



# Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Distr. general  
12 de mayo de 2020  
Español  
Original: inglés

## Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional

Viena, 7 y 8 de julio de 2020

Tema 3 del programa provisional\*

**Cooperación internacional mediante  
técnicas especiales de investigación**

## Cooperación internacional mediante técnicas especiales de investigación

Documento de antecedentes preparado por la Secretaría

### I. Introducción

1. En los últimos años se ha producido un cambio importante en la utilización de los métodos para detectar e investigar los delitos y en la naturaleza de las investigaciones al hacer más hincapié en las investigaciones proactivas y basadas en la inteligencia. Además, los medios tecnológicos que permiten reunir información de manera encubierta también han mejorado a pasos agigantados y a menudo implican recurrir a técnicas especiales de investigación. En vista de la creciente complejidad de la actividad delictiva, los métodos para detectar e investigar los delitos también tienen que evolucionar y adaptarse para mantenerse a la par.

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

3. Debería haber un equilibrio entre la necesidad de investigar los delitos, incluidos los delitos organizados transnacionales, y el respeto de los derechos y las libertades de las personas cuando se utilicen técnicas especiales de investigación. En la mayoría de las jurisdicciones, la reunión de pruebas mediante esas técnicas exige observar de manera rigurosa varias salvaguardias frente a los posibles abusos de las autoridades. Además, se debe examinar cuidadosamente el uso extendido de las técnicas especiales de investigación para garantizar que las pruebas obtenidas mediante ellas durante las investigaciones cumplan los requisitos probatorios aplicables en las actuaciones penales subsiguientes.

4. La Secretaría preparó el presente documento de antecedentes con el fin de facilitar las deliberaciones sobre el tema 3 del programa provisional de la 11ª reunión del Grupo

\* [CTOC/COP/WG.3/2020/1](#).



de Trabajo sobre Cooperación Internacional. El documento se centra en el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aunque también tiene en cuenta las novedades que se han producido en el marco jurídico y la jurisprudencia internacionales, con el objetivo de que el Grupo de Trabajo pueda seguir analizando los diversos aspectos jurídicos y prácticos de la aplicación del artículo 20, así como los medios prácticos para promover la cooperación internacional mediante técnicas especiales de investigación, incluidas las medidas de salvaguardia utilizadas en esa cooperación internacional. Durante las deliberaciones, el Grupo de Trabajo tal vez desee dar respuesta, entre otras, a las preguntas siguientes:

- a) ¿Qué enseñanzas se han extraído del uso de técnicas especiales de investigación en la investigación de los delitos organizados transnacionales?
- b) ¿Cuáles son las buenas prácticas en la gestión de las técnicas especiales de investigación en el contexto de las investigaciones de delitos organizados transnacionales que no ponen en riesgo los derechos y las libertades de las personas sospechosas y de terceras personas?
- c) ¿Cuáles son los desafíos en la aplicación de los métodos de investigación proactiva cuando se emplean en casos de delincuencia organizada transnacional?
- d) ¿Cuáles son las salvaguardias más eficaces y habituales frente al uso indebido de las técnicas especiales de investigación en los casos de delincuencia organizada transnacional?
- e) ¿Cuáles son las buenas prácticas para garantizar la admisibilidad de las pruebas en los casos de delincuencia organizada transnacional cuando estas se han recabado utilizando técnicas especiales de investigación en otras jurisdicciones?

## II. Aspectos relacionados con la definición

5. No existe una definición convenida internacionalmente de las “técnicas especiales de investigación”. Ni la Convención contra la Delincuencia Organizada, ni la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 ni la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción contienen una definición. Se ha intentado delimitar el concepto (equivalente) de “medios especiales de investigación”, considerados medios o técnicas que se utilizan para reunir pruebas, información de inteligencia e información general de manera encubierta para no alertar a las personas que están siendo investigadas<sup>1</sup>.

6. Cabe señalar que, en su recomendación [Rec\(2005\)10](#) a los Estados miembros sobre las “técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluidos los actos de terrorismo, aprobada el 20 de abril de 2005, el Comité de Ministros del Consejo de Europa definió las “técnicas especiales de investigación” como técnicas aplicadas por las autoridades competentes en el contexto de las investigaciones penales con el objetivo de detectar e investigar los delitos graves y las personas sospechosas, a fin de recabar información sin alertar a las personas a las que van dirigidas las medidas.

7. Además, en el artículo 2 i) de la Convención contra la Delincuencia Organizada se define el término específico “entrega vigilada” como “la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar un delito e identificar a las personas involucradas en su comisión”.

<sup>1</sup> Véase Consejo de Europa, *The Deployment of Special Investigative Means* (Belgrado, 2013), pág. 12.

### III. Tipos de técnicas especiales de investigación

8. En la Convención contra la Delincuencia Organizada se alude al adecuado recurso a la entrega vigilada (véase la secc. IV.D del presente documento) y se prevé, cuando las autoridades competentes de un Estado parte lo consideren apropiado, la utilización adecuada de otras técnicas especiales de investigación, que se describen a continuación.

#### A. Vigilancia electrónica

9. La vigilancia electrónica comprende la vigilancia de sonidos, imágenes, ubicaciones y datos<sup>2</sup>. El uso de técnicas para la reunión de pruebas electrónicas suele estar regulado en la legislación y, en la mayoría de los países, se rige por un sistema basado en órdenes judiciales, especialmente en los casos de vigilancia electrónica en espacios privados<sup>3</sup>.

10. Cada ordenamiento jurídico define las circunstancias y las condiciones en las que se puede emitir una orden que autorice el uso de la vigilancia electrónica. Por lo general, se exige que concurren motivos razonables para creer que se ha cometido, se está cometiendo o se va a cometer el delito en cuestión. Se tienen en cuenta otros factores como la gravedad del delito que se está investigando, el valor de las pruebas que probablemente se obtendrían con la vigilancia, la existencia de medios alternativos para reunir las pruebas que se pretenden recabar y la consideración de si la orden redundaría en beneficio de la administración de justicia<sup>4</sup>.

11. Los marcos reglamentarios contienen a menudo disposiciones especiales en las que se prevén circunstancias de urgencia o emergencia que exigen el uso inmediato de técnicas para la reunión de pruebas electrónicas o la intervención de las comunicaciones. Normalmente, se consideran emergencias las amenazas graves e inminentes a la seguridad nacional, las personas o los bienes, aunque también se pueden incluir en esa categoría aquellas circunstancias en las que se podrían perder pruebas valiosas si no se recurriera a la vigilancia<sup>5</sup>.

#### B. Otras formas de vigilancia

12. Existen otras formas de vigilancia como, por ejemplo, la vigilancia y la observación físicas, que suelen ser menos invasivas que la vigilancia electrónica e implican someter al objetivo a una vigilancia física. Otro ejemplo sería la vigilancia de las cuentas bancarias en el caso de las investigaciones financieras.

#### C. Operaciones encubiertas y operaciones “señuelo”

13. El uso de agentes encubiertos, que pueden o no participar en una operación “señuelo” más amplia, es valioso en los casos en los que resulta muy difícil acceder por medios convencionales a las actividades de los delincuentes o de los grupos delictivos organizados, por lo que se hace necesario infiltrarse en las redes delictivas o hacerse pasar por delincuentes para destapar las actividades delictivas.

14. Las pruebas obtenidas por alguien “de dentro”, ya sea un agente de policía encubierto o incluso alguno de los confabuladores, pueden ser decisivas para que prospere el enjuiciamiento. Además, el efecto de esas pruebas determinantes a menudo conlleva que las personas acusadas se ofrezcan a cooperar y a declararse culpables, de

<sup>2</sup> *Current Practices in Electronic Surveillance in the Investigation of Serious and Organized Crime* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.09.XI.19), pág. 2.

<sup>3</sup> Sheelagh Brady, “Policing TOC: the national perspective – challenges, strategies, tactics” en *International Law and Transnational Organized Crime*, Pierre Hauck y Sven Peterke, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2016), pág. 482.

<sup>4</sup> *Current Practices in Electronic Surveillance*, pág. 19.

<sup>5</sup> *Ibid.*, pág. 26.

modo que ya no resulta necesario seguir procesos judiciales largos y costosos (véase también el art. 26 de la Convención contra la Delincuencia Organizada). Sin embargo, pueden plantearse problemas en cuanto a la legalidad del uso de agentes encubiertos y de las operaciones “señuelo” o la admisibilidad de las pruebas recabadas utilizando esos medios (véase la secc. VI.B del presente documento); en particular, es motivo de preocupación que el agente pueda inducir a la comisión del delito y que se puedan vulnerar los derechos humanos, así como la prolongada duración y los costos de esas operaciones y los recursos que hay que destinar a ellas.

## **D. Otras técnicas especiales de investigación**

15. Los ejemplos de “otras técnicas especiales de investigación” que figuran en el artículo 20, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada no constituyen una enumeración exhaustiva, de modo que, cuando se considere apropiado, se puede recurrir a otras técnicas como las que se describen a continuación.

### **1. El uso de informantes**

16. El uso de informantes por parte de la policía es un elemento importante en la investigación y prevención de los delitos. Su función difiere de la de los testigos, puesto que no son citados a declarar en el tribunal y, en algunos países, no es necesario comunicar la asistencia que prestan<sup>6</sup>.

17. Un informante es una persona que establece o mantiene una relación personal o de otra índole con otra persona con el fin de facilitar una acción que explote esa relación de manera encubierta para obtener información o pruebas o para dar acceso a cualquier tipo de información o pruebas a un tercero o con el fin de facilitar una acción que revele de manera encubierta la información o las pruebas obtenidas explotando esa relación o como consecuencia de la existencia de esa relación<sup>7</sup>.

18. Es fundamental entender la diferencia entre la información confidencial y la información no confidencial y gestionar en consecuencia la revelación de la identidad de los informantes, especialmente en aquellos casos en los que el informante esté estrechamente vinculado con la actividad delictiva. En todo caso, se debería recabar el asesoramiento en materia de uso de informantes de un agente de mayor rango, el fiscal o el juez a fin de garantizar la admisibilidad de las pruebas reunidas. El carácter transnacional de muchos casos de delincuencia organizada exige que los investigadores conozcan su propia legislación y la de los países con los que cooperan.

### **2. Técnicas asociadas a las investigaciones financieras**

19. Los investigadores obtienen información sobre la circulación de fondos ilícitos y su conexión con las personas sospechosas cuando recurren a las instituciones financieras para identificar las transacciones financieras sospechosas y cuando consultan los informes que dichas instituciones presentan a las unidades de inteligencia financiera. En este contexto, el uso de técnicas especiales de investigación (escuchas telefónicas, órdenes de registro, interrogatorios de testigos, órdenes de registro e incautación, órdenes de entrega de documentos y órdenes de vigilancia de cuentas) implica el examen de documentos financieros o el acceso a los documentos pertinentes por parte de investigadores con experiencia en “seguir el rastro del dinero”, la reunión de inteligencia comercial y financiera, la identificación de tramas ilegales complejas y una rápida actuación para evitar que desaparezcan los activos<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada* (Viena, 2008), pág. 26.

<sup>7</sup> Consejo de Europa, *The Deployment of Special Investigative Means*, pág. 43.

<sup>8</sup> Jean-Pierre Brun *et al.*, *Manual para la recuperación de activos: una guía orientada a los profesionales* (Washington D. C., Banco Mundial, 2011), pág. 30.

### 3. Técnicas para reunir pruebas electrónicas

20. El examen del fundamento jurídico de las facultades de investigación ejercitadas para reunir pruebas electrónicas pone de manifiesto notables diferencias entre los planteamientos de las distintas jurisdicciones. No obstante, parece que coinciden en los tipos de medidas de investigación que deberían poder aplicarse para recabar pruebas electrónicas. Esas medidas pueden incluir la conservación rápida de datos informáticos; las órdenes de acceso a datos de contenido almacenados, a datos de tráfico almacenados o a la información sobre los abonados; la obtención en tiempo real de datos de contenido o de tráfico; las órdenes de registro de equipos o datos informáticos; la incautación de equipos o datos informáticos; el acceso transfronterizo a un sistema informático o a datos informáticos, y la utilización de instrumentos de análisis forense a distancia<sup>9</sup>.

21. Habida cuenta de que las pruebas electrónicas son frágiles por su propia naturaleza, deben adoptarse precauciones especiales para documentarlas, reunir las, conservarlas y examinarlas. La volatilidad de las pruebas electrónicas también genera dificultades en la cooperación internacional tales como demoras en la respuesta a las peticiones, falta de compromiso y flexibilidad por parte de la autoridad a la que se solicitan las pruebas y la forma en que se transmiten las pruebas a la jurisdicción requirente.

22. Aunque muchos países han comenzado a crear estructuras especializadas en la investigación de los delitos cuya persecución requiere pruebas electrónicas, en algunos Estados esas estructuras siguen sin disponer de recursos suficientes o tienen problemas de capacidad. A medida que las pruebas electrónicas vayan ganando presencia en las investigaciones de delitos “convencionales”, las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley deberán adquirir y utilizar competencias básicas para gestionarlas (CTOC/COP/WG.3/2015/2, párr. 12).

## IV. Marco normativo: artículo 20 de la Convención contra la Delincuencia Organizada

### A. Artículo 20, párrafo 1: la entrega vigilada y otras técnicas especiales de investigación en los marcos jurídicos nacionales

23. En virtud del artículo 20, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada, siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, los Estados partes tienen la obligación de permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando resulte apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas en su territorio, con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

#### 1. Elementos constitutivos de la disposición

##### a) “Siempre que lo permitan los principios fundamentales de[] ordenamiento jurídico interno”

24. Si bien el párrafo 1 está expresado como una obligación, esta se supedita a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno del Estado parte. Por tanto, el recurso a las técnicas de investigación debe tener un fundamento adecuado en la legislación nacional, es decir, debe basarse en una ley o unas leyes de acceso público y someterse a un régimen de autorización judicial (o, como mínimo, un régimen que incorpore el control judicial). Debe tenerse en cuenta la injerencia en determinados

<sup>9</sup> Véanse UNODC, *Comprehensive Study on Cybercrime (Draft)* (febrero de 2013), pág. 125, elaborado por la UNODC para someterlo al examen del Grupo de Expertos encargado de Realizar un Estudio Exhaustivo sobre el Delito Cibernético, y E/CN.15/2018/6, párr. 29.

derechos humanos, como el derecho a un juicio imparcial<sup>10</sup> y el derecho a la vida privada<sup>11</sup> (véase más adelante).

25. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la expresión “prevista por la ley” también hace referencia a la calidad de la ley en cuestión. Esto quiere decir que la medida en cuestión debe ser compatible con el estado de derecho, de acceso público para que pueda ser sometida a fiscalización pública y previsible en cuanto a sus efectos<sup>12</sup>.

26. El requisito de la previsibilidad supone que una norma debe formularse con precisión suficiente para que las personas puedan regular su conducta. Además, comporta que deba existir una medida de protección jurídica en el derecho interno frente a las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas. La palabra “arbitrarias” es un concepto clave del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada...”), que es el marco jurídico dentro del cual el Comité de Derechos Humanos, en su condición de guardián del Pacto, delibera sobre la legalidad y adecuación de las medidas de vigilancia a través de su mecanismo de examen de la legislación *in abstracto*<sup>13</sup>. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha señalado en varios asuntos que la ley debe tener una redacción suficientemente clara para que las personas conozcan adecuadamente las circunstancias y las condiciones en las que las autoridades públicas están facultadas para recurrir a métodos encubiertos<sup>14</sup>.

27. El Tribunal, a través de su jurisprudencia en materia de medidas secretas de vigilancia, ha desarrollado un conjunto de salvaguardias mínimas que deberían establecer por ley a fin de evitar abusos de poder en relación con las cuestiones siguientes: la naturaleza de los delitos respecto de los cuales se puede dictar una orden de vigilancia, las categorías de personas que pueden ser objeto de esas medidas, la duración máxima de la vigilancia, el procedimiento que debe seguirse para examinar, utilizar y almacenar los datos obtenidos, las precauciones que deben adoptarse cuando se comunican los datos a otras partes y las circunstancias en las que las grabaciones pueden o deben ser eliminadas o destruidas. Además, el órgano que autoriza una de esas medidas debe ser independiente<sup>15</sup> y debe haber alguna forma de control judicial o de control por parte de un órgano independiente respecto de la actividad del órgano que

<sup>10</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 7, y Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 6.

<sup>11</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11, y Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 6.

<sup>12</sup> Véase Comisión Europea de Derechos Humanos, *Malone v. United Kingdom*, demanda núm. 8691/79, sentencia de 2 de agosto de 1984, párrs. 66 y 67; *Leander v. Sweden*, demanda núm. 9248/81, sentencia de 26 de marzo de 1987, párrs. 50 y 51, y *Kopp v. Switzerland*, demanda núm. 23224/94, sentencia de 25 de marzo de 1998, párrs. 63 y 64.

<sup>13</sup> El término “arbitrariedad” ha sido redefinido por el Comité de Derechos Humanos en su observación general núm. 35 (2014) sobre el artículo 9 (Libertad y seguridad personales), si bien en otro contexto diferente como es el de la “detención arbitraria”, de la siguiente manera: “El concepto de ‘arbitrariedad’ no debe equipararse con el de ‘contrario a la ley’, sino que deberá interpretarse de manera más amplia, de modo que incluya consideraciones relacionadas con la inadecuación, la injusticia, la imprevisibilidad y las debidas garantías procesales, además de consideraciones relacionadas con la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad” (CCPR/C/GC/35, párr. 12). Parecería que la aplicación de este criterio jurídico al examinar la “arbitrariedad” de la vigilancia en línea daría pie a evaluar la previsibilidad del ejercicio de las facultades de vigilancia, la equidad del procedimiento que regula dicho ejercicio, la posibilidad de que se haga un uso excesivo de las facultades y la disponibilidad de las salvaguardias frente a los abusos.

<sup>14</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Kopp v. Switzerland*, párr. 64; *Khan v. United Kingdom*, demanda núm. 35394/97, sentencia de 12 de mayo de 2000, párr. 26, y *Taylor-Sabori v. United Kingdom*, demanda núm. 47114/99, sentencia de 22 de octubre de 2002, párr. 18.

<sup>15</sup> *Malone v. United Kingdom*, párr. 67.

autoriza la medida<sup>16</sup>. La intervención de las comunicaciones ordenada únicamente por la fiscalía sin la posibilidad de un control judicial previo no satisface los criterios de independencia exigidos<sup>17</sup>.

**b) “En las condiciones prescritas por [...] derecho interno”**

28. Al aludir a las “condiciones prescritas por [...] derecho interno”, la Convención contra la Delincuencia Organizada exhorta a los Estados partes a definir en su legislación las circunstancias y las condiciones en las que las autoridades competentes están facultadas para recurrir a las técnicas especiales de investigación.

29. La mayoría de las técnicas especiales de investigación son sumamente invasivas y pueden generar dificultades constitucionales en cuanto a su compatibilidad con los derechos y libertades fundamentales. Por ello, los Estados partes tal vez opten por no permitir determinadas técnicas en sus ordenamientos jurídicos internos. Además, la referencia a las condiciones prescritas por el derecho interno permite a los Estados partes supeditar el uso de estas técnicas especiales de investigación al respeto de cuantas salvaguardias y garantías sean necesarias para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales.

30. En su jurisprudencia relativa a la intervención de las comunicaciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que las leyes reguladoras de las actividades encubiertas deberían prescribir las salvaguardias mínimas siguientes: una definición de las categorías de personas cuyos teléfonos pueden ser intervenidos por orden judicial; la naturaleza de los delitos respecto de los cuales se puede dictar una orden de esa índole; una duración máxima de las escuchas telefónicas; un procedimiento para redactar informes resumidos que contengan las comunicaciones intervenidas; las precauciones que deben adoptarse para comunicar las grabaciones inalteradas e íntegras para su posible inspección por el juez o la defensa, y las circunstancias en las que las grabaciones pueden o deben ser eliminadas o las cintas destruidas, en particular en los casos en que la persona acusada es declarada culpable por un juez sin que se le imponga pena alguna o es absuelta por un tribunal.

**c) “Las medidas que sean necesarias”**

31. Qué es “necesario” y cuándo resulta “apropiado” recurrir a técnicas especiales de investigación (véase más adelante) son preguntas cuya respuesta depende del criterio que se adopte. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la injerencia en los derechos humanos será considerada necesaria para lograr una finalidad legítima si responde a una denominada “necesidad social imperiosa”, en particular si es proporcional a la finalidad legítima perseguida y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla son “pertinentes y suficientes”.

32. En relación con la vigilancia secreta, el Tribunal ha estimado que las autoridades nacionales disponen de un margen de apreciación bastante amplio cuando deciden qué medios utilizar para lograr la finalidad legítima de proteger la seguridad nacional<sup>18</sup>. La amplitud de este margen varía en función de una serie de factores, como la naturaleza del derecho enunciado en el Convenio que está en riesgo en un asunto determinado, su importancia para la persona, la naturaleza de la injerencia y el objetivo perseguido con la injerencia.

<sup>16</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Huvig v. France*, demanda núm. 11105/84, sentencia de 24 de abril de 1990, párr. 33; *Amann v. Switzerland*, demanda núm. 27798/95, sentencia de 16 de febrero de 2000, párr. 60, e *Iordachi and others v. Moldova*, demanda núm. 25198/02, sentencia de 10 de febrero de 2009, párr. 40.

<sup>17</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Dumitru Popescu v. Romania (No. 2)*, demanda núm. 71525/01, sentencia de 26 de abril de 2007, párrs. 70 a 73.

<sup>18</sup> *Malone v. United Kingdom*, párr. 81, y *Leander v. Sweden*, párr. 59.

**d) “Dentro de [las] posibilidades [del Estado parte]”**

33. Esta cláusula tiene en cuenta que muchos Estados partes disponen de una capacidad técnica y unos recursos insuficientes para llevar a cabo una operación en la que se aplique una determinada técnica de investigación. La cláusula se ve reforzada por una nota interpretativa del párrafo 1 del artículo 20, en la cual se indica que ese párrafo “no impone a los Estados partes la obligación de disponer la utilización de todas las técnicas de investigación especiales que se mencionan”<sup>19</sup>.

**e) “Adecuado recurso”**

34. El “adecuado recurso” a las técnicas especiales de investigación está estrechamente unido a la proporcionalidad entre los efectos de su uso y el objetivo que persiguen. Debe comprobarse y asegurarse esa proporcionalidad antes de recurrir a las técnicas. En ese sentido, las autoridades competentes, en el momento de decidir si emplean esas técnicas, deben hacer una evaluación a la luz de la gravedad del delito en cuestión y valorar si se justifica el carácter invasivo de la técnica especial de investigación de que se trate.

35. Con el fin de determinar si una medida encubierta es proporcional a la finalidad perseguida deben tenerse en cuenta, entre otros factores, la gravedad del delito frente al carácter invasivo de las técnicas especiales de investigación concretas que se vayan a utilizar<sup>20</sup>, la concurrencia de razones pertinentes y suficientes para respaldar la medida, la disponibilidad de una medida alternativa menos restrictiva, el grado de equidad procesal en la adopción de la decisión, la existencia de salvaguardias adecuadas frente a los abusos y la posibilidad de que la restricción examinada destruya la propia esencia del derecho en cuestión<sup>21</sup>.

**f) “Por [las] autoridades competentes”**

36. A los efectos de la recomendación Rec(2005)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las “técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluidos los actos de terrorismo, por “autoridades competentes” se entiende las autoridades judiciales, las autoridades fiscales y las autoridades encargadas de las investigaciones que intervienen en la decisión de recurrir a las técnicas especiales de investigación, en la utilización de las técnicas y en su supervisión de conformidad con el derecho interno<sup>22</sup>.

37. En particular, la competencia de las autoridades implicadas en las entregas vigiladas está vinculada a la cuestión de si es preceptivo que se haya solicitado asistencia judicial recíproca antes de poder autorizar una entrega vigilada. Esa solicitud es un requisito fundamentalmente en las jurisdicciones de Europa continental. En algunas jurisdicciones, es una condición previa de obligado cumplimiento solo en los casos en los que se solicita la entrega vigilada en el contexto de una investigación penal o de unas actuaciones penales en curso. Las solicitudes de asistencia recíproca no son necesarias en los casos en que la entrega vigilada está vinculada a una operación de investigación. En cambio, en la mayoría de las jurisdicciones de tradición anglosajona, la solicitud de asistencia judicial recíproca es una condición *sine qua non* para autorizar las entregas vigiladas. En esas jurisdicciones, las autoridades exigen que, como mínimo, los cuerpos policiales formulen la solicitud a sus homólogos.

<sup>19</sup> Véase *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.06.V.5), pág. 218. Véase también David McClean, *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford Commentaries on International Law Series (Oxford, Oxford University Press, 2007), pág. 244.

<sup>20</sup> Recomendación Rec(2005)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las “técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluidos los actos de terrorismo, apéndice, cap. II, párr. 5.

<sup>21</sup> Véase Consejo de Europa, *The Deployment of Special Investigative Means*, pág. 17.

<sup>22</sup> Véase la recomendación Rec(2005)10, apéndice, cap. I.

**g) “En [el] territorio [de un Estado parte]”**

38. El párrafo 1 del artículo 20 se centra en los aspectos nacionales de las técnicas especiales de investigación y contempla que las medidas correspondientes se adopten dentro del territorio de cada Estado parte en la Convención. Los aspectos internacionales, es decir, la cooperación internacional necesaria para emplear esas técnicas, se regulan en los párrafos 2 y 3.

**2. Aplicación y cumplimiento**

39. La cuestión de las investigaciones conjuntas y el examen conexo de la aplicación del artículo 20 de la Convención se analizarán en el marco del grupo temático sobre aplicación de la ley y sistema judicial del recientemente establecido Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (años VII-X del plan de trabajo plurianual para el funcionamiento del Mecanismo)<sup>23</sup>. El Mecanismo funcionará sobre la base de los procedimientos y normas que figuran en la resolución 9/1 de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que aprobó en su noveno período de sesiones, celebrado en octubre de 2018.

40. A efectos de comparación, en el primer ciclo del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la mayoría de los Estados partes examinados informaron de que regulaban el alcance de las técnicas especiales de investigación, así como las condiciones y los procedimientos para utilizarlas, ya fuera mediante la legislación o la práctica establecida. En general, la mayoría de los países conocían y recurrían a las técnicas especiales de investigación, aun cuando habitualmente las utilizaran en el contexto de las investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada, el tráfico de drogas y, en menor medida, la corrupción. Una dificultad encontrada en el plano operacional era que muchos países carecían de capacidad y experiencia en el uso de esas técnicas. Una tendencia general presente en muchas jurisdicciones consistía en recurrir a esas técnicas en relación con delitos más graves, categoría definida en su ordenamiento jurídico<sup>24</sup>.

**B. Artículo 20, párrafo 2: acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales (el aspecto de la cooperación internacional)**

41. El párrafo 2 del artículo 20 da prioridad a los acuerdos internacionales en materia de uso de técnicas especiales de investigación, por lo que alienta a los Estados partes a que celebren acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales a fin de fomentar la cooperación en este ámbito, respetando debidamente los aspectos relacionados con la soberanía nacional.

42. En el plano internacional, la Convención de 1988 fue el primer acuerdo multilateral en que se respaldó la técnica de investigación y la práctica de la entrega vigilada (art. 11)<sup>25</sup>. El artículo 50 de la Convención contra la Corrupción regula algunas cuestiones relativas a las técnicas especiales de investigación, partiendo del precedente del artículo 20 de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

43. En el plano regional, se incluyeron varias técnicas especiales de investigación en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la Supresión Gradual de los Controles

<sup>23</sup> Véase [CTOC/COP/2018/13](#), resolución 9/1, apéndice, cuadro 2.

<sup>24</sup> Véase el análisis pertinente de las conclusiones extraídas del examen de los países en *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional*, 2ª edición (Viena, 2017), pág. 273.

<sup>25</sup> *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.XI.5), art. 11, comentarios de carácter general, párr. 11.2.

en las Fronteras Comunes (arts. 39 a 41 y 73)<sup>26</sup>. El Convenio relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito (art. 4)<sup>27</sup>, el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea (arts. 12, 14 y 17 a 20)<sup>28</sup>, el Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (arts. 17 a 19)<sup>29</sup> y, en la medida en que sea aplicable, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa<sup>30</sup> son otros ejemplos de tratados regionales en los que se prevén técnicas especiales de investigación.

44. En el ámbito de la Unión Europea, se ha concebido un nuevo instrumento para facilitar la investigación transfronteriza: la [Directiva 2014/41/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal. La Directiva incluye disposiciones relativas a las investigaciones encubiertas (art. 29) y la intervención de las telecomunicaciones (arts. 30 a 32).

45. El término “arreglos” alude al tipo más oficioso de interacción y puede comprender prácticas estandarizadas aplicadas recíprocamente por las autoridades competentes de cada Estado parte en situaciones conexas, incluida la cooperación entre agentes de policía sin necesidad de que existan acuerdos oficiales por escrito.

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

47. En la esfera de la aplicación y el cumplimiento, puede haber cooperación internacional basada en acuerdos o arreglos específicos o en acuerdos de asistencia judicial recíproca. A menudo puede recurrirse a técnicas de investigación no coercitivas mediante una asistencia oficiosa, mientras que las técnicas de investigación coercitivas y las medidas judiciales suelen exigir que se solicite asistencia judicial recíproca<sup>32</sup>. Además, las redes oficiosas y oficiales entre personas que intervienen en la investigación de delitos son cada vez más valiosas para el buen funcionamiento de la cooperación transfronteriza.

### C. Artículo 20, párrafo 3: el recurso a las técnicas especiales de investigación sobre la base de cada caso particular

48. El párrafo 3 del artículo 20 hace referencia a la práctica de recurrir a las técnicas especiales de investigación en el plano internacional de no existir acuerdos o arreglos.

<sup>26</sup> Véase Hans G. Nilsson, “Special investigation techniques and developments in mutual legal assistance: the crossroads between police cooperation and judicial cooperation”, en *Resource Material Series No. 65* (Tokyo, Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 2005), págs. 42 y 43.

<sup>27</sup> Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1862, núm. 31704. El Convenio entró en vigor el 1 de septiembre de 1993. Véase un análisis en detalle de la naturaleza de esas medidas en el “Explanatory Report to the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime”, párr. 30.

<sup>28</sup> *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 197/1, 12 de julio de 2000. Véase también el Informe explicativo del Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 379/7, diciembre de 2000).

<sup>29</sup> Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2297, núm. 6841. El Protocolo entró en vigor el 1 febrero de 2004.

<sup>30</sup> Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 185. El Convenio entró en vigor el 1 de julio de 2004.

<sup>31</sup> Véase Grupo de Acción Financiera, *Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación: Las Recomendaciones del GAFI* (París, junio de 2019).

<sup>32</sup> Brun *et al.*, *Manual para la recuperación de activos*, pág. 160.

La disposición exhorta a los Estados partes a cooperar sobre la base de cada caso particular. Para algunos Estados, esta disposición será por sí sola fuente suficiente de fundamento jurídico para habilitar la cooperación en función de cada caso.

49. Al margen de los arreglos operacionales evidentes, en el párrafo 3 se contemplan dos factores concretos que pueden requerir atención. El primero de ellos se refiere a los arreglos financieros, que abarcan el costo de utilizar esas técnicas, teniendo en cuenta no solo los recursos que habrá que desplegar, sino también las necesidades de cada Estado parte (por ejemplo, para reunir pruebas en una forma determinada). Aunque haya un vínculo en algunos casos entre el recurso a las técnicas especiales de investigación en el plano internacional y la asistencia judicial recíproca, los costes derivados de emplear esas técnicas no se suelen considerar “gastos ordinarios” a los efectos del artículo 18, párrafo 28, de la Convención<sup>33</sup>. Dada la complejidad de estas cuestiones es conveniente que haya arreglos o memorandos de entendimiento permanentes, puesto que quizás no se disponga de tiempo para emprender negociaciones pormenorizadas en determinados casos.

50. El segundo factor se refiere al ejercicio de jurisdicción en casos en que las pruebas recabadas mediante técnicas especiales de investigación pongan de manifiesto que los delitos también tienen puntos de conexión con otros Estados. En aras de la claridad, las autoridades competentes podrían tener en cuenta esta posibilidad, si el tiempo disponible lo permite, antes de que puedan surgir conflictos de jurisdicción. En todo caso, quizás sean necesarias consultas entre los Estados partes afectados a fin de que estos coordinen sus medidas y resuelvan sus conflictos de jurisdicción, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 15, párrafo 5, de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

51. A efectos de comparación, en el marco del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, los datos comunicados demostraron que en numerosos Estados partes en la Convención pueden utilizarse técnicas especiales de investigación en el plano internacional aun cuando no existan los correspondientes acuerdos internacionales y sobre la base de cada caso particular. Algunos de esos Estados han autorizado las técnicas únicamente si se satisface la condición de la reciprocidad.

#### **D. Artículo 20, párrafo 4: la entrega vigilada y los métodos conexos**

52. El párrafo 4 del artículo 20 aclara que los métodos de la entrega vigilada que pueden aplicarse en el plano internacional comprenden métodos tales como interceptar los bienes y autorizarlos a proseguir intactos, interceptarlos y retirarlos e interceptarlos y sustituirlos total o parcialmente. La disposición deja en manos del Estado parte afectado la elección del método.

53. La entrega vigilada es una herramienta de investigación que no constituye una técnica especial de investigación en sí misma, aunque a menudo se describa como tal, sino que es una técnica que suele utilizar un conjunto de medios especiales de investigación, normalmente la vigilancia, el despliegue encubierto y la interceptación (tanto de los artículos como de las comunicaciones).

54. La entrega vigilada es útil en aquellos casos en los que los bienes de contrabando se detectan o interceptan en tránsito y posteriormente se entregan bajo vigilancia a fin de identificar a los destinatarios previstos o hacer un seguimiento de su distribución posterior a través de una organización delictiva. Asimismo, la entrega vigilada de fondos que, según se sabe o se sospecha, son el producto del delito es una técnica válida y eficaz que utilizan las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley para recabar

<sup>33</sup> Véase, a efectos de comparación, los *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988*, artículo 11, párrafo 2, párr. 11.18.

información y pruebas, en particular en el contexto de las operaciones internacionales de blanqueo de dinero.

55. En los casos de tráfico ilícito de migrantes, también se puede recurrir a las entregas vigiladas permitiendo que un grupo delictivo organizado transporte a migrantes a fin de averiguar la identidad de los delincuentes o localizar las instalaciones que utilizan a tal fin. Las entregas vigiladas suelen llevarse a cabo mediante investigaciones conjuntas debido al carácter transfronterizo de los delitos; en esos casos la cooperación entre las autoridades de inmigración y encargadas de hacer cumplir la ley es esencial y debe obtenerse la debida autorización (CTOC/COP/WG.7/2013/2, párr. 27).

56. A menudo se requieren disposiciones legislativas para permitir ese tipo de actividad, dado que la entrega del contrabando por un funcionario de los servicios encargados de hacer cumplir la ley u otra persona podría constituir un delito con arreglo al derecho interno<sup>34</sup>. Para que las pruebas obtenidas en el transcurso de las operaciones vigiladas puedan utilizarse en las actuaciones judiciales, muchos Estados exigen que dichas operaciones tengan un fundamento legal concreto en sus propios marcos jurídicos internos y, en ocasiones, en los de los otros Estados que participan en la entrega vigilada.

57. Es necesario hacer una planificación detallada con antelación para que las operaciones debidamente aprobadas puedan ejecutarse y controlarse sin contratiempos y de manera eficaz. Al respecto, resultan fundamentales los procedimientos que habilitan la cooperación nacional interinstitucional. La práctica ha demostrado que en muchos países es útil designar una autoridad centralizada que facilite la coordinación y prevenga la confusión, la confrontación y los riesgos. En las jurisdicciones en las que esa opción no sea apropiada, podría estudiarse la posibilidad de constituir un mecanismo de coordinación interno y posiblemente institucionalizado.

## V. Derecho sin fuerza vinculante

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

## VI. Consideraciones relativas a los derechos humanos

59. En vista de su amplia variedad, las técnicas especiales de investigación pueden dar lugar a dificultades en materia de derechos humanos en diversos planos. Por ejemplo, puede considerarse apropiado que la autorización de una entrega vigilada sea competencia de los mandos de los organismos encargados de hacer cumplir la ley, mientras que la vigilancia electrónica requiere normalmente autorización y supervisión judicial. Por consiguiente, debería analizarse por separado cada uno de los tipos principales de técnicas especiales de investigación a fin de poder establecer un régimen apropiado para cada una de ellas.

<sup>34</sup> UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (Viena, 2016) párr. 443.

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

61. Es importante que las técnicas especiales de investigación estén sometidas a cierto control para evitar que se haga un uso indebido de ellas. En las *Disposiciones legislativas modelo sobre la delincuencia organizada* se recomienda que un funcionario superior tenga la obligación de informar anualmente al Parlamento o su equivalente acerca del número de autorizaciones solicitadas y concedidas y el número de casos presentados ante los tribunales en los que se hayan utilizado pruebas o información obtenidas gracias a esas autorizaciones. En algunos ordenamientos jurídicos, podría haber una preferencia por el establecimiento de un nivel de escrutinio adicional como, por ejemplo, la presentación de informes y el examen por un órgano de supervisión independiente. En ese caso, es probable que sea necesario contar con dos niveles de examen: el primero permitiría un análisis completo, incluido el acceso de un órgano independiente con un mandato legislativo específico a la información operacional de carácter reservado, y el segundo sería un examen público ante el Parlamento u otro órgano, en el que no se divulgaría información operacional, incluidos los métodos y las fuentes<sup>35</sup>.

## A. El uso de los medios tecnológicos modernos y sus efectos en los derechos humanos

62. Las herramientas tecnológicas que pueden utilizarse en las investigaciones como elementos innovadores de técnicas especiales de investigación sofisticadas pueden ser un punto de partida útil para hacer frente a las amenazas relacionadas con la delincuencia. No obstante, al utilizar esas herramientas con determinados fines se ha de actuar con cautela para garantizar que se usen de manera responsable y ética y evitar consecuencias no deseadas. Esto reviste especial importancia en vista de que muchas de las tecnologías presentes y futuras podrían tener graves consecuencias para la privacidad personal y las libertades civiles<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> UNODC, *Disposiciones legislativas modelo sobre la delincuencia organizada* (Viena, 2012), págs. 68 y 69.

<sup>36</sup> A/CONF.234/11, párr. 70.

63. La proliferación de los datos biométricos y de los sistemas de recopilación de datos puede tener un efecto corrosivo en la privacidad en los casos en que no hay el debido control o supervisión o estos son débiles. Asimismo, los profesionales encargados de hacer cumplir la ley utilizan programas de reconocimiento facial para identificar con mayor rapidez a las personas sospechosas. No obstante, a los detractores de esta tecnología les preocupa que su uso pueda dar lugar a una vigilancia gubernamental abusiva y a manipulación empresarial y que pueda suponer el final de la privacidad. Además, los sistemas biométricos tienen un componente de retención de datos que puede hacer que peligre la privacidad debido al posible uso indebido de estos<sup>37</sup>.

64. Por ello, es preciso adoptar un enfoque equilibrado para encontrar soluciones en los casos en que la tecnología y el derecho a la privacidad u otros derechos humanos parecerían ser irreconciliables. Con el fin de evitar que se puedan usar las tecnologías como “caballo de Troya” para vulnerar los derechos fundamentales, el desarrollo tecnológico se debe someter a una vigilancia continua y se debe evaluar su impacto<sup>38</sup>.

65. En su resolución 68/167 relativa al derecho a la privacidad en la era digital, la Asamblea General reafirmó el derecho humano a la privacidad, según el cual nadie debe ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su derecho a la vida privada. Exhortó a todos los Estados a que examinaran sus procedimientos, prácticas y legislación relativos a la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones y la recopilación de datos personales, incluidas la vigilancia, interceptación y recopilación a gran escala, con miras a afianzar el derecho a la privacidad, velando por que se diera cumplimiento pleno y efectivo de todas sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, y a que establecieran y mantuvieran mecanismos nacionales de supervisión independientes y efectivos capaces de asegurar la transparencia, cuando procediera, y la rendición de cuentas por las actividades de vigilancia e interceptación de las comunicaciones y recopilación de datos personales que realice el Estado.

## **B. Admisibilidad de las pruebas y consideraciones relativas a un juicio imparcial**

66. Un factor importante en el empleo de las técnicas especiales de investigación es la necesidad de atenerse a las salvaguardias procesales para que las pruebas obtenidas mediante esas técnicas sean admisibles en los tribunales, en particular las técnicas que conllevan la utilización de tecnología moderna. En la mayoría de las jurisdicciones, el proceso de obtención de pruebas exige una adhesión estricta a diversas salvaguardias contra el abuso de autoridad, como la supervisión judicial o independiente y la observancia de los principios de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad<sup>39</sup>.

67. En particular, la admisibilidad de las pruebas electrónicas exige que se sigan los procedimientos establecidos para salvaguardar los derechos humanos (E/CN.15/2018/6, párr. 30). Al determinar la admisibilidad de las pruebas electrónicas, debería hacerse hincapié en la importancia de cumplir el principio de proporcionalidad al utilizar técnicas especiales en las investigaciones de delitos cibernéticos, incluida la utilización de agentes encubiertos y técnicas forenses remotas, especialmente en la Internet oscura (UNODC/CCPCJ/EG.4/2019/2, párr. 37).

<sup>37</sup> Véase Max Snijder, *Biometrics, Surveillance and Privacy: ERNCIP Thematic Group Applied Biometrics for the Security of Critical Infrastructure* (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016), pág. 4.

<sup>38</sup> A/CONF.234/11, párr. 78.

<sup>39</sup> Dimosthenis Chryssikos, “Special investigative techniques”, en *The United Nations Convention against Corruption: A Commentary*, Cecily Rose, Michael Kubiciel y Oliver Landwehr, eds., Oxford Commentaries on International Law Series (Oxford, Oxford University Press, 2019), pág. 507.

68. Además, la aplicación de los principios generales del derecho procesal y la jurisprudencia de cada país sobre la admisibilidad de las pruebas obtenidas mediante investigaciones forenses sobre criptomonedas es un ámbito nuevo y complejo que exige un análisis más detallado y un intercambio de experiencias al respecto, debido al carácter innovador de las técnicas empleadas en ese contexto<sup>40</sup>.

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

70. A pesar de que el párrafo 1 del artículo 20 carece de este elemento, es esencial que los redactores de los textos legislativos nacionales consideren la cuestión de si las pruebas obtenidas, por ejemplo, mediante la infiltración o las operaciones encubiertas pueden presentarse ante los tribunales y, en ese caso, si el agente encubierto debe revelar su identidad real. Es importante equilibrar los intereses de la justicia (incluida la necesidad de combatir la delincuencia organizada transnacional) con la necesidad de garantizar el juicio imparcial de las personas acusadas<sup>41</sup>.

71. Ni la Convención contra la Delincuencia Organizada ni la Convención contra la Corrupción abordan la cuestión de la validez jurídica de la información reunida mediante técnicas especiales de investigación. Por tanto, se deja al criterio del Estado en cuestión decidir en qué condiciones se puede emplear esa información como prueba admisible en los tribunales, teniendo en cuenta los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y los métodos de legalización y autenticación prescritos por su legislación.

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

73. El empleo de técnicas especiales de investigación, en particular de operaciones encubiertas, no puede infringir por sí mismo el artículo 6, párrafo 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero está supeditado a la observancia de restricciones y salvaguardias. En cuanto a los límites a la intervención de los agentes encubiertos en operaciones encubiertas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos distingue claramente los agentes encubiertos de los agentes provocadores. La actividad de aquellos se circunscribe a la reunión de información, mientras que estos incitan realmente a las personas a cometer actos delictivos. En el asunto *Ramanauskas c. Lituania*<sup>42</sup>, el Tribunal describió el concepto de “inducción al delito” contrario al artículo 6, párrafo 1, de la siguiente manera:

La incitación policial se produce cuando los agentes implicados, ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúan siguiendo sus instrucciones, no se limitan a investigar la actividad delictiva de una forma esencialmente pasiva, sino que ejercen en el sujeto una influencia tal que lo incita a cometer un delito que, de otro modo, no habría cometido, con el fin de poder imputarle un delito, es decir, presentar pruebas y abrir una causa penal en su contra.

<sup>40</sup> Michael Fröwis *et al.*, “Safeguarding the evidential value of forensic cryptocurrency investigations” (junio de 2019).

<sup>41</sup> UNODC, *Disposiciones legislativas modelo*, págs. 75 y 76.

<sup>42</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ramanauskas v. Lituania*, demanda núm. 74420/01, sentencia de 5 de febrero de 2008.

74. Toda operación encubierta debería satisfacer el requisito de que la investigación se realice de una “forma esencialmente pasiva”. Si el tribunal determinara que se incitó a la persona a cometer un acto delictivo y las pruebas derivadas de esa actividad fueran las únicas que fundamentaron la declaración de culpabilidad de la persona, habría motivos para reconocer que se conculcó el derecho a un juicio imparcial<sup>43</sup>.

75. Entre los factores que deben tenerse en cuenta cuando se valore si los actos de los agentes encubiertos excedieron la mera investigación pasiva de una actividad delictiva anterior y constituyeron incitación policial, pueden citarse los siguientes: la existencia de motivos razonables o razones fundadas para sospechar que la persona en cuestión había participado en actos preliminares para perpetrar la conducta delictiva de que se trate, había cometido de antemano un acto constitutivo de delito o tenía la disposición de implicarse en la comisión de un delito hasta el momento en que la policía entabló contacto con ella; (vinculado con el anterior) el momento en que se puso en marcha la operación encubierta; la legalidad de la actividad de los agentes encubiertos, y el alcance de la implicación de los agentes encubiertos (es decir, si tomaron la iniciativa e iniciaron la comunicación con la persona en cuestión y si había habido negociaciones o acuerdos con anterioridad).

76. Desde un punto de vista procesal, debe tenerse en cuenta la protección de los principios del proceso contradictorio y de igualdad de medios procesales y la fiscalía debe soportar la carga de la prueba para demostrar que no hubo incitación. Además, en virtud del artículo 6, párrafo 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la fiscalía tiene la obligación de dar a conocer a la defensa todas las pruebas materiales que obren en su poder favorables o contrarias a la persona acusada.

## VII. Conclusiones y recomendaciones

77. El presente documento se centra en los diferentes tipos de técnicas especiales de investigación, en particular en aquellas técnicas que pueden emplearse en la investigación de la delincuencia organizada transnacional, así como en los principales elementos constitutivos del artículo 20 de la Convención contra la Delincuencia Organizada y en los elementos relativos a su aplicación.

78. El Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional tal vez desee examinar las diversas cuestiones y preguntas planteadas en la introducción (secc. I) como punto de partida de sus deliberaciones.

79. El Grupo de Trabajo tal vez desee también utilizar el presente documento como material de referencia y señalar a la atención de la Conferencia de las Partes las principales conclusiones que arrojen las deliberaciones facilitadas por el documento, con vistas a destacar la necesidad de seguir trabajando en este ámbito, siempre que haya recursos disponibles para ello. Esa labor podría poner en práctica una recomendación anterior de la Conferencia que figura en su resolución 5/8 y, por tanto, podría revestir la forma de matriz en la que se determinen las cuestiones jurídicas y prácticas que puedan plantearse en relación con la aplicación del artículo 20 de la Convención contra la Delincuencia Organizada y la utilización de técnicas especiales de investigación, así como las posibles soluciones a esas cuestiones, entre otras vías reuniendo ejemplos de arreglos o acuerdos sobre la utilización de esas técnicas entre los Estados partes; o podría revestir forma de orientaciones jurídicas, prácticas y operacionales sobre la aplicación del artículo 20.

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, párr. 54; *Teixeira de Castro v. Portugal*, demanda núm. 25829/24, sentencia de 9 de junio de 1998, párrs. 35, 36 y 39; *Bannikova v. Russia*, demanda núm. 18757/06, sentencia de 4 de noviembre de 2010, párr. 34, y *Baltiņš v. Latvia*, demanda núm. 25282/07, sentencia de 8 de enero de 2013, párr. 55.

80. El Grupo de Trabajo tal vez desee además recomendar a la Conferencia que:

a) siga alentando a los Estados partes a hacer valer, cuando corresponda, el artículo 20 de la Convención contra la Delincuencia Organizada como fundamento jurídico de la cooperación internacional para llevar a cabo operaciones con técnicas especiales de investigación;

b) aliente a los Estados partes a intercambiar mejores prácticas y enseñanzas extraídas en el ámbito de las técnicas especiales de investigación, especialmente aquellas que se refieran a la aplicación del artículo 20 de la Convención; y

c) aliente a los Estados partes a facilitar actividades de capacitación para jueces, fiscales, agentes encargados de hacer cumplir la ley y otros profesionales que intervienen en el uso o la supervisión de las técnicas especiales de investigación, e invite a la Secretaría a diseñar y llevar a cabo actividades de asistencia técnica en este ámbito, siempre que haya recursos disponibles para ello.

---