peso contra una determinación en sede administrativa. En esta línea, el modelo más avanzado sería el peruano, en el que se pueden incluir sujetos obligados mediante decreto supremo, a propuesta de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), y refrendado por distintos ministerios, mientras que la exclusión de sujetos previamente incluidos puede establecerse de modo directo por la SBS, previo estudio técnico. El autor insiste en que, habiendo definiciones legales claras al respecto y un adecuado sistema de rendición de cuentas y control, el modelo parece óptimo.

A medio camino queda, en cambio, y debe reprobarse, la posibilidad prevista en el derecho chileno de incluir como sujetos obligados a sujetos pertenecientes al círculo más amplio de aquellos sometidos a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), en la medida en que dicha inclusión opera sobre base voluntaria.

Merece un comentario especial la consideración de ciertos profesionales, particularmente de abogados, pero no solo de ellos, como sujetos obligados cuando prestan ciertos servicios profesionales específicos. En el derecho peruano los abogados y contadores están sometidos a los deberes que impone el sistema de control cuando se dedican de manera independiente, en nombre de su cliente o por cuenta de este, a la compra y venta de inmuebles, la administración del dinero, valores, cuentas del sistema financiero u otros activos, la organización de aportaciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas, la creación, administración y/o reorganización de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, la compra y venta de acciones o participaciones sociales de personas jurídicas.

Por su parte, en el derecho mexicano, aunque no se mencione explícitamente a estos profesionales, son también obligados cuando se dediquen a la prestación de servicios profesionales independientes de preparación o realización, en nombre y representación de clientes, de operaciones de compraventa de bienes inmuebles o cesión de derechos sobre estos, administración de recursos, valores o activos de los clientes, manejo de cuentas bancarias, de ahorro o de valores, organización de aportaciones de capital para la constitución, operación y administración de sociedades mercantiles, o la constitución, escisión, fusión, operación y administración de personas jurídicas o "vehículos corporativos" como el fideicomiso o la compra o venta de entidades mercantiles.

Ambas legislaciones señalan como límite de las obligaciones del sujeto el respeto del secreto profesional (Perú, art. 3 Núm. 29 Ley 29038; México, art. 17 XI Ley Federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita).

Tal como se dijo a propósito de los ordenamientos no latinoamericanos analizados, los deberes para con los clientes no eximen de posibles responsabilidades penales o de otro tipo a los abogados u otros prestadores de servicios de confianza, de modo que, ciertamente, deben abstenerse de contribuir con sus servicios a la posible actividad delictiva de aquellos. Otra cosa es que se les imponga el deber de reportar operaciones sospechosas de sus clientes.

Con respecto a esta última cuestión, parece posible considerar deberes de este tipo en la medida en que se preserve, sin restricciones injustificadas, el secreto profesional, para lo cual el método más adecuado parece ser el inverso al usual en las recomendaciones de *soft law* o en el derecho comparado, que dejan como excepción genérica lo que está cubierto por el secreto profesional, sin mayores precisiones; en vez de eso, parece conveniente definir positivamente qué tipos de actividades no están cubiertas por el secreto profesional y referir a ellas los deberes de información que pueden pesar sobre los abogados como sujetos obligados.

En otras palabras, se trata de distinguir entre actividades propias de la profesión de abogado y otras que, en realidad, pueden ser realizadas por otro tipo de profesionales, paradigmáticamente las de intermediación comercial o inmobiliaria. Respecto de estas últimas parece legítimo imponer deberes de reporte, tal como estos deberes pesan sobre otros profesionales o empresas. Lo que se requiere, sin embargo, es extrema claridad y precisión. En ese sentido, la regulación peruana parece mucho más precisa que la mexicana y, por tanto, preferible.

Al margen de la concreta definición del círculo de sujetos obligados, según el autor resulta del todo razonable que se puedan establecer diferencias en cuanto al alcance de los deberes concretos que se les imponen. En efecto, no parece que los deberes que pesan sobre un banco deban ser los mismos que los de un vendedor de autos, por ejemplo. Esto es algo que recoge expresamente el art. 3 de la Ley 29038 en Perú, que, al listar los sujetos obligados, distingue entre aquellos que deben implementar un sistema de prevención del lavado que podría considerarse régimen general y otros que solo deben desarrollar un sistema acotado de prevención. Del mismo modo, la ley mexicana encomienda al reglamento el establecimiento de medidas simplificadas para el cumplimiento de las obligaciones legales, en función del nivel de riesgo de las actividades y de quienes las realicen (art. 19). Por su parte, la normativa chilena acaba de consagrar en términos más amplios y flexibles que la UAF puede dictar "instrucciones diferenciadas y proporcionales para distintos tipos de sujetos obligados, atendiendo la naturaleza de las operaciones que éstos realicen y en consideración a los riesgos efectivos a que están expuestos

esos sujetos" de ser instrumentalizados con fines de lavado. Es muy probable que esto sea posible también en los demás ordenamientos analizados, pero sería relevante que se asegurara normativamente dicha diferenciación y flexibilidad.

6.2.1.2. Funciones del ente al que los sujetos obligados deben reportar las operaciones sospechosas

En cuanto a las funciones del ente al que los sujetos obligados deben reportar las operaciones sospechosas, como constata el autor, suele tratarse de un órgano especializado que asume directamente las tareas de análisis de esos reportes, requiriendo información adicional de los propios sujetos obligados o de otras autoridades para resolver, en caso de existir antecedentes suficientes que den cuenta de una actividad delictiva, la derivación de los antecedentes, vía denuncia, a la justicia criminal.

El único ordenamiento en que se aprecia algo diferente es el mexicano, pues la tarea de análisis parece estar radicada directamente en la Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Fiscalía, con las potestades propias del Ministerio Público, y no en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Desde luego nada se opone a que el análisis de señales de posibles casos de lavado se realice en el propio organismo competente para la persecución penal, lo que incluso puede contribuir a una mirada más pertinente y certera desde el punto de vista de dicha persecución, pero si esta es la opción, no se entiende la razón para mantener competencias en la materia en la Secretaría, no solo en lo que dice relación con la recepción de reportes (si no los analiza, hace las veces de simple buzón, con lo que se pierde la ventaja que le da ser un órgano más cercano a la economía, en especial al sistema financiero; y no parece razonable que los requerimientos de información propios de la Unidad al sector financiero deban hacerse a través de ella, art. 8 X), sino también en el plano normativo, porque hace poco sentido que pueda dictar reglas de carácter general sobre procesos en los que luego no interviene.

En vez de una validación de sí mismo, afirma Hernández, el modelo mexicano sugiere más bien que sería posible prescindir de un órgano intermedio entre los sujetos obligados y la justicia penal, pues

para los efectos de la eventual imposición de sanciones administrativas perfectamente podría pensarse en una derivación en sentido inverso, es decir, desde la Unidad a la Secretaría, cuando la primera constate infracciones legales no constitutivas de delito o que no merecen el esfuerzo de la persecución penal.

En todo caso, si algo puede destacarse del diseño institucional de la ley mexicana, según el autor, es que, por razones obvias, nadie puede dudar de las amplias competencias investigativas de la Unidad Especializada, que parecen esenciales para el adecuado rendimiento de la labor de análisis de los reportes de operaciones sospechosas.

En esto los ordenamientos analizados exhiben diferencias importantes, tanto en lo que concierne a las facultades mismas como a la orientación general de su función. Especialmente débiles parecen las facultades del Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF) brasileño, que no solo carece de atribuciones para solicitar el levantamiento del secreto bancario, sino que, además, no puede requerir información cubierta por ese secreto a las autoridades facultadas para requerir su levantamiento.

En una posición intermedia se encuentra la Unidad de Análisis Financiero (UAF) chilena, que al menos puede requerir de los tribunales el levantamiento del secreto bancario, pero carece de atribuciones para disponer o solicitar la suspensión de operaciones sospechosas, facultades que si tiene la Unidad de Investigación Financiera (UIF) en Perú y Argentina, destacando esta última como la más robusta, al menos en el plano normativo, porque sus requerimientos no reconocen como límite ni el secreto bancario ni otros deberes de secreto, y porque puede requerir medidas intrusivas a través de los órganos de la justicia penal.

En cuanto a su orientación, es manifiesto que estos dos últimos órganos están más cerca de la persecución penal (lo que en el caso de México se entiende de suyo) que sus congéneres brasileño y chileno, sin perjuicio de que el cambio de dependencia de la UIF peruana podría sugerir un giro al respecto. A la hora de valorar, al margen de la necesidad de un idioma común con el mundo financiero y de una razonable comprensión de sus cometidos e intereses propios, si de lo que se trata es de prevenir y reprimir el lavado de dinero, parece claramente preferible una orientación más penal.

Por último, en el caso de Colombia, Hernández destaca como una peculiaridad del régimen preventivo a cargo de la Unidad de Investigación y Análisis Financiero (UIAF) que, a diferencia de todos los modelos analizados (aunque el peruano tiende a asemejarse), la determinación de los sujetos obligados no descansa en una o más listas albergadas en la ley que sirve de base al sistema (en el caso colombiano podría ser la Ley 526), sino en remisiones dispersas a las obligaciones previstas inicialmente para las entidades financieras en los ya mencionados arts. 102 a 107 del Decreto 663.

De este modo, son sujetos obligados originarios y por vía directa las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera (hasta 2005, Superintendencia Bancaria, fusionada con la de Valores mediante Decreto 4327, de 25 de noviembre de 2005) de acuerdo con las normas del decreto 663, a saber, básicamente entes del sector financiero. Adicionalmente, distintas normas hacen aplicables las obligaciones de los arts. 102 a 107 a otros sujetos, muchos de ellos del sector no financiero. En lo que concierne a la prestación de servicios de activos virtuales, quienes se dedican a ella son sujetos obligados en virtud de una resolución directa de la UIAF, la Resolución Núm. 314 de 2021, de 15 de diciembre.

Al respecto, el autor llama la atención en cuanto a que la UIAF invoque facultades normativas que le conferiría el art. 2 del Decreto 1497 de 2002, de 19 de julio (recopilado luego como art. 2.14.2 en el Decreto 1068 de 2015, de 26 de mayo), el que, sin embargo (además de ser dudoso que una simple norma gubernamental pueda servir de base para que un ente público imponga deberes relevantes a los particulares), parecería establecer más bien la facultad del órgano de requerir información puntual más que de imponer un deber permanente de reportar operaciones sospechosas. Como fuera, si la invocación normativa de la UIAF se da por buena, se trata de una fuente especialmente amplia para la incorporación de nuevos sujetos obligados.

A juicio del autor, la técnica empleada, especialmente el mandato general para las autoridades sectoriales a cargo de la fiscalización de ciertos mercados y las facultades que al respecto ha reclamado para sí la propia UIAF, hace que el régimen de control se pueda adaptar flexiblemente a los cambios de situación, lo que es una virtud del

régimen colombiano, sin perjuicio de dificultar considerablemente una visión de conjunto de los sujetos obligados prácticamente para cualquiera que no se desempeñe en la UIAF.

Ahora bien, el autor destaca que, más allá de la dificultad para apreciar el conjunto desde afuera, dificultad que no incide en la efectividad del sistema, es posible que el modelo descentralizado, a pesar de la autoridad de la UIAF como órgano rector, incida no solo en dispares niveles de comprensión de los riesgos de lavado entre los sujetos obligados, sino también en dispares niveles de calidad de los esquemas de supervisión aplicados por distintas autoridades competentes (se destaca como más avanzado el que aplica la Superintendencia Financiera que el de otros organismos, Informe Colombia, 4ta ronda-2018, § 1).

Sin perjuicio de la dependencia de la UIAF del Ministerio de Hacienda, la circunstancia de que la Fiscalía General de la Nación pueda investirla "de funciones de policía judicial en forma transitoria" (art. 13), sugiere cierta orientación, siquiera tenue, hacia los propósitos de la persecución penal.

6.2.2. Análisis comparado sobre la tipificación del lavado de activos

A continuación, Hernández se aboca a la tipificación del delito de lavado. En lo que concierne a los tres ordenamientos no latinoamericanos estudiados, el autor constata que estos reprimen las mismas conductas dolosas: las de encubrimiento u ocultamiento de los bienes de origen delictivo y las de simple contacto consciente con ellos (con una pena más baja y bajo la condición de que la operación supere cierto límite de valor para el segundo supuesto en el derecho estadounidense), incluyendo, explícitamente o por vía jurisprudencial, el castigo al autolavado (con alcances más restrictivos en el derecho alemán, pues exige que el sujeto que se ha hecho punible en virtud del delito previo, ponga en circulación el bien y de ese modo oculte su origen ilícito). En cambio, a diferencia del derecho de los Estados Unidos, tanto la legislación española como la alemana contemplan también el castigo de supuestos temerariamente imprudentes o inexcusablemente negligentes.

Otra diferencia formalmente relevante es que los dos ordenamientos europeos prescindieron de un catálogo de delitos-base (hace años, en el caso español, en 2021 el alemán), de modo que en ellos son objeto idóneo del delito de lavado los bienes procedentes de cualquier actividad delictiva, lo que, sin embargo, atendida la amplitud del catálogo estadounidense, no implica una diferencia sustancial, siendo de destacar que también en los Estados Unidos los delitos de corrupción son delitos relevantes para el delito de lavado.

Un aspecto llamativo del derecho alemán es, por último, que se haya consagrado legislativamente la solución jurisprudencial dada en la discusión sobre la posible responsabilidad de los abogados (no puesta en duda respecto de otros profesionales) por aceptar honorarios provenientes de actividades delictivas, quedando supeditada a la exigencia de dolo directo al tiempo de aceptarlos, no obstante que en este ordenamiento se reprime aun el contacto negligente con los bienes.

En el ámbito latinoamericano, por su parte, el autor constata cierta uniformidad en la tipificación del delito, que no extraña, atendida la existencia de un marco jurídico internacional que de algún modo la fuerza.

En cuanto a las conductas típicas, en general se recoge también un supuesto de encubrimiento u ocultamiento, que responde a la noción popular que existe sobre el lavado, y otro, el más relevante para la práctica, que podría ser la figura única y autosuficiente, de simple contacto consciente con bienes de origen delictivo (también en Perú, desde 2016); solo la tipificación argentina se aparta al respecto, al exigir siquiera idoneidad de la conducta para el ocultamiento del origen delictivo de los bienes. El autor llama la atención en cuanto a que los ordenamientos que contemplan ambos supuestos no establezcan diferencias de pena entre ambos, no obstante, la manifiesta diversidad del reproche que merecen, a diferencia de lo que se pudo observar en el derecho federal estadounidense.

Por otra parte, hasta donde se puede ver a partir del análisis, solo el derecho chileno (probablemente también el derecho peruano, aunque la situación es formalmente más dudosa) considera una hipótesis de lavado negligente, mientras que el castigo del autolavado

(expresamente previsto en Chile y Perú, sugerido en Argentina y reconocido jurisprudencialmente en Brasil) solo parece no tener base en el derecho mexicano.

Así mismo, llama la atención la tipificación como delito de la omisión de reportar operaciones sospechosas del derecho peruano; conducta que en principio solo acarrea sanciones administrativas en el resto de los ordenamientos analizados. Sin embargo, este último tipo penal parece tratarse de un paso desproporcionado, que además se concilia mal con el propósito simultáneo de flexibilizar la determinación del círculo de sujetos obligados a través de la vía administrativa (ver supra), pues esto tendría como consecuencia que sería la administración y no el legislador quien define tanto los sujetos como las conductas delictivas.

En lo que respecta a los bienes que pueden ser objeto del delito, Hernández constata que, de acuerdo con la tendencia universal, los ordenamientos analizados han abandonado en general un listado de delitos base de lavado (en el Brasil, desde 2012), sistema que solo se mantiene en Chile (y en Colombia, como luego se dirá), con consecuencias fácilmente predecibles de lagunas no siempre justificables de punibilidad y dificultades de aplicación en cuanto a exigencias subjetivas (si el dolo supone conocimiento del específico origen delictivo del bien en cuestión, la plausibilidad de alegar un error de tipo resulta innegable). No obstante, todos los ordenamientos analizados, incluyendo aquellos con catálogo, consideran los delitos básicos contra la administración pública y, con ello, los delitos de corrupción como delitos-base de lavado de dinero.

Además, de acuerdo con Hernández, no parece justificada la existencia de requisitos formales de procedibilidad, como ocurre en el caso mexicano.

Por último, en el caso colombiano, el autor expone que el delito de lavado de activos se encuentra tipificado en el art. 323 del Código penal de 2000 (Ley 599 de 2000), en la versión que le dio la Ley 1762 de 2015, y se caracteriza por ser aplicable, como se adelantó, a los bienes provenientes de un catálogo taxativo de delitos, entre los que destacan los "delitos contra la administración pública", concepto que abarca los delitos de corrupción en el sector público.

Así mismo, si bien no se considera una separación formal entre hipótesis, el precepto colombiano contiene, como es habitual, tanto un tipo de encubrimiento ("les dé a los bienes […] apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito"), como uno de simple contacto consciente ("adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato" en delitos del catálogo). Además, solo se consideran hipótesis dolosas y se guarda silencio sobre la punibilidad del "autolavado", dando lugar a una importante controversia doctrinaria.

6.3. Medidas intrusivas o técnicas de investigación especiales, en particular, el levantamiento del secreto bancario

En general, en los tres ordenamientos no latinoamericanos estudiados la investigación de casos de lavado de dinero puede contar con todo tipo de medidas intrusivas y técnicas especiales de investigación, aunque con algunas diferencias significativas. El ordenamiento más restrictivo es, sin duda, el alemán, con una protección de los datos de tráfico que resulta inusitada (salvo respecto de datos por regla general efímeros, que no son genuinos datos de tráfico) en comparación con la situación en España o en los Estados Unidos (donde rige para cualquier delito, aunque con autorización judicial): solo para la investigación de delitos muy graves, entre los que no se cuenta el lavado respecto de casos de corrupción, y con deber de conservación por períodos muy exiguos; si bien la STJUE de 8 de abril de 2014, en asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, invalidó la excesivamente permisiva Directiva 2006/24/CE, no parece en absoluto imponer el rigor de la regulación alemana.

También es muy restrictivo el derecho alemán en lo que concierne a la investigación del lavado respecto de delitos de corrupción, en la medida en que, por su recurrente recurso a catálogos delictivos y, en el caso del lavado, a listados de delitos-base, la investigación del lavado respecto de delitos patrimoniales de corrupción suele no contar con medidas intrusivas relevantes y útiles. En lo demás, tiende

a ser también más restrictivo en comparación con los otros dos ordenamientos, sin perjuicio de que en materia de registro remoto de sistemas computacionales, también en España se imponen exigencias elevadas. Esto podría entenderse en principio desde una perspectiva de proporcionalidad, aunque contrasta disonantemente con el régimen de medidas tanto o más intensas como la interceptación telefónica o el uso de micrófonos ocultos, para la cual rigen exigencias relevantes, pero no tan intensas.

En cuanto a la actuación de agentes encubiertos, la disparidad es mayor: el régimen más laxo se observa en el derecho federal de los Estados Unidos, donde la medida solo está sometida a regulaciones internas del FBI y, en consecuencia, no se requiere autorización judicial, mientras que en España se requiere siempre dicha autorización y en Alemania solo es requerida cuando la investigación se dirige contra persona determinada o se pretenda ingresar a lugares cerrados (lo que, con todo, tenderá a ser la regla).

En cuanto al levantamiento del secreto bancario, tanto en los Estados Unidos como en Alemania, el Ministerio Público puede requerir compulsivamente a las instituciones bancarias información sobre los movimientos de sus clientes, sin necesidad de autorización u orden judicial. En Estado Unidos por invocación de la doctrina de la tercera parte, conforme a la cual no existe una legítima expectativa de que otros no accedan a una información entregada voluntariamente a un tercero con fines contractuales (*United States v. Miller*, 425 U.S. 435 [1976], en reacción a lo cual se dictó la *Right to Financial Privacy Act*, 12 U.S.C. §§ 3401-3423, que establece requisitos para el acceso a los registros bancarios, pero sin cambio en lo fundamental, pues dicho acceso es posible mediante una simple citación o requerimiento administrativo).

Por su parte, en Alemania, porque no se duda que el secreto, que tiene una base estrictamente contractual, no constituye un obstáculo para la pretensión estatal de esclarecimiento de los hechos, cuando menos en sede penal; concretamente, el Ministerio Público tiene atribuciones para acceder compulsivamente a la información, mediante el interrogatorio de los empleados del ente bancario (§ 161a StPO) o la entrega obligatoria de objetos o documentos (§ 95 StPO), de la mano de facultades coercitivas propias (imposición de apre-

mios económicos o de arresto; solo la imposición de prisión como apremio está reservada al juez).

Sobre base jurisprudencial, la misma solución adoptada en Alemania sería aplicable en España, donde el secreto no rige respecto de las instituciones de supervisión bancaria, sin que al parecer se haya dudado nunca que lo mismo rige también respecto de las autoridades judiciales, que son las que en España llevan adelante la investigación penal.

En lo demás, la gran diferencia entre los ordenamientos europeos y el derecho estadounidense podría verse en la preferencia por la autorización u orden judicial como presupuesto de ejecución de las medidas (salvo en el caso de la circulación o entrega vigilada de bienes, al menos en España; en Alemania solo si no es prolongada), diferencia que debe matizarse, sin embargo, en el caso de España, atendido el rol del juez de instrucción como órgano a cargo de la investigación en el proceso penal de ese país.

Desde esta perspectiva, es perfectamente posible que, al menos en aquellos ámbitos donde la ley no impone restricciones específicas, el régimen de control de las medidas intrusivas tecnológicas, respecto de las cuales también se requiere autorización judicial previa en los Estados Unidos y en Alemania, sea más intenso en estos países que en España, por estar a cargo de un tercero que no es responsable por la investigación, y que la diferencia no sea tan significativa respecto de medidas que en estos ordenamientos no requieren intervención judicial, como (al menos parcialmente, en Alemania) la actuación de agentes encubiertos.

Por su parte, en el ámbito latinoamericano, el autor constata que en todos los ordenamientos analizados están disponibles para la investigación del lavado de dinero medidas intrusivas tecnológicas, que no necesariamente estarán disponibles para la investigación de delitos menos complejos o menos graves. Salvo lo que se dirá luego respecto de Colombia, la regla para la procedencia de estas medidas es la autorización judicial previa (a reserva excepcional de casos urgentes).

Las únicas aprensiones que pueden levantarse al respecto, a juicio de Hernández, dicen relación con el necesario control del ejercicio

de estas facultades, de modo de evitar posibles abusos, específicamente, que se empleen medios extraordinarios en casos que no lo ameritan, con el simple expediente de invocar la investigación de ciertos delitos que luego se esfuman. Sin perjuicio de las reglas que disponen que los resultados del empleo de dichos medios extraordinarios solo pueden servir como prueba en el enjuiciamiento de delitos en cuya investigación hubieran podido emplearse, no estaría de más alguna instancia de rendición de cuentas (no meramente formal) y evaluación del uso de tales medios.

Por otra parte, que la intervención de agentes encubiertos o similares no esté sometida a autorización judicial en algunos ordenamientos (como es el caso en Chile, México y Perú), aunque puede ser discutible, no resulta especialmente problemático para Hernández, quien entiende que se trata de actividades que no implican *per se* vulneración de garantías fundamentales. Como se mencionó en el capítulo pertinente, esta consideración podría llevar a revisar la necesidad de autorización judicial en los países en que se mantiene, sin perjuicio de la posibilidad siempre necesaria de control judicial. Con todo, el autor concede que tampoco la exigencia de autorización judicial sea un obstáculo para una investigación adecuada de los hechos.

Por último, Hernández comprueba que, de acuerdo con las orientaciones del derecho internacional, todos los ordenamientos analizados hacen prevalecer el interés de la persecución penal del lavado por sobre el secreto bancario (incluso el derecho chileno, según el autor, el más extremo en la protección de dicho secreto tratándose de la investigación de otros delitos). La mayoría lo hace depender de una autorización judicial, salvo el ordenamiento de México (donde, al modo de las legislaciones no latinoamericanas consideradas, basta requerimiento de una serie de autoridades no judiciales, entre ellas el Ministerio Público), sin perjuicio de que el autor destaque la incongruencia observada en Argentina, donde la ley procesal penal la requiere expresamente, en circunstancias en que la UIF no la necesita.

Hernández entiende que la intensidad de la intromisión que representa el levantamiento del secreto bancario es significativamente menor que otras, por lo que se podría prescindir de la exigencia de

autorización judicial previa. Sin embargo, el autor entiende también que es una cuestión opinable, condicionada por los rasgos del debate constitucional de cada ordenamiento, por lo que no se aprecia base suficiente como para proponer la prescindencia de tal autorización.

En el caso particular de Colombia, Hernández da cuenta de cómo, para la investigación del delito de lavado, conforme al Código de Procedimiento Penal (CPP) de 2004 (Ley 906), son procedentes tanto la interceptación telefónica y la obtención de datos transmitidos o manipulados a través de redes de telecomunicaciones (arts. 235 y 236 CPP), en la medida en que se faculta en términos generales al fiscal, es decir, para la investigación de cualquier delito, a disponerlas directamente, sin necesidad de autorización judicial previa, sino solo con sujeción a un examen de legalidad posterior en sede judicial (art. 237 CPP, solo la renovación de la medida luego de 6 meses debe ser autorizada previamente por el juez, art. 235), lo que, como destaca el autor, constituye una significativa excepción en el contexto comparado.

Bajo el mismo régimen se permite la vigilancia y seguimiento de personas con el apoyo de medios tecnológicos (art. 239 CPP), la entrega vigilada, con expresa consideración de la apertura de productos financieros para hacer posible la entrega o recepción de dinero (art. 243 CPP) y el uso de agentes encubiertos (art. 242 CPP), siendo de destacar que existe una previsión específica para operaciones encubiertas contra la corrupción, el art. 242A CPP, que junto con hacer procedentes estas operaciones en la investigación de estos delitos, exonera de responsabilidad a los agentes que intervenga en los delitos cometidos por la persona investigada.

Por último, en lo concerniente al levantamiento de la reserva bancaria, el propio art. 15 de la Constitución colombiana, que sirve de sustento a dicha reserva, prevé que se pueda exigir la presentación de documentos privados "[p]ara efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado… en los términos que señale la ley", en tanto que la ya mencionada Ley 526 dispone en su art. 9 que la reserva no rige frente a la UIAF, y el art. 105 del Estatuto prevé que los sujetos obligados deben entregar la información que recopilen en cumplimiento de sus deberes tanto a la UIAF como a la fiscalía.

Como constata el autor, el derecho colombiano es el que pone menos cortapisas a la investigación de delitos en general, y de lavado de dinero, en particular, de todos los analizados. Ya se ha mencionado la opinión del autor en cuanto a que la acción de agentes encubiertos o el levantamiento del secreto bancario sin autorización judicial previa configuran un régimen plausible, sin perjuicio de las posibles dificultades constitucionales para imponerlo en todos los ordenamientos.

Por el contrario, a su juicio, respecto de otras diligencias de investigación, entre ellas algunas tan sensibles como la intervención de comunicaciones en tiempo real y semejantes, la situación del derecho colombiano, con su modelo de acción directa y posterior examen de legalidad en sede judicial, es completamente excepcional y no parece susceptible de expansión. Todos los demás ordenamientos consideran un régimen de autorización judicial previa (y en algunos casos solo disponible para la investigación de delitos graves), que solo admite excepciones en casos de suma urgencia (en Argentina o, más restringidamente, en México, por ejemplo), donde incluso se puede discutir si se trata de una diligencia de investigación y no de evitación o interrupción delictiva, es decir, acciones policiales conceptualmente previas al proceso penal.

7. REFLEXIÓN FINAL

Parece adecuado, al cierre del último volumen dedicado a las respuestas que pueden darse a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional desde el derecho procesal penal, insistir en algo que ya se ha hecho presente en los volúmenes dedicados a la respuesta esperable desde el derecho penal sustantivo, como es que el instrumento penal no puede erigirse en la respuesta principal, mucho menos en la única, para hacer frente al fenómeno.

Aunque las limitaciones inherentes a las medidas de prevención de la corrupción hacen seguramente inevitable el recurso al derecho penal como *ultima ratio*, no puede perderse de vista que este llega siempre tarde, una vez que ya se ha producido el acto corrupto, y que, por la radicalidad de sus consecuencias, debe estar sometido

a considerables limitaciones tanto sustantivas como procesales que conspiran contra cualquier pretensión de que cumpla una función transformadora que es, con seguridad, lo que demanda la superación del problema.

De ahí la necesidad de enfatizar la adopción de medidas estrictamente preventivas, más flexibles y ligeras, con una institucionalidad y recursos adecuados. Sobre todo, el recurso al derecho penal no debe servir como vía o pretexto para eludir la adopción de esas medidas.

Ya en el primer volumen dedicado a las respuestas desde el derecho procesal penal se hizo presente la importancia de la acción de agencias administrativas, generalmente orientada a la prevención o gestión de riesgos, también como fuente de denuncias para el sistema penal. En ese volumen se abordó el que probablemente sea el sistema más desarrollado y extendido (prácticamente de modo universal) de simbiosis entre prevención delictiva por parte de agencias administrativas y la respectiva persecución penal, que es el sistema de prevención del lavado de dinero.

Al margen de algunas disonancias que parecen inevitables en la interacción de organismos que se insertan en contextos institucionales distintos y obedecen a lógicas e intereses también distintos, la simbiosis alcanzada en este ámbito bien podría servir como modelo para otros, aun si no se cuenta con el involucramiento forzoso de agentes privados.

Ahora bien, una vez que se ha adoptado la decisión por un cierto nivel de respuesta penal contra la corrupción, en particular contra aquella asociada al COT, debe procurarse, en lo que concierne específicamente a la regulación del proceso penal, que la persecución de las respectivas responsabilidades penales sea lo más efectiva posible. Esto, que a primera vista puede parecer trivial, en este contexto específico, atendido el carácter subrepticio de la corrupción y las insidiosas estrategias que grupos organizados despliegan para evitar su descubrimiento, implica, además de ciertas restricciones temporales a la información a que puede acceder el sujeto y su defensa (compatibles con el ejercicio, que en definitiva debe garantizarse sea cabal, del derecho de defensa), dotarla de herramientas especiales de investigación.

En este contexto, en aras a la investigación más efectiva posible, surge la pregunta por la medida exacta en que resulta imprescindible la decisión judicial (previa, como es la regla cuando se exige intervención de un juez) sobre el empleo de la respectiva herramienta especial. Al respecto, para usar como ejemplo las medidas abordadas en este volumen, no parece posible prescindir de la autorización judicial previa respecto de las medidas intrusivas tecnológicas, por la intensidad de la afectación de la esfera de derechos de la persona (simplemente no se entendería la justificación de un sistema de autorizaciones previas si estos supuestos tan sensibles quedaran al margen de él), lo que incluso parece exigir una regulación legal más estricta que la que se aplica a las medidas intrusivas más tradicionales.

En cambio, hay buenas razones para creer que esto no es necesario respecto de la intervención de agentes encubiertos y figuras similares o para el levantamiento del secreto bancario, en el primer caso, porque esa intervención no afecta por sí misma derechos fundamentales; en el segundo, porque la intensidad de la afectación es mucho menor y hasta puede ponerse en duda, considerando que no es más que la revelación de información de las interacciones con una contraparte contractual, un tipo de relación que en general no exime de declarar como testigo.

No es casual, en consecuencia, que respecto a estos tipos de actividades de investigación sean varios los ordenamientos que no consideran necesaria la autorización judicial. Parece correcto que el conjunto de los ordenamientos avance en esta dirección y que se evalúe rigurosamente, con el mismo criterio, la estricta necesidad de este tipo de autorización en relación con otras medidas investigativas que puedan ir surgiendo. Por cierto, nada de esto debe obstar a que los intervinientes puedan requerir el siempre virtuoso control judicial, pero sin que sea necesario erigirlo en presupuesto de legitimidad de la medida.

Por otra parte, la tensión tradicional entre las necesidades de la investigación penal y los derechos del justiciable ha alcanzado nuevas alturas a propósito de las pretensiones de esclarecer el delito de lavado de dinero y, por esa vía, también los delitos-base de este, entre ellos, muy significativamente, los delitos de corrupción. El punto epigonal de la tensión en este ámbito se expresa en la discusión so-

bre la posible inclusión de los abogados en el círculo de los sujetos obligados, con lo que esto implica: el deber de reportar operaciones sospechosas de los clientes, lo que parece vulnerar en buena medida el derecho al secreto profesional.

Esto merece una reflexión algo más fina. Que el abogado que colabora con sus servicios a la actividad delictiva de un cliente es penalmente responsable por dicha actividad es algo que no admite discusión, de donde se sigue que pesa sobre él un deber de abstención al respecto. El problema surge cuando se quiere ir más allá, imponiéndole al abogado el deber positivo de reportar operaciones de su cliente a partir de informaciones que recibe en su interacción profesional con él.

Las razones para querer ir más allá parecen atendibles, pues hay antecedentes suficientes que dan cuenta del aprovechamiento de la profesión legal y del secreto profesional en actividades constitutivas de lavado de dinero. Pero nada justifica echar por la borda el secreto profesional, que es la piedra angular del adecuado ejercicio de la profesión de abogado (como lo es también para los médicos, como presupuesto para una comunicación completa y veraz por parte del cliente o paciente, sin la cual la asesoría se realiza a ciegas o erróneamente), de ahí que la imposición de deberes positivos de reportar operaciones sospechosas de los clientes importe un paso sumamente delicado, que solo se puede dar bajo condiciones muy precisas y estrictas.

Desde luego, el secreto profesional no puede cubrir solo la representación del cliente en procedimientos legales de diverso tipo (judiciales o administrativos), sino también el previo esclarecimiento de la situación legal del cliente, como base para aconsejar sobre los posibles escenarios y cursos de acción lícitos que el derecho vigente le ofrece. Que haya que aclarar este extremo muestra los riesgos de la forma usual de proceder en muchos modelos normativos, que parten de un mínimo que no da cuenta exactamente de los alcances de un derecho que es esencial.

Lo correcto debiera ser más bien lo contrario, es decir, identificar qué actividades, por su propia naturaleza, no son propias de la profesión de abogado, aunque un abogado, como muchas otras personas,

pueda desarrollarlas, con lo cual se establece al mismo tiempo lo que el secreto no cubre o, lo que es lo mismo, respecto de qué actividades existe el deber de reportar del sujeto obligado, y todo con mucho menos ambigüedad e incertidumbre.

Así, paradigmáticamente, no hay razón para que el abogado esté amparado por el secreto profesional si interviene como intermediario en transacciones económicas de diverso tipo o presta servicios comerciales o inmobiliarios que pueden ofrecer otro tipo de profesionales (la disposición de un domicilio, por ejemplo, entre muchos otros). Como fuera, el gran desafío es cómo atender a necesidades preventivas reales sin erosionar un secreto que es un presupuesto esencial del ejercicio de la profesión de abogado, y que, a su vez, es una base del Estado de Derecho.

Desde otra perspectiva, las dificultades que ofrece la persecución de la corrupción, sobre todo de la asociada al COT, obligan a adoptar formas de trabajo diferentes, con posibilidades de focalización y consiguiente maximización del uso de los recursos, con equipos especializados a partir de una base interdisciplinaria, todo lo cual requiere recursos y apoyo institucional. Si ya se dijo que el recurso al derecho penal en materia de prevención no podía servir de pretexto para no avanzar en medidas preventivas extrapenales, como componente esencial de cualquier estrategia anticorrupción, la sola sanción de normas penales, tanto sustantivas como procesales, no puede servir como pretexto para no invertir en aquello que materialmente hace posible una persecución penal que sea de verdad efectiva.

Por último, tal como ha sido recurrente en los volúmenes anteriores a que ha dado lugar este proyecto de investigación, también en materia procesal penal y en particular en las materias abordadas en el presente volumen, centrado en los mecanismos para una investigación más eficaz de los delitos de corrupción asociada al COT, se aprecian grandes diferencias de regulación entre los distintos ordenamientos analizados, lo que es notorio también en la región.

Es cierto que a un nivel muy general se aprecia cierta homogeneidad en cuanto a que existen regulaciones pertinentes respecto de prácticamente todos los asuntos abordados (posibilidades más amplias de actuaciones secretas que respecto de delitos comunes, me-

didas intrusivas tecnológicas y técnicas de investigación consistentes en la infiltración de los núcleos de la actividad delictiva, un régimen de detección del lavado dinero a cargo de agentes privados que están obligados a ello) y que esas regulaciones exhiben similitudes importantes, pero es significativo que tal vez la mayor de esas similitudes sea la escasa densidad normativa de la mayoría de las regulaciones.

Los presupuestos de actuaciones secretas o de retardo de la debida comunicación al imputado, de las medidas intrusivas tecnológicas y de las técnicas especiales de investigación (ámbito en el que surgen asuntos adicionales como quiénes pueden asumir los roles pertinentes, con qué derechos y obligaciones, con qué responsabilidad, etc.), su extensión en el tiempo, las competencias decisorias al respecto, los mecanismos para su control y las consecuencias de este, se regulan en general de modo muchas veces parco, sin resolver detalles que no son en absoluto despreciables y brindando a menudo poca orientación a los operadores.

Como es obvio, sin embargo, las consecuencias perniciosas no dicen relación solo con la escasa orientación para los operadores, sino también, y de modo determinante, con la escasa protección para los afectados. Que se trate en general de medidas indispensables para la efectiva persecución de la corrupción asociada al COT, que constituyan, sin duda, un imperativo para el Estado de Derecho democrático, no altera el hecho de que varias de ellas implican un importante compromiso de derechos fundamentales. Su legitimidad *prima facie* a partir de sus propósitos debe, entonces, ratificarse en los hechos, a través de la escrupulosa observancia de los principios de legalidad y proporcionalidad, algo que solo es posible si, en primera línea, como presupuesto de todo lo demás, se cuenta con una regulación mínimamente exhaustiva y consciente del riesgo de abuso.

Ahora bien, la pretensión de que la efectividad vaya de la mano de la legitimidad en el ámbito de la persecución penal puede ser entendida a primera vista como una simple pretensión de política legislativa, cuya única posible fuerza vinculante, es decir, más allá de su peso persuasivo intrínseco, ha de derivarse de los límites que impone el respectivo marco constitucional y convencional; límites que, como es sabido, son más bien escasos y se leen en general de un modo deferente hacia el legislador democrático.

Las cosas se ven diferentes, sin embargo, cuando se considera el carácter transnacional de la delincuencia en cuestión y la ineludible necesidad de cooperación internacional que emana de dicho carácter. Porque, a pesar de la relativa parquedad de las regulaciones comparadas, si se va ahora a las muchas diferencias que, como se decía al comienzo, es posible observar entre ellas, es evidente que muchas de esas diferencias, tratándose de medidas de investigación criminal, obedecen a distintas formas de comprender los derechos fundamentales y los presupuestos de legitimidad de su compromiso.

Es en este punto que lo que a primera vista no es más que una cuestión de constitucionalidad o convencionalidad de interés nacional pasa a ser un obstáculo potencial para la cooperación internacional en materia de justicia penal. Porque, en efecto, la falta de armonización básica entre las legislaciones de la región, que se ha constatado en los distintos volúmenes de este proyecto, se torna crítica en materia de medidas intrusivas o técnicas especiales de investigación en cuanto fuente crucial de material probatorio, pues la admisibilidad de dicho material en el proceso penal supone la observancia de las que en cada ordenamiento se tienen por garantías fundamentales, de modo que el reconocimiento de lo obrado en otro país pasa en buena medida por que se pueda apreciar que en dicho país se respetan siquiera de modo aproximado las mismas garantías.

Para explicarlo con un ejemplo, cuesta imaginar que los tribunales chilenos admitan como prueba en un juicio sometido a su conocimiento el registro de una conversación telefónica interceptada en Colombia, no ya solo respecto de un delito cuya investigación no permite en Chile el uso de la medida (algo que todavía puede entenderse como un matiz regulatorio), sino que sin autorización judicial previa y sin que se puedan hacer valer razones de urgencia que justifiquen una excepción (como es el caso en Argentina), sencillamente porque se consideraría una vulneración grave de garantías básicas, sin que la validación judicial *ex post* de algo que "resultó bien" (los únicos casos que importan son, como es obvio, aquellos en que efectivamente se obtuvo una prueba relevante) y que no está sujeto a mayores requisitos *ex ante* parezca especialmente tranquilizadora.

Lo mismo podría acontecer en Argentina con la valoración de evidencia obtenida en Chile o en Perú por agentes encubiertos que no

actuaron al amparo de una autorización judicial, sino solo en virtud de una decisión interna del Ministerio Público. Por cierto, ningún ordenamiento nacional está en condiciones de arrogarse superioridad en términos de legitimidad, pero tampoco es razonable pretender que los tribunales de un país donde rigen ciertos estándares de garantía se aparten de ellos simplemente porque la actividad investigativa se desarrolló en otro país.

De ahí que deba destacarse la conveniencia de cierta armonización básica en estas materias entre las legislaciones de la región, en cuanto presupuesto mínimamente realista para un razonable nivel de reconocimiento recíproco de actuaciones investigativas, sin perjuicio de que, a través de convenios específicos se asegure ese reconocimiento recíproco a pesar de ciertas diferencias de detalle (no atingentes al fundamento mismo de las garantías involucradas).

Sin duda esto debe ser abordado principalmente mediante acuerdos internacionales de distinto tipo, aunque también es posible hacerlo, al menos parcialmente, a través de una acción unilateral de acercamiento a los modelos más exigentes en materia de garantías (única dirección en la que el movimiento no debiera encontrar límites constitucionales internos: la ley siempre puede ser más garantista que la Constitución) que ofrecen las legislaciones de otros países de la región.

En definitiva, la cooperación internacional no solo puede ser un buen argumento para medidas que potencien la persecución penal, sino también para regulaciones que, acercando entre sí los distintos estándares de garantía, garanticen un amplio reconocimiento recíproco de actuaciones de investigación.

7. Recomendaciones para los ámbitos latinoamericano y colombiano

AGUSTINA ALVARADO URÍZAR*
HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO*
HÉCTOR OLASOLO*

1. INTRODUCCIÓN

Así como el capítulo anterior ha pretendido ofrecer una síntesis de las principales conclusiones expuestas en cada uno de los capítulos que componen esta obra, corresponde ahora, para cerrar el volumen, hacer lo propio con la sistematización de las recomendaciones finales formuladas por los autores respecto de cada una de las materias tratadas. Para estos efectos, como se ha señalado al inicio

* Doctora en Ciencias Jurídicas, mención Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Estatal de Milán y Universidad de Girona. Profesora Asistente de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Andrés Bello, Quillota 980, Viña del Mar, Chile. ORCID: 0000-0003-3520-054X.

* Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Legum Magister y Doctor en Derecho por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau (Alemania). ORCID: https://orcid.org/0009-0006-9985-7507.

* 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 de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (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). Director Académico 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.

del volumen, la atención se ha centrado en: (a) aquellos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú), que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región; y (b) ciertos países no latinoamericanos que ejercen una especial influencia en América Latina (principalmente, España y Estados Unidos), tienen una particular experiencia en la persecución penal de las actividades vinculadas al crimen organizado transnacional (COT) (Italia) o cuentan con un proceso penal que exhibe semejanzas relevantes con los de algunos países de la región (Alemania).

De este modo, la comparación de los diversos ordenamientos seleccionados, puesta en relación con los estándares internacionales vigentes para este fenómeno delictivo, ha permitido identificar fortalezas y debilidades de cada sistema latinoamericano, proporcionando la oportunidad de identificar y ofrecer posibles soluciones que avancen en estrategias efectivas y con cierta homogeneidad y armonización. Además, en la medida en que esto sea posible a la luz de cada tradición jurídica y realidad política y cultural, se podría propiciar una mejor colaboración internacional en el plano del combate a la corrupción.

Para dar cumplimiento al objetivo trazado, las recomendaciones sugeridas se estructuran desde una visión general aplicable a los sistemas latinoamericanos; y, particular en lo que respecta al caso colombiano. Dado que varias de las recomendaciones generales se extienden también al sistema colombiano, con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias, se ha optado por dedicar ese apartado exclusivamente a las recomendaciones que específicamente responden a aquel ordenamiento.

En consecuencia, y tal como se ha indicado en otros volúmenes, las recomendaciones que se ofrecen a continuación tienen un carácter meramente indicativo, de manera que a la hora de ser aplicadas se requiere analizar si es necesario introducir ciertos ajustes a la luz de las características propias del sistema nacional de que se trate.

2. RECOMENDACIONES PARA OPTIMIZAR LEGÍTIMAMENTE LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL, PLAZO PARA SU DESARROLLO Y PLANES DE INVESTIGACIÓN

2.1. Consideraciones preliminares

Según se indica ya en el título del capítulo 1, Correa identifica tres aspectos relevantes para mejorar la persecución penal de la corrupción que suponen una cierta morigeración del ejercicio del derecho de defensa del imputado en sus diversas proyecciones, morigeración que puede justificarse con base en las especificidades del fenómeno corruptivo.

Se trata, en primer lugar, no solo de retrasar el cumplimiento de la obligación de comunicar al imputado la existencia de una investigación penal en su contra, los hechos que se le imputan y los antecedentes que obran en su contra, sino también de establecer el secreto o reserva sobre todo o parte de la investigación, limitando de ese modo el derecho a la información del indagado. Se trata también, en segundo lugar, de extender la duración del plazo de investigación y del proceso en su globalidad, considerando las particulares características de la investigación, lo que supone morigerar también la satisfacción del derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, contexto en el cual, con todo, se reflexiona sobre la forma de hacer efectivamente operativo este derecho, pues algunos ordenamientos ni siquiera lo consideran, en tanto que en ninguno se prevén consecuencias inequívocas de su incumplimiento. Por último, como mecanismo para dotar de mayor eficacia y celeridad en la obtención de resultados investigativos de calidad, lo que a su vez contribuye a que la mencionada morigeración de derechos se pueda mantener dentro de márgenes aceptables, Correa termina refiriéndose a la estrategia, desarrolla especialmente en Colombia, de estructurar planes metodológicos de investigación.

Como se advierte, cada uno de estos aspectos se encuentra concatenado con los otros, motivo por el cual las recomendaciones, gene-

rales y particulares recién aludidas, se efectuarán tomando en consideración dicho orden.

2.2. Recomendaciones para América Latina

1. En aquellos ordenamientos en que no es ya así, establecer la oportunidad y modalidad específica de comunicación oficial de la investigación a cargo de la autoridad persecutora dispuesta para el ejercicio de la acción penal en una instancia autónoma dentro del proceso penal ante el órgano jurisdiccional competente. En consecuencia, se sugiere abandonar el sistema difuso a cargo de diversos sujetos y variado en cuanto a su oportunidad, con el objetivo de propiciar un mejor control y seguimiento, además de garantizar que la comunicación sea oportuna.

2. En el contexto específico de investigaciones en casos de corrupción asociada al COT, se sugiere restringir el acceso a la investigación al menor círculo posible de personas, de modo de reducir al máximo el riesgo de filtraciones, comunes en este tipo de casos.

3. Al efecto, se propone, cuando menos, el secreto absoluto de la investigación respecto de terceros ajenos al procedimiento.

4. Asimismo se propone prever la posibilidad de que algunas diligencias de investigación, incluso posteriores a la formulación de cargos, se puedan ejecutar sin conocimiento del del imputado, sin perjuicio de que deba dársele acceso con posterioridad.

5. En el mismo contexto, establecer la posibilidad de secreto total o parcial de la investigación, lo que al menos respecto del imputado debería ser solo en virtud de resolución judicial fundada, para cautelar su derecho a defensa, previendo plazos precisos, sin perjuicio de prórrogas sujetas a control judicial, y estableciendo con un mínimo detalle los supuestos de su procedencia y su alcance preciso (en términos de qué informaciones pueden ser mantenidas en secreto), para evitar los abusos a que dan lugar autorizaciones genéricas y vagas.

6. Junto con instar por plazos más largos de prescripción para estos delitos (lo que ha sido objeto de examen pormenorizado en otro volumen, abordando también mecanismos adecuados de suspensión

e interrupción de la prescripción), se propone establecer un régimen especial propio de la investigación de estos delitos en cuanto a los plazos máximos de la investigación y del proceso en su conjunto. Al efecto, el criterio esencial, no solo para evaluar la satisfacción del derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, sino también para la definición de plazos de investigación, debiera ser el de la complejidad de la investigación concreta.

7. Considerar la adopción de reglas procedimentales especiales que, con el objetivo de permitir un juzgamiento eficiente y dentro de un plazo razonable de casos complejos, elimine ritualidades y formalismos innecesarios a lo largo de las distintas etapas del procedimiento penal juntamente con el aseguramiento de parámetros normativos para que el juzgamiento finalice dentro de un plazo razonable.

8. Avanzar normativamente (en todos los ordenamientos, especialmente en aquellos en que la jurisprudencia no ha avanzado en ese sentido) en el establecimiento de parámetros de cumplimiento del estándar del juzgamiento en un plazo razonable, para lo que se ofrecen como punto de partida óptimo los lineamientos de los tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos.

9. Atendida la aún pendiente consolidación del Ministerio Público como órgano investigador exclusivo en los sistemas post-inquisitivos de América Latina, así como una fuerte tradición burocrática en la región, se hace necesario promover cierta unidad de criterios de persecución y pautas de trabajo en la investigación de los delitos de corrupción. En este sentido, resulta recomendable consagrar en los ordenamientos latinoamericanos (al menos a nivel reglamentario) directrices que permitan organizar de un modo coherente el desarrollo de las indagatorias, de acuerdo con la idea de planes o programas de investigación, sobre todo en el contexto de casos complejos, como lo son aquellos seguidos por corrupción (en particular, cuando están vinculados al COT). Al respecto, la práctica colombiana parece un buen punto de partida.

10. Establecer tanto a nivel de Ministerio Público como de las policías unidades especializadas en la investigación de este tipo de delitos, con el concurso de profesionales con formación especializada y eventualmente con dedicación exclusiva a la materia.

2.3. Recomendaciones para Colombia

Además de las recomendaciones precedentes, específicamente se pueden hacer para Colombia las siguientes:

1. Revisar y modificar el régimen de amplia publicidad que rige para la investigación penal, cuando menos respecto de la investigación de casos de corrupción, excluyendo como mínimo el acceso a los medios de comunicación y a la comunidad en general, sin perjuicio de posibles medidas adicionales como las recomendadas precedentemente para toda la región.

2. Fortalecer la regulación del contenido general de los planes de investigación instando por la introducción de enfoques especializados según categorías de delitos, atendiendo su mayor o menor complejidad.

3. RECOMENDACIONES RELATIVAS A LAS DILIGENCIAS ESPECIALES DE INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES

3.1. Consideraciones preliminares

En el capítulo 2 la autora se encarga de levantar, como principal problema transversal, la ausencia de un estatuto especial de interceptación de comunicaciones que considere las complejidades expuestas en el capítulo 1. Desde este extremo, según el panorama analizado, Alvarado ofrece un punteo de los aspectos más relevantes en que debería admitirse un régimen excepcional, y que la autora estructura en tres grandes categorías: ámbito de procedencia y habilitados para su solicitud y resolución; reglamentación de los requisitos que ha de cumplir la petición respectiva, así como el contenido y forma de la resolución que la autoriza; y, por último, en el marco de su ejecución, la temática referida a su duración y control.

Lo anterior en todo caso, se formula sin perjuicio de propiciar una regulación orgánica y sistemática del estatuto general de las interceptaciones como marco supletorio y complementario de aquellos especiales y propios de la persecución del fenómeno de la corrup-

ción, particularmente cuando ella se encuentra asociada al crimen organizado u otros factores transnacionales.

En virtud de lo señalado, las recomendaciones sugeridas se expondrán en el mismo orden con que las materias fueron elaboradas por la autora.

3.2. Recomendaciones para América Latina

1. Avanzar hacia el establecimiento de la procedencia de esta clase de diligencias respecto de todo acto constitutivo de delitos de corrupción, sea que se enmarquen o no en actividades de delincuencia organizada, sin perjuicio de fijar un marco penológico objetivo mínimo que asegure el cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Para estos efectos es preciso proceder con un trabajo de armonización sustantivo respecto la gravedad de las penas con que se conminan los actos de mayor incidencia en este fenómeno.

2. Establecer legalmente, en forma pormenorizada, los requisitos que debe contener la solicitud de la medida, así como los criterios que debe considerar el tribunal para su aceptación y el contenido de la resolución en sí misma, que trasluzcan un estatuto con estándares diferenciados en términos de nivel de exigencias en relación con aquellos dispuestos para la procedencia de la diligencia para la persecución de criminalidad ordinaria.

3. Unificar las autoridades de persecución habilitadas para solicitar la diligencia ante el órgano respectivo, circunscribiéndola a la competencia exclusiva del Ministerio Fiscal.

4. Eliminar la posibilidad de que la autorización pueda ser concedida de oficio por el órgano jurisdiccional o por la misma autoridad a cargo de la investigación o del juzgamiento, de manera de resguardar el principio de jurisdiccionalidad.

5. Prescindir de procedimientos de urgencia, de carácter general y particular, que admitan la procedencia de la diligencia por orden directa de los organismos de persecución penal, aun cuando se difiera el control judicial a una etapa posterior de convalidación.

6. Implementación de un sistema de resolución acelerado para casos de urgencia que contemple la procedencia de solicitud verbal o por cualquier otro medio idóneo, con resolución inmediata o en el más breve plazo posible con un máximo de 24 horas; así como la posibilidad de que el tribunal, previo a resolver, pueda solicitar mayores informaciones o aclaraciones; y, el establecimiento de un procedimiento de impugnación simplificado, de vista preferente y urgente.

7. Definir con claridad los criterios que deben sustentar el carácter urgente de la diligencia y su correspondiente acreditación, sin que baste la alusión al mero peligro para la obtención de resultados exitosos en la investigación.

8. Instaurar con la mayor uniformidad posible, un plazo de duración de la medida superior a aquel existente para la criminalidad ordinaria, con posibilidad de prórrogas con autorización judicial previa.

9. Compensar la previsión de prórrogas indeterminadas con la introducción de un adecuado control judicial sobre la ejecución de la medida a través de informes periódicos obligatorios, con altos estándares de registro, grabación y/o almacenamiento, con participación de personal calificado que asegure la autenticidad y completitud de los resultados obtenidos.

10. Asegurar el control externo *ex post* por parte de los afectados con la injerencia para lo cual se sugiere, en primer término, incorporar una comunicación diferida de la ejecución de la diligencia una vez que esta haya finalizado y siempre que con ello no se produzca peligro para la investigación o para las personas involucras en la indagatoria, en tanto criterios especialmente regulados de manera expresa y con exigencia de acreditación. En segundo lugar, prever la posibilidad de que los afectados pueden acceder e impugnar los fundamentos considerados para la autorización de la medida.

11. Establecimiento de un procedimiento de destrucción de materiales impertinentes o de contenido sensible a cargo de la autoridad judicial, con contradictorio previo de los intervinientes.

12. Incorporar una solución normativa expresa para los hallazgos casuales que se produzcan con ocasión de la práctica de estas medi-

das, con el objeto de esclarecer su utilización en procedimientos diversos con posibilidad de que los indagados en la nueva investigación puedan controlar los presupuestos de la primera autorización.

13. Instaurar un sistema de control general con el objetivo de sistematizar el número de solicitudes efectuadas, aquellas que fueron autorizadas, así como el resultado de las diligencia y eventuales condenas sustentadas en la evidencia obtenida a través de ellas. Se trata de contar con la información necesaria para la medición sobre la eficacia de la medidas y posibles mejoras.

3.3. Recomendaciones para Colombia

En general, el ordenamiento jurídico colombiano es pasible de las mismas sugerencias señaladas supra. Ahora bien, como aspecto específico es conveniente recomendar:

1. Proceder con la introducción de un régimen regulativo de las diligencias intrusivas de interceptación de comunicaciones que sistematice sus diversos aspectos de manera orgánica para facilitar el manejo de la normativa requerida a su respecto.

2. Evitar el empleo de fórmulas o conceptos jurídicos indeterminados sobre materias especialmente sensibles para la legitimidad de la medida que quedan entregadas a su definición jurisprudencial, tales como el contenido de la solicitud y de la resolución judicial que se pronuncie sobre ella.

4. RECOMENDACIONES RELATIVAS A LAS DILIGENCIAS ESPECIALES BASADAS EN NUEVAS TECNOLOGÍAS

4.1. Consideraciones preliminares

Como se indicó en su oportunidad, el capítulo 3 tiene la función de evidenciar los aspectos que son realmente tratados por la normativa de los países seleccionados, con un enfoque especial y diferente respecto de la reglamentación existente en materia de interceptación de comunicaciones. Es por ello por lo que la autora, en general,

sigue el mismo orden expositivo de los aspectos esenciales en el tratamiento de estas figuras y, a continuación, se sigue la misma lógica enumerativa.

4.2. Recomendaciones para América Latina

1. Fortalecer la exigencia del principio de reserva de ley en esta materia, tipificando de manera detallada las diversas diligencias asociadas al empleo de nuevas tecnologías, más allá de las capturas ambientales o supuestos de videovigilancia.

2. Establecer un marco regulatorio específico para esta clase de diligencias que remita tan solo en lo imprescindible al estatuto de la interceptación de comunicaciones. Lo anterior implica establecer las exigencias mínimas referidas a los habilitados para solicitar y resolver sobre la medida, al contenido de la solicitud y de la resolución que sobre ella se pronuncie; forma y tiempos de resolución; duración y prórrogas; utilización en procedimientos diversos y en caso de hallazgos casuales; registro y control (interno y externo); sistema de procesamiento de información para determinar la eficacia de la medida.

3. Admitir expresamente la procedencia de las diligencias basadas en nuevas tecnologías en materia de delitos de corrupción, sea que se enmarquen o no en actividades de delincuencia organizada, sin perjuicio de fijar un marco penológico objetivo mínimo que asegure el cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

4. Una vez definido el estatuto general de las diligencias basadas en nuevas tecnologías, identificar los aspectos que en materia de corrupción requieran morigerar los requisitos presentes en el estatuto general, así como el establecimiento de procedimientos acelerados de tramitación en los términos indicados con ocasión de la interceptación de comunicaciones.

5. Incorporar la distinción entre datos de usuario y datos de tráfico con el objetivo de admitir el requerimiento directo de los primeros por parte del Ministerio Público, sin necesidad de autorización judicial previa ni posterior.

4.3. Recomendaciones para Colombia

Respecto de las recomendaciones sugeridas para el caso colombiano, lo cierto es que deben reiterarse todas las supra señaladas, instando por su implementación con carácter urgente. En efecto, no cabe estimar que actualmente el ordenamiento colombiano posea un reconocimiento, consagración y regulación de diligencias basadas en nuevas tecnologías, pues la referencia al monitoreo del espectro electromagnético, con los intentos de negación de su carácter intrusivo en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, así como su desarrollo a nivel únicamente jurisprudencial, atentan contra la legitimidad de su empleo y obstaculiza la integración de otras herramientas relacionadas imprescindibles para la efectiva persecución de esta clase de delincuencia en particular.

5. MEDIDAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN RELATIVAS A LA COLABORACIÓN DE INFORMANTES, AGENTES ENCUBIERTOS Y AGENTES REVELADORES

5.1. Consideraciones preliminares

Como se indicó en su oportunidad, en el capítulo 4 Alcaíno trata tres figuras (medidas o técnicas especiales de investigación) destinadas principalmente a la infiltración de bandas criminales u organizaciones en general, con el objeto de obtener información relevante para el esclarecimiento y juzgamiento de delitos (así como para su prevención y el desbaratamiento de las organizaciones), algo que es especialmente importante en el contexto de delincuencia poco aparente como es la corrupción relacionada con el COT, a saber: las figuras del agente encubierto, del agente revelador e la de los informantes. Junto con destacarse la utilidad, incluso la necesidad de poder acudir a este tipo de figuras respecto de dicha corrupción, el examen se centra en los requisitos y en los presupuestos de legitimidad de aplicación de las figuras mencionadas.

Las recomendaciones a partir del examen comparado se construyen en primer lugar a partir del régimen de los agentes encubiertos, como figura de mayor regulación en los ordenamientos revisados,

respecto de la cual aquellas referidas a las otras dos figuras aparece como simplemente complementarias. Eso explica el orden en que se presentan las siguientes recomendaciones.

5.2. Recomendaciones para América Latina

Se recomienda adoptar las siguientes medidas como propuesta de acción para América Latina:

1. Elaborar una propuesta legislativa que, si no fuera el caso aún, incorpore inequívocamente la aplicación de las medidas especiales de investigación en delitos de corrupción en general (es decir, no solo cuando conste vinculación con el COT), especialmente, agentes encubiertos e informantes.

2. En cuanto a los agentes encubiertos, se sugiere seguir la experiencia regional e internacional, en cuanto a que sea autorizada y supervisada por el fiscal a cargo de la investigación, no siendo necesaria una autorización judicial. Se trata de una actividad eminentemente investigativa, cuyos riesgos pueden ser resguardados desde un punto de vista organizacional, mediante diversos controles internos y administrativos para evitar cualquier tipo de abuso y actuaciones ilícitas. Entre ellos, deberes de registro, de reporte, de confidencialidad, incluyendo inclusive un plan de trabajo con determinados hitos y tiempos, que vayan cumpliéndose y, de esa manera, evitar cualquier tipo de extralimitación.

3. Considerar, en todo caso, que lo anterior no impida la intervención judicial en todas aquellas diligencias investigativas en que sea necesaria, según la legislación local, una orden judicial, la que deberá ser solicitada por el fiscal respectivo, por ejemplo, para la incautación de evidencia o la entrada no consentida en lugares cerrados, sin perjuicio de la posible ampliación de atribuciones judiciales en la línea, recién mencionada, de control de posibles extralimitaciones.

4. Considerar, como presupuesto obvio para la operatividad de medidas destinadas precisamente a la infiltración en una actividad delictiva, la exención de responsabilidad penal y de otro tipo por los hechos ilícitos que guarden relación con el plan de trabajo y en el contexto en que se realice la operación. Será relevante establecer

esta exención de manera legal y, a su vez, con los parámetros que determinan la legitimidad de la operación, particularmente desde el punto de vista de la debida proporcionalidad.

5. Considerar, al mismo tiempo, una regulación que cautele positivamente los intereses de los propios agentes policiales, entre ellos, que se proteja su identidad y se les brinden los medios necesarios, especialmente de seguridad, para llevar a cabo la operación.

6. Considerar eventualmente que bajo determinadas circunstancias el nombramiento de agentes encubiertos no se limite solo a agentes policiales, sino que pueda recaer también en otros funcionarios públicos. Especialmente en los esquemas de corrupción de instituciones públicas, los funcionarios que prestan funciones al interior de dichos servicios públicos pueden ser de mayor utilidad, al estar familiarizados con las personas y conocer las dinámicas internas.

7. Respecto de los informantes, se sugiere establecer una regulación específica que permita a los agentes policiales obtener información de personas que formen o hayan formado parte de una organización criminal o se hayan dedicado a la actividad delictiva, con objetivos acotados y concretos (por los riesgos inherentes al uso de informantes, principalmente en términos de confiabilidad de la información y riesgo de abuso o corrupción), al inicio de una investigación penal (como fuente de *notitia criminis*) y, a su vez, para realizar diligencias investigativas específicas, mas no para probar en juicio la responsabilidad de una persona. Se deben evaluar los costos sociales de utilizar informantes en contextos en que se puedan generar problemas de convivencia permanentes y derivar en situaciones de mayor gravedad, además de posible pérdida de legitimidad.

8. Establecer, para reducir esos riesgos, disposiciones que regulen los presupuestos y el mecanismo mediante el cual se pueda utilizar un informante, especialmente, que su colaboración sea necesaria para la investigación, que estén regulados los requisitos y el perfil de los informantes, estableciendo especiales deberes de registro y confidencialidad, así como las autorizaciones pertinentes, entre otros aspectos.

9. A su vez, regular las comunicaciones y relaciones entre policías e informantes, de modo de limitar al máximo eventuales riesgos que son propios de este tipo de interacciones.

10. Despejar con claridad, en un sentido u otro, si la actuación de los informantes está asociada a beneficios o no (los ordenamientos analizados muestran soluciones en ambos sentidos), y en caso afirmativo, establecer una regulación básica al respecto, en la misma línea de contener los riesgos que genera la figura.

11. Respecto de los agentes reveladores, la revisión del derecho no latinoamericano demuestra que no es indispensable que sea una figura especial. La simulación de interés delictivo parece ser una herramienta útil y legítima en la persecución de los fenómenos de corrupción. Lo esencial es que no se vaya más allá de la predisposición delictiva, cayendo en una provocación inaceptable. Debido a los riesgos que implica la utilización de esta medida, especialmente de incitar a personas no predispuestas a cometer delitos, es necesario una regulación concreta y detallada de las atribuciones que tendrá el agente, lo cual, por de pronto, implicará un plan específico, con controles, temporalidad y autorizaciones en su accionar. Y sobre todo, deben formalizarse las consecuencias del abuso policial, no solo en lo que concierne a la responsabilidad de los funcionarios, sino también en términos del *status* del provocado. La clara tendencia europea hacia la exención de responsabilidad de este último es digna de emular.

5.3. Recomendaciones para Colombia

En relación específicamente con Colombia, se sugiere la adopción de las siguientes medidas como estrategia de acción:

1. Incorporar una regulación específica relativa a los informantes, con las características que han sido explicadas antes. Sin perjuicio de que existe una regulación que permite a particulares actuar como agentes encubiertos, resulta fundamental incorporar una normativa específica y separada que se haga cargo de todas las particularidades que posee y, por supuesto, que permita garantizar razonablemente su correcta utilización.

2. La propuesta legislativa que se plantee debe hacerse cargo especialmente de las principales debilidades que en el derecho comparado se han detectado, todas ellas vinculadas con la transparencia y relación que entablan los órganos de persecución con los informantes. En ese sentido, es relevante que la legislación establezca un marco general suficientemente preciso, que permita una regulación flexible, pero a la vez guiada e inspirada por los límites que establezca el legislador.

3. Así, será necesario que la ley establezca deberes generales de registro de informantes, de establecimiento de protocolos de autorización y de revisión de la sustancialidad de la información de manera periódica. Por supuesto, esta propuesta legal debiera sugerir ciertas limitaciones a la relación e interacción con informantes, todo lo anterior con el objetivo de mantener el uso de informantes con transparencia y estándares de información de calidad para ser utilizados en el proceso penal.

4. En cuanto a los agentes encubiertos, Colombia es uno de los pocos países, junto con México y Perú que posee una regulación aplicable específicamente en materia de corrupción pública, por lo mismo, resulta importante avanzar, por una parte, en una evaluación empírica global y sistemática acerca de su funcionamiento, de manera de detectar las debilidades y posibilidades de mejora, no solo en el plano legal, sino que también en el de la aplicación de los reglamentos internos que ha generado la Fiscalía. Esto debiera incluir, entre otras cosas, el levantamiento de la visión de fiscales, policías y jueces acerca de cómo generar una mejor utilización de esta herramienta, desde el punto de vista de la transparencia y también de la calidad de la información que posteriormente se transformará en evidencia en el proceso penal.

5. Por último, Colombia está en buen pie para avanzar en regulaciones más sofisticadas que permitan que los agentes encubiertos puedan actuar en los contextos socio-económicos e institucionales donde tiene lugar la gran corrupción. De nuevo, la ley peruana puede servir como modelo.

6. LAS INVESTIGACIONES RELATIVAS AL LAVADO/BLANQUEO DEL PRODUCTO DEL DELITO Y LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

6.1. Consideraciones preliminares

Los ordenamientos latinoamericanos analizados muestran grandes similitudes en la forma en que se aproximan al fenómeno del lavado de dinero, también, en particular, al lavado de bienes provenientes de delitos de corrupción, lo que no debiera sorprender, considerando que en la materia rige de modo prácticamente universal un sistema configurado a través de instrumentos internacionales y de la actividad normativa de organismos internacionales. Lo anterior permite identificar algunos problemas comunes a los distintos ordenamientos, en tanto que la existencia de algunas diferencias no despreciables entre ellos en cuestiones de detalle permite identificar diseños y prácticas mejores que otros. A partir de lo anterior es posible formular algunas recomendaciones generales para el conjunto de países de la región, además de algunas específicas para Colombia.

Siguiendo el esquema de análisis empleado por Hernández en el capítulo 5, se considerarán primero las recomendaciones atingentes a los diversos aspectos del respectivo sistema administrativo de prevención y detección del lavado de activos, así como a la tipificación del delito de lavado, para abordar luego las recomendaciones referidas a las diligencias intrusivas aplicables en la persecución penal del delito.

6.2. Recomendaciones para América Latina

6.2.1. Recomendaciones en relación con el sistema administrativo de prevención del lavado de dinero

En lo que respecta al sistema administrativo de prevención y detección del lavado de dinero, los aspectos centrales desde el punto de vista de posibles mejoras en los ordenamientos nacionales conciernen, por una parte, a la extensión, o más bien, el modo en que

se define la extensión del círculo de sujetos obligados y, por la otra, a cuestiones de diseño institucional, referidas al tipo de órgano estatal competente para el análisis financiero, a su dependencia institucional, lo que puede incidir en el sentido y orientación de sus funciones, y a sus facultades.

Respecto de los sujetos obligados, se pueden formular las siguientes recomendaciones:

1. Incluir entre los sujetos obligados a quienes desarrollan actividades probadamente susceptibles de ser instrumentalizadas con fines de lavado y que se encuentran ya recogidas con carácter general tanto en el *hard law* como en el *soft law* internacional, como ha ocurrido, por ejemplo, en materia de criptoactivos (con cierta demora en Argentina y de un modo defectuoso en Chile).

2. Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda establecer un sistema que, de acuerdo con los requisitos constitucionales de cada Estado, permita ir adaptando el círculo de sujetos obligados, en atención al cambio incesante de la actividad delictiva y a las concretas circunstancias nacionales, de un modo ágil y flexible, que no requiera tramitación legislativa cada vez. Esto debería poder lograrse legítimamente si la ley diera un marco suficientemente claro respecto del tipo de actividades susceptibles de ser incorporadas en el listado (con la consecuencia de que quienes las realicen pasen a ser sujetos obligados), así como criterios igualmente claros para la decisión de inclusión en particular de una actividad en el listado, dejando, sin embargo, la decisión concreta entregada a una instancia normativa especializada y más ágil, como podría ser el propio órgano de análisis financiero (como es el caso en Colombia, al margen de las dudas sobre la suficiencia de la base legal para ello) o, eventualmente, el gobierno a través del ministerio competente para el área (como es el caso en Perú).

3. En caso de procederse en el sentido recién indicado, establecer un adecuado sistema de rendición de cuentas de las decisiones al respecto (sobre esto se vuelve luego a propósito de los aspectos institucionales).

4. En cuanto a las obligaciones o deberes que se imponen a los sujetos obligados, se recomienda superar la parquedad de las legis-

laciones de la región a la hora de definirlos (los estándares de GAFILAT, que tienden a regir en los hechos, debieran servir de modelo de base). Ello, además de favorecer la seguridad jurídica, contribuiría a asegurar una actividad mínima de parte de la agencia estatal de análisis, que no dependa simplemente de su proactividad, permitiendo, además, un mejor control de la agencia en cuanto tal.

5. Sin perjuicio de lo anterior, considerando las muy distintas realidades de tamaño y complejidad organizativa en un círculo tan extenso de sujetos obligados, así como los diversos grados de potencial aprovechamiento delictivo de sus respectivas actividades, conviene establecer esquemas diferenciados de deberes a su respecto, sujetos idealmente también a mecanismos flexibles de determinación caso a caso, a partir de claras definiciones generales en la ley.

6. Para el delicado asunto de la inclusión de los abogados en el círculo de sujetos obligados, si bien se ha reconocido que, además de las razones prácticas que lo ameritan, hay un espacio legítimo para imponerles a estos profesionales ciertos deberes de reporte, esto debe hacerse preservando el núcleo del secreto profesional, sin someterlo a restricciones injustificadas. Al respecto, en vez de la fórmula usual en las recomendaciones del *soft law* y en el derecho comparado, consistente en imponer los deberes y dejando como excepción lo cubierto por el secreto profesional, sin mayores precisiones, debería optarse por definir con claridad y precisión qué tipos de actividades no están cubiertas por el secreto profesional, por no ser propias o exclusivas de la profesión de abogado (paradigmáticamente actividades de intermediación comercial o inmobiliaria) y referir a ellas los deberes del sujeto obligado. Al respecto, el modelo peruano merece consideración.

En cuanto al diseño institucional del sistema de análisis financiero, el examen comparado muestra que no hay fórmulas únicas: puede tratarse de un único organismo competente o bien de un conjunto de organismos sectoriales que, adicionalmente, realizan esta tarea. Lo realmente importante es que, cualquiera que sea la fórmula, se pueda hablar de un sistema propiamente tal, es decir, de un aparato que funciona unitaria y coherentemente en todos los sectores, y no de la mera agrupación de esfuerzos dispares e inconexos. De este modo, se puede recomendar:

7. En caso de que no exista un único organismo competente, debe configurarse una efectiva competencia de coordinación y alineamiento hacia los propósitos propios de la prevención del lavado de dinero, lo que supone que el órgano competente para ello tenga las facultades y el respaldo político suficiente para imponerse en este ámbito específico al resto de los organismos sectoriales que asumen la tarea.

8. Cualquiera que sea el diseño, el sistema de análisis financiero en cuanto tal (sea un solo órgano, sean varios) debe estar dotado de importantes facultades normativas y de investigación directa (levantamiento del secreto bancario, requerimiento compulsivo de información o documentación) al margen del concurso que pueda obtener de otros organismos y de los sujetos obligados. Al menos en el plano formal, las competencias de la UIF argentina se aprecian como las más robustas, y podrían servir de modelo al respecto.

9. Si bien no es indispensable para el cumplimiento adecuado de su cometido, es recomendable una cierta orientación hacia la lógica de la persecución penal (como se aprecia en el caso argentino o en el mexicano), lo que puede contribuir a una actividad más eficaz y menos condescendiente con los intereses propios de los actores del mercado: el lavado de dinero es, en último término, una actividad delictiva y su prevención no puede perderlo de vista.

10. Se debe asegurar en todo momento un panorama accesible tanto del conjunto de sujetos obligados como de los deberes u obligaciones a los que están sometidos, con las diferencias del caso, cuando corresponda. Se trata de información que no solo es relevante para los obligados y los funcionarios competentes, sino también para la comunidad que interviene en el tráfico económico.

11. En la medida en que se le otorgan importantes facultades en una materia sensible, resulta indispensable que existe un adecuado sistema de control y de rendición pública de cuentas de la actividad del o de los órganos competentes, que explique y justifique las orientaciones generales que sigue en el marco de la ley y, sobre todo, las decisiones de política particular que adopta en uso de las atribuciones que le otorga la ley, así como sus resultados.

6.2.2. Tipificación del lavado de dinero

La tipificación del delito de lavado de dinero en las legislaciones de la región concuerda en general con el diseño más o menos universal de esta tipificación. Con todo, es posible apuntar algunas posibles mejorías:

1. Es recomendable que todos los ordenamientos de la región consideren, junto con un tipo de encubrimiento u ocultamiento de los bienes provenientes de la actividad delictiva, uno de contacto consciente con tales bienes, supuesto que en el derecho comparado ocupa un lugar prominente, como mecanismo de aislamiento de los responsables del delito-base. En la actualidad, el argentino es el único ordenamiento que no lo hace (luego de que el derecho peruano abandonara la misma decisión en 2016), lo que puede ser problemático desde el punto de vista de las obligaciones internacionales que pesan sobre dicho ordenamiento.

2. Sin perjuicio de lo anterior, parece razonable que, por su menor contenido de injusto, la tipificación de un delito de contacto consciente conlleve menos pena, como ocurre, por ejemplo, en el derecho federal de los Estados Unidos.

3. Debería prescindirse de requisitos injustificados de procesabilidad en relación con los delitos de lavado, como el que exhibe el derecho mexicano.

4. Sería conveniente despejar definitivamente el *status* del autolavado en aquellos ordenamientos en que no es claro, considerando que la regulación explícita puede ser una buena oportunidad para precisar sus alcances y excluir de modo seguro injustificadas puniciones dobles por el mismo hecho (la evolución legislativa en Alemania, o la solución jurisprudencial brasileña son buenos modelos en ese sentido).

5. Por el contrario, no parece necesario (ni conveniente) seguir el ejemplo del derecho chileno, alemán o español (y aparentemente también del peruano) en cuanto a reprimir la realización típica con negligencia grave. Para ello, el recurso al dolo eventual en casos realmente reprochables parece más que suficiente.

6. Por último, si bien esto no incide en la represión del lavado de bienes provenientes de delitos de corrupción, parece razonable revisar el sistema de catálogo de delitos-base, que en la actualidad solo se mantiene en Chile y Colombia, y que trae consigo inconvenientes prácticos que no obedecen realmente a principios relevantes. Una adecuada formulación del castigo del autolavado y la prescindencia de un tipo negligente deberían ser resguardo suficiente contra posibles excesos asociados al abandono de un sistema de catálogo.

6.2.3. Medidas intrusivas y técnicas especiales

En lo que concierne a las medidas intrusivas y técnicas especiales de investigación, en la medida en que la investigación del lavado de dinero en todos los ordenamientos latinoamericanos analizados puede contar en general con todas ellas y que, en los casos en que hay diferencias entre el régimen en un país y otro (básicamente, exigencia de autorización u orden judicial) obedece a cuestiones constitucionales propias de cada uno, simplemente se reiteran las recomendaciones formuladas a propósito de los capítulos 2 a 4. Se reitera, con todo, la conveniencia de revisar el régimen de autorización judicial previa para la intervención de agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes, sin perjuicio de la posibilidad siempre necesaria de control judicial, ya mencionada en el capítulo 4.

En cuanto al levantamiento del secreto bancario, en la medida en que el mecanismo también está disponible en todos los ordenamientos analizados de la región para la investigación del lavado de dinero (incluso en Chile, habiéndose superado los obstáculos extremos que en su momento impuso el Tribunal Constitucional de este país), no parece que las diferencias en cuanto a sus presupuestos (que, por lo demás, dependen de cuestiones propias del respectivo régimen constitucional) requieran de recomendaciones adicionales. Con todo, cabe insistir en que se trata de una medida respecto de la cual la autorización judicial previa resulta mucho menos justificada, algo que podría ser tenido en cuenta para revisar su regulación en aquellos ordenamientos en que la siguen considerando necesaria.

Solo resta insistir en la conveniencia de armonizar en lo fundamental los requisitos de procedencia de las medidas intrusivas y de

las técnicas especiales de investigación en cuestión, desde la perspectiva de una fluida cooperación internacional en la materia.

6.3. Recomendaciones para Colombia

Además de las recomendaciones generales para los países de la región, respecto de Colombia se pueden hacer recomendaciones específicas o precisar algunas de las anteriores en los siguientes términos:

1. Establecer con claridad las facultades operativas de todos los órganos involucrados en la función de análisis financiero, de manera que no se produzcan solapamiento regulativo o regulaciones contrapuestas.

2. Fortalecer la colaboración y coordinación de las autoridades administrativas de supervisión y las restantes entidades sectoriales, con independencia de que se asuma un diseño institucional centralizado o no.

3. A menos que parezca completamente innecesario o superfluo, validar formalmente la interpretación del art. 2.14.2 del Decreto 1068 de 2015, del 26 de mayo, en virtud de la cual la UIAF impone deberes propios de sujeto obligado a sujetos a los que la ley no les ha atribuido esa calidad.

4. Revisar en la tipificación del lavado de dinero el sistema de catálogo de delitos-base.

5. Aunque se trata de un asunto de carácter general que trasciende completamente de la investigación específica del lavado de dinero, revisar la regla general de control judicial solo *ex post* de medidas intrusivas, al menos de las más intensas, sin parangón en los sistemas acusatorios.

Adéndum
Administración y disposición de bienes incautados y decomisados

ANTONIO SEGOVIA ARANCIBIA*
DENNIS CHENG*

1. INTRODUCCIÓN

El preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas[1], suscrita en Viena, Austria, el año 1988, incluye dos párrafos que abordan expresamente la relevancia que, para la comunidad internacional de la época, tenía el tratamiento a nivel jurídico-penal de los bienes o activos relacionados al narcotráfico, en los siguientes términos:

> […] Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles […]. Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad […][2].

Con dicha formulación, la Convención de Viena —como es habitualmente denominada—, explicita uno de los objetivos centrales de la política criminal global contemporánea dirigida a enfrentar la

---

* Abogado Universidad de Chile. MSc *Criminal Justice Policy* en *The London School of Economics and Political Science* (Reino Unido). Profesor invitado de Derecho Penal Transnacional en la Universidad Adolfo Ibáñez (UAI) (Chile).

* Consultor del *International Centre for Asset Recovery* (ICAR) – *Basel Institute on Governance* (Perú).

1 En vigor desde el 11 de noviembre de 1990.

2 Preámbulo, §§ 5 y 6.

delincuencia transnacional: identificar, congelar y quitar de circulación los bienes o activos vinculados a la comisión de los delitos, especialmente sus frutos o beneficios, para así eliminar el incentivo de su comisión futura: el lucro asociado a una actividad comercial (ilícita).

La Convención de Viena fue pionera en la regulación del patrimonio criminal, y sus normas fueron replicadas y ampliadas en convenciones y tratados posteriores, así como en toda una gama de directivas, protocolos, recomendaciones y otras normas de *soft law* que pretendían abordar la cuestión desde una perspectiva tanto sustantiva (por ejemplo, a través de la tipificación del delito de lavado de dinero o blanqueo de capitales, y el establecimiento del comiso como pena, además de la creación de estatutos nuevos como la extinción de dominio o decomiso civil o sin condena), como procesal (normas que permitieran la identificación, incautación y congelamiento de bienes con miras a su decomiso) y de cooperación internacional (procesos de recuperación transnacional de activos cuando éstos se encuentran ubicados en el extranjero)[3]. El núcleo de la normativa se encontraba delimitado por aquellas reglas que permitían concretizar el proceso de pérdida de bienes de origen ilícito para sus beneficiarios. Desde la perspectiva del proceso penal, estas reglas creaban las condiciones legales para que las autoridades de cumplimiento de la ley (fiscales, policías, jueces), pudieran identificar, congelar o incautar y luego decomisar y eventualmente compartir con otros Estados tales activos.

En el marco de este proceso de transferencia de bienes desde su dimensión ilícita a una lícita (es decir, su recuperación por parte de los organismos encargados de cumplimiento de la ley), uno de los elementos que ha venido desarrollándose con mayor detalle y profundidad en los últimos tiempos es aquel referido a su administración o gestión y disposición. En relación a lo primero, a nivel internacional, instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[4], ya mencionaban expresamente la necesidad de que los Estados Parte contaran con leyes u otros mecanismos que les permitieran administrar adecuadamente los bienes incautados o

---

3 Vid.: Aguado Correa, 2013: 6.

4 En vigor desde el 14 de diciembre de 2005.

decomisados. En Europa, un grupo de normas se han dedicado también expresamente a esta cuestión junto a una serie de recomendaciones, protocolos, principios y otras reglas emanadas de diferentes organismos internacionales. La idea subyacente es evitar la pérdida de valor e integridad de los activos, para que en su disposición o destino final, sean aprovechados al máximo posible, generando valor social allí donde antes hubo ganancia de origen delictivo. Lo anterior resulta particularmente relevante en casos de corrupción pública, en especial en aquellos de naturaleza organizada y transnacional. En éstos, la recuperación de los activos derivados representa una cuestión de interés público, no solo desde una perspectiva de justicia criminal estricta, sino también por la necesidad práctica que tienen las sociedades de recuperar los recursos mal empleados que estaban en primer lugar dirigidos al financiamiento de bienes y políticas públicas o sociales, para así reinvertir esos dineros o bienes donde corresponde. Ello explica, como se analizará en detalle más adelante, el lugar preferente que la regulación de los procesos domésticos y transnacionales de recuperación de activos tienen en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y la circunstancia de que esta fuera el primer instrumento internacional en incluir una regla sobre administración y gestión de bienes.

Ahora bien, a pesar del desarrollo normativo que puede observarse en el ámbito patrimonial, lo cierto es que las reglas específicas dedicadas a la gestión, administración y disposición de bienes continúan siendo escasas y de formulación excesivamente genérica, aunque algún nivel de profundidad mayor puede encontrarse en disposiciones de *soft law*. En este contexto regulatorio, no puede sino destacarse el impulso que varios países de la región han dado a los sistemas de gestión, administración y disposición de bienes incautados, congelados o decomisados. Quizás su manifestación más concreta es la creación de instituciones u organismos especializados dedicados a la gestión de activos, que a su vez aplican procesos de trabajo igualmente especializados para alcanzar sus objetivos. El principal reto que todavía se observa es la evolución desde los mecanismos tradicionales dedicados simplemente a la recepción, almacenamiento y custodia de bienes incautados, hacia verdaderos sistemas basados en una visión empresarial, de modo que la administración de bienes permita generar un valor que, entre otros fines, se destine a financiar el pro-

pio sistema de gestión. En este tránsito hacia un modelo competitivo desde el punto de vista económico pueden identificarse diversas buenas prácticas que, a nivel legislativo u operacional, han desarrollado países de la región, entre ellas en materia de regímenes especiales de contratación, inversión de dineros incautados, implementación de mecanismos de venta anticipada de bienes, de abandono de activos, normas especiales sobre destinación de bienes decomisados y administración de activos complejos.

El presente adéndum tiene por objeto exponer el conjunto de instrumentos que sirven o pueden servir de base para avanzar en el establecimiento de sistemas eficientes de administración y disposición de bienes ilícitos, en particular de aquellos provenientes de delitos de corrupción pública, así como identificar, muy sucintamente, posibles buenas prácticas en la materia. En este esfuerzo, nos abocaremos en una primera parte a identificar aquellas normas convencionales o de *soft law* dedicadas a la temática. Analizaremos, en este apartado, los orígenes de la regulación internacional en el derecho estadounidense, así como la política criminal dirigida a los aspectos patrimoniales del delito consagradas en las principales Convenciones de Naciones Unidas, en particular aquella dedicada a los delitos de corrupción. Luego, revisaremos los principales instrumentos positivos culminados en el seno de la Unión Europea y Consejo de Europa, para más adelante dar paso al análisis de la situación en Iberoamérica. A continuación, profundizaremos en las recomendaciones y guías realizadas por diversos organismos internacionales, entre ellos la propia Naciones Unidas, el Grupo de Acción Financiera y el G8, entre otros. La normativa sujeta a revisión nos permitirá concluir que existe una clara política criminal internacional dirigida al patrimonio delictual, al menos desde 1988, pero que ha sido menos frondosa al abordar las temáticas específicas de gestión, administración y disposición de bienes. Sin perjuicio de ello, el análisis nos permitirá valorar las cuestiones más destacadas de cara a su concreta aplicación doméstica. El adéndum concluye, precisamente, con la indicación de ciertas prácticas que parecen dignas de destacar en el marco de la transición hacia modelos integrales de administración y disposición de bienes que en definitiva generen valor adicional, con el propósito de que sirvan como modelos posibles para los países de la región.

2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

2.1. Los orígenes en los Estados Unidos de América

La atención que la comunidad internacional ha dado al patrimonio criminal, es decir, a los bienes o activos que conforman el producto, utilidad o efectos de los delitos, cuenta entre sus fuentes las leyes antilavado de dinero y sobre congelamiento y decomiso de bienes dictadas en Estados Unidos en la década de los ochenta, así como el trabajo desplegado para internacionalizarlas[5]. Esto es lo que explica que, en este adéndum, excepcionalmente, la presentación de la situación en un ordenamiento nacional preceda a aquella del Derecho internacional. Dichas reglas justificaban su existencia en la preocupación de las autoridades estadounidenses por los supuestamente altos volúmenes de dinero[6] y activos producidos por el tráfico ilícito de drogas, y la constatación de que cualquier esfuerzo por suprimir el narcotráfico debía ir acompañado de acciones que cortaran los flujos de financiamiento actuales y futuros de tales acciones criminales. De esa manera, se evitaría la reiteración delictiva y también la cooptación financiera de economías legítimas, que podrían verse sobrepasadas por los movimientos de "dinero sucio" a través de ellas[7]. La "declaración de guerra" al narcotráfico[8], entonces, debió incluir normas que no solo prohibieran y penalizaran el comercio de drogas ilícitas, sino también que permitieran identificar, asegurar y quitar de circulación los bienes asociados al delito. En este contexto es que se dictan las leyes sobre confiscación de bienes (por ejemplo, la *Forfeiture Act* de 1984[9]) y, en el ámbito sustantivo, aquellas que tipifican

---

5 Van Duyne & Levi, 2005: 15 et. seq.; Gilmore, 2004. Para una mirada europea puede verse Ambos, 2013.

6 Afirmación no del todo pacífica: Van Duyne & Levi, 2005: 107 et. seq. Vid.: Levi & Reuter, 2006.

7 Van Duyne et. al., 2005: 117-147.

8 *War on drug*, la agresiva política criminal contra el tráfico ilícito de drogas lanzada por Estados Unidos -que incluía penalización de conductas como el lavado de dinero, asociadas a penas severas, y medidas de aseguramiento patrimonial y decomiso- y que cobró notoria fuerza en los ochenta. Al respecto puede verse Boister, 2018: 90; Leroy, 2015: 229 et. seq.; South, 2007: 810-838.

9 *Comprehensive Forfeiture Act*, 1984.

como delito el lavado de dinero (por ejemplo, la *Money Laundering Act* de 1986[10])[11].

Sin embargo, el impacto de dichas normas sería acotado si se mantenía su ámbito de acción y efectos solo en territorio estadounidense. Esta es una de las razones por las cuales el modelo de aseguramiento patrimonial y anti-lavado de dinero es exportado, en un intento por ampliar su espectro territorial de aplicación, evitándose la creación o mantención de refugios o paraísos fiscales, a través de la homogenización legislativa a nivel global[12]. El primer fruto de estos esfuerzos es la ya mencionada Convención de Viena el año 1988, que incluye la obligación de los Estados Parte de tipificar el delito de lavado de dinero, así como de implementar medidas que permitan identificar, congelar y decomisar bienes asociados al delito[13]. Como se adelantó, este instrumento internacional constituiría la base normativa sobre la cual convenciones futuras irían agregando reglas y obligaciones, formando así un entramado de normas cada vez más complejo, cuya finalidad principal consiste en identificar, asegurar y quitar definitivamente de circulación, bienes o activos producidos o relacionados a la comisión de delitos, sea que se encontraran en territorio nacional o en el extranjero.

Con todo, en lo que concierne en particular a la administración y disposición final de bienes una vez que han sido congelados, incautados o decomisados, la regulación es inicialmente bastante menos densa y, al menos en un comienzo, prácticamente inexistente.

---

10 *Money Laundering Act*, 1986. Vid.: https://www.congress.gov/bill/99th-congress/house-bill/5077#:~:text=Introduced%20in%20House%20(06%2F24,laundering%20as%20a%20Federal%20offense.

11 Al respecto, puede verse: Boister, 2018: 171; Van Duyne & Levi, 2005: 15-18.

12 En la base de esta estrategia está la idea de que si todos o la mayoría de los países tipifican como delito el tráfico de drogas, en cualquiera de ellos la conducta podría ser penalizada, y los activos descubiertos. Serán luego los estatutos de asistencia mutua internacional y extradición los que entrarán a jugar un rol importante para materializar el ejercicio de jurisdicción por el Estado competente.

13 En general sobre la política criminal internacional dirigida a los patrimonios derivados del narcotráfico, que se ve reflejada en la Convención de Viena, puede verse Gilmore, 2015: 331 et. seq.

2.2. Naciones Unidas

El primer convenio internacional en regular de manera explícita e integral el patrimonio criminal fue, como ya se ha reiterado, la Convención de Viena[14]. Si bien no se trata del primer instrumento internacional en obligar a los Estados a criminalizar el tráfico de drogas[15], sí es pionero en el tratamiento que da a los bienes asociados al narcotráfico, y se transformaría en la base sobre la cual futuras convenciones e instrumentos internacionales irían construyendo regímenes más complejos y sofisticados para su tratamiento.

En relación a los bienes asociados al delito, la Convención los regula en dos planos diferentes: a nivel sustantivo, obliga a los países a tipificar el delito de lavado de dinero siguiendo la definición contenida en el artículo 3.1 b) y c) i)[16]. A nivel procesal, el artículo 5°, titulado "Decomiso", contiene una normativa de doble aplicación: por una parte**,** obliga a los Estados a adoptar las medidas que sean necesarias para identificar, congelar o incautar y decomisar bienes; y, por otra, hace extensiva esta regulación doméstica a los casos de

---

14 Algunos apuntes generales sobre las Convenciones de Naciones Unidas y su regulación de la recuperación de activos pueden encontrarse en Carrillo del Teso, 2017: 17-22.

15 Entre los que pueden citarse la Convención para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Peligrosas, de 1936; la Convención Única sobre Drogas Narcóticas de 1961 y su Protocolo de 1972; y la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. Para un panorama más detallado, puede verse Boister, Neil, 2018: 91-93. Sobre las obligaciones de criminalización contenidas en convenciones internacionales cuyo objetivo consiste en suprimir cierto tipo de delincuencia transnacional, en el marco del denominado Derecho Penal Transnacional, puede verse Boister, 2018; Boister, 2003: 953-976; Cryer et. al., 2014: 329 et. seq.; Werle, 2011: 98 et. seq.; Guilfoyle, 2020: 791 et. seq.; Bassiouni, 2014, Capítulo III.

16 Cabe precisar que la obligación de tipificar en el ordenamiento interno las conductas descritas en el artículo 3.1.c). i) es menos intensa que la de la letra b). En esta última, las Partes deben adoptar las medidas que sean necesarias para tipificarlo como delito en su derecho interno (encabezado artículo 3.1). La tipificación de los delitos reseñados en la letra c).i) del artículo 3.1 – "(…) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos"-, en cambio, solo cobra relevancia si así lo permiten los "(…) principios constitucionales y (…) conceptos fundamentales…" del ordenamiento jurídico local respectivo.

recuperación transnacional de activos. En otras palabras, crea un marco regulatorio que permite identificar, asegurar y quitar de circulación bienes que se encuentren dentro del territorio del Estado donde se comete el delito, como aquellos ubicados en el extranjero.

A nivel interno, la Convención obliga a los Estados Parte a lo siguiente:

1. Decomisar[17] el producto de los delitos tipificados conforme las descripciones del artículo 3.1[18], o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto.

2. Decomisar estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos descritos en el artículo 3.1.

3. A los efectos señalados precedentemente, los Estados Parte deben adoptar medidas necesarias para permitir a sus autoridades identificar, detectar, embargar preventivamente o incautar estos bienes[19]. Los tribunales u otras autoridades competentes pueden orde-

---

17 La Convención define el término "decomiso" en el artículo 1 letra f), como "(…) la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente.". Por "bienes" entiende "(…) los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos" (artículo 1 letra q).

18 El artículo 3.1 de la Convención determina a las Partes a tipificar como delito una serie de conductas conectadas a los estupefacientes o sustancias sicotrópicas como objeto ilícito de las mismas (producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, distribución, venta, corretaje, envío, transporte, importación o exportación, cultivo de elementos naturales susceptibles de producir drogas ilícitas, la posesión o adquisición de las mismas, la fabricación, transporte o distribución de equipos o materiales necesarios para su producción, la organización, gestión o financiación de los delitos, el lavado de dinero en su faz de ocultamiento de los bienes o su origen ilícito y mero contacto con ellos, la posesión de equipos o materiales o sustancias a sabiendas de que se utilizan o se utilizarán en la producción de estupefacientes; la instigación o inducción pública a otros a cometer estos delitos; y diferentes modos de participación (participación, asociación o confabulación para cometerlos, asistencia, incitación, facilitación o asesoramiento para su comisión) y normas especiales que castigan fases iniciales del *iter criminis* (sanción de la tentativa).

19 El artículo 1 letra l) define al "embargo preventivo" o "incautación" como "(…) la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la

nar, también en consecución de una medida de aseguramiento patrimonial, la presentación o incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales, sin que el secreto bancario pueda erigirse en un obstáculo para aquello.

4. La disposición de los activos se regula por las respectivas normas y procedimientos administrativos domésticos.

5. Si el producto[20] objeto de estas medidas se transformó o convirtió en otros bienes, éstos también podrán asegurarse y decomisarse. Si la mezcla se produce con bienes de origen lícito, se podrán embargar y decomisar bienes hasta el valor estimado de los activos mezclados. Tales medidas se pueden aplicar también a los ingresos u otros beneficios derivados del producto; de los bienes con los cuales el producto haya sido transformado o convertido; de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que al producto.

6. Finalmente, la Convención dispone que cada Parte podrá considerar la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, siempre que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y la naturaleza de sus procedimientos judiciales. No pueden perjudicarse los derechos de terceros de buena fe.

Luego, la Convención de Viena hace aplicables las mismas reglas ante la solicitud de un Estado extranjero para identificar, incautar, congelar y decomisar bienes que sean objeto de un proceso penal llevado ante el Estado requirente. Al respecto, dispone, en términos globales, en su artículo 5.4:

1. El Estado requerido podrá presentar la solicitud de identificación, incautación, congelamiento o decomiso ante sus autoridades competentes para obtener un mandamiento de decomiso que pueda cumplirse; o podrá presentar el requerimiento ante sus autoridades

---

custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente".

[20] El "producto" del delito se conceptualiza como "(…) los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3…" (artículo 1 letra p).

competentes a fin de que se le dé cumplimiento directamente a la medida solicitada.

2. Las medidas de identificación, incautación, congelamiento y decomiso de bienes se regirán por el derecho y procedimientos internos del Estado requerido, es decir, aquel en cuyo territorio se encuentran ubicados los bienes.

3. La Convención permite ser utilizada como base jurídica de estas peticiones ante la ausencia de otros tratados o arreglos bilaterales o multilaterales vigentes entre las partes.

4. Del total de bienes a ser devueltos a otra Parte en esquemas de recuperación transnacional de activos, la Convención solicita a las Partes "prestar particular atención" a la posibilidad de alcanzar acuerdos para que todo o una parte considerable sea destinado a organismos intergubernamentales especializados en enfrentar el tráfico ilícito de drogas y su uso indebido; o de celebrar acuerdos para repartir ese producto entre las Partes interesadas u otras Partes[21].

Así descrito, este esquema normativo pretende regular, de forma integral, los procesos de recuperación de activos, tanto a nivel doméstico como internacional. Con dicho objetivo, crea obligaciones o reglas de aplicación directa[22] que permitan a las autoridades competentes actuar en todas las fases del proceso: desde la identificación de los activos relevantes, por constituir el producto, efectos, utilidades, instrumentos, etc. del delito, pasando por su aseguramiento (incau-

---

21 Para un panorama más detallado de los procesos de recuperación transnacional de activos, puede verse Segovia, 2021: 205-249; Monteith et. al., 2015: 137 et. seq.; Boister, 2018: 333 et. seq. Con apartados especiales dedicados a la gestión y administración de activos, puede verse UNODC, 2013. Vid.: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Confiscation_Manual_Ebook_S.pdf.

22 Obligaciones que consisten en adoptar medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para identificar, incautar/congelar y decomisar bienes. Las normas sobre cooperación internacional no exigen por regla general la adopción de medidas a nivel domésticos, siendo en este sentido de naturaleza autoejecutable, aplicables de forma directa por las partes. Compárese en este sentido el encabezado del artículo 5.1 ("Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso"), con la disposición del artículo 5.4.a) i) ("Presentará la solicitud a sus autoridades competentes con el fin de obtener un mandamiento de decomiso…").

tación o congelamiento), hasta la etapa final de decomiso y eventualmente restitución internacional al Estado requirente.

La Convención no hace ninguna alusión a la administración de los bienes congelados, incautados o decomisados. Sobre su disposición, cuando se trata de procesos domésticos, esta se rige por la ley y procedimientos internos. En los casos de recuperación transnacional de activos, se insta a las partes a celebrar acuerdos que permitan que todo o parte de lo incautado, congelado o decomisado, sea derivado a organismos especializados en la "lucha" contra el narcotráfico, o sea repartido entre los Estados involucrados en el proceso.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en Palermo, Italia, el año 2000[23], no aporta grandes innovaciones en materia de administración y disposición de bienes. Tampoco lo hacen sus Protocolos Adicionales sobre Trata de Personas[24], Tráfico Ilícito de Migrantes[25] y Tráfico Ilícito de Armas de Fuego[26], que al respecto se remiten a la regulación de la Convención "madre"[27]. En efecto, si bien la Convención precisa y agrega reglas tanto a nivel sustantivo[28], procesal[29], y de cooperación

---

23 En vigor desde el 29 de septiembre de 2003.

24 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, en vigor desde el 9 de septiembre de 2003.

25 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, en vigor desde el 28 de enero de 2004.

26 Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, en vigor desde el 3 de junio de 2005.

27 Vid., por ejemplo, el artículo 1.2 del Protocolo contra la trata de personas y artículo 1.2 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes: "Las disposiciones de la Convención de aplicarán *mutatis mutandis* al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa".

28 En relación con el delito de lavado de dinero, si bien mantiene las definiciones típicas de la Convención de Viena, agrega en su artículo 6° la obligación a los Estados Parte de velar por incorporar la más amplia gama de delitos base o precedentes (y no solo aquellos relacionados con drogas ilícitas), cometidos tanto dentro como fuera del territorio jurisdiccional del Estado respectivo, entre otras. Además, incluye en su artículo 7° la obligación de establecer sistemas completos antilavado de dinero (regímenes de prevención y detección de operaciones de lavado de dinero, inspirado en el sistema del Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI).

29 El artículo 12, titulado "Decomiso e incautación", se preocupa de los procesos de recuperación de activos domésticos; el artículo 13, por su parte, de los mecanismos de cooperación internacional dirigidos a la restitución de bienes.

internacional[30], no incluye mención alguna a la administración de bienes. Lo que sí agrega es una norma sobre disposición de bienes, que se contiene en el artículo 14, titulado "Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados".

La norma, en su primer párrafo, se remite a la disposición general de la Convención de Viena: los Estados Parte disponen del producto del delito o de los bienes decomisados según sus leyes y procedimientos internos[31]. En esquemas de cooperación internacional (solicitud de identificación, aseguramiento, decomiso y devolución de bienes a otro Estado), agrega una regla nueva y reitera otra del texto de Viena. La nueva está contenida en el párrafo 2, que dispone que los Estados requeridos, al dar curso a una solicitud de restitución de bienes emanada de otro Estado Parte, darán consideración prioritaria a la devolución de bienes que el Estado requirente pueda utilizar para indemnizar a las víctimas del delito o sean devueltos a sus legítimos dueños. Luego, en el párrafo 3, repite que los Estados pueden considerar que parte del producto sea destinado a organismos intergubernamentales dedicados a la lucha contra la delincuencia organizada y que los bienes pueden ser repartidos entre el Estado requirente y el requerido conforme a criterios generales o definidos caso a caso.

La Convención contra la Corrupción, adoptada en Mérida, México, el año 2003[32], amplía considerablemente el ámbito regulatorio consagrado en las Convenciones de Viena y Palermo. A nivel doméstico, es el artículo 31 el dedicado a las cuestiones relativas a la incautación, congelamiento y decomiso de activos[33]. Repite, en lo central, las disposiciones contenidas en los textos de Viena y Palermo. Sin

---

30 Vid.: especialmente, artículos 13 y 18. También puede consultarse UNODC, 2012 b: 79-81. Vid.: www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf.

31 La Convención de Palermo reitera las definiciones de "decomiso", "embargo preventivo" o "incautación", "bienes" y "producto" contenidas en la Convención de Viena.

32 En vigor desde el 14 de diciembre de 2005.

33 Utilizando las mismas definiciones de "decomiso"; "embargo preventivo" o "incautación"; "bienes" y "producto de delito" contenidas en las Convenciones de Viena y Palermo.

embargo, de manera inédita, agrega en el párrafo 3 una mención expresa a la administración de bienes, en los siguientes términos:

> […] Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para regular la administración, por parte de las autoridades competentes, de los bienes embargados, incautados o decomisados comprendidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

Se trata de una norma trascendental, en tanto su inclusión explícita en la Convención releva la importancia que se le da a la administración de los activos incautados o decomisados en procesos de recuperación de activos. En este sentido, la Guía Legislativa de Naciones Unidas señala:

> Dado el 'principio fundamental' de la recuperación de activos incluido en la Convención, en el párrafo 3 del artículo 31 se indica la obligación de los Estados parte de regular la administración de los bienes embargados, incautados o decomisados comprendidos en los párrafos 1 y 2 del artículo. Es una disposición que no se encuentra en otros instrumentos anteriores que incluyen requisitos muy parecidos, como la Convención contra la Delincuencia Organizada. Así, tal vez incluso los Estados parte en la Convención contra la Delincuencia Organizada deban promulgar nueva legislación o modificar su legislación vigente para cumplir esta obligación. […] Es importante observar que, para que la cooperación internacional en el decomiso y la recuperación de activos sea eficaz, deben existir disposiciones nacionales sólidas en materia de restricciones y decomiso. La experiencia adquirida en la aplicación de otros instrumentos y en el contexto de cada país ha demostrado, por lo general, que la administración de los activos es de importancia fundamental[34].

Para la recuperación transnacional de activos, la Convención de Mérida da un paso más allá y consagra un capítulo completo a la cuestión (Capítulo V). El artículo 51, que introduce el apartado, manifiesta vehementemente:

> La restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto.

---

34 UNODC, 2012 a: 123. Vid.: www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_legislativa.pdf.

En consonancia con dicha declaración de principios, la Convención aborda de manera exhaustiva los diferentes mecanismos que deben implementar o pueden utilizar las Partes para identificar, incautar, congelar, decomisar y, en su caso, restituir a otros Estados, bienes vinculados a un delito, en este caso de corrupción pública, lavado de dinero u otros consagrados en este instrumento internacional[35].

Así, entre otras materias, obliga expresamente a los Estados Parte a adoptar medidas que permitan prevenir y detectar operaciones o transacciones bancarias sospechosas, y conocer la identidad de los clientes**,** así como los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, reportando lo pertinente a las autoridades competentes (artículo 52 en relación con el artículo 14 de la Convención). También obliga a las Partes a adoptar medidas tendientes a la recuperación directa de bienes, por ejemplo**,** permitiendo a otros Estados entablar acciones civiles ante los tribunales del Estado requerido a fin de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito, facultando a sus jueces a indemnizar perjuicios al Estado requirente, cuando se establezca que fue perjudicado por la comisión de estos ilícitos (artículo 53). Los artículos 54 y 55 se dedican a la cooperación internacional con fines de decomiso y restitución de bienes, de manera muy similar a lo regulado en las Convenciones de Viena y Palermo. Interesante es que se incluye expresamente una mención al decomiso sin condena[36] y la posibilidad de preservar bienes en virtud de fuentes distintas de una solicitud de asistencia internacional que específicamente requiera

---

35 La Convención regula delitos tales como el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros; malversación o peculado cometidos por un funcionario público; tráfico de influencias; abuso de funciones; enriquecimiento ilícito; soborno en el sector privado; lavado de dinero; y obstrucción a la justicia, entre otros (vid.: Capítulo III: "Penalización y aplicación de la ley").

36 Es decir, el decomiso impuesto por un tribunal u otra autoridad competente sin que previa o coetáneamente se haya dictado sentencia condenatoria en contra de la persona natural a quien se impute participación en el delito del cual provienen los bienes objeto de la medida. El artículo 54.1.c) dispone: "(…) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados". Al respecto, puede verse: Blanco, 2012: 337 et. seq.

identificar, congelar, decomisar y restituir bienes[37]. La Convención permite también la transmisión espontánea de información patrimonial a otro Estado, cuando se crea que puede ayudar a iniciar o continuar investigaciones criminales en su territorio (artículo 56).

El artículo 57 aborda, de manera bastante más extensa que las regulaciones que lo antecedieron, la restitución y disposición de los activos. En su párrafo 3 regula las diferentes hipótesis de disposición: (a) cuando se trate de delitos de malversación o peculado de fondos públicos, o lavado de dinero proveniente de su comisión, la restitución se realizará cuando se haya procedido al decomiso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55[38], y siempre que exista una sentencia firme dictada en el Estado requirente, requisito al que de todas formas podrá renunciar el requerido; (b) en relación a cualquier otro delito contemplado en la Convención, se reitera la regla anterior y se agrega la posibilidad de restitución cuando el Estado Parte requirente "[…] acredite razonablemente ante el Estado Parte requerido su propiedad anterior de los bienes decomisados o el Estado Parte requerido reconozca los daños causados al Estado Parte requirente como base para la restitución de los bienes decomisados."; (c) en todos los demás casos se priorizarán restituciones cuya finalidad consista en devolver los bienes a sus legítimos dueños o indemnizar a las víctimas del delito[39].

---

37 Artículo 54.2.c): "(…) Considerará la posibilidad de adoptar otras medidas para que sus autoridades competentes puedan preservar los bienes a efectos de decomiso, por ejemplo, sobre la base de una orden extranjera de detención o inculpación penal relacionada con la adquisición de esos bienes".

38 Que regula, según se indicó, la cooperación internacional con fines de decomiso.

39 Otros instrumentos internacionales emanados de Naciones Unidas integran esquemas similares en su regulación, en particular en relación al terrorismo. Así, por ejemplo, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado en Nueva York el año 1999 (en vigor desde el 10 de abril de 2002), contiene una norma sobre congelamiento y decomiso de bienes en el artículo 8°, algo menos detallada que el artículo 5° de la Convención de Viena. En relación a la disposición de bienes, hace especial énfasis en la compensación a las víctimas de los delitos. Un estatuto algo diferente puede encontrarse en las Resoluciones 1267 (1999), y sus sucesoras, y la 1373 (2001), del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Ambas obligan a los Estados, entre otras medidas, a congelar sin dilación los fondos de determinados grupos

A toda la regulación positiva debe agregarse la normativa blanda que se ha dedicado también a la recuperación de activos y en particular a la cuestión de la administración y disposición de bienes incautados o decomisados. En relación con los procesos de recuperación de activos en general, además de las guías publicadas por Naciones Unidas, que abordan el conjunto de etapas de este mecanismo, y que incluyen expresamente menciones a la gestión y destino final de los bienes[40], deben relevarse también los esfuerzos del Programa StAR (*Stolen Asset Recovery*), que reúne a Naciones Unidas y al Banco Mundial en torno al objetivo común de asistir a los Estados en su búsqueda y recuperación de activos provenientes de la corrupción pública[41]. En una de sus últimas publicaciones, el Manual para la Recuperación de Activos[42], se consagra un capítulo completo a la administración de bienes, analizando cuestiones prácticas y operativas como la necesidad de contar con organismos especializados de gestión y administración de activos, qué facultades deben tener y cómo pueden financiar sus honorarios. También analiza problemas específicos de gestión relacionados con cierto tipo de bienes, la necesidad de llevar registros e

---

de personas. En la Resolución 1267 (1999), de aquellos vinculados a Al Qaida y los Talibanes, y en la 1373 (2001), de todos quienes cometan, intenten cometer, o participen en la comisión de actos terroristas. No contemplan mayores referencias a la administración y disposición de bienes, pero resultan relevantes por el énfasis que ponen en los aspectos patrimoniales relacionados a los actos de terrorismo, especialmente su financiación, y que luego serían incluidos en directrices globales dedicadas a los bienes ilícitos en general y lavado de dinero, en particular las Recomendaciones del GAFI (vid.: infra. II.4). En general, Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. Resolución 1267 (1999), aprobada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en su 4051° sesión, celebrada el 15 de octubre de 1999. Vid.: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/300/47/PDF/N9930047.pdf?OpenElement; Resolución 1373 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/res_1373_spanish.pdf. Ambas resoluciones fueron adoptadas en base al Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, y en consecuencia obligatoria para todos los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas (capítulo que regula las acciones en casos de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión). Al respecto, puede verse Segovia, 2014.

40 UNODC, 2013.

41 Vid.: https://star.worldbank.org/

42 Brun et. al., 2021. Vid.: https://star.worldbank.org/publications/asset-recovery-handbook-guide-practitioners-second-edition.

inventarios, y el proceso de liquidación de bienes[43]. A todo el trabajo de StAR[44] pueden sumarse los documentos específicamente elaborados en distintas instancias de Naciones Unidas para guiar las acciones de los Estados en esta parte del proceso de recuperación de activos, sea doméstico o transnacional. Aquí se destacan dos de ellos: la Guía para la administración efectiva y disposición de bienes incautados y decomisados, del año 2017[45]; y el Proyecto revisado de directrices no vinculantes para administrar bienes embargados, incautados y decomisados, adoptado por la Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su octavo período de sesiones realizado en diciembre del año 2019[46].

El primer documento mencionado se comenzó a elaborar el año 2014 entre expertos de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) y el gobierno de la región de Calabria, Italia, en cumplimiento de la Resolución 5/3 del año 2013, de la Conferencia de las Partes de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que contenía menciones expresas a la administración y gestión de bienes[47]. En abril del 2014,

---

43 Brun et. al., 2021, capítulo 6.

44 De sus numerosas publicaciones, también conviene traer a colación su reporte sobre administración de bienes retornados, que se encarga de apuntar ciertas consideraciones de política pública a la etapa final del proceso de recuperación de activos, aquella en la que los bienes son transferidos o trasladados al Estado requirente, y deben ser asignados a una finalidad específica, Banco Mundial, 2009. Vid.: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_ManagementReturnedAssets.pdf

45 UNODC, 2017. Disponible en: https://star.worldbank.org/publications/effective-management-and-disposal-seized-and-confiscated-assets

46 Naciones Unidas. 2019. Vid.: www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session8/CAC_COSP_2019_16_S.pdf

47 Naciones Unidas. 2013. § 16: "Insta a los Estados partes a que velen por que los procedimientos de cooperación internacional prevean la incautación y/o la inmovilización de los activos durante un tiempo suficiente para conservarlos en su totalidad en espera de que se celebren procesos de decomiso en otro Estado, a que se aseguren de que existan mecanismos adecuados para gestionar y conservar el valor y el estado de los activos hasta la conclusión de los procesos de decomiso en otro Estado, y a que permitan o amplíen la cooperación para la ejecución de órdenes de incautación e inmovilización y sentencias de decomiso dictadas por tribunales extranjeros, entre otras cosas mediante la creación de conciencia entre las autoridades judiciales"; luego, el § 37 señala: "Alienta a los

se creó un Grupo de Expertos compuesto por 72 personas de diferentes países y organizaciones internacionales, quienes desarrollaron el análisis sobre el que más tarde, el año 2015, un grupo de 35 expertos de diferentes nacionalidades y organizaciones internacionales formularía las conclusiones y recomendaciones en base a las cuales finalmente se desarrolló la Guía. Este documento presenta experiencias de 64 países de diferentes áreas geográficas y sistemas legales, en materia de gestión y disposición de activos incautados, congelados y decomisados[48].

El estudio resulta de mucha utilidad para el análisis de mejores prácticas, políticas y leyes regulatorias de procesos o mecanismos de administración de bienes incautados o decomisados, y su disposición final. Aborda temas como, por ejemplo, las capacidades necesarias para administrar bienes, qué funciones debe tener la oficina encargada y dónde debe ubicarse orgánicamente, además de cuestiones presupuestarias, de transparencia y rendición de cuentas[49]. Luego se dedica a las medidas a implementar respecto de bienes incautados o congelados, es decir, aquellos que no han sido objeto de decomiso ordenado por una sentencia firme y ejecutoriada. En esta parte, la Guía analiza temas como la necesidad de destruir bienes peligrosos; la propiedad abandonada; la protección de terceros de buena fe y toda la planificación previa al congelamiento o incautación de los bienes que debieran realizar las autoridades competentes[50]. A continuación, el estudio aborda la disposición final de los bienes decomisados, observando las diferentes alternativas de destino que pueden encontrarse en derecho comparado para éstos: traspaso al Estado; a fondos especialmente creados al efecto; a organismos de cumpli-

---

Estados partes y a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito a que intercambien experiencias en materia de gestión, utilización y disposición de activos embargados, incautados y decomisados, y a que determinen las mejores prácticas a ese respecto, según sea necesario, aprovechando los recursos existentes en que se aborda la administración de los activos incautados, y a que estudien la posibilidad de elaborar directrices no vinculantes sobre esta cuestión". Disponible en: www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session5/V1401174s.pdf.

48 UNODC. 2017: 1-2.

49 UNODC. 2017: capítulo I.E.

50 UNODC. 2017: capítulo II.B.

miento de la ley (Fiscalías, policías, tribunales, etc.); a financiar programas de recuperación de activos; a las víctimas; o a la sociedad en general[51]. El Capítulo IV se reserva a las instituciones encargadas de administrar bienes (presupuesto, capacidades técnicas necesarias, bases de datos y rol del sector privado) y el Capítulo V contiene algunas consideraciones en relación con la cooperación internacional para la recuperación de activos ubicados en el extranjero.

Las conclusiones finales del estudio se agrupan en tres grandes áreas: administración de activos antes de una orden final de comiso; cumplimiento de órdenes de comiso y disposición de bienes; y estructuras institucionales necesarias para la administración y disposición de bienes. En relación con lo primero, destacan cuestiones como la posibilidad de que autoridades no judiciales puedan emitir órdenes de congelamiento urgente; la dedicación de suficiente tiempo para planificar la incautación y congelamiento de bienes, sus costos y riesgos; mantener al dueño del bien como su custodio; y venta anticipada de bienes con o sin autorización del dueño en determinadas circunstancias. Respecto del segundo tema, esto es, la disposición de bienes decomisados, la Guía sugiere la necesidad de implementar legislación o criterios que permitan decidir si retener o vender un bien decomisado; decisión sobre la disposición final de bienes decomisados, priorizando en lo posible la compensación a víctimas, el beneficio social y el financiamiento de instituciones y programas de recuperación de activos. Sin perjuicio del destino final que se dé a los fondos, su transferencia debe ir acompañada de una adecuada planificación, seguimiento y rendición de cuentas. A nivel institucional, la Guía presenta las opciones que tienen los países para crear y ubicar orgánicamente los organismos encargados de la administración y disposición de bienes (por ejemplo, inserto dentro de organismos encargados del cumplimiento de la ley; de otro sector público; u organismos autónomos e independientes) y rol del sector privado, entre otras conclusiones[52].

Por último, el Proyecto revisado de directrices no vinculantes, del año 2019, amplía el espectro de recomendaciones iniciado de ma-

---

51 UNODC. 2017: capítulo III.

52 UNODC. 2017: 66-67.

nera decisiva con la Guía del año 2017, y que se funda en las Resoluciones de la Conferencia de las Partes de la Convención contra la Corrupción 5/3 del año 2013 y las que le siguieron en la materia[53]. Contiene 14 directrices agrupadas en tres grandes categorías: (a) administración de los bienes y, cuando sea posible, su disposición previa al decomiso final; (b) ejecución de las órdenes de decomiso y utilización de los bienes decomisados; y (c) estructura institucional de la administración de bienes.

Para la administración de bienes, el Proyecto sugiere a los Estados: (a) planificar la incautación o congelamiento de bienes, para decidir la medida más idónea teniendo en cuenta el valor del bien y su posible preservación y eventual aumento de valor, con miras a su decomiso; (b) considerar la posibilidad de permitir la enajenación temprana o anticipada de ciertos bienes, con o sin el consentimiento de su propietario, especialmente respecto de bienes perecederos o de rápida devaluación, aquellos cuya mantención sea muy onerosa y aquellos que sean fáciles de reemplazar; (c) considerar la posibilidad de mantener el bien incautado o congelado bajo la custodia de su dueño o poseedor, con ciertas restricciones, o permitir su uso a un tercero. Además, se debiera contar con la posibilidad de destruir bienes peligrosos, ilícitos o potencialmente nocivos, o aquellos que una vez incautados pierdan todo su valor comercial; y (d) la protección de terceros de buena fe durante la etapa de incautación o congelamiento de bienes[54].

En relación con la ejecución de órdenes de decomiso y utilización de bienes decomisados, las directrices para los Estados son esencialmente las siguientes: (a) considerar una regulación amplia del comiso que incluya, por ejemplo el comiso de ganancias y el comiso de valor; (b) incluir en la legislación el destino de los bienes decomisa-

---

53 En particular la Resolución 7/1, titulada "Fortalecimiento de la asistencia judicial recíproca para la cooperación internacional y recuperación de activos", aprobada en el séptimo período de sesiones de la Conferencia de las Partes, celebrado en Viena en noviembre del año 2017. Dicho instrumento insta y exhorta a los Estados a gestionar y mantener el valor de los activos incautados o decomisados. Vid.: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V1800231s.pdf.

54 Naciones Unidas. 2019: 4. Directrices 1-4.

dos, según las prioridades y políticas nacionales en la materia, y que pueden incluir su traspaso al Estado, reutilización social, indemnizar a las víctimas del delito o financiar organismos encargados de hacer cumplir la ley; (c) se destaca la importancia de los principios de transparencia y rendición de cuentas en la administración y disposición de bienes, especialmente en aquellos casos en que se destinan a instituciones u objetivos específicos, y se plantea la posibilidad de implementar medidas específicas anti corrupción en esta materia; (d) cuando no se dicte una orden de comiso, regular mecanismos eficaces para restituir los bienes incautados o congelados a sus legítimos propietarios; y (e) contemplar medidas específicas para que terceros puedan hacer valer sus derechos cuando corresponda[55].

Finalmente, sobre la estructura institucional necesaria para la administración de bienes, se señala: (a) al momento de diseñar las estructuras institucionales dedicadas a la administración de bienes, los Estados pueden tener en cuenta el volumen de bienes incautados o decomisados y las competencias de instituciones pre-existentes, para así establecer un marco eficaz; (b) las instituciones competentes deben contar con facultades para celebrar acuerdos con otros organismos públicos o privados para el cumplimiento de sus funciones; (c) los Estados deben contemplar la posibilidad de contar con medios informáticos que les permitan el registro de bienes y mantención de bases de datos centralizadas a este respecto, lo que, además, ayuda a la rendición de cuentas; y (d) respecto de la financiación de las instituciones encargadas de administrar bienes, se sugiere que parte de los montos decomisados sea destinado a financiar estas instituciones, para así hacerlas sostenibles en el tiempo[56].

Como puede observarse, si bien la regulación positiva a nivel convencional, en el ámbito de Naciones Unidas, es escasa en materia de administración y disposición de bienes incautados y decomisados, esta se ve complementada con otros instrumentos de *soft law* que, a pesar de que no entrañan obligaciones concretas dirigidas a los Estados, sí presentan recomendaciones o directrices útiles a tener en consideración a la hora de abordar legislativamente la ma-

---

55 Naciones Unidas. 2019: 4-5. Directrices 5-10.

56 Naciones Unidas. 2019: 5-6. Directrices 11-14.

teria en el ámbito interno. Destacan especialmente los trabajos realizados en el ámbito de la corrupción pública, donde se ha priorizado la recuperación de los activos derivados de actos de corrupción, tanto a nivel doméstico como internacional. Ello es consecuente, por lo demás, con las declaraciones de la Convención de Mérida, que caracterizan la recuperación e activos como uno de sus principios fundamentales.

2.3. Unión Europa y Consejo de Europa

En el ámbito europeo, puede citarse legislación dedicada especialmente a la administración de bienes, así como convenciones que también, de modo específico, regulan aspectos vinculados a la administración y disposición de bienes incautados y decomisados.

Desde una perspectiva convencional, cabe mencionar en primer lugar la Convención del Consejo de Europa sobre Lavado, Búsqueda, Incautación y Confiscación de Bienes de Origen Delictivo, del año 1990[57]. A pesar de no incluir una norma específica en materia de administración o disposición de bienes incautados o decomisados, se refiere tangencialmente a la materia en su artículo 15, cuando señala que la propiedad decomisada será objeto de los procedimientos de disposición del Estado requerido ante requerimientos de asistencia internacional emanados de otro Estado, a menos que entre ellos hayan llegado a otro arreglo al respecto. El año 2008, el Consejo de Europa decidió ampliar el alcance de la Convención, incluyendo materias relativas al financiamiento del terrorismo y también modificaciones a las normas sobre incautación, congelamiento y decomiso de bienes[58]. Su artículo 6 se dedica específicamente a la gestión de activos, obligando a los Estados parte a adoptar medidas legislativas o de otra índole que permitan asegurar una administración adecuada

---

57 *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime* (ETS No. 141), en vigor desde el 1 de septiembre de 1993.

58 *Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism* (CETS No. 198), en vigor desde el 1 de mayo del año 2008.

de bienes congelados o incautados[59]. El artículo 25, por su parte, aborda con algo más de detalle la disposición de bienes decomisados cuando se activan procesos de cooperación internacional, siguiendo la línea de las Convenciones de Naciones Unidas. Así, indica que la disposición de bienes se deberá efectuar de conformidad con la legislación del Estado requerido**,** priorizando las solicitudes de decomiso y restitución de bienes que tengan por objeto compensar a las víctimas de los delitos o su devolución a sus legítimos dueños. Permite, por último, acuerdos entre Estados requirente y requerido, generales o caso a caso, con la finalidad de compartir los bienes decomisados.

A nivel legislativo, algunas resoluciones, decisiones, reglamentos y otros documentos legales emanados de la Unión Europea abordan con algún detalle la cuestión relativa a la incautación y decomiso de bienes, en general, y a la administración y disposición de bienes en particular[60]. Uno de los primeros documentos genéricos fue la Decisión Marco 2003/577/JAI de fecha 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas[61]. Su objeto, tal como se lee en su artículo primero, es el de "[…] establecer las normas en virtud de las cuales un Estado miembro deberá reconocer y ejecutar en su territorio una resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas dictada por una autoridad judicial de otro Estado miembro en el marco de un procedimiento penal.". Se trata de una normativa muy importante, pues permite, bajo el principio de reconocimiento mutuo[62], que la autoridad competente de

---

59 *"Article 6 – Management of frozen or seized property. Each Party shall adopt such legislative or other measures as may be necessary to ensure proper management of frozen or seized property in accordance with Articles 4 and 5 of this Convention".*

60 Un panorama general puede verse en Carrillo del Teso, 2017: 22-29.

61 Unión Europea. Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. Vid.: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32003F0577.

62 Bajo el principio de reconocimiento mutuo en materia penal, en esencia, la resolución judicial de un Estado miembro de la Unión Europea podrá ser ejecutada directamente por las autoridades competentes de otro Estado miembro, como si hubiera sido dictada por sus propios jueces. En la base de este principio se encuentra el de confianza mutua.

un Estado asegure patrimonialmente ciertos bienes a requerimiento directo de la autoridad judicial de otro Estado de la Unión Europea, con miras a su decomiso final y restitución. No contiene, sin embargo, reglas sobre administración y disposición de bienes incautados o decomisados.

Luego, la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea[63], incluye normas más amplias y específicas en estas materias, complementando otras anteriores, especialmente las incluidas en la Acción Común 98/699/JAI, y las Decisiones Marco del Consejo 2001/500/JAI, 2003/577/JAI, 2005/212/JAI y 2006/783/JAI[64]. Ya en el parágrafo primero de su preámbulo hace expresa alusión a la administración de bienes, cuando señala: "[…] La motivación principal de la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter mafioso, es la obtención de beneficios financieros. Por consiguiente, es necesario dotar a las autoridades competentes de los medios para localizar, embargar, administrar y decomisar el producto del delito". Luego, el parágrafo 32 se dedica expresamente a la cuestión, en los siguientes términos:

> Es esencial administrar adecuadamente los bienes embargados preventivamente con vistas a su posible decomiso con objeto de que su valor económico no se deteriore. Los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias, incluida la posibilidad de vender o transferir los bienes para minimizar el citado deterioro. Los Estados miembros deben adoptar las medidas pertinentes, tales como, por ejemplo, la creación de organismos nacionales centrales de gestión de activos, de un conjunto de oficinas especializadas o de mecanismos equivalentes, con objeto de administrar efectivamente los activos embargados preventivamente antes del decomiso y conservar su valor, a la espera de que recaiga la resolución judicial.

---

63 Unión Europea. Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Vid.: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042.

64 https://eur-lex.europa.eu/.

Finalmente, sobre la disposición final de bienes, se establece en el parágrafo 35:

> Los Estados miembros deben estudiar la posibilidad de tomar medidas que permitan que los bienes decomisados se utilicen con fines de interés público o con fines sociales. Dichas medidas podrán incluir, entre otras cosas, la posibilidad de destinar tales bienes a proyectos en materia de aplicación de la ley y prevención de la delincuencia, así como a otros proyectos de interés público y utilidad social. La obligación de estudiar la posibilidad de adoptar medidas conlleva una obligación de procedimiento para los Estados miembros, como la realización de un análisis jurídico o de un debate acerca de las ventajas e inconvenientes de la introducción de medidas. Cuando administren bienes embargados preventivamente y cuando adopten medidas relativas a la utilización de bienes decomisados, los Estados miembros deben velar adecuadamente por impedir la infiltración delictiva o ilegal.

La Directiva tiene como objeto fundamental establecer normas mínimas sobre el aseguramiento de bienes y decomiso en el marco de procesos penales. El artículo 10 se dedica de forma exclusiva a la administración de los bienes incautados y decomisados, obligando a los Estados, en primer lugar, a garantizar una administración adecuada de bienes incautados o congelados (embargados preventivamente), con miras a su decomiso. La norma cita como ejemplo de tales medidas, la creación de oficinas nacionales centrales, de un conjunto de oficinas especializadas o de mecanismos equivalentes, las que deben tener la posibilidad de vender o transferir los bienes en caso necesario. La creación de oficinas centrales de administración de bienes tiene como antecedente las oficinas de "recuperación de activos", a las que hace alusión la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, "sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito"[65], que en su artículo 1.1 dispone:

> Cada Estado miembro creará o designará un organismo nacional de recuperación de activos a fin de facilitar el seguimiento y la identificación de los productos de actividades delictivas y otros bienes relacionados con el delito que puedan ser objeto de una orden de embargo

---

65 Vid.: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007D0845&from=EN.

> preventivo, incautación o decomiso dictada por una autoridad judicial competente en el curso de un proceso penal, o, en la medida que lo permita el Derecho nacional del Estado miembro afectado, de un proceso civil[66].

En relación a la disposición de los bienes, el apartado 3 del artículo 10 de la Directiva pide a los Estados estudiar la posibilidad de tomar medidas que permitan que los bienes decomisados se destinen a fines de interés público o sociales.

Finalmente, cabe citar el 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[67]. Su objeto central consiste en el establecimiento de las normas en virtud de las cuales un Estado miembro reconoce y ejecuta en su territorio resoluciones de embargo y decomiso dictadas por autoridades de otro Estado miembro, en el marco de un proceso penal (art. 1°). El artículo 28 del Reglamento se dedica expresamente a la administración de bienes. En su párrafo primero, enuncia el principio general según el cual la administración de bienes se regirá por las normas domésticas del Estado en cuyo territorio se encuentren. Luego, indica que el objetivo principal de dicha acción de gestión consiste en evitar su depreciación, para lo cual se podrán vender o transferir dichos bienes, en concordancia también con lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 2014/42/UE recién analizada. Luego, en relación con los bienes culturales[68], el Reglamento dispone que no hay obligación ni de venderlos o restituirlos, como tampoco es obstáculo a la obligación de restituir bienes culturales, conforme a la Directiva respectiva.

El artículo 29 regula la posibilidad de que el Estado que ejecuta la medida devuelva a la víctima del delito los bienes embargados, es

---

66 Sobre la creación de organismos nacionales de recuperación y administración de activos al amparo de la regulación europea, puede verse Jiménez Franco, 2017: 17-22; Blanco, 2007: 63-73.

67 Vid.: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32018R1805.

68 Definidos en la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 1024/2012 (refundición). Vid.: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0060&from=en.

decir, antes de su decomiso, lo más rápidamente posible**,** siempre y cuando se cumplan las condiciones señaladas en el párrafo segundo de la norma[69]. El artículo 30, por último, se aboca a la cuestión de la disposición final de los bienes o del producto de su venta. En sus primeros 5 párrafos aborda la situación de solicitudes de decomiso de bienes para que éstos o el producto de su venta sean restituidos a las víctimas del delito. Los párrafos 6 y 7 se dedican a todos los otros casos, estableciendo las posibilidades de disposición y repartición de activos con el Estado requirente, en los siguientes términos:

> […] 6. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 a 5, los bienes que no sean dinero que se hayan obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso serán empleados con arreglo a los siguientes criterios: a) podrán venderse, en cuyo caso se empleará el producto de la venta de conformidad con lo dispuesto en el apartado 7; b) podrán transferirse al Estado de emisión, pero siempre que la autoridad de emisión haya dado su consentimiento al Estado de emisión, en caso de que la resolución de decomiso se refiera a una suma de dinero; c) a reserva de la letra d), en caso de que resulte imposible aplicar las letras a) o b), los bienes podrán emplearse de cualquier otra manera que sea conforme con la legislación del Estado de ejecución; o d) los bienes podrán utilizarse con fines de interés público o con fines sociales en el Estado de ejecución de conformidad con su Derecho, previo consentimiento del Estado de emisión. 7. A menos que la resolución de decomiso vaya acompañada de una decisión de restituir los bienes a la víctima o de indemnizarla de conformidad con los apartados 1 a 5, o salvo que los Estados miembros de que se trate acuerden otra cosa, el Estado de ejecución empleará el importe obtenido como resultado de la ejecución de una resolución de decomiso del modo siguiente: a) si la cantidad obtenida de la ejecución de la resolución de decomiso es inferior o igual a 10 000 EUR, la cantidad revertirá al Estado de ejecución; o b) si la cantidad obtenida de la ejecución de la resolución de decomiso es superior a 10 000 EUR, el Estado de ejecución transferirá el 50 % de la cantidad al Estado de emisión.

Como se ve, existe un marcado interés y una regulación cada vez más densa sobre la gestión y disposición de los activos derivados de la

---

69 La norma establece las siguientes condiciones: "a) la titularidad de la víctima con respecto a los bienes no sea objeto de impugnación; b) los bienes no constituyan elementos de prueba en una causa penal en el Estado de ejecución; y c) no se lesionen los derechos de las personas afectadas. La autoridad de ejecución informará a la autoridad de emisión".

comisión de delitos en el seno de la Unión Europea y del Consejo de Europa. Destacan las obligaciones impuestas a los Estados miembros de crear oficinas nacionales de recuperación de activos y de gestión y administración de éstos, lo que ha permitido contar con personal especializado a cargo de llevar adelante todo el proceso de recuperación, tanto a nivel doméstico como internacional, y de administrar de manera adecuada los bienes, de manera de evitar su pérdida de valor y así aprovechar al máximo su disposición final[70].

2.4. América (Organización de Estados Americanos y otros foros regionales)

La administración y disposición de bienes en el ámbito americano es abordada con una aproximación similar a la de Naciones Unidas: pocas normas concretas en convenios o tratados internacionales, y una vasta regulación blanda que se manifiesta en declaraciones, estrategias, proyectos y legislaciones modelo. Desde un punto de vista convencional, uno de los más relevantes instrumentos que aborda aspectos patrimoniales vinculados al delito es la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal, adoptada en Nassau, Bahamas, el 23 de mayo de 1992[71]. Dicha Convención regula, en el contexto de la cooperación jurídica internacional en materia penal, la forma de solicitar a otro Estado el "registro, embargo, secuestro y entrega de objetos" (artículo 13), medidas cuya ejecución quedará sometida a la legislación del Estado requerido. Los artículos 14 y 15, dedicados también a la recuperación de activos, no aportan reglas más detalladas sobre el proceso, y no mencionan ni la administración ni la disposición final de activos incautados, congelados o decomisados. Cabe mencionar también la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996[72], que dedica el artículo XV a los bienes, en una regulación también genéri-

---

70 En torno a las distintas experiencias en la creación de oficinas nacionales de recuperación y administración de activos, desde una perspectiva institucional y comparada en Europa, puede verse UNODC, *Effective Management…*, cit., pp. 5-6.

71 En vigor desde el 14 de abril de 1996.

72 En vigor el 6 de marzo de 1997.

ca y sin menciones a la gestión de activos. Sobre esto, su disposición final, menciona que todo o parte de los activos decomisados podrán ser transferidos al Estado que hubiera "[…] asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas". Finalmente, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Bridgetown, Barbados, el 3 de junio de 2002[73], incluye una norma sobre recuperación doméstica y transnacional de activos, nuevamente en términos genéricos y sin referencias a su administración ni a su disposición[74].

A los acuerdos internacionales mencionados, podrían agregarse aquellos adoptados o concluidos en el marco del MERCOSUR[75]. Así, por ejemplo, el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Parte del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, suscrito en Buenos Aires el 18 de febrero de 2002[76], contiene un artículo 22 sobre congelamiento e incautación de bienes a solicitud de otro Estado, lo que se ejecutará siguiendo la regla general de la *lex loci* (ley doméstica del Estado requerido). Agrega el Acuerdo un artículo 24 dedicado a la disposición de los bienes, que establece que éstos serán dispuestos según las leyes del Estado donde se encuentren, pudiendo compartirse todo o parte con otros Estados, en la medida en que lo permita su legislación y en los términos que se consideren adecuados. También en materia de disposición de bienes, puede considerarse en este análisis el Acuerdo Marco para la Disposición de Bienes Decomisados de la Delincuencia Organizada Transnacional en el Mercosur, adoptado en Montevideo el 17 de diciembre de 2018[77]. Este instrumento per-

---

73 En vigor el 10 de junio de 2003.

74 El artículo 5° dispone: "Embargo y decomiso de fondos u otros bienes. 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los procedimientos establecidos en su legislación interna, adoptará las medidas necesarias para identificar, congelar, embargar y, en su caso, proceder al decomiso de los fondos u otros bienes que constituyan el producto de la comisión o tengan como propósito financiar o hayan facilitado o financiado la comisión de cualquiera de los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 de esta Convención. 2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 serán aplicables respecto de los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte".

75 Vid.: https://www.mercosur.int/

76 En vigor desde el 8 de febrero de 2009 para Argentina, Chile, Ecuador y Paraguay.

77 MERCOSUR/CMC/DEC. N° 05/18

mite a un Estado compartir todo o parte de los bienes que hubiere decomisado en su territorio, con otro Estado que hubiera cooperado con el proceso judicial (artículo 5). El artículo 7 hace obligatoria la negociación entre los Estados involucrados, y el artículo 8 enuncia algunos criterios para la discusión, por ejemplo, la importancia y naturaleza de los bienes, la incidencia de la cooperación prestada en el resultado de la causa, salvaguarda de derechos de terceros de buena fe, resarcimiento a las víctimas, posibilidad de no disponer de bienes de ínfima cuantía, disposición total en casos de corrupción, deducción de costos de mantención y administración, entre otros. Luego resuelve temas relativos a la liquidación de bienes (artículo 9), forma de pago (artículo 10) y condiciones de la transferencia (artículo 11). En relación a lo último, la norma señala:

> Al hacer la transferencia, las Partes reconocen que todo derecho o titularidad e intereses relativos al producto y/o instrumentos del delito o los bienes transferidos han sido ya decididos judicialmente y no es preciso otro procedimiento judicial para finalizar el decomiso. La Parte que transfiere el producto y/o el instrumento del delito o los bienes decomisados no asume ninguna responsabilidad por el o los mismos una vez transferidos y renuncia a todo derecho o titularidad e intereses relativos al producto y/o instrumentos del delito o los bienes transferidos.

Como adelantáramos, encontramos bastante mayor desarrollo en la normativa blanda creada al interior de los organismos interamericanos. En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), pueden encontrarse varios documentos de interés que abordan específicamente el tema de gestión y disposición de activos. En primer lugar, el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves, de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), actualizado al año 2005[78], incluye un artículo especial dedicado a la administración de bienes (artículo 7) y otro a su disposición (artículo 11). En materia de gestión de activos, el artículo 7.1 señala: "Una autoridad administrativa especializada será designada como responsable de la administración, inventario y la razona-

---

78 Vid.:http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Reglamento_modelo_esp12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ESP%20negjun%2006.pdf.

ble preservación del valor económico de los bienes que hayan sido objeto de medidas cautelares de acuerdo con el Artículo 6". Dicho organismo podrá celebrar actos y contratos para preservar el valor de los bienes, así como de sus ingresos y rendimientos, estando también facultado para enajenar tempranamente bienes perecederos o de próximo deterioro; aquellos cuya conservación o administración resulte demasiado onerosa; y aquellos cuya conservación determine una pérdida de valor del bien. En casos de venta anticipada, el valor obtenido será depositado en lugares que mantengan su valor razonablemente. Si hubiese beneficios o rendimientos, éstos seguirán el destino del bien principal una vez que se disponga finalmente de este. Finalmente, se permite el uso provisional de bienes incautados de forma excepcional bajo determinados supuestos. Para el destino de los bienes decomisados, el Reglamento entrega varias alternativas a los Estados: su retención o traspaso (o el producto de su venta) a autoridades públicas involucradas en el proceso de incautación; destinarlos a instituciones que actúan contra el narcotráfico; o a instituciones encargadas de prevención, tratamiento, rehabilitación y reinserción de personas por uso indebido de drogas; reparto con otros Estados involucrados; entre otros.

Sobre la base del trabajo realizado en el Reglamento Modelo, la CICAD lanzó el año 2008 el Proyecto de Administración de Bienes Incautados y Decomisados (BIDAL), que

> […] representa un método innovador para determinar cómo podría el sistema jurídico y administrativo de un país mejorar el proceso de detección e incautación de los fondos ilegales provenientes del narcotráfico y del lavado de activos, luego administrar los bienes incautados de manera más eficiente aplicando una serie de medidas estándares pero flexibles y, por último, canalizar esos recursos hacia medidas de control de drogas y otros programas[79].

Una primera etapa del proyecto se realizó entre los años 2008 y 2010 en Argentina, Chile y Uruguay, la que fue seguida de una nueva fase realizada en El Salvador y República Dominicana entre los años 2010 y 2013, en ambos procesos con resultados concretos. La tercera

---

79 Proyecto BIDAL. Vid.: http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/lavado_activos/bidal_spa.asp

etapa se dirigió a Brasil y Paraguay los años 2014 y 2015, y permitió facilitar la creación en Paraguay de la Secretaría Nacional de Bienes Incautados y Comisados (SENABICO)[80]. Uno de los documentos centrales producidos por el Proyecto es un estudio comparativo de sistemas de administración de bienes en América Latina[81], que incluye la revisión de formas de creación e implementación de oficinas u organismos encargados de administración de activos, sistemas de administración de activos, destino final de los bienes decomisados, cooperación internacional y reparto de bienes entre Estados. Dentro de sus principales conclusiones se destaca la eficacia de crear organismos integrales, que no solo administren bienes de origen ilícito, sino también que identifiquen y promuevan su decomiso[82].

Consecuentemente con lo anterior, el Plan de Acción Hemisférico sobre Drogas 2021-2025 de la CICAD[83], en el apartado relativo a las "Medidas para controlar y contrarrestar el cultivo, la producción, el tráfico y la distribución ilícitos de drogas y para abordar sus causas y consecuencias", incluye como uno de sus objetivos, bajo el número 8:

> Crear y/o fortalecer organismos para administrar y darles el destino que corresponda a bienes incautados y/o decomisados en casos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos y otros delitos conexos, de acuerdo con las leyes internacionales aplicables y con las normas relevantes, como las recomendaciones del GAFI y las recomendaciones sobre congelamiento preventivo de bienes.

Para el cumplimiento de dicho objetivo, se identifican 4 acciones prioritarias: (a) establecimiento o fortalecimiento de organismos nacionales encargados de la administración y disposición de activos vinculados a delitos de narcotráfico, lavado de dinero y otros delitos conexos; (b) establecimiento de organismos especializados y mecanismos adecuados y transparentes de administración de bienes incautados y decomisados; (c) desarrollo e implementación de pro-

---

80 https://www.senabico.gov.py/.

81 Blanco, 2011. Vid.: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoExpertos/Decomiso%20y%20ED/Manual%20Bienes%20Decomisados%20-%20BIDAL.pdf.

82 Blanco, 2011: 38.

83 Vid.:http://www.cicad.oas.org/Main/AboutCICAD/BasicDocuments/Plan_de_Accion_Hemisferico_sobre_Drogas_2021-2025_ESP.pdf.

gramas especializados y continuos de capacitación en esta materia; y (d) aplicación de medidas legislativas y regulatorias que faciliten la incautación, el decomiso y la administración de bienes, instrumentos o productos de actividades ilícitas relacionadas a drogas.

2.5. Otras recomendaciones y estándares internacionales

Diferentes organismos internacionales, o intergubernamentales, y foros de diferente naturaleza y personalidad jurídica, se han abocado al estudio de las cuestiones vinculadas a la administración y disposición de activos producidos o vinculados a la comisión de delitos, plasmando sus conclusiones y hallazgos en recomendaciones o directrices dirigidas a los Estados, y cuyo cumplimiento es voluntario. Uno de ellos es el Grupo de los 8 (G8), que en el año 2005 publicó su guía de mejores prácticas para la administración de bienes incautados[84]. Su objetivo consistía en ayudar a los Estados a preservar el valor de los bienes mientras se encontraba pendiente una decisión final de decomiso. Como principio fundamental, declara la importancia que tiene incautar y congelar fondos para su decomiso, con independencia de que los costos de su administración sean finalmente superiores a su valor; por ello, siempre la recuperación de activos debe ser un objetivo primordial de las agencias encargadas de hacer cumplir la ley. Luego, identifica como principios y buenas prácticas relevantes las siguientes: (a) la planificación de la incautación o congelamiento son esenciales para decidir si se procederá a asegurar esos bienes o no y cuánto costará su conservación; (b) los países deben considerar la creación de un fondo especial para fines de gestión de activos; (c) designar y otorgar competencias suficientes a un organismo que se encargue de la administración; (d) implementar controles sobre el proceso de administración, en lo posible evitar que una sola persona tenga poder sobre todo el proceso o al menos disponer que reporte a otra de superior jerarquía; (e) transparencia en la gestión, exámenes anuales por auditores independientes u otros expertos, y cuentas públicas de gestión, si correspondiere; (f) los países deben considerar

---

84 G8 *Lyon/Roma Group. Criminal Legal Affairs Subgroup. G8 Best Practices for the Administration of Seized Assets*, 27 de abril de 2005.

el uso de tecnologías para llevar adelante sus procesos de administración de bienes; (g) por regla general, los bienes incautados no podrán ser usados, salvo que se autorice su venta anticipada o en casos excepcionales; (h) existencia de leyes que permitan ventas anticipadas de bienes que podrían perecer rápidamente o perder valor, o aquellos de mantención onerosa; (i) los intereses de las personas investigadas deben ser tenidos en cuenta; (j) existencia de leyes y procesos que protejan los derechos de terceros de buena fe; entre otros.

Otro organismo que se ha dedicado a este tema es el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Creado en 1989 en una reunión celebrada en París por los países miembros del G7, su mandato principal consiste en crear estándares y promover la implementación efectiva de medidas legislativas, regulatorias y operativas contra el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional[85]. Un año después de su creación, en 1990, publica un primer grupo de 40 Recomendaciones para prevenir, detectar, investigar y perseguir el lavado de dinero. Luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, se agregan nueve Recomendaciones Especiales en materia de financiamiento del terrorismo. Más tarde, en el 2012, refunden las 40+9 Recomendaciones en un único documento de 40 Recomendaciones, cuya finalidad es servir como estándar global en la lucha contra el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva[86].

Las Recomendaciones son de cumplimiento voluntario para los países, pero el GAFI evalúa su implementación a través de procesos de "evaluación mutua", en los cuales expertos de distintas áreas de otros países miembros de la organización miden el nivel de adecuación y eficacia de las medidas tomadas por otros países. Cumplimientos defectuosos acarrean el ingreso de esos países en listas "negras" o "grises" que podrían afectar su reputación financiera y que se vieran sometidos a mayores trámites burocráticos en sus actividades de co-

---

85 Vid.: https://www.fatf-gafi.org/about/whatwedo/.

86 Vid.:https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/publicaciones-web/4329-recomendaciones-metodologia-actjul2022/file.

mercio exterior[87]. A nivel regional, el GAFI funciona a través de organismos "satélites" que adoptan tanto las Recomendaciones como el sistema de evaluaciones mutuas. En América, la institución relevante es el Grupo de Acción Financiera para Latinoamérica (GAFILAT)[88].

La Recomendación 38, que aborda la cooperación internacional relacionada a la incautación y decomiso de activos, menciona expresamente la administración de bienes, en los siguientes términos:

> Los países deben asegurar que cuenten con la autoridad para tomar una acción rápida en respuesta a solicitudes extranjeras para identificar, congelar, embargar y decomisar bienes lavados; productos del lavado de activos, de los delitos determinantes y del financiamiento del terrorismo; instrumentos utilizados en, o destinados para ser usados en, la comisión de estos delitos; o bienes de valor equivalente. Esta autoridad debe ser capaz de responder a solicitudes emitidas partiendo de procesos de decomiso sin la base de una condena y medidas provisionales relacionadas, a menos que ello no se corresponda con los principios fundamentales de sus leyes internas. Los países deben contar también con mecanismos eficaces para administrar dichos bienes, instrumentos o bienes de valor equivalente, así como acuerdos para coordinar procesos de embargo y decomiso, lo cual debe incluir la repartición de activos decomisados.

En la Nota Interpretativa de las Recomendaciones 4 (decomiso y medidas provisionales) y 38, se hace justamente hincapié en el aspecto administrativo, cuando se señala:

> Los países deben establecer mecanismos que permitan a sus autoridades competentes manejar con eficacia y, cuando sea necesario, disponer de, los bienes que se hayan congelado o embargado, o que hayan sido decomisados. Estos mecanismos deben ser aplicables tanto en el contexto de procesos internos, como siguiendo peticiones emanadas de otros países.

Finalmente, la Nota Interpretativa de la Recomendación 38 dispone, en lo que aquí interesa, que los países deberán contar con un

---

87 Boister, 2018: 410-411 argumenta que el sistema de evaluación y sanciones implementado por el GAFI hace, en la práctica, que el cumplimiento de sus Recomendaciones sea mucho más "obligatorio" para los Estados que las disposiciones contenidas en tratados y convenciones internacionales. También puede verse Gilmore, 2015: 342-345; Levi & Reuter, 2006.

88 https://www.gafilat.org/index.php/es/

fondo de bienes decomisados que sean destinados a fines de orden público, salud, educación u otros apropiados. Además, deben tener la posibilidad de compartir bienes internamente y con otros países, especialmente cuando el decomiso es resultado de acciones de cooperación entre autoridades nacionales o internacionales.

La temática también ha sido objeto de estudios independientes de mejores prácticas en materia de decomiso y recuperación de activos, plasmados en la guía titulada *Best Practices on Confiscation (Recommendations 4 and 38) and a Framework for Ongoing Work on Asset Recovery*[89]. Su apartado IV.E se dedica exclusivamente a la administración de activos incautados o decomisados, destacando la necesidad de que los países implementen programas adecuados de gestión, que, según la naturaleza de los bienes, pueden estar a cargo de determinadas autoridades; el sector privado ("contractors"); un administrador designado por el tribunal; o la persona en posesión del bien, o bien una combinación de las anteriores. Luego, identifica las características que debe tener un programa de administración idóneo: (a) debe existir un marco de administración o control de la administración de bienes, a cargo de autoridades responsables designadas; (b) recursos adecuados para cumplir la función; (c) planificación previa a la incautación o congelamiento de bienes; (d) implementación de medidas específicas para preservar los bienes, resguardar derechos del individuo cuya propiedad se ha incautado y de terceros, disposición final de los bienes, mantención de registros, medidas de control y asignación de responsabilidad por daños o pérdidas; (e) los responsables de la administración (o de su supervisión), deben estar disponibles para colaborar y asesorar a los organismos encargados de hacer cumplir la ley durante el proceso de recuperación de activos, doméstico o internacional; (f) los administradores o supervisores deben tener experiencia en la gestión de todo tipo de bienes; (g) existencia de leyes que permitan venta anticipada de bienes, especialmente de aquellos que pueden perecer o se deprecian rápidamente; (h) existencia de mecanismos de venta de bienes con autorización

---

89 FATF-GAFI, 2012. Vid.: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Best%20Practices%20on%20%20Confiscation%20and%20a%20Framework%20for%20Ongoing%20Work%20on%20Asset%20Recovery.pdf.

de su dueño; (i) los bienes que no son susceptibles de venta deben ser destruidos (por ejemplo aquellos que podrían ser utilizados en otra empresa criminal; o que representan un peligro a la seguridad de las personas); (j) en los casos de bienes decomisados, debe existir un mecanismo eficaz y rápido para transferir la propiedad; (k) implementación de medidas de transparencia y evaluación de eficacia del sistema (mantención de registros, seguimiento de valor al inicio y final del proceso, etc.).

3. IDENTIFICACIÓN GENERAL DE BUENAS PRÁCTICAS

El marco jurídico internacional dirigido al aseguramiento y decomiso de bienes producidos o de cualquier manera relacionados a la comisión de delitos, entre ellas, en particular, delitos de corrupción, también en su aparición como criminalidad organizada, ha venido creciendo en densidad normativa y alcance, a partir fundamentalmente de las primeras reglas contenidas en la Convención de Viena. Una de las manifestaciones de esta expansión regulatoria es la incorporación de normas sobre administración y disposición de bienes incautados, congelados o decomisados. En efecto, si bien en un comienzo las convenciones y tratados internacionales se abocaron preferentemente a la regulación del proceso de recuperación de activos de forma más genérica, abordando las cuestiones esenciales del proceso (identificación, congelamiento o incautación, decomiso y disposición de bienes, incluyendo reparto de activos con otros Estados), instrumentos más modernos, dentro de los que destacan la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y las Decisiones Marco y Directivas de la Unión Europea, comenzaron a preocuparse de toda la fase de administración y gestión de los activos, hasta su disposición.

A las normas convencionales se agregan una serie de recomendaciones, guías, directrices y principios, formulados por diferentes organismos internacionales de foros globales como Naciones Unidas o el Grupo de Acción Financiera Internacional, o regionales, como el G8, el Consejo de Europa y la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas. Una revisión detallada de estos instrumentos permite comprobar que coinciden en varios aspectos. A partir de estas coincidencias es posible identificar como buenas prácticas o elemen-

tos que necesariamente deben considerarse a la hora de establecer sistemas nacionales sobre la materia. A continuación, se señalan (y se recomiendan) esas prácticas o elementos:

3.1. Creación de organismos y procesos idóneos para la gestión de activos incautados o congelados

Lo central en este aspecto es que los Estados deberían contar al menos con funcionarios dedicados de manera exclusiva a la administración y gestión de los bienes incautados o congelados, a los cuales se aplique algún sistema y proceso de gestión idóneo, en el sentido que no haga perder valor a los bienes previo a su decomiso o devolución a sus legítimos dueños.

Cada Estado debería evaluar, según los volúmenes de bienes incautados o congelados, cuántos funcionarios deberán administrarlos, y si éstos deben pertenecer a un organismo existente o a una institución dedicada exclusivamente a este fin.

Tanto la estructura orgánica que se adopte, como el proceso de gestión que se implemente, deberían en todo caso ser adecuados al volumen de bienes objeto de las medidas, teniendo a la vista la idea subyacente de no pérdida de valor de los activos y, de ser posible, su incremento.

3.2. Adopción de sistemas de administración que adopten una visión empresarial, dirigida a maximizar el valor y las utilidades

Se trata de promover el diseño e implementación de sistemas de gestión de activos que permitan aumentar el valor de los bienes y, con esos excedentes, permitir la autofinanciación de la orgánica en su conjunto, evitando el gasto de recursos públicos en esta función. El diseño debería considerar, al menos, los siguientes asuntos:

3.2.1. Régimen especial de contratación

Se debería concretizar la idea referida a que la financiación del sistema de administración de bienes no dependa del presupuesto pú-

blico y, en cambio, se autogenere a partir de la productividad de los propios bienes administrados, como consecuencia de una eficaz gestión sobre ellos. Además de ahorrarle recursos al Estado, este sistema permitiría adoptar procedimientos más rápidos y menos burocráticos, en la medida en que no se requiera constantemente aprobación presupuestaria por parte del gobierno central.

3.2.2. Inversión de los dineros incautados como forma de financiamiento

Se debería poder invertir dineros incautados o congelados en fondos seguros y transparentes, que otorguen una renta fija segura, como los depósitos a plazo fijo.

3.2.3. Venta anticipada de activos

La venta anticipada o enajenación temprana es una figura que permite, usualmente previa autorización de un juez o del organismo encargado de la administración de bienes, vender ciertos activos antes de que el proceso penal respectivo termine por sentencia firme, por razones tales como su costosa mantención, la posibilidad de que se pierdan, perezcan o se deterioren con facilidad, o irroguen gastos excesivos al Estado, entre otras posibles hipótesis que habilitarían a su venta. Dicha enajenación permitiría que el bien no pierda valor, sea que al concluir el procedimiento este sea devuelto a su dueño o se mantenga en poder del Estado (a través de la institución encargada de la administración de activos).

3.2.4. Abandono de activos

La figura del abandono de activos permite al Estado, a través del organismo encargado de la administración de bienes, mantener ciertos bienes cuya incautación o congelamiento hubiera sido difundida durante el proceso penal respectivo, a la espera de que alguna persona reclame sobre ellos derechos de propiedad o algún otro; o cuando a su término se ha dispuesto la devolución del bien a una persona que no lo reclama en un plazo determinado.

3.2.5. Destinación de bienes decomisados al proceso de gestión

Se propone la incorporación, en las legislaciones domésticas, de una norma expresa según la cual al menos una parte del valor decomisado (o el dominio extinguido) por sentencia firme sea destinado a financiar la institucionalidad y procesos de administración de bienes incautados o congelados.

3.2.6. Administración de activos complejos

Finalmente, se recomienda considerar la adopción de medidas legislativas o reglamentarias que permitan a las autoridades competentes administrar de forma adecuada activos complejos, que pueden definirse como aquellos que tienen un funcionamiento propio y pueden producir utilidades, como, por ejemplo, empresas o establecimientos. Ello permitirá hacerse cargo de forma adecuada no solo del activo en sí mismo (la empresa al momento de ser incautada), sino de las posibles utilidades o pérdidas que pueda provocar su administración post-incautación o congelamiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Aguado Correa, T. (2013). "Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 15-05. Pp. 1-27.

Ambos, K. (2013). *Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo*. Santiago: Thomson Reuters.

Bassiouni, M.C. (2014). *Introduction to International Criminal Law*. 2° edición. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Blanco, I. (2012). "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)". En: Fabián Caparrós et al. (eds.). *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la Corrupción*. México: Ubijus. Pp. 337-371.

Blanco, I. (2011). *Proyecto BIDAL. Sistemas de Administración de Bienes de América Latina. Especial referencia a la evolución jurídica de la figura del comiso y los organismos de recuperación de activos.* Organización de Estados Americanos.

Blanco, I. (2007). "La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos". *ReAIDP/e-RIAPL.* A 01. Pp. 1-17.

Boister, N. (2018). *An Introduction to Transnational Criminal Law.* 2° edición. Oxford: Oxford University Press.

Boister, N. (2003). "Transnational Criminal Law?". *European Journal of International Law.* Vol. 14 Núm. 5. Pp. 953-976.

Brun, J.P., Sotiropoulou, A., Gray, L., Scott, C. & Stephenson, K.M. (2021). *Manual para la Recuperación de Activos. Una guía orientada a los profesionales.* 2° edición. Washington DC: Banco Mundial.

Carrillo del Teso, A.E. (2017). "La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad". En: Berdugo Gómez de la Torre et al. (dirs.). *Recuperación de Activos y Decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos.* Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 13-33.

Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E. (2014). *An introduction to International Criminal Law and Procedure.* 3° edición. Cambridge: Cambridge University Press.

Gilmore, W. (2015). "Money Laundering". En: Boister & Currie (eds.). *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law.* London-New York: Routledge. Pp. 331-346.

Gilmore, W. (2004). *Dirty Money. The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism.* 3° edición. Strasbourg: Council of Europa.

Guilfoyle, D. (2020). "Transnational crimes". En: Heller et al. (eds.). *The Oxford Handbook of International Criminal Law.* Oxford: Oxford University Press. Pp. 791-810.

Jiménez Franco, E. (2017). "La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA) de España: origen, presente y futuro", en: Berdugo Gómez de la Torre et al. (dirs.). *Recuperación de Activos y Decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos.* Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 63-131.

Leroy, B. (2015). "Drug trafficking". En: Boister & Currie (eds.), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law.* London-New York: Routledge. Pp. 229-246.

Levi, M. & Reuter, P. (2006). "Money Laundering". *Crime and Justice. A Review Research.* Vol. 34. Pp. 289-375.

Monteith, C. & Gomes Pereira, P. (2015). "Asset recovery". En: Boister & Currie (eds.). *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*. London-New York: Routledge. Pp. 137-152.

Segovia, A. (2021). "La recuperación transnacional de activos en sede penal". En: Náquira & Rosenblut (eds.). *Estudios de Derecho penal económico chileno (2019)*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. Pp. 205-248.

Segovia, A. (2014). "Marco jurídico internacional en materia de terrorismo". *Revista Jurídica del Ministerio Público*. Núm. 60. Pp. 211-246.

South, N. (2007), "Drugs, Alcohol, and Crime". En: Maguire et al. (eds.). *The Oxford Handbook of Criminology*. 4° edición. Oxford: Oxford University Press. Pp. 810-840.

Van Duyne, P.C., Groenhuijsen, M.S. & Schudelaro, A.A.P. (2005). "Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy". *Crime, Law & Social Change*. Vol. 43. Pp. 117-147.

Van Duyne, P.C. & Levi, M. (2005). *Drugs and money. Managing the drug trade and crime-money in Europe*. London-New York: Routledge.

Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2° edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Informes, resoluciones y otros documentos

Banco Mundial. (2009). *Stolen Asset Recovery. Management of returned assets. Policy considerations.*

Naciones Unidas. (2019). *Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Proyecto revisado de directrices no vinculantes para administrar bienes embargados, incautados y decomisados.* Abu Dabi.

Naciones Unidas. (2013). *Conferencia de los Estados Parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Resolución 5/3. Facilitación de la cooperación internacional en la recuperación de activos.*

UNODC. (2017). *Effective management and disposal of seized and confiscated assets*, Viena.

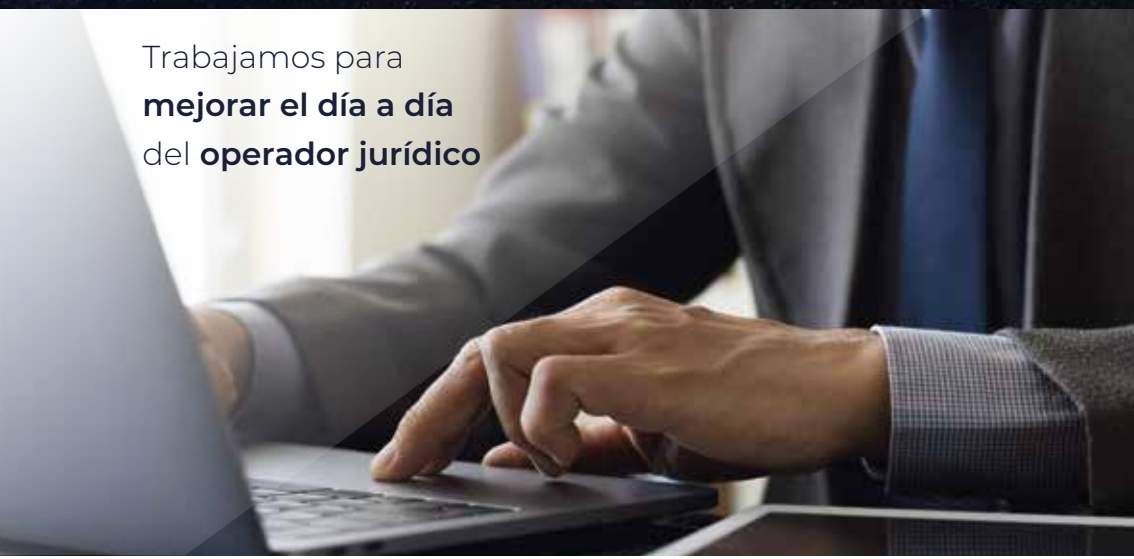
UNODC. (2013). *Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito*, Viena.

UNODC. (2012 a). *Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, segunda edición, Viena.

UNODC. (2012 b). *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, Viena.

tirant PRIME

Inteligencia jurídica en expansión



Adéntrese en el universo de **soluciones jurídicas**

96 369 17 28

atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/